



Christian Steiner
Marie-Christine Fuchs
(editores)

G. Patricia Uribe Granados
(coordenação acadêmica)

Federico Andreu-Guzmán
Thomas Antkowiak
Guilherme Arruda Pereira Silva
Carlos M. Ayala Corao
Mary Beloff
Eduardo Bertoni
José Luis Caballero Ochoa
Jesús María Casal Hernández
Cristián Correa Montt
Christian Courtis
Gina Donoso
Ariel Dulitzky
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Marie-Christine Fuchs
Daniel Antonio García Huerta

Convenção Americana sobre Direitos Humanos



Comentário
Segunda Edição

Alejandra Gonza
Marco Huaco Palomino
Juana María Ibáñez Rivas
Leonardo Martins
Javier Mujica Petit
Claudio Nash Rojas
Alejandra Nuño
Carlos María Pelayo Möller
Miguel Rábago Dorbecker
María Daniela Rivero
Gabriela Rodríguez Huerta
Oswaldo Ruiz-Chiriboga
Néstor Pedro Sagüés
Daniela Salazar Marín
Luz María Sánchez Duque
Christian Steiner
Liliana Tojo
Rodrigo Uprimny Yepes
G. Patricia Uribe Granados
Carlos J. Zelada

CNU

**KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG**
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

STF
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Corte IDH
Protegiendo Derechos



tirant
Lo blanch

Christian Steiner
Marie-Christine Fuchs
(editores)

G. Patricia Uribe Granados
(coordenação acadêmica)

Federico Andreu-Guzmán (Colômbia)
Thomas Antkowiak (Estados Unidos da América)
Guilherme Arruda Pereira Silva (Brasil)
Carlos M. Ayala Corao (Venezuela)
Mary Beloff (Argentina)
Eduardo Bertoni (Argentina)
José Luis Caballero Ochoa (México)
Jesús María Casal Hernández (Venezuela)
Cristián Correa Montt (Chile)
Christian Courtis (Argentina)
Gina Donoso (Equador)
Ariel Dulitzky (Argentina)
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (México)
Marie-Christine Fuchs (Alemanha)
Daniel Antonio García Huerta (México)

Convenção Americana sobre **Direitos Humanos**

Comentário Segunda Edição

Alejandra Gonza (Argentina)
Marco Huaco Palomino (Peru)
Juana María Ibáñez Rivas (Peru)
Leonardo Martins (Brasil)
Javier Mujica Petit (Peru)
Claudio Nash Rojas (Chile)
Alejandra Nuño (México)
Carlos María Pelayo Möller (México)
Miguel Rábago Dorbecker (México)
María Daniela Rivero (Venezuela)
Gabriela Rodríguez Huerta (México)
Oswaldo Ruiz-Chiriboga (Equador)
Néstor Pedro Sagüés (Argentina)
Daniela Salazar Marín (Equador)
Luz María Sánchez Duque (Colômbia)



Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

© Konrad Adenauer Stiftung, 2019

Copyright© 2020 Tirant Lo Blanch Brasil
© 2019 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Editor Responsável: Aline Gostinski
Editores: Christian Steiner e Marie-Christine Fuchs
Assistente Editorial: Izabela Eid
Equipe de Diagramação: Kayê Sousa Rosa e Natália Carrascoza Vasco
Equipe de Tradução: Agnes Eduarda da Silva Brito, Ana Clara Santos Elesbão, Eduardo Baldissera Carvalho Salles, Fernanda Martins, Jádía Larissa Timm dos Santos e Roberta da Silva Medina
Equipe de Revisão: Fernanda Martins e Carlos Gaio
Capa: Marta Rojas
Coordenação Acadêmica: G. Patricia Uribe Granados
Coordenação Editorial: Daniel Alejandro Pinilla Cadavid

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlin
República Federal da Alemanha
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
Programa Estado de Direito para América Latina
Calle 93b No. 18-12, piso 7
Bogotá, Colombia
Tel.: (+571) 743 0947
iusla@kas.de
www.kas.de/es/web/rspla
Twitter: @KASiusLA

783 Convenção Americana sobre Direitos Humanos :
comentário [livro eletrônico] / Federico Andreu-
Guzmán...[et al.]; Christian Steiner, Marie-Christine
Fuchs (Ed.); G. Patricia Uribe Granados (Coord.). –
2.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2020.
7,42 MB ; ebook

ISBN: 978-65-87684-47-5

1. Direito constitucional. 2. Direitos fundamentais.
3. Direitos humanos. I. Título.

CDU: 342.7

Os textos publicados são de exclusiva responsabilidade de seus autores e não expressam necessariamente a opinião dos editores. É autorizada a reprodução total ou parcial do conteúdo com a referência da fonte.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº 2909, sala 44.
Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP CEP: 01401-000
Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com
www.tirant.com/br - www.editorial.tirant.com/br/

A universalidade dos Direitos Humanos, consagrados em grande parte do mundo desde o constitucional até o multilateral, está novamente sofrendo crescentes críticas e questionamentos. Não percebemos o ceticismo apenas em esferas e territórios onde a ideia não criou raízes. A real - ou percebida - ineficácia de alguns Estados democráticos ao prover necessidades básicas como o acesso à educação, à saúde pública, à justiça, à segurança, ao emprego e outros, tem exaurido a confiança na capacidade do sistema político em cumprir o prometido. Inclusive nos lugares em que a Troika da democracia, o Estado de Direito e os Direitos Humanos pareciam inquestionáveis, há quem tenha começado a desafiar o consenso liberal e tenha passado a votar em caminhos mais restritos que, em último caso, implicam um estilo político menos inclusivo, garantista e plural que, na pior das hipóteses, acaba anulando a própria democracia, substituindo-a por modelos autoritários.

Esta aposta autoritária despacha o diálogo construtivo e o respeito à oposição política e às minorias como uma capitulação diante do “politicamente correto” que, segundo nos querem fazer pensar, obstrui as soluções, ainda mais as fáceis, que os “autênticos defensores do povo” alegam ter. O objetivo é segregar a sociedade através da construção de “muros mentais”. Inventam mundos opostos para separar, polarizar e criar ódio e aversão. O mundo dos brancos e o mundo dos negros. O mundo das mulheres e o mundo dos homens. O mundo dos ricos e o mundo dos pobres. Até que passamos a falar mais sobre nossas diferenças do que o que temos em comum. O autoritarismo trata de nos distrair do essencial mediante a encenação de escândalos suculentos e problemas “prioritários e urgentes”, ao passo que “legitimam” suprimir a expressão de opiniões opostas, prender, torturar, esquarterar e desaparecer com os críticos.

A aposta liberal, em contrapartida, reconhece as dificuldades na construção de sociedades abertas e justas, e segue apostando nas vias democráticas para desenvolver soluções satisfatórias; continua buscando um equilíbrio adequado entre a responsabilidade do indivíduo e a solidariedade com o necessitado; e segue confiando na cooperação internacional nos âmbitos político e econômico. Na democracia, se permite e se fomenta a diversidade, a oposição, o debate e a autocrítica, apesar de que desta forma revela as falências ao invés de facilitar soluções. Na democracia, estamos convencidos de que vivemos em um único mundo e evitamos pensar em dois ou mais mundos segregados. Um mundo onde todos tenhamos espaço. Sem importar se somos negros, brancos, mulheres, homens, crianças, indígenas, líderes sociais, LGBTI, artistas, juristas, médicos ou uma pessoa qualquer. Um mundo onde a bandeira seja a mesma apesar das diferenças, a dos Direitos Humanos e sua proteção.

Agora bem, se ao menos, a aposta “robusta” trouxesse mais bem-estar e felicidade para a grande parte do povo (de fato, o argumento totalitário), a liberdade poderia ser vista em um xeque argumentativo. É difícil, porém, saber se um sistema autoritário ganha em contentar as maiorias, porque na maioria dos casos reprime justamente opiniões e escolhas que permitiriam medir o ânimo das pessoas. De modo sistemático e coordenado, vão debilitando os sistemas de pesos e contrapesos, devorando as liberdades fundamentais e a independência judicial, silenciando a imprensa livre, desumanizando, intimidando e perseguindo o opositor, e tudo isso para salvaguardar fins questionáveis como a “dignidade nacional” ou a “única e indivisível identidade cultural, étnica e religiosa do povo”

Os ainda convencidos, em reação à conseguinte virada iliberal, em alguns casos tendem a qualificar o outro como “nacionalista”, “racista”, “xenofóbico”, “fascista”, “machista” ou outras alcunhas pouco lisonjeiras. Os assim desqualificados, por sua vez, pintam o defensor dos Direitos Humanos como “sonhador de esquerda”, “comunista” (difamação já em via de extinção) ou, curiosamente, integrante da “elite neoliberal”, o que demonstra a dissolução do esquema clássico esquerda-direita no confronto atual.

Em definitivo, trata-se de denominações pouco condizentes em fomentar um diálogo construtivo entre os polos opostos. A rejeição à proposta liberal une os críticos “anti-sistema” da “esquerda” e da

“direita”, como demonstram tangivelmente algumas alianças e coligações forjadas recentemente na Europa e na América Latina.

Sem entrar em um debate sobre as vantagens de um sistema sobre o outro, o que poderia servir como indicador da atração respectiva, porém, é o voto expresso pelos pés- a falta de possibilidade de votar efetivamente nas urnas- daqueles que buscam a sorte em outras terras porque em casa já não aguentam a repressão, a insegurança, as injustiças e a miséria. Os destinos de migração costumam ser os países que combinam a democracia liberal, Estado de Direito e o respeito aos Direitos Humanos com um adequado bem-estar econômico e também social para o maior número de pessoas possível.

A soberania liberal, simbolizada no discurso do “fim da história” e que tem marcado o período desde a pós-guerra fria até a crise financeira mundial de 2008, é, de fato, em parte, responsável pelo declive da confiança no liberalismo. É a incapacidade de fazer toda a cidadania partícipe das bondades de um sistema político e econômico livre, entre outros, o que produziu o atual ceticismo dentro das mesmas sociedades que têm apostado na liberdade. A percepção das deficiências pode estar mais ou menos distorcida pelas fake news, e o nível de desigualdade varia enormemente.

O que é inegável é que tampouco as democracias garantem o mundo perfeito. Graves crises econômicas, a incapacidade de controlar a violência ou o terrorismo internacional e vertiginosos escândalos de corrupção também se mostram na democracia, bem como a falta de mobilidade social, acesso discriminatório a prestações básicas ou desafios de integração de pessoas de outros âmbitos culturais. Na lista de desafios podemos adicionar alguns que a humanidade se propõe em sua totalidade e que requerem respostas objetivas, como são, entre outros, a deterioração do meio ambiente, a mudança climática e os impactos sociais que vislumbram as revoluções bio e infotecnológicas.

Cada um que duvida sobre o valor e a capacidade do sistema democrático, se pergunte se prefere viver em um Estado de oligarquias, um de aristocratas nacionalistas ou um de fundamentalistas religiosos. Se, na verdade, considerarmos que é preferível uma ordem democrática com todos os seus defeitos, pois então convém que comecemos a defendê-la e melhorá-la no lugar de acabar com ela sem ter uma alternativa melhor. Segue válido, nesse sentido, a observação de Sir Winston Churchill: “De fato, é dito que a democracia é a pior forma de governo, exceto por todas as outras formas provadas até hoje”.

Os editores, e todo o Programa Estado de Direito para a América Latina da Fundação Konrad Adenauer - e nos atrevemos a incluir também os autores desta obra- apostam na democracia liberal e no Estado de Direito, reconhecendo suas imperfeições, mas confiando que livres teremos mais chances do que reprimidos, para encontrar soluções aos desafios de hoje e amanhã. Estamos convencidos de que esta forma de governo é a única em que os Direitos Humanos podem prosperar em terra fértil, pois apenas na democracia se aceita, ou mesmo se busca o pluralismo de opiniões e se respeita os direitos das minorias de qualquer índole.

O esforço da elaboração da obra é fruto de um árduo trabalho de atualização da jurisprudência interamericana nos últimos anos a partir da lavra de vários autores e especialistas do continente que continuam com a iniciativa avançada desde 2011, quando o Programa Estado de Direito selecionou um grupo de destacados juristas para produzir este comentário em português como material inédito. A presente obra oferece sobretudo um resumo das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) a respeito de cada artigo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), mas também a jurisprudência de outras cortes e interpretações detalhadas, elaboradas com referências e opiniões acadêmicas para cada artigo da Convenção com importantes vínculos com o Sistema Internacional de Direitos Humanos e, adicionalmente, de direito comparado.

A publicação responde e serve como um radar e diário de bordo para alguns fenômenos relacionados ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a situação jurídico-política dos países e as novas tendências acima mencionadas que abalam as democracias na região.

Os editores e o Programa Estado de Direito para América Latina da Fundação Konrad Adenauer devem um especial agradecimento e reconhecimento ao trabalho e a dedicação voluntária dos autores por suas valiosas contribuições cumprindo excelente padrão de qualidade; a Patricia Uribe Granados por seu importante trabalho como coordenadora acadêmica desta obra, a Daniel Alejandro Pinilla por seu incansável apoio na coordenação da mesma e no processo editorial, a Anne Ilinca e Josephine Kerkhoff por seu apoio, a Marta Rojas por seu constante respaldo e culminação deste processo não somente em relação à correção de estilo, e a todos aqueles que de alguma maneira contribuíram com este valioso material.

O *Comentário* representa uma peça no mosaico do Estado democrático e social de Direito, ao facilitar a aplicação efetiva dos Direitos Humanos consagrados na CADH e além, trabalho que está nas mãos de cada um de nós, como operadores jurídicos, sendo juízes, advogados/as, defensores ou professores. Mas também como políticos e empresários, como cidadãos comuns e os muitos outros papéis que jogamos em nossas sociedades e nossos Estados. E no final do dia como ser humano. A defesa dos Direitos Humanos significa uma responsabilidade e um desafio que transcende o mundo jurídico. Trata-se de tomar uma atitude democrática e assumir responsabilidade. Os Direitos Humanos são de todos e para todos, são universais. Esperamos que este *Comentário* represente uma humilde contribuição à nossa ação correspondente.

CHRISTIAN STEINER
MARIE-CHRISTINE FUCHS
Editores

Apresentação

Foi com muita honra que recebi o convite do Programa Estado de Direito para América Latina da Fundação Konrad Adenauer para apresentar a obra **Comentário à Convenção Americana sobre Direitos Humanos** na versão em português.

A obra editada originalmente em espanhol foi cuidadosamente organizada e traduzida, tornando disponíveis, no idioma oficial do Brasil, contribuições valiosas para uma compreensão mais ampla e aprofundada sobre a Democracia, o Estado de Direito e os Direitos Humanos.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada em 22 de novembro de 1969, na capital da Costa Rica, e vigora entre os países que integram a Organização dos Estados Americanos (OEA).

Os Estados signatários dessa 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”*.

A Convenção consagra diversos direitos civis e políticos, entre os quais ressalto: direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, direito à vida, direito à integridade pessoal, direito à liberdade pessoal e garantias judiciais, direito à proteção da honra e reconhecimento à dignidade, à liberdade religiosa e de consciência, à liberdade de pensamento e de expressão, e direito de livre associação.

A Convenção estabelece, ainda, a obrigação de os Estados promoverem, na medida dos recursos disponíveis, o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais contidos na Carta da OEA, firmada em 1948. Assim, a CADH constitui um dos pilares do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos.

A proteção dos direitos contidos na Convenção é realizada por dois organismos internacionais: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com a função de investigar os fatos que possam violar as normas da Convenção, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, responsável por julgar as lides decorrentes das referidas violações.

O Brasil, por sua vez, é parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos desde 1992, com a sua ratificação por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro do citado ano.

A competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos — órgão responsável por zelar pelo cumprimento da CADH — foi reconhecida pelo Brasil em todos os casos relativos à interpretação ou à aplicação dessa convenção com a edição do Decreto Legislativo nº 89, de 1998. A partir de então, o Estado brasileiro encontra-se plenamente integrado ao sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos.

A obra que ora se apresenta é composta de comentários organizados de acordo com a própria estrutura da CADH. Os comentários ao preâmbulo iniciam com uma abordagem histórica sobre o longo caminho percorrido no continente americano para a elaboração de um sistema interamericano destinado ao fortalecimento e à proteção dos Direitos Humanos.

Na sequência, os comentários voltam-se à análise dos elementos centrais (princípios, ideias e conceitos), que nortearam a redação da parte normativa da Convenção e são essenciais para a sua compreensão integral.

Nos capítulos I a V, que versam sobre os deveres dos Estados e os direitos protegidos, os comentários se espriam a partir da norma fundamental programática inserta no art. 1º da CADH, que estabelece a obrigação de os Estados Partes do Pacto de São José respeitarem e garantirem os direitos previstos

na própria convenção. Assentada essa visão e o conceito essencial de pessoa, todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais previstos na CADH são analisados cuidadosamente pelos diversos autores da obra, que enfrentaram, com precisão, os temas capitais relacionados a cada um deles, lançando, ainda, luz sobre as hipóteses de suspensão, interpretação e aplicação e estabelecendo a correlação entre os deveres previstos em tratados internacionais e os Direitos Humanos protegidos.

Após, nos capítulos VI a IX, a obra fornece visão abrangente da estrutura instrumental internacional de proteção dos Direitos Humanos. Nessa parte, os comentários se dirigem à análise da composição, do funcionamento, das funções (políticas e jurisdicionais) e da competência dos órgãos de proteção previstos na CADH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos) bem como abordam as formas de acesso ao sistema de proteção e o devido processo, inclusive aspectos relacionados com a legitimidade ativa para formular o pedido e o relacionamento dos órgãos internacionais com os estados denunciados, especialmente na hipótese de reconhecimento de responsabilidade internacional.

O livro encerra-se com os capítulos X e XI, em que são comentados os procedimentos para assinatura, ratificação, reserva, emenda, protocolo e denúncia da Convenção, e com uma seção especial sobre a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os povos indígenas.

A obra tem como ponto de destaque a multiplicidade de autores de diferentes nacionalidades envolvidos na redação dos comentários apresentados. Essa característica possibilitou que os temas fossem tratados sob perspectivas distintas, mesclando visões provenientes de diferentes culturas, ideologias, bases de formação teórica e referências acadêmicas, enriquecendo sobremaneira as discussões e reflexões trazidas na obra, cuja clareza do conteúdo permite que facilmente se estabeleça o imprescindível diálogo entre o ordenamento jurídico nacional e o internacional.

Os comentários expostos no livro abrangem tópicos que marcam a realidade de diversos países da América, inclusive do Brasil, nos quais a constante reafirmação e proteção dos Direitos Humanos continua e continuará sempre necessária, e revelam o acentuado cuidado dos autores e editores com a proteção e a promoção dos Direitos Humanos.

É com entusiasmo, portanto, que apresento à comunidade jurídica esta obra, que certamente se tornará referência para o debate sobre questões fundamentais relacionadas aos Direitos Humanos e ao Direito Internacional, e contribuirá, de modo relevante, para fomentar o essencial respeito aos Direitos Humanos.

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI
PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL
SETEMBRO 09 DE 2020

PREFÁCIO DA PRESIDENTA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Esta obra constitui um passo muito importante para aproximar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos de todos os habitantes do Brasil. A publicação reúne o conteúdo e o alcance de cada um dos Direitos Humanos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Com a entrada em vigor desta Convenção, há mais de quatro décadas, nasceu em nossa região um Sistema de Proteção Internacional que trouxe consigo os avanços mais progressistas e inovadores para a garantia e o respeito dos Direitos Humanos. Sua influência alcança não apenas o nosso continente, mas os vários sistemas jurídicos do mundo.

Os direitos à vida e à integridade pessoal, a proibição da tortura e do genocídio, o direito de acesso à justiça, enfim, todos os direitos civis e políticos foram elevados à condição de obrigações internacionais dos Estados cuja violação acarreta sanções e a obrigação de reparar integralmente as vítimas em razão dos danos sofridos.

Graças às sentenças e pareceres consultivos da Corte, a democracia e o Estado de Direito adquiriram a legitimidade proporcionada pela observância e respeito dos Direitos Humanos sem discriminação.

No início deste turbulento século 21, a perspectiva de gênero fez seu caminho em nossa jurisprudência. Desde então, a luta contra a violência sexual e o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres ocupam um papel central em nossa jurisprudência. Mais recentemente, os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais passaram a ter destaque ao serem considerados direitos independentes e diretamente justiciáveis.

Ao construir pontes com os sistemas jurídicos nacionais, a Corte Interamericana acompanha de perto os processos jurídicos, sociais, culturais e políticos de cada um de nossos países. Sua jurisprudência é uma resposta às complexas e diversas realidades de nossa América.

Hoje, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se orgulha de contribuir para a consolidação do “regime de liberdade pessoal e de justiça social” proposto no Preâmbulo da Convenção. Reconhecemos que ainda há um longo caminho a percorrer em nossa América Latina, uma região que ainda enfrenta grandes desafios em matéria de Direitos Humanos, os quais estamos determinados a enfrentar com compromisso e de maneira decidida.

O Brasil, que reconheceu a jurisdição do Tribunal em 1998, é um país da maior importância para o Sistema. Assim como seus pares regionais, nele reconhecemos os importantes desafios advindos da plena aplicação dos Direitos Humanos. A jurisprudência da Corte IDH em relação ao Brasil é extensa. As sentenças que lhe são diretamente aplicáveis incluem temas como os elementos dos crimes contra a humanidade à luz do Sistema Interamericano, a incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana e a atualização do conceito de escravidão no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Além disso, por meio de sua função cautelar, a Corte tem supervisionado a implementação de medidas provisórias que visam a proteção imediata e urgente de pessoas privadas de liberdade.

A presente obra também tem como objetivo apresentar ao público de língua portuguesa, de forma sistematizada, completa e exaustiva, o conteúdo e o alcance dos padrões internacionais desenvolvidos pela Corte para cada direito previsto na Convenção Americana. Esperamos que seja uma ferramenta útil e prática que ofereça a estudantes e pesquisadores a possibilidade de aprofundar seus estudos sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos em seu próprio idioma. Da mesma forma, o *Comentário* fornece aos operadores jurídicos, em todos os níveis, as informações necessárias para a resolução de casos. Graças a esta publicação, juízes e juízas, pessoas que exercem funções públicas, bem como representantes de organizações sociais e representantes de vítimas de violações de Direitos Humanos poderão aplicar os padrões internacionais desenvolvidos pela Corte Interamericana em seu trabalho diário.

Agradeço ao Programa Estado de Direito para a América Latina da Fundação Konrad Adenauer pela publicação desta importante e essencial obra de referência, dedicada com especial carinho às brasileiras e brasileiros para que possam reconhecer que este Tribunal também pertence a eles.

JUÍZA ELIZABETH ODIO BENITO
PRESIDENTA
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
AGOSTO DE 2020

PREFÁCIO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL EUROPEU DE Direitos Humanos

Este livro, que me alegra apresentar, é uma versão revisada e atualizada do primeiro comentário sistematizado da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, CADH, em língua espanhola, publicado em 2014 e apresentado por meu predecessor Dean Spielmann.

Este ano celebra o quadragésimo aniversário da CADH e do estabelecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte IDH. Como tive a sorte de comemorar pessoalmente este aniversário em San José de Costa Rica, a história da Corte IDH tem sido uma trajetória de êxito de quarenta anos de proteção dos direitos fundamentais e da consolidação das instituições democráticas no continente americano, ainda que enfrente desafios e obstáculos. Sua jurisprudência tem se convertido não somente no marco normativo indispensável para o controle de convencionalidade que os juízes e autoridades nacionais devem realizar nos Estados que são parte do sistema interamericano, mas também em uma fonte de inspiração para outros mecanismos regionais de proteção aos Direitos Humanos. Para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, TEDH, apesar das diferenças que nos separam em termos de competências e procedimentos, a jurisprudência interamericana contém padrões que nos tem ajudado a interpretar nossa própria Convenção Europeia de Direitos Humanos, CEDH, o qual reconhece direitos muito parecidos aos a CADH. Isso tem ocorrido, por exemplo, em temas tão díspares como as anistias em casos de violações graves dos Direitos Humanos¹ ou do direito de acesso à informação.² Como alguns autores desta obra puderam constatar, nossa jurisprudência é citada de maneira sistemática nas sentenças da Corte IDH. Esta influência fomenta o diálogo judicial e, desse modo, é uma prova da plena vigência do princípio da universalidade dos Direitos Humanos.

O diálogo judicial entre as jurisdições regionais tem se consolidado recentemente graças a iniciativas que têm permitido um melhor conhecimento mútuo da jurisprudência e métodos de trabalho respectivo e relações institucionais e pessoais mais intensas. Além das visitas oficiais das delegações de juízes a ambos os lados do Atlântico, pôs-se vigente um programa de intercâmbio profissional entre advogados a serviço das Cortes. Igualmente, publicamos de maneira conjunta pela primeira vez um volume com uma seleção de sentenças de ambas as Cortes, em inglês e espanhol. E há alguns anos nossas notas mensais de jurisprudência (*Case-Law Information Notes*, consultáveis online) incorporam resumos em inglês das sentenças mais relevantes da Corte IDH, facilitando sua difusão no continente europeu.

Estou convencido de que a presente edição deste livro contribuirá de maneira indiscutível a uma maior divulgação e conhecimento desta trajetória de êxito que representa a CADH e sua jurisprudência. Não somente para os operadores jurídicos do continente americano, em particular os advogados e juízes nacionais que devem aplicar diretamente dita jurisprudência, senão também para nós que trabalhamos para proteção e defesa dos Direitos Humanos desde Europa. Ainda que as realidades políticas e culturais dos continentes sejam diferentes, nosso trabalho como intérpretes, em última instância de convênios que recorrem a Direitos Humanos de caráter universal, nos obriga a seguir e conhecer melhor nossas jurisprudências respectivas, como condição indispensável para um diálogo frutífero, útil e permanente entre ambos sistemas regionais.

GUIDO RAIMONDI
PRESIDENTE
TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS
ESTRASBURGO, 23 DE JULHO DE 2018.

1 *Marguš vs. Croácia*, Sentença da Grande Sala de 27 de maio de 2014.

2 *Magyar Helsinki Bizottság vs. Hungria*, Sentença da Grande Sala de 8 de novembro de 2016.

Convenção Americana sobre
Direitos Humanos

Comentário
Segunda edição

Bibliografia de autores e editores

Federico Andreu-Guzmán (Colômbia)

Assessor da Direção da Unidade de Busca de Pessoas desaparecidas em razão e no contexto do conflito armado na Colômbia. Foi Secretário Geral Adjunto e representante sul-americano da Comissão Internacional de Juristas; Subdiretor de Litígio da Comissão Colombiana de Juristas; Assessor Jurídico para o programa das Américas do Secretariado Internacional da Anistia Internacional; Secretário Geral Adjunto para América Latina da Federação Internacional de Direitos Humanos; Diretor do Escritório Internacional de Direitos Humanos - Ação Colômbia (OIDHACO); e membro das missões de Direitos Humanos das Nações Unidas no Haiti e Ruanda. É autor de diversas publicações sobre temas de Direitos Humanos, como impunidade, desaparecimento forçado, fórum militar, direito à verdade e terrorismo. Foi perito em casos perante a Corte IDH e tribunais nacionais na América do Sul.

Thomas Antkowiak (Estados Unidos da América)

Advogado pela Universidade de Harvard e da Escola de Direito da Universidade de Columbia, EUA. Atualmente é professor associado de direito na Universidade de Seattle, na qual também coordena a Clínica de Direitos Humanos. Anteriormente, foi advogado sênior da Corte IDH e litigou vários casos no SIDH. É autor de diversas publicações sobre Direitos Humanos e, em 2017 publicou, em coautoria com Alejandra Gonza, *The American Convention on Human Rights: Essential Rights* (Oxford University Press).

Guilherme Arruda Pereira Silva (Brasil)

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Humboldt de Berlim.

Carlos M. Ayala Corao (Venezuela)

Advogado especialista em Direito Público (Constitucional e Direitos Humanos). Foi presidente da CIDH, assim como relator sobre direitos dos povos indígenas e presidente da Comissão Andina de Juristas. É advogado e defensor dos Direitos Humanos perante organismos nacionais e internacionais e assessor em vários organismos internacionais e organizações não governamentais. É professor de direito constitucional e Direitos Humanos na Universidade Católica Andrés Bello, na Universidade Central da Venezuela, na Universidade de Oxford, no Reino Unido, na Universidade de Georgetown, da Faculdade de Direito da Universidade de Washington, nos EUA, e na Universidade Panamericana, no México. É autor de diversas publicações sobre direito constitucional, Direitos Humanos e direito público em geral.

Mary Beloff (Argentina)

Advogada, graduada na Universidade de Buenos Aires e mestre em Direito pela Universidade de Harvard, EUA. É professora catedrática e pesquisadora sobre direito penal e processual na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Participou ativamente nos processos de modernização e reforma da justiça penal e da justiça juvenil em grande parte dos países latino-americanos. Criou e co-dirige a publicação *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*. Desde 2007 é Procuradora-Geral de Política Criminal, Direitos Humanos e Serviços à Comunidade da República Argentina.

Eduardo Bertoni (Argentina)

Advogado, graduado pela Universidade de Buenos Aires, mestre em Políticas e Práticas Internacionais da Universidade George Washington e doutor em Direito pela Universidade de Buenos Aires. É diretor da Agência de Acesso à Informação Pública da Argentina. Anteriormente, foi titular da Direção Nacional de Proteção de Dados Pessoais e Relator para a Liberdade de Expressão da CIDH. Fundador e ex-diretor do Centro de Estudos de Liberdade de Expressão da Universidade de Palermo, Argentina.

José Luis Caballero Ochoa (México)

Graduado em Direito pelo Instituto Tecnológico de Monterrey, Campus Chihuahua, México. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Autônoma do México e doutor em Direito pela

UNED na Espanha. É acadêmico e pesquisador titular na Universidade Iberoamericana, Cidade do México, onde também é Diretor do Departamento de Direito. É membro do Sistema Nacional de Pesquisadores do México.

Jesús María Casal Hernández (Venezuela)

Advogado *Summa Cum Laude* pela Universidade Católica Andrés Bello, Venezuela. É especialista em Direito Administrativo pela Universidade Central da Venezuela e Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madrid, com pesquisa de Pós-Doutorado no Instituto Max Planck de Direito Internacional e Direito Público Comparado, Alemanha. É professor de Direito Constitucional e ex reitor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Andrés Bello. Membro pleno da Academia de Ciências Políticas e Sociais da Venezuela.

Cristián Correa Montt (Chile)

Advogado pela Pontifícia Universidade Católica do Chile e mestre em Estudos Internacionais de Paz pela Universidade de Notre Dame. É especialista na definição e implementação de programas de reparações para violações massivas de Direitos Humanos e de políticas de justiça transicional. Desde 2007 foi Assessor Sênior do Centro Internacional para a Justiça Transicional (ICTJ), prestando assessoria a organizações de vítimas e entidades públicas em diferentes países da América Latina, África, Ásia e Europa. Previamente, foi assessor do Governo do Chile e Secretário Nacional sobre Prisão Política e Tortura (Comissão Valech).

Christian Courtis (Argentina)

Funcionário do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos em Nova York, especialista em temas de Direitos Humanos, desenvolvimento e direitos econômicos, sociais e culturais. É professor da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (licenciado) e professor visitante do Instituto Tecnológico Autônomo do México e de diversas universidades da América Latina, Espanha e Estados Unidos. Foi consultor da Organização Mundial/Panamericana de Saúde, da Organização Internacional do Trabalho, da CEPAL e da Divisão de Desenvolvimento Social da ONU. Dirigiu o programa de direitos econômicos, sociais e culturais da Comissão Internacional de Juristas, Genebra. Publicou livros e artigos sobre Direitos Humanos, teoria constitucional, teoria e sociologia do direito.

Gina Donoso (Equador)

Pesquisadora em doutoramento na Universidade de Gante, Bélgica. Mestre pela Universidade Erasmus Rotterman; Mestre pela Universidade para a Paz. É especialista pela Universidade Complutense de Madrid, pela Pontifícia Universidade Católica do Equador e pela Universidade Andina Simón Bolívar. Consultora em temas psicossociais para a Corte Penal Internacional, para o Programa das Nações Unidas pelo Desenvolvimento, para ONU-Mulheres em programas de justiça transicional e processos de apoio psicossocial para vítimas e comunidades em situações de violência política em países como Jordânia, República Democrática do Congo, Iraque, Colômbia, Equador, entre outros.

Ariel Dulitzky (Argentina)

Advogado pela Universidade de Buenos Aires (Graduado com honras) e mestre em Direito pela Universidade de Harvard, EUA. É professor e diretor da Clínica de Direitos Humanos e diretor da Iniciativa para América Latina da Escola de Direito da Universidade do Texas, em Austin. De 2010 a 2017, foi um dos cinco especialistas independentes do Grupo de Trabalho da ONU sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários, sendo presidente-relator entre 2013 e 2015. Antes de incorporar-se à Universidade do Texas foi Secretário-Executivo Adjunto da CIDH. É autor de diversas publicações sobre Direitos Humanos, sistema interamericano de Direitos Humanos, desaparecimentos forçados, afrodescendentes e direitos coletivos indígenas, discriminação racial e sobre o estado de direito na América Latina.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (México)

Graduado em Direito pela Universidade Autônoma da Baixa Califórnia e doutor em Direito *Cum Laude* pela Universidade de Navarra, Espanha. Possui especialização em Direitos Humanos pelo *l'Institut International des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, França. Atualmente, é presidente da Corte IDH,

pesquisador do Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade Nacional Autônoma do México e professor na Faculdade de Direito. É presidente dos Institutos Iberoamericano e Mexicano de Direito Processual Constitucional. Professor visitante da Academia de Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário da Faculdade de Direito da Universidade de Washington. É autor de diversas publicações em direito constitucional, processual, *amparo* e Direitos Humanos.

Marie-Christine Fuchs (Alemanha)

Advogada alemã (Rechtsanwältin, Berlim) e Doutora em Direito pela Universidade de Saarlandes, Saarbrücken, Alemanha. Tem um mestrado em Direito Internacional Público, em direito da União Europeia e em Direitos Humanos do Instituto Europeu pela mesma universidade. cursou estudos de licenciatura tanto em direito alemão quanto em direito francês. Desde 2016, é diretora do Programa Estado de Direito para América Latina da Fundação Konrad-Adenauer. De 2011 a 2015, trabalhou como advogada no escritório jurídico internacional Freshfields Bruckhaus Deringer, em Berlim, com especialidade em direito da União Europeia. Anteriormente, foi pesquisadora associada ao Instituto Max Planck de Direito Privado Estrangeiro e Direito Internacional Privado em Hamburgo, Alemanha. Pesquisadora e professora assistente na cátedra de direito da União Europeia e Direito Público europeu do Instituto Europeu da Universidade de Saarlandes.

Daniel Antonio García Huerta (México)

Graduado em Direito pela Universidade Nacional Autônoma do México, mestre em Direitos Humanos e Garantias do Instituto Tecnológico Autônomo do México, mestre em Direitos Humanos pela Universidade de Edimburgo e doutorando em Direito no Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade Nacional Autônoma do México. Realizou estudos de especialização sobre Direitos Humanos em universidades dos Estados Unidos, México, Colômbia e Reino Unido. Atualmente, trabalha como professor e assistente de pesquisa no Departamento de Direito da Universidade Iberoamericana, Cidade do México.

Alejandra Gonza (Argentina)

Advogada pela Universidade Nacional de Tucumán, Argentina. Mestre em Direitos Humanos e Estudos Europeus da Universidade Pontifícia de Salamanca, Espanha. É diretora da Clínica Internacional de Direitos Humanos da Escola de Direito da Universidade de Washington, EUA. Ela também litiga casos no Sistema Interamericano e Universal de Direitos Humanos em temas como direitos dos imigrantes, proteção dos defensores dos Direitos Humanos, desaparecimento forçado, liberdade de expressão, condenação errada e empresas e Direitos Humanos. Anteriormente, foi advogada da CIDH e da Corte IDH. É autora de diversas publicações sobre Direitos Humanos; em 2017, publicou em coautoria com Thomas Antkowiak o livro *The American Convention on Human Rights: Essential Rights* (Oxford University Press).

Marco Huaco Palomino (Peru)

Advogado pela Universidade Nacional Major de San Marcos. Mestre em Proteção Internacional dos Direitos Humanos pela Universidade de Estrasburgo, França; mestre em Gestão Pública pela EUCIM Escola de Negócios de Madri; mestre em Ciências Sociais da Religião pela Universidade de San Marcos. É professor de Direitos Humanos na Faculdade de Direito da Universidade de San Marcos e foi assessor jurídico de organizações indígenas, minorias religiosas e o principal assessor parlamentar da Comissão dos Povos Andinos, Amazônicos e Afroperuanos do Congresso da República do Peru.

Juana María Ibáñez Rivas (Peru)

Advogada pela Pontifícia Universidade Católica do Peru e doutoranda em Direito Internacional e Europeu pela Universidade de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. É consultora especialista em direito internacional dos Direitos Humanos e direito internacional humanitário. É pesquisadora do *Groupe d'Études en Droit International et Latino-Américain de La Sorbonne* (GEDILAS). Anteriormente foi advogada da Corte IDH.

Leonardo Martins (Brasil)

Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo, mestre em Jurisdição Constitucional pela Universidade de Humboldt de Berlim e doutor em Direito Constitucional pela mesma instituição. Tem pós-doutorado pelo Hans Bredow Institute da Universidade de Hamburgo, Alemanha, e pelo Instituto Erich Pommer. Foi professor visitante na Universidade Humboldt de Berlim (2001-2012). Atualmente, é professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. É autor de diversas publicações sobre a teoria e dogmática dos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional comparada.

Javier Mujica Petit (Peru)

Advogado pela Pontifícia Universidade Católica do Peru, mestre em Direitos Humanos pela Universidade de Castilla La Mancha e presidente do Centro de Políticas Públicas e Direitos Humanos (Peru Equidade). É membro da Federação Internacional de Direitos Humanos e faz parte do Conselho Internacional do Consórcio sobre Responsabilidades Extraterritoriais dos Estados.

Claudio Nash Rojas (Chile)

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais e doutor em Direito pela universidade do Chile. É professor da Faculdade de Direito da Universidade do Chile e coordenador acadêmico da Cátedra de Direitos Humanos da Vice-Reitoria de Extensão e Comunicação da mesma universidade. Atualmente, é consultor da Corte IDH e coordenador do Grupo de Estudos Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais do Programa Estado do Direito para América Latina da Fundação Konrad Adenauer.

Alejandra Nuño (México)

Graduada em Direito pelo Instituto Tecnológico de Estudos Superiores do Ocidente e mestre em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Universidade de Essex, Reino Unido. Dirigiu várias organizações da sociedade civil, incluindo o Programa para América Central e México do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL). Foi a quarta Visitadora Geral da Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal e presidente do Conselho Consultivo do Mecanismo de Proteção de Pessoas Defensoras dos Direitos Humanos e Jornalistas no México. Atualmente, é consultora independente sobre Direitos Humanos.

Carlos María Pelayo Möller (México)

Graduado em Direito pela Universidade Autônoma de Sinaloa, mestre em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Universidade de Notre Dame, EUA, e doutor em Direito pelo Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade Nacional Autônoma do México, onde atualmente é pesquisador em tempo integral na área de Direito Constitucional.

Miguel Rábago Dorbecker (México)

Graduado em Direito pelo Instituto Tecnológico de Estudos Superiores do Ocidente, mestre em Estudos Latino Americanos pela Universidade Nacional Autônoma do México, doutor em Direito pela Universidade de Salamanca e pós-doutor pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade do Chile. Atualmente, é líder do grupo Tandem de Investigação sobre o uso do discurso de Direitos Humanos na Colômbia e no México, entre a Universidade dos Andes e o Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional Público de Heidelberg.

María Daniela Rivero (Venezuela)

Advogada pela Universidade Católica Andrés Bello na Venezuela, mestre em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Universidade de Notre Dame, EUA, e mestre em Administração de Organizações sem fins lucrativos da Escola de Negócios Mendoza, da mesma Universidade. Foi advogada da Corte IDH, assessora jurídica do Programa da América Latina e Caribe do Centro de Direitos Reprodutivos, e advogada em Consultores Jurídicos Ayala, Dillon, Fernandez, Linares & Chavero e no Comitê de Vítimas dos Acontecimentos de Fevereiro-Março de 1989 (COFAVIC). Atualmente, é consultora independente em direito internacional dos Direitos Humanos.

Gabriela Rodríguez Huerta (México)

Graduada em Direito pelo Instituto Tecnológico Autônomo do México, mestre e doutora em direito pela Universidade Nacional Autônoma do México. É professora de dedicação exclusiva do Departamento de Direito do ITAM, no qual dirige a Faculdade de Direito e o Mestrado em Direitos Humanos e Garantias. É autora de diversas publicações sobre a recepção do direito internacional nos âmbitos internos, Direitos Humanos, direito internacional humanitário e direito dos tratados.

Oswaldo Ruiz-Chiriboga (Equador)

Mestre em Direito pela Universidade de Utrecht, Holanda, e pela Universidade de Granada, Espanha. Doutor em Direito pela Universidade de Gante, Bélgica. Atualmente, é professor assistente na Universidade da Europa Central. Possui especializações pela Universidade de Alicante, pela Pontifícia Universidade Católica do Equador, pela Universidade Andina Simón Bolívar. Anteriormente, foi advogado sênior da Corte IDH e do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL). É autor de diversas publicações sobre os direitos dos povos e comunidades indígenas e tribais e dos Direitos Humanos.

Néstor Pedro Sagüés (Argentina)

Doutor em Direito pela Universidade Madrid e pela Universidade Nacional do Litoral, Argentina. É professor emérito da Universidade de Buenos Aires e Catedrático da Universidade Católica Argentina. É professor da pós-graduação nas Universidades Austral, em Buenos Aires, e Panamericana, na Cidade do México. É presidente do Centro Argentino de Direito Processual e Constitucional, presidente honorário da Associação Argentina de Direito Constitucional e do Instituto Ibero-americano de Direito Processual Constitucional. Destaca-se por seus doze doutorados *honoris causa* e outros tantos professorados honorários. Publicou dezenas de livros sobre Direito Político e Processual Constitucional. Foi condecorado com a medalha de honra pelo Tribunal Constitucional do Peru.

Daniela Salazar Marín (Equador)

Advogada pela Universidade San Francisco de Quito e mestre em Direito pela Universidade de Columbia, EUA. Atualmente, é professora e Vice-Reitora do Colégio de Jurisprudência da Universidade de San Francisco de Quito, na qual também trabalha como do-diretora da Clínica Jurídica. Trabalhou como especialista em Direitos Humanos na CIDH e foi consultora para a Oficina do Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, da Unesco, da Cruz Vermelha Internacional, da Human Rights Watch, do Centro de Estudos em Liberdade de Expressão e Acesso à Informação, entre outros.

Luz María Sánchez Duque (Colômbia)

Advogada pela Universidade de Caldas, Colômbia, mestre em Direito pela Universidade Nacional da Colômbia e doutora em Ciência Política pela Universidade de Massachusetts-Amherst, na qual também é professora assistente nas áreas de Estudos Legais e Teoria Política. Anteriormente, trabalhou como pesquisadora no Centro de Estudos Dejusticia em Litígios de Interesse Público e pesquisas sobre justiça transicional. Contribuiu com o Centro Nacional de Memória Histórica na elaboração de relatórios sobre Direito Penal e Sistema Judicial no conflito armado Colombiano. É coautora do livro *Justiça para a Paz. Crimes atroztes, direito e a justiça e a paz negociadas*, editado por Dejusticia.

Christian Steiner (Alemanha)

Doutor em Direito pela Universidade J. W. Goethe em Frankfurt, Alemanha, Rechtsanwalt (Berlim) e advogado (Sevilha). De 2009 a 2016 foi diretor do Programa Estado de Direito para América Latina da Fundação Konrad Adenauer. Anteriormente, foi consultor do UNODC Global Programme for Promoting a Culture of Lawfulness, assessor jurídico do Tribunal Constitucional da Bósnia e Herzegovina (BH) e do Escritório do Alto Representante da Comunidade Internacional da BH. Atualmente, atua em tempo parcial, como professor associado do departamento de Direito da Universidade Pablo de Olavide em Sevilla e, principalmente, como consultor e advogado do MIDEAST | LAW, assessorando empresas na região do Oriente Médio e Norte da África.

Liliana Tojo (Argentina)

Advogada pela Universidade de Buenos Aires. É diretora do programa do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) responsável pelo projeto SUMMA/El SIDH, litigante perante a CIDH e a Corte IDH, e professora do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Nacional de La Plata, Argentina, e do Programa de Atualização em Gênero e Direito da Universidade de Buenos Aires.

Rodrigo Uprimny Yepes (Colômbia)

Advogado Colombiano com doutorado em Economia. É catedrático emérito da Universidade Nacional da Colômbia, pesquisador do Centro de Estudos Dejusticia e membro do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Foi magistrado auxiliar e encarregado da Corte Constitucional da Colômbia. É autor de numerosos artigos e livros sobre Direitos Humanos.

G. Patricia Uribe Granados (México)

Graduada em Direito pela Universidade Nacional Autônoma do México, mestre em Estudos Avançados de Direito Internacional Público pela Universidade de Leiden, Holanda, e doutoranda do Centro Grocio para Estudos Legais Internacionais da mesma Universidade. Foi professora assistente em estudos de licenciatura e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Anteriormente, trabalhou como assessora jurídica e investigadora do Programa Estado de Direito para América Latina da Fundação Konrad Adenauer e como assistente de pesquisa do Dr. Eduardo Ferrer-Mac Gregor Poisot, presidente da Corte IDH. É coautora de diversos artigos e livros sobre direito internacional público e Direitos Humanos, como também é coordenadora acadêmica da segunda edição do Comentário à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Carlos J. Zelada (Peru)

Advogado pela Pontifícia Universidade Católica do Peru e mestre em direito pela Universidade de Harvard, EUA. É professor associado e chefe do Departamento Acadêmico de direito da Universidade do Pacífico. Anteriormente, foi especialista da CIDH, membro da equipe jurídica da Organização Panamericana de Saúde e assessor de diversas organizações da sociedade civil vinculadas ao trabalho da Comissão da Verdade e Reconciliação do Peru.

Sumário

PREÂMBULO (Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Carlos María Pelayo Möller)	19
PARTE I	
DEVERES DOS ESTADOS E DIREITOS PROTEGIDOS	31
PARTE I	
CAPÍTULO I - ENUMERAÇÃO DE DEVERES	31
Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos (Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Carlos María Pelayo Möller)	31
Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno (Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Carlos María Pelayo Möller)	70
CAPÍTULO II - DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS	104
Artigo 3. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (Federico Andreu-Guzmán)	104
Artigo 4. Direito à vida (Carlos Ayala Corao, María Daniela Rivero).....	120
Artigo 5. Direito à integridade pessoal (Claudio Nash Rojas).....	152
Artigo 6. Proibição da escravidão e da servidão (Federico Andreu-Guzmán).....	196
Artigo 7. Direito à liberdade pessoal (Jesús María Casal Hernández).....	218
Artigo 8. Garantias Judiciais (Juana María Ibáñez Rivas)	251
Artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade (Thomas Antkowiak, G. Patricia Uribe Granados).....	316
Artigo 10. Direito a indenização (Thomas Antkowiak)	333
Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade (Carlos J. Zelada).....	343
Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião (Marco Huaco Palomino)	367
Artigo 13. Liberdade de Pensamento e de Expressão (Eduardo Bertoní, Daniela Salazar Marín, Carlos J. Zelada).....	399
Artigo 14. Direito de retificação ou resposta (Néstor Pedro Sagüés).....	425
Artigo 15. Direito de reunião (Javier Mujica Petit)	437
Artigo 16. Liberdade de associação (Javier Mujica Petit)	437
Artigo 17. Proteção da família (Mary Beloff).....	470
Artigo 18. Direito ao nome (Mary Beloff)	511
Artigo 19. Direitos da criança (Mary Beloff).....	531
Artigo 20. Direito à nacionalidade (Mary Beloff).....	549
Artigo 21. Direito à propriedade privada (Alejandra Gonza).....	591
Artigo 22. Direito de circulação e de residência (Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque)	636
Artigo 23. Direitos políticos (José Luis Caballero Ochoa, Miguel Rábago Dorbecker, Daniel García Huerta)	660
Artigo 24. Igualdade perante a lei (Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque).....	693
Artigo 25. Proteção judicial (Juana María Ibáñez Rivas).....	724
CAPÍTULO III – DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS	788
Artigo 26. Desenvolvimento progressivo (Christian Courtis).....	788
CAPÍTULO IV – SUSPENSÃO DE GARANTIAS, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO ..	822
Artigo 27. Suspensão de garantias (Gabriela Rodríguez Huerta).....	822
Artigo 28. Cláusula federal (Ariel Dulitzky)	835
Artigo 29. Normas de interpretação (Gabriela Rodríguez Huerta)	854
Artigo 30. Alcance das restrições (Gabriela Rodríguez Huerta)	863
Artigo 31. Reconhecimento de outros direitos (Gabriela Rodríguez Huerta)	867
CAPÍTULO V - DEVERES DAS PESSOAS	870
Artigo 32. Correlação entre deveres e direitos (Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Carlos María Pelayo Möller)	870

PARTE II	
MEIOS DA PROTEÇÃO.....	881
CAPÍTULO VI - ÓRGÃOS COMPETENTES.....	881
Artigo 33 (Liliana Tojo)	881
CAPÍTULO VII - COMISSÃO INTERAMERICANA DE Direitos Humanos.....	881
Seção 1 — Organização (Liliana Tojo)	881
Artigo 34.....	881
Artigo 35.....	881
Artigo 36.....	881
Artigo 37.....	881
Artigo 38.....	882
Artigo 39.....	882
Artigo 40.....	882
Seção 2 — Funções (Liliana Tojo).....	894
Artigo 41.....	894
Artigo 42.....	894
Artigo 43.....	894
Seção 3 — Competência (Liliana Tojo)	907
Artigo 44.....	907
Artigo 45.....	907
Artigo 46.....	907
Artigo 47.....	907
Seção 4 — Procedimento (Liliana Tojo).....	936
Artigo 48.....	936
Artigo 49.....	936
Artigo 50.....	936
Artigo 51.....	937
CAPÍTULO VIII – CORTE INTERAMERICANA	
DE Direitos Humanos (Alejandra Nuño)	946
Seção 1. Organização (Alejandra Nuño)	950
Artigo 52.....	950
Artigo 53.....	950
Artigo 54.....	950
Artigo 55.....	961
Artigo 56.....	963
Artigo 57.....	963
Artigo 58.....	965
Artigo 60.....	967
Seção 2. Competência e Funções (Alejandra Nuño)	975
Artigo 61.....	975
Artigo 62.....	978
Seção 3. Procedimento (Alejandra Nuño)	978
Artigo 66.....	978
Artigo 67.....	978
Artigo 64.....	992
Artigo 65.....	998
Artigo 68.....	1000
Artigo 69.....	1000
Artigo 63.....	1004
CAPÍTULO IV- DISPOSIÇÕES COMUNS (Leonardo Martins,	

Guilherme Arruda Pereira Silva).....	1083
Artigo 70.....	1083
Artigo 71.....	1083
Artigo 72.....	1083
Artigo 73.....	1083
PARTE III	
DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS.....	1095
CAPÍTULO X- ASSINATURA, RATIFICAÇÃO, RESERVA, EMENDA, PROTOCOLO E DENÚNCIA (Gabriela Rodríguez Huerta)	1096
Artigo 74.....	1095
Artigo 75.....	1095
Artigo 76.....	1095
Artigo 77.....	1095
Artigo 78.....	1096
CAPÍTULO XI- DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS (Gabriela Rodríguez Huerta).....	1096
Seção 1 – Comissão Interamericana de Direitos Humanos	936
Artigo 79.....	1096
Artigo 80.....	1096
Seção 2 – Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	936
Artigo 81.....	1096
Artigo 82.....	1096
Seção Especial.....	1113
Jurisprudência da Corte IDH sobre Povos Indígenas e Tribais: Mérito e Reparações (Oswaldo Ruiz Chiriboga, Gina Donoso)	1113
Índice temático	1185

Lista de Siglas

C

- CADH / Pacto de San José** - Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Adotada em San José, Costa Rica na Conferência Interamericana Especializada em Direitos Humanos em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor em 18 de julho de 1978.
- CADHP / Carta de Banjul** - Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos. Adotada em 28 de junho de 1981, entrou em vigor em 21 de outubro de 1986.
- Carta OEA** - Carta da Organização dos Estados Americanos. Adotada em 30 de março de 1948; entrou em vigor em 13 de dezembro de 1951.
- CCT** - Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Adotada pela Resolução nº 39/46 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1984; entrou em vigor em 26 de junho de 1987. 1465 UNTS 85.
- CDC** - Convenção sobre os Direitos da Criança. Adotada pela Resolução nº 44/25 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989; entrou em vigor em 2 de setembro de 1990. 1577 UNTS 3.
- CEDH** - Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 4 de novembro de 1950; entrou em vigor em 3 de setembro de 1953. ETS n.º 5. Modificada pelos Protocolos 11 e 14, completada pelo Protocolo Adicional e os Protocolos 4, 6, 7, 12 e 13. 213 UNTS 222.
- CEDAW** (sigla em inglês) - Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Adotada pela Resolução nº 34/180 Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979; entrou em vigor em 3 de setembro de 1981. 1249 UNTS 13.
- CER** - Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados. Adotada pela Conferência de Plenipotenciários sobre o estatuto dos refugiados e dos apátridas da Organização das Nações Unidas em Genebra, Suíça, em 28 de julho de 1951; entrou em vigor em 22 de abril de 1954. 189 UNTS 137.
- CIDFP** - Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas. Adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994; entrou em vigor em 28 de março de 1996.
- CIEFPD** - Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência. Adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos na Cidade de Guatemala, Guatemala, em 7 de junho de 1999; entrou em vigor em 14 de setembro de 2001.
- CIEFDR** - Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Adotada pela Resolução nº 2106 A (XX) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965; entrou em vigor em 4 de janeiro de 1969. 660 UNTS 195.
- CIJ** - Corte Internacional de Justiça. É uma corte internacional permanente e o principal órgão judicial da Organização das Nações Unidas. Foi estabelecida em junho de 1945 pela Carta das Nações Unidas. O trabalho da Corte Internacional de Justiça é determinar, de acordo com o direito internacional, disputas legais submetidas a ela pelos Estados e emitir pareceres consultivos sobre questões legais que lhe dizem respeito, pelos órgãos das Nações Unidas e as agências especializadas. É composta por quinze juízes que atuam em caráter pessoal. Sua sede está localizada em Haia, nos Países Baixos.

- CIPDTMF** - Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migratórios e de seus Familiares. Aprovada pela Resolução nº 45/158 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1990; entrou em vigor em 1 de julho de 2003. 2220 UNTS 3.
- CIPPDF** - Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados. Adotada pela Resolução nº 61/177 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 20 de dezembro de 2006; entrou em vigor em 23 de dezembro de 2010. Registro das Nações Unidas 48088.
- CIPST** - Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura. Adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em Cartagena das Índias, Colômbia, em 9 de dezembro de 1985; entrou em vigor em 28 de fevereiro de 1987.
- Comissão DHONU** - Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Órgão criado pela Carta das Nações Unidas. A Comissão DHONU foi estabelecida em 1946 para determinar a estrutura judicial e internacional para a proteção dos direitos e liberdades fundamentais. Foi composta por 53 Estados membros eleitos pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. Em 27 de março de 2006 celebrou sua última sessão e foi substituída pelo Conselho DHONU.
- Comissão IDH (ou CIDH)**- Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Principal órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos, encarregada da promoção e proteção dos Direitos Humanos no continente americano. Está composta por sete membros independentes que atuam de forma pessoal e sua sede está em Washington, D.C., Estados Unidos. Foi criada pela OEA em 1959 e juntamente à Corte Interamericana de Direitos Humanos, é uma instituição do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos,
- Comitê DESCONU** - Comitê de Direitos Econômicos e Culturais da Organização das Nações Unidas. Órgão de tratado estabelecido pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através da Resolução nº1985/17 de 28 de maio de 1985. Está composto por 18 especialistas independentes para monitorar a implementação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
- Comitê DHONU** - Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Órgão de tratado estabelecido conforme o artigo 28 do Pacto Internacional de Direitos Civis. Está composto por 18 especialistas independentes e tem como função supervisionar a aplicação do Pacto por seus Estados Partes.
- Conselho DHONU** - Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Órgão baseado na Carta das Nações Unidas. Foi criado pela Resolução nº60/251 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 15 de março de 2006 para substituir a Comissão DHONU. É um órgão intergovernamental composto por 47 Estados membros eleitos pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Está encarregado da promoção e proteção dos Direitos Humanos em todo mundo e para cumprir com seu trabalho conta com órgãos subsidiários, mecanismos subsidiários de especialistas, foros, grupos de trabalho intergovernamentais de composição aberta e procedimentos especiais.
- Convenção de Belém do Pará** - Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher. Adotada em 9 de junho de 1994; entrou em vigor em 5 de março de 1995.
- Corte IDH** - Corte Interamericana de Direitos Humanos. É uma corte permanente regional e um órgão judicial autônomo da Organização dos Estados Americanos. Foi estabelecida em 1979 para interpretar e determinar violações à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual é seu instrumento constitutivo. Está integrada por sete juízes que exercem essa função em caráter pessoal. Possui duas funções: contenciosa e consultiva; em conjunto com a Comissão Interamericana de

Direitos Humanos, é uma instituição do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Sua sede é em San José, Costa Rica.

CVDT - Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados. Adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre o Direito de Tratados em 22 de maio de 1969, entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980. 1155 UNTS 331.

CVRC - Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre Relações Consulares em 22 de abril de 1963; entrou em vigor em 19 de março de 1967. 596 UNTS 261.

D

DADDH - Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Aprovada pela Conferência Internacional Americana em 2 de maio de 1948.

DIDH - Direito Internacional dos Direitos Humanos. Instrumentos e instituições estabelecidas no marco dos sistemas regionais de Direitos Humanos e no sistema universal para a promoção e defesa dos Direitos Humanos no mundo.

DIH - Direito Internacional Humanitário. Conjunto de regras que buscam, por razões humanitárias, limitar os efeitos dos conflitos armados. A maior parte do direito internacional humanitário se encontra nos quatro Convênios de Genebra de 1949, os quais desenvolveram-se posteriormente por dois protocolos adicionais de 1977, relativos a proteção das vítimas de conflitos armados. Desta forma, existem outros acordos que proíbem o uso de certas armas e técnicas militares e protegem certa categoria de indivíduos e bens.

DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos. Aprovada mediante a Resolução nº217 A (III) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

E

Estatuto da Comissão IDH - Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Aprovado mediante Resolução nº 447 adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em seu nono período ordinário, celebrado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979.

O

OEA - Organização dos Estados Americanos. Organismo regional criado em 1948 com o objetivo de alcançar em seus Estados membros “uma ordem de paz e justiça, fomentar sua solidariedade, fortalecer sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência”, em conformidade com o artigo 1 da Carta da OEA. Seus principais pilares são a democracia, os Direitos Humanos, a segurança e o desenvolvimento. A OEA reúne 35 Estados das Américas e constitui o principal fórum governamental, político, jurídico e social do Hemisfério.

OIT - Organização Internacional do Trabalho. Foi fundada em 1919 e, em 1946 converteu-se na primeira agência da Organização das Nações Unidas. Possui caráter tripartite, reúne governos, empregadores e trabalhadores de 187 Estados membros a fim de estabelecer normas de trabalho, formular políticas e elaborar programas promovendo o trabalho decente de mulheres e homens.

ONU - Organização das Nações Unidas. É uma organização global estabelecida em 1945, cujos objetivos são a manutenção da paz e da segurança internacional, fomentar relações de amizade entre as nações, a cooperação internacional na solução de problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário e ser um fórum global para a realização destes fins. É composta por seis órgãos principais (Assembleia Geral, Conselho de Segurança, Conselho de Administração Fiduciária, Conselho Econômico e Social, Corte Internacional de Justiça e Secretariado), assim como diversas agências especializadas. Atualmente conta com 193 Estados Membros.

P

PIDCP - Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Adotado pela Resolução nº 2200A (XXI) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966; entrou em vigor em 23 de março de 1976. 999 UNTS 171.

PIDESC - Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotado pela Resolução nº2200A (XXI) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976. 993 UNTS 3.

Protocolo de São Salvador - Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotado pela Resolução da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988; entrou em vigor em 16 de novembro de 1999.

R

Regulamento da Comissão IDH - Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Aprovado pela CIDH em sua 137ª sessão regular, realizada entre 28 de outubro a 13 de novembro de 2009, e modificado em 2 de setembro de 2011, e em sua 147ª sessão regular, celebrada de 8 a 22 de março de 2013; entrada em vigor em 1 de agosto de 2013.

Regulamento da Corte IDH - Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Aprovado pela Corte IDH em seu LXXXV período ordinário de sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009.

S

SEDH - Sistema Europeu de Direitos Humanos. Conjunto de instrumentos e instituições estabelecidos no marco do Conselho da Europa para a promoção, proteção e defesa dos Direitos Humanos no continente europeu.

SIDH - Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Conjunto de instrumentos e instituições estabelecidos no marco da União Europeia para a promoção, proteção e defesa dos Direitos Humanos no continente americano.

T

TEDH - Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Corte internacional permanente estabelecida em 1959. Sua função é interpretar e determinar as violações aos direitos estabelecidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Tem duas funções: contenciosa e consultiva. Está integrada por 47 juízes que exercem essa função em caráter pessoal. Sua sede é em Estrasburgo, França.

TPI - Tribunal Penal Internacional. É uma corte internacional permanente com jurisdição sobre quatro crimes: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão. Seu instrumento constitutivo é o Estatuto de Roma, adotado em 17 de julho de 1998 em Roma, Itália, pela Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas para o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional. Iniciou suas funções em 2002 e é composto por quatro órgãos: a Presidência, uma seção de questões preliminares, uma seção de primeira instância e uma seção de apelações; a Promotoria e a Secretaria. Tem sua sede em Haia, Países Baixos.

TPIEY - Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Tribunal internacional estabelecido pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas para determinar crimes de guerra que ocorreram durante o conflito nos Balcãs na década de 90. Seu mandato iniciou em 1993 e concluiu em 2017. Atualmente algumas funções do Tribunal foram assumidas pelo Mecanismo Residual para os Tribunais Internacionais, entre elas o rastreamento e busca de fugitivos, procedimentos de apelação pendentes, procedimentos de revisão, juízos relacionados com os delitos contra a administração da justiça, casos referidos às jurisdições nacionais.

TPIR - Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Tribunal internacional estabelecido pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, para perseguir e sancionar as pessoas responsáveis pelo genocídio e outras sérias violações de direito internacional humanitário, cometidas no território de Ruanda e outros Estados vizinhos de 1 de janeiro de 1994 a 31 de dezembro de 1994. Seu mandato finalizou em 2015. Atualmente algumas funções do Tribunal foram assumidas pelo Mecanismo Residual para os Tribunais Internacionais, entre elas o rastreamento e busca de furtivos, procedimentos de apelação pendentes, procedimentos de revisão, juízos relacionados com os delitos contra a administração da justiça, casos referidos às jurisdições nacionais.

PREÂMBULO

Os Estados americanos signatários da presente Convenção,

Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem;

Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional;

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e

Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma convenção interamericana sobre Direitos Humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria,

Convieram no seguinte:

[...]

BIBLIOGRAFIA

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C n.º 4. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C n.º 52. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C n.º 154. Doravante: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C n.º 158. Doravante: Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C n.º 162. Doravante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Boyce e outros vs. Barbados*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2007. Série C n.º 169. Doravante: Corte IDH. *Caso Boyce e outros vs. Barbados*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C n.º 186. Doravante: Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008.

Preâmbulo

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C n.º 209. Doravante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C n.º 213. Doravante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C n.º 214. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C n.º 215. Doravante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C n.º 216. Doravante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2010. Série C n.º 217. Doravante: Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C n.º 218. Doravante: Corte IDH. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C n.º 219. Doravante: Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C n.º 220. Doravante: Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010.

Pareceres consultivos

Corte IDH. *O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. Série A. n.º 2. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-2/82. *O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1982.

Corte IDH. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas (Arts. 13 e 29 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A n.º 5. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC5/85. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas*. 1985.

Corte IDH. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A n.º 6. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1986.

Documentos adotados no bojo de organizações internacionais

Organização dos Estados Americanos (OEA)

OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Referências acadêmicas

CIANCIARDO, J. (coord.) *Humana iura. Realidad e implicaciones de los derechos humanos*. Natura, ius, ratio. Universidad de Piura, Peru, 2005.

GARCÍA ROCA, J. “El preâmbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional de orden público europeo”, in GARCÍA ROCA, J. e SANTOLAYA, P. (coords.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2ª ed., Madrid, CEPC, 2009.

GARDINER, R. *Treaty Interpretation*. Oxford University Press, Nueva York, 2008.

MASSINI, C. I. *Filosofia del derecho. El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

REY ANAYA, Á. M., e REY CANTOR, E. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Temis, Bogotá, 2008.

Sumário

1. Introdução	21
2. A formação do SIDH	21
2.1. A OEA	21
2.2. A Carta da OEA (1948)	22
2.3. Reformas na Carta da OEA	23
3. A função dos preâmbulos nos tratados internacionais.....	24
4. Os elementos do Preâmbulo do Pacto de San José	25
5. Considerações finais	29

1. Introdução

Este comentário oferecerá um panorama geral das ideias e conceitos mais relevantes contidos no Preâmbulo da CADH. Por isso, em primeiro lugar, será feita uma resenha do itinerário histórico que iniciou com a formação da OEA e concluiu com a assinatura do Pacto de San José em 1969 e o início das funções da CIDH e da Corte IDH. Logo após, far-se-á menção a cada um dos conceitos integrados no Preâmbulo objeto de nossa análise, como as instituições democráticas, os atributos da pessoa humana, a proteção internacional, entre outros. Por fim, se afirmará o papel e propósito do Preâmbulo do Pacto de San José, de acordo com os comentários, citações jurisprudenciais e doutrinárias que ofereceremos nas próximas seções.

2. A formação do SIDH

A CADH é o resultado de um caminho longo e acidentado, mas muito frutífero, no qual uma aspiração comum por parte da maioria das nações integrantes do Continente permitiu gradativamente a consumação de um objetivo nobre e esperançoso: o fortalecimento da defesa dos Direitos Humanos no território americano.

No interessante itinerário histórico da formação da SIDH se destacam, particularmente, a criação da OEA, bem como a sua Carta, a qual foi reformada em quatro ocasiões pelo Protocolo de Buenos Aires (1967), Protocolo de Cartagena das Índias (1985), Protocolo de Washington (1992) e o Protocolo de Manágua (1993). Ainda mais importante para o tema referido é fazer menção à concepção e nascimento da CADH (1969). Para tanto é particularmente importante recorrer aos documentos que fazem referência aos trabalhos preparatórios de sua formação. Sobre todos estes antecedentes, sem mais delongas, trataremos abaixo.

2.1. A OEA

A OEA é um organismo regional com sede na cidade de Washington, DC. Sua origem se remonta à Primeira Conferência Internacional Americana que aconteceu entre 1889 e 1890 na capital estadunidense, quando foi acordado formar a União Internacional das Repúblicas Americanas e a Agência Comercial das Repúblicas Americanas. Na sequência, a Agência Comercial das Repúblicas Americanas se transformou na União Panamericana, através de uma resolução da IV Conferência Interamericana celebrada em 1910, em Buenos Aires, Argentina, e esta, por sua vez, na OEA, na qual ficou constituída na IX Conferência Internacional celebrada em 30 de abril de 1948 em Bogotá, Colômbia. Nesta

conferência foram assinadas a Carta da OEA, sobre a qual nos referimos a seguir, e a Declaração Americana dos Direitos do Homem.¹

2.2. A Carta da OEA (1948)

Na referida IX Conferência Internacional Americana firmou-se a Carta da Organização dos Estados Americanos, que entrou em vigor em 1951. Os países signatários foram Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela. O ordenamento dos vinte e dois capítulos também é composto por um preâmbulo que destaca um elemento que permanece na CADH em vigor hoje, especificamente, o objetivo de consolidar “dentro do marco das instituições democráticas um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado em respeito dos direitos essenciais do homem”. Os propósitos dos Estados firmantes dessa carta foram “conseguir uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência”. Desta forma, o artigo terceiro, afirma o princípio da proclamação “[d]os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo”.

O artigo 34 é particularmente interessante, embora não seja explicitamente qualificado como itinerário para permitir “a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, tanto como de seus direitos civis e políticos” (assim como aparece na CADH vigente), estabelecem-se metas para alcançar “os objetivos básicos de desenvolvimento integral”, como são a distribuição equitativa da renda nacional; a modernização da vida rural; a materialização de salários justos, oportunidades de emprego e condições de trabalho aceitáveis para todos; a rápida erradicação do analfabetismo; a possibilidade de ascensão, por todos os setores da população, uma habitação adequada, etc.²

É importante mencionar, em relação a essa ordem internacional, que em seu artigo 53 a CIDH é apresentada como órgão da OEA que, em conformidade com o artigo 106, “terá por principal função promover o respeito e a defesa dos Direitos Humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria”. Além do mais, o segundo parágrafo no mesmo artigo que estabelece que “uma convenção interamericana sobre Direitos Humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria” que deve ser considerado um momento decisivo para a formação da CIDH. Finalmente, estabelece o artigo

-
- 1 Esta declaração oferece um preâmbulo que enfatiza em especial o caráter inato da dignidade humana “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros. O cumprimento do dever de cada um é exigência do direito de todos. Direitos e deveres integram-se correlativamente em toda a atividade social e política do homem. Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade. Os deveres de ordem jurídica dependem da existência anterior de outros de ordem moral, que apóiam os primeiros conceitualmente e os fundamentam. É dever do homem servir o espírito com todas as suas faculdades e todos os seus recursos, porque o espírito é a finalidade suprema da existência humana e a sua máxima categoria. É dever do homem exercer, manter e estimular a cultura por todos os meios ao seu alcance, porque a cultura é a mais elevada expressão social e histórica do espírito. E, visto que a moral e as boas maneiras constituem a mais nobre manifestação da cultura, é dever de todo homem acatar-lhe os princípios.”
 - 2 Carta da Organização dos Estados Americanos. Capítulo VII. Artigo 34. “Os Estados membros convêm em que a igualdade de oportunidades, a eliminação da pobreza crítica e a distribuição equitativa da riqueza e da renda, bem como a plena participação de seus povos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento, são, entre outros, objetivos básicos do desenvolvimento integral. Para alcançá-los convêm, da mesma forma, em dedicar seus maiores esforços à consecução das seguintes metas básicas:[...] b) Distribuição equitativa da renda nacional; [...] d) Modernização da vida rural e reformas que conduzam a regimes equitativos e eficazes de posse da terra, maior produtividade agrícola, expansão do uso da terra, diversificação da produção e melhores sistemas para a industrialização e comercialização de produtos agrícolas, e fortalecimento e ampliação dos meios para alcançar esses fins; [...] g) Salários justos, oportunidades de emprego e condições de trabalho aceitáveis para todos; h) Rápida erradicação do analfabetismo e ampliação, para todos, das oportunidades no campo da educação; [...] k) Habitação adequada para todos os setores da população”.

145 que “Enquanto não entrar em vigor a convenção interamericana [...] a que se refere o Capítulo XV, a [...] Comissão Interamericana [...] velará pela observância de tais direitos”.

2.3. Reformas na Carta da OEA

2.3.1. O Protocolo de Buenos Aires (1967)

A carta da OEA, que entrou em vigência em 1951, foi emendada em 1967 na Argentina, pelo protocolo de Reformas na Carta da OEA o “Pacto de Buenos Aires”, no marco da terceira conferência Interamericana Extraordinária, que entrou em vigor em 1970. Neste documento, o então breve regulamento da CIDH passou do capítulo XV da classificação de 1948 para o capítulo XVIII. Da mesma forma, o Conselho Permanente recebeu o poder de apresentar observações à Assembleia Geral sobre os relatórios da CIDH.³

Os estados membros da OEA se reuniram novamente em 1985, no marco do XIV Período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral, ocorrido na cidade de Cartagena das Índias, Colômbia, para reformar a Carta Americana. Cabe destacar que o grupo de reformas comentadas foram realizadas dezesseis anos após a assinatura do Pacto de San José, o que comentaremos na seguinte seção.

A carta foi reformada substancialmente na seção correspondente ao Preâmbulo, fazendo referências explícitas à necessidade de “oferecer ao homem uma terra de liberdade e um ambiente favorável ao desenvolvimento de sua personalidade e à realização de suas justas aspirações”, a aspiração de renascer as democracias representativas pois são uma “condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região” e de consolidar neste continente “um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”.⁴

2.3.2. O Protocolo de Washington (1992)

Em 14 de dezembro de 1992, no marco do XVI Período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral, na cidade de Washington, D.C., a Carta da OEA foi reformada novamente. Em síntese, as reformas se referem principalmente aos membros da Organização “cujo governo democraticamente constituído seja deposto pela força, poderá ser suspenso do exercício de direito de participação nas sessões da Assembleia Geral”. Entre outros artigos, nenhum faz referência direta ao SIDH.

2.3.3. O Protocolo de Manágua (1993)

Em 10 de junho de 1993 a Assembleia Geral da OEA celebrou o XIX Período Extraordinário de Sessões na cidade de Manágua, Nicarágua, para reformar diversas disposições da Carta Interamericana, das quais nenhuma corresponde à CIDH ou ao sistema de defesa dos direitos estabelecidos dezessete anos antes.

3 Carta da Organização dos Estados Americanos. Capítulo XII. Artigo 91. “Compete também ao Conselho Permanente: [...] f) apresentar à Assembleia Geral as observações e recomendações que julgue pertinentes”.

4 O preâmbulo ficou redigido da seguinte maneira: “EM NOME DOS SEUS POVOS, OS ESTADOS REPRESENTADOS NA NONA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA, Convencidos de que a missão histórica da América é oferecer ao Homem uma terra de liberdade e um ambiente favorável ao desenvolvimento de sua personalidade e à realização de suas justas aspirações; Conscientes de que esta missão já inspirou numerosos convênios e acordos cuja virtude essencial se origina do seu desejo de conviver em paz e de promover, mediante sua mútua compreensão e seu respeito pela soberania de cada um, o melhoramento de todos na independência, na igualdade e no direito; Seguros de que a democracia representativa é condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região; Certos de que o verdadeiro sentido da solidariedade americana e da boa vizinhança não pode ser outro senão o de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem; Persuadidos de que o bem-estar de todos eles, assim como sua contribuição ao progresso e à civilização do mundo exigirá, cada vez mais, uma intensa cooperação continental; Resolvidos a perseverar na nobre empresa que a Humanidade confiou às Nações Unidas, cujos princípios e propósitos reafirmam solenemente; Convencidos de que a organização jurídica é uma condição necessária à segurança e à paz, baseadas na ordem moral e na justiça; e De acordo com a Resolução IX da Conferência sobre Problemas da Guerra e da Paz, reunida na cidade do México.”.

2.3.4. A CADH (1969)

Na segunda Conferência Interamericana Extraordinária, celebrada no Rio de Janeiro em novembro de 1965, foi decidido encomendar ao Conselho da OEA que atualizar e completar o projeto da Convenção dos Direitos Humanos elaborada pelo Conselho Interamericano de Jurisconsultos em 1959, para que, uma vez revisado, e com o parecer prévio da CIDH, o projeto fosse submetido aos governos para formular as observações e emendas que considerassem pertinentes e, posteriormente, convocar uma conferência especializada interamericana sobre Direitos Humanos. A atualização e complementação do projeto apresentou a primeira parte em 4 de novembro de 1966 e a segunda em 10 de abril de 1967. Desta forma, os governos do Uruguai, Chile, Argentina, República Dominicana, Estados Unidos, México, Equador, Guatemala e Brasil formularam observações durante o transcurso de três meses a partir de 7 de junho de 1967.⁵

Assim, em 12 de fevereiro de 1969 o Conselho da OEA decidiu convocar a conferência Especializada sobre Direitos Humanos “para que considere o projeto de Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de havia sido elaborado de acordo com a resolução XXIV da Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, assim como as observações e ementas formuladas pelos governos e decida sobre a aprovação e assinatura da Convenção”. Finalmente, em 21 de agosto de 1969 o referido conselho aprovou “a celebração da Conferência Especializada sobre Direitos Humanos na cidade de San José, Costa Rica, durante o período de 7 a 22 de novembro de 1969”.⁶

Conforme registrado nas atas da Conferência, opiniões inteligentes e prudentes foram expressas pelos representantes das vinte e seis nações que participaram desse fórum transcendente, com ênfase especial nos comentários relacionados à formação do preâmbulo da Convenção Americana. Especificamente, os especialistas que participaram da referida conferência foram: Gonzalo García Bustillos (Venezuela), Antonio Martínez Báez (México) e Juan Isaac Lovato (Equador) – respectivamente, presidente, vice presidente e relator da Conferência, assim como os senhores Manuel Castro R. (El Salvador), Pedro Pablo Camargo (Colômbia), George Collymore (Trindade e Tobago), Richard D. Kearney (Estados Unidos), Eliseo Pérez Caldaso (Honduras), Juan Alberto Llanes (Paraguai), Narciso E. Garay (Panamá), Raúl A. Quijano (Argentina), Carlos A. Dunshee de Abranches (Brasil), Mario Artaza (Chile), Julho César Lupinacci (Uruguai), Luis Aycinena S. (Guatemala), Santos Vanegas Gutiérrez (Nicarágua), Víctor Fernández Dávila (Peru), Ignacio Arcaya (Venezuela), Alfósina de Chavarria (Costa Rica), Rafael Urquía (Secretário Geral Adjunto da OEA), Guillermo Cabrera (Assessor Técnico da Conferência) e Alfredo Pérez Zaldívar (Secretário de Atas).⁷

3. A função dos preâmbulos nos tratados internacionais

A CVDT de 1969 dedica seus artigos 31, 32 e 33 a explicar como se deve realizar a interpretação de instrumentos internacionais. Nesse sentido, em seu artigo 31, parágrafo 2º, a Convenção de Viena declara que o contexto de um tratado incluirá, além do texto, seu preâmbulo e, quando apropriado, os anexos, incluindo outros elementos.⁸ Essa norma complementa a que se enuncia no parágrafo 1º do mesmo artigo, que dispõe que os tratados devem ser interpretados de boa fé “segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”.⁹ A relevância do

5 OEA. *Conferência Especializada em Direitos Humanos*, San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XXVI/1.2, p. 1.

6 *Ibidem*, pp. 2-3.

7 OEA. *Conferencia Especializada en Derechos Humanos*, op. cit., p. 141.

8 García Roca, J. “El preâmbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional de orden público europeo”, in García Roca, J. e Santolaya, P. (coords.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2ª ed., Madri, CEPC, 2009, pp. 27-28.

9 *Idem*.

preâmbulo dos tratados internacionais de Direitos Humanos é indiscutível, já que geralmente se referem a um contexto hermenêutico do qual o tratado deve ser entendido antes de interpretar suas normas.¹⁰

Nos tratados internacionais, o Preâmbulo geralmente consiste em uma enumeração detalhada de motivações, objetivos e considerações que são estabelecidas como ideias que foram consideradas em seu processo de criação.¹¹ Da mesma forma, aceita-se que os preâmbulos têm um significado textual e teleológico. Seu significado textual faz parte de um aparato para selecionar e modificar o significado dos termos comuns utilizados. Por outro lado, quando as intenções e os objetivos de um tratado são estabelecidos, os preâmbulos geralmente ajudam a identificar o objeto e a finalidade do mesmo. No entanto, não se deve presumir que todos os preâmbulos tenham o mesmo valor. Alguns são negociados com muito cuidado; outros, ao contrário, são colocados sem tantas previsões.¹² No caso dos tratados multilaterais modernos mais importantes, onde há bons registros da história das negociações, os travaux préparatoires revelam o cuidado que foi colocado na elaboração dos preâmbulos.¹³

Na doutrina mais aceita no âmbito do direito internacional público, a enumeração que se realiza nos preâmbulos não é o lugar adequado para descrever obrigações, estas se encontram usualmente na parte operativa dos artigos do tratado ou inclusive em seus anexos. Porém, tem sido consistentemente aceitado que os preâmbulos possam impor compromisso interpretativos.¹⁴

Assim, as disposições substantivas terão usualmente uma maior clareza e precisão que o estabelecido no preâmbulo. Não obstante, se alguma dúvida surgir sobre o significado de uma provisão substantiva, o Preâmbulo poderia justificar uma interpretação mais ampla do referido preceito ou, ao menos, poderia servir como fundamento para rejeitar uma interpretação mais restritiva.¹⁵

4. Os elementos do Preâmbulo do Pacto de San José

O Preâmbulo da CADH:

contém os princípios e valores (desde o ponto de vista filosófico) que iluminam o texto da Convenção. No seu segundo considerando, se afirma que o reconhecimento dos direitos essenciais do homem tem como fundamento os atributos da pessoa humana, razão pela qual justificam uma proteção internacional, de natureza convencional coadjuvante ou complementar daquela oferecida no direito interno dos Estados americanos. É claro que a proteção se conquista com órgãos internacionais competentes (complementares aos tribunais e juízes internos dos Estados), o que permite inferir que a parte processual da Convenção se alinha com esses princípios e valores que nutrem a atividade dos órgãos internacionais encarregados de verificar o cumprimento das obrigações internacionais contraídas pelos Estados, em relação com os Direitos Humanos enumerados na parte substantiva.¹⁶

Na primeira sessão da Comissão encarregada da revisão do projeto da Convenção Americana, ocorrida em 10 de novembro de 1969, foi proposto às delegações começar estudando os artigos do projeto de Convenção e deixar a discussão do Preâmbulo para o final, pois, desta forma, uma vez acordados os elementos de cada um dos artigos da nascente Convenção, a discussão sobre o preâmbulo

10 García Roca, J. "El preâmbulo contexto hermenêutico del Convenio: un instrumento constitucional de orden público europeo". *Op. cit.*, p. 52.

11 Gardiner, R. *Treaty Interpretation*. Oxford University Press, Nova York, 2008, p. 186.

12 *Idem*.

13 *Idem*.

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem*, p. 187.

16 Rey Anaya, Á. M., e Rey Cantor, E. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Temis, Bogotá, 2008, p. 29.

seria realizada com a intenção de dar um significado geral, através de princípios e valores, aos direitos garantidos no ordenamento interamericano. Esta proposta, depois de ser amplamente discutida, foi aprovada.¹⁷

Posteriormente, na sessão do mesmo dia, o professor René Cassin, vencedor do prêmio Nobel da Paz e conhecido como um dos principais redatores do Preâmbulo do projeto da Convenção, defendeu “a conveniência de mencionar, no preâmbulo da futura convenção, a Declaração Universal adotada em 1948 pelas Nações Unidas”, especificamente no parágrafo 3:

o qual tem como título a Organização Americana e a Declaração Americana. Essa referência ao instrumento que primeiro consagrou a universalidade dos esforços da humanidade deve justificadamente ser intercalada entre a referência aos instrumentos americanos e a de outros instrumentos universais ou regionais, que não são especificamente mencionados.¹⁸

Em 18 de novembro de 1969 concluiu-se o estudo e a aprovação do artigo encomendado para a primeira comissão e, nesse mesmo dia passou-se ao estudo e à discussão do Preâmbulo. Desta forma, com esse projeto, a delegação da Colômbia apresentou outro projeto de Preâmbulo. Este último, apesar de sofrer várias alterações propostas por delegados, foi rejeitado. Logo após, o senhor Mario Artaza, delegado do Chile, propôs que fosse incorporado, antes do último parágrafo do projeto original, o seguinte texto: “reiterando que, de acordo com a DUDH, apenas pode realizar-se o ideal de ser humano livre, isento de medo e miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, tais como de seus direitos civis e políticos”. Com isso, o senhor Dunshee de Abranches, delegado do Brasil, reiterou - fazendo referência ao discurso do professor Cassin - que era conveniente mencionar explicitamente a DUDH. Depois do encerramento do debate, o Presidente submeteu ambas propostas a votação, que foram aprovadas por unanimidade.¹⁹

O Preâmbulo aprovado começa afirmando que os Estado firmantes da CADH reafirmam seu propósito de consolidar no continente um regime de liberdade pessoal e justiça social, o qual deve ser entendido no quadro das instituições democráticas. As referências à ideia de sociedade democrática aparecem várias vezes no artigo da Convenção. Assim, o artigo 15 estabelece que o exercício do direito de reunião somente pode ser restringido em casos previstos em lei que sejam necessárias “em uma sociedade democrática”. A mesma condição se estabelece no artigo 16.2. para a restrição do direito de livre associação livremente e no artigo 22.3 com respeito ao direito de circulação e residência. No artigo 29, que faz referência às normas de interpretação da Convenção, se estabelece que nenhuma disposição pode ser interpretada no sentido de “excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo”. Finalmente, no artigo 32, que se refere à correlação entre deveres e direitos, se estabelece que “os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática”.

A propósito da noção de instituições democráticas, referida no Preâmbulo da Convenção, também deve ser citado o artigo 23 da mesma, o qual refere-se aos direitos políticos, especificamente, de “participar na direção dos assuntos políticos”, “votar e ser eleito em eleições periódicas autênticas” e “ter acesso [...] às funções públicas de seu país”. Porém, a ideia de instituições democráticas não se restringe aos direitos estabelecidos nesse artigo. Desta forma, por exemplo, o juiz Roux Rengifo entendeu: “o preâmbulo da Convenção Americana começa fazendo referência às instituições democráticas, como marco geral do regime de liberdades e direitos que buscam consolidar a própria Convenção [...] Estas previsões [...] expressam um compromisso da Convenção com a democracia política representativa que vai além do que poderia ser compreendido apenas do artigo 23, referente aos direitos políticos do indivíduo (votar e ser eleito, etc.)”.²⁰

17 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 142.

18 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 153.

19 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 284-285.

20 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999. Voto concorrente do Juiz Carlos Vicente de Roux

A seguir, o Preâmbulo da Convenção estabelece que esse regime de liberdade pessoal e justiça social, que se propõe consolidar no continente dentro do quadro das instituições democráticas, se funda em respeito aos direitos essenciais do homem. Desta forma, afirma-se que esses direitos “não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana”. Esta parte do preâmbulo se encontra intimamente relacionada ao artigo 1º da CADH, no qual os Estados de obrigam a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos “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”, e, além disso, concorda com a disposição que estabelece, para os efeitos desta Convenção, “pessoa é todo ser humano”.

O tema do fundamento dos Direitos Humanos é típico do debate jurídico-filosófico dos séculos XX e XXI. Nesse contexto, podemos encontrar juspositivistas que sustentam que o problema da fundamentação dos direitos se encontra resolvido desde o momento em que estes encontraram o consenso político que os validou, isto é, desde que são direitos positivos, e os jusnaturalistas, para quem o argumento da positivação dos direitos não é suficiente para deter seus constantes atropelos, afirmam que estes necessitam ser explicados racionalmente.²¹ No discurso desta última posição, é constante e comum encontrar referências à ideia de que a fundação dos direitos reside na dignidade da pessoa humana, ou seja, que a base de seu reconhecimento decorre da identificação da noção de pessoa com sua dignidade.²² O predomínio de posturas que justificam os direitos na dignidade do ser humano tem origem, principalmente, nos infelizes acontecimentos históricos da primeira metade do século XX que se destacaram por sua documentada vulnerabilidade aos direitos mais elementares, entre outras razões, porque os regimes jurídico-políticos vigentes nestes períodos condicionaram o respeito à dignidade humana pela cor, raça, condição econômica, cultura, etc., estabelecidas na legislação e não na ideia de que o ser humano é algo valioso e digno de respeito somente por ser o que é.²³

Rengifo. Neste voto, o Juiz aponta que a propósito da “atribuição aos tribunais militares da faculdade de julgar civis [isso implica por si só uma ruptura com o princípio democrático da divisão de poderes, porque traz a órbita governamental uma função própria de outro ramo do poder jurídico, o judiciário já implica colocar um segmento da atividade estatal fora dos cânones da democracia política moderna, mas também implica o risco de danificar a estrutura e o funcionamento de grandes porções das instituições democráticas”. Porém, no mesmo voto o Juiz afirma que “o tema da vinculação da proteção dos Direitos Humanos em um contexto político e institucional democrática teria, porém, que ser objeto de desenvolvimento jurisprudencial antes que pudesse emitir condenações específicas de violação da Convenção Americana por motivos relacionadas com tal vínculo”.

- 21 É importante ressaltar que, dentro do marco de propostas teóricas que oferece o *iusnaturalismo*, não somente há posturas que defendem o discurso dos Direitos Humanos mas também aqueles que o negam: “de um lado é indiscutível a filiação moderna dos direitos; isto é, sua dependência como conceito histórico de uma modernidade considerada em crise e preferida ao esquecimento. Por outro lado, um discurso consistente sobre direitos parece exigir a aceitação de certos bens ou valores básicos que atuam como um limite - pelo menos - do direito positivo, em sintonia com a proposta da lei natural. De acordo com a ênfase na primeira característica ou no resgate da segunda, surgiram autores jusnaturalistas que negavam a utilidade e conveniência do discurso de direitos e outros que o aceitavam, propondo, é claro, repensar”. Ver Cianciardo, J. (coord.) *Humana iura. Realidad e implicaciones de los derechos humanos*. Natura, ius, ratio. Universidad de Piura, Peru, 2005, p. 120.
- 22 Assim, por exemplo, Carlos I. Massini afirma que a fundamentação dos Direitos Humanos “aparece revestida dos caracteres principais: se trata de uma fundamentação (I) absoluta, no sentido que os princípios sobre os que fundam os direitos são absolutos, isto é, indesculpável ou inaceitável (II) transcendente, no sentido de que a dignidade que corresponde à pessoa humana se vincula com seu grau de participação no ser, isto é, em uma realidade transcendente a consciência humana”. Massini, C. I. *Filosofía del derecho. El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 148.
- 23 Cianciardo, J. (coord.) *Humana iura. Realidad e implicaciones de los derechos humanos, op. cit.*, p. 119. “Os juristas alemães, formados no positivismo, se viram privados de ferramentas conceituais com o qual enfrentar a legislação em muitos pontos aberrantes. A consequência dessa crise não foi, no entanto, na maioria dos casos, um abandono total do positivismo, mas seu repensar. Especificamente, um conjunto mais ou menos homogêneo de autores positivistas concordou em deixar de lado a chamada ‘tese ideológica’ ou ‘tese da obediência’ e algumas das teses mais criticadas da teoria jurídica positivista, como a aplicação mecânica, da coerência e da plenitude. Estes autores mantiveram, não obstante, a tese epistemológica, ou seja, a que propõe a separação conceitual entre direito e moral, a tese coativa ou das funções sociais e, em menor grau, a tese imperativa e legislativa [...] [Assim, a] via geralmente utilizada para superar

Neste contexto, no Preâmbulo da DUDH de 1948 declara-se que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, no artigo 1º do mesmo se estabelece que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”.²⁴

Mesmo que no Preâmbulo da CADH não haja uma referência explícita à dignidade da pessoa humana, facilmente pode-se advertir que este é o sentido da justificação dos direitos da Convenção a que se faz referência nas expressões “fundado no respeito pelos direitos essenciais do homem”, “os direitos essenciais do homem não nascem do fato de ser nacional de um determinado Estado” e “são baseados nos atributos da pessoa humana”. Em seguida, no mesmo Preâmbulo, é citada a consideração aos princípios da DUDH, o que, como citamos anteriormente, ocorreu foi graças à intervenção do professor Cassín na conferência de 1969, quem, de acordo com o parágrafo anterior, se pronuncia a favor da fundamentação dos direitos além de sua concretização no direito positivo. Como se fosse pouco, no próprio texto da Convenção se faz referência, pelo menos em três ocasiões, à noção de dignidade humana: o artigo 5 estabelece que “toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”; o artigo 6, que proíbe a escravidão e a servidão, estabelece que “o trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso”; e o artigo 11 refere-se explicitamente que “toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”.

A respeito da expressão do Preâmbulo que faz referência aos direitos essenciais do homem e sua fundamentação, vale a pena citar o Parecer Consultivo sobre a palavra “Leis” no artigo 30 da CADH, na qual consideramos que a Corte IDH reafirma o estabelecido:

Nessa perspectiva não é possível interpretar que a expressão leis, utilizada no artigo 30, como sinônimo de qualquer norma jurídica, pois isso equivaleria a admitir que os direitos fundamentais podem ser restringidos somente pela determinação do poder público, sem outra limitação formal como a de consagrar tais restrições em disposições de caráter geral. Tal interpretação conduziria a desconhecer limites que o direito constitucional democrático estabeleceu desde que, no direito interno, proclamou-se a garantia dos direitos fundamentais da pessoa; e não compadeceria com o Preâmbulo da Convenção Americana, segundo o qual “os direitos essenciais do homem [...] tem como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”.²⁵

a tese da obediência consistiu na ascensão da teoria dos Direitos Humanos. A partir de 1945, se propôs que a lei não pudesse ter qualquer conteúdo, mas tem um limite negativo, com um conjunto de valores ou bens que não pode violar, constituídos por Direitos Humanos”.

24 Além do mais, também no Preâmbulo desta Declaração, se considera que “os povos das Nações Unidas, na Carta, reafirmaram a sua fé nos Direitos Humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em maior liberdade”; no artigo 22 se estabelece que toda pessoa tem direito “à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país.”; e no artigo 23 que “Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social.”.

25 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 1986, par. 26. Além disso, no parágrafo 27, a Corte IDH, ao delimitar muito bem a esfera de restrição desses direitos e liberdades, pressupõe a importância da dignidade humana sobre as determinações e necessidades do poder público: “A expressão leis, no âmbito da proteção aos Direitos Humanos, careceriam de sentido, se com ela não se aludisse a ideia de que só a determinação do poder público não basta para restringir tais direitos. O contrário equivaleria a reconhecer uma discricionariedade absoluta aos poderes dos governantes diante dos governados. Por outro lado, o vocábulo leis exige todo seu sentido lógico e histórico se considerarmos como uma exigência da necessária limitação à interferência do poder público no âmbito dos direitos e liberdades da pessoa humana. A Corte conclui que a expressão leis, utilizada pelo artigo 30, não pode ter outro sentido que o de lei formal, ou seja, norma jurídica adotada pelo órgão legislativo e promulgada pelo Poder Executivo, conforme o procedimento requerido pelo direito interno de cada Estado.” Ver Corte IDH. Parecer Consultivo OC-2/82. *O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1982, par. 3. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. F. 1988, par. 61

Estes direitos essenciais do homem que “não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana” precisam - tal qual afirma o Preâmbulo da CADH - de “uma proteção internacional, de natureza convencional coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”. Este controle complementar aos controles de direito interno, além do mais, é convencional. Como observado,²⁶ a doutrina do controle da convencionalidade surge em 2006 no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*,²⁷ cuja resolução declarou explicitamente que:

O Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.²⁸

Logo após, no caso *Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*, é estabelecido que este controle: (i) procede de ofício sem necessidade de que as partes o solicitem; (ii) deve ser exercido dentro do âmbito de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes, considerando outros pressupostos formais e materiais de admissão e procedência.²⁹

Desde então, esta doutrina encontrou aplicação nos casos *La Cantuta vs. Peru*,³⁰ *Boyce e outros vs. Barbados*,³¹ *Heliodoro Portugal vs. Panamá*,³² *Radilla Pacheco vs. México*,³³ *Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*,³⁴ *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*,³⁵ *Fernández Ortega e outros vs. México*,³⁶ *Rosendo Cantú e outros vs. México*,³⁷ *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*,³⁸ *Vélez Loor vs. Panamá*,³⁹ *Gomes Lund outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*,⁴⁰ e *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*.⁴¹

Particularmente, neste último caso, a Corte IDH fortalece a doutrina do controle de convencionalidade ao substituir a referência “Poder Judiciário”, que aparecia desde 2006, por “todos os seus juízes”, a qual confirma que esse controle deve ser realizado por qualquer juiz ou tribunal que materialmente realize funções jurisdicionais, incluindo as cortes, câmaras ou tribunais constitucionais, bem como as cortes supremas de justiça e demais altas jurisdições dos vinte e três países que assinaram e ratificaram ou aderiram à CADH.⁴²

5. Considerações finais

Conforme observado na seção anterior, de acordo com os documentos que registraram as discussões dos membros da CADH de 1969, a aprovação do Preâmbulo da Convenção teve um contexto

26 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010. Ver também o voto individual do juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. par. 17 a 24.

27 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPFRC. 2006. pp. 123-125.

28 *Ibidem*, par. 124.

29 Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. EPFRC. 2006, par. 128

30 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. FRC. 2006, par. 173.

31 Corte IDH. *Caso Boyce e outros vs. Barbados*. EPFRC. 2007, par. 79

32 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008, par. 180.

33 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, par. 339

34 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPFRC. 2010, par. 208. nota 307.

35 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010, par. 311.

36 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPFRC. 2010, par. 234.

37 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPFRC. 2010, par. 219.

38 Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. FRC. 2010, par. 202.

39 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 218.

40 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, par. 106.

41 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 225.

42 *Idem*. Ver também o voto individual do juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. par. 17-24.

particularmente especial. O feito de deixar para o final a discussão deste dispositivo fundamental do ordenamento interamericano, ou seja, de decidir primeiro pela conclusão da formação dos artigos da Convenção para depois iniciar com o projeto do Preâmbulo, reflete o entendimento dos membros da Convenção de redigir um aparato com o objetivo de orientar os preceitos do instrumento internacional. O Preâmbulo é um elemento integrante da Convenção e não somente uma parte decorativa.

Isso é particularmente importante em um ordenamento que não está submetido a uma hierarquia superior, como é o caso da CADH. Além do princípio de hierarquia normativa que, como sabemos, é discutível em nossos dias,⁴³ a ideia é que, enquanto uma lei ou um regramento poder ser interpretado à luz de sua respectiva constituição ou de um tratado internacional, o pacto de San José está condicionado apenas pelos desenvolvimentos jurisprudenciais que a Corte IDH paulatinamente vem desenvolvendo. Desta forma, um marco interpretativo que outorgue coesão e sentido aos princípios contidos nos artigos da CADH, como é o caso do Preâmbulo, é muito importante, sobretudo para entender, por exemplo, as noções de instituições democráticas, direitos essenciais do homem, controle de convencionalidade, entre outros.

É assim que com o passar dos anos, o trabalho da Corte IDH tem sido convertido pouco a pouco em um tribunal encarregado de criar as bases jurídicas de convivência mínima no continente, o chamado *ius constitutionale commune*, baseado no respeito e garantias irrestritas dos Direitos Humanos consagrados na Convenção e nos outros tratados que complementam o SIDH.

O Preâmbulo pode ter eventualmente uma importante função na interpretação e aplicação da Convenção, pois é a base a partir da qual os direitos estabelecidos na Convenção foram enquadrados. Entendido isso, o Preâmbulo da CADH está dotado de sentido jurídico pois orienta, realiza e se inter-relaciona com os direitos e é o fio condutor que harmoniza, integra e fornece ao sistema interamericano total razoabilidade.

43 Como se sabe, a Corte IDH invariavelmente aceitou o princípio *pro homine* ou *pro persona*, previsto no artigo 29 do Pacto de San José e implica a interpretação das disposições legais mais favoráveis para o efetivo gozo e exercício dos direitos e liberdades fundamentais. Nesse sentido, a Corte IDH decidiu, por exemplo, no Parecer Consultivo sobre o registro obrigatório de jornalistas: “[e]m consequência, se a uma mesma situação são aplicáveis a Convenção Americana e outro tratado internacional, deve prevalecer a norma mais favorável à pessoa humana. Se a própria Convenção estabelece que suas regulamentações não possuem efeito restritivo sobre outros instrumentos internacionais, menos ainda poderão ser aceitas restrições presentes nestes outros instrumentos, mas não na Convenção, para limitar o exercício dos direitos e liberdades que esta reconhece.” Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas*. 1985, par. 52.

PARTE I

DEVERES DOS ESTADOS E DIREITOS PROTEGIDOS

CAPÍTULO I - ENUMERAÇÃO DE DEVERES

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.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C n.º 4. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1F988.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. Mérito. Sentença de 4 de dezembro de 1991. Série C n.º 11. Doravante: Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. F. 1991.

Corte IDH. *Caso Neira Alegria e outros vs. Peru*. Mérito. Sentença de 19 de janeiro de 1995. Série C n.º 20. Doravante: Corte IDH. *Caso Neira Alegria e outros vs. Peru*. F. 1995.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Mérito. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C n.º 33. Doravante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 8 de março de 1998. Série C n.º 37. Doravante: Corte IDH. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1998.

Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. Mérito. Sentença de 29 de setembro de 1999. Série C n.º 56. Doravante: Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso do Caracazo vs. Venezuela*. Mérito. Sentença de 11 de novembro de 1999. Série C n.º 58. 1999. Doravante: Corte IDH. *Caso do Caracazo vs. Venezuela*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C n.º 63. Doravante: Corte IDH. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. Mérito. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C n.º 68. Doravante: Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C n.º 69. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C n.º 71. Doravante: Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C n.º 73. Doravante: Corte IDH. *Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C n.º 74. Doravante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C n.º 77. Doravante: Corte IDH. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. RC. 2001.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awaj T'ngni vs. Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença

de 31 de agosto de 2001. Série C n.º 79. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Exceções Preliminares. Sentença de 7 de setembro de 2001. Série C n.º 85. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C n.º 99. Doravante: Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C n.º 101. Doravante: Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 29 de abril de 2004. Série C n.º 105. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004.

Corte IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C n.º 110. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C n.º 114. Doravante: Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 18 de novembro de 2004. Série C n.º 115. Doravante: Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Peru*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C n.º 124. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C n.º 125. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C n.º 127. Doravante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C n.º 130. Doravante: Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C n.º 134. Doravante: Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Exceção Preliminar. Sentença de 30 de novembro de 2005. Série C n.º 139. Doravante: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. EP. 2005.

Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C n.º 140. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. Série C n.º 141. Doravante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C n.º 146. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C n.º 147. Doravante: Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. Sentença de 1 de julho de 2006. Série C n.º 148. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas]. 2006.

Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C n.º 153. Doravante: Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C n.º 154. Doravante: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguai*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C n.º 155. Doravante: Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguai*. [Mérito, Reparações e Custas]. 2006.

Corte IDH. *Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C n.º 158. Doravante: Corte IDH. *Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C n.º 160. Doravante: Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C n.º 162. Doravante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso do Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C n.º 163. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C n.º 165. Doravante: Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C n.º 172. Doravante: Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C n.º 182. Doravante: Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Ticona Estrada e outros vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C n.º 191. Doravante: Corte IDH. *Caso Ticona Estrada e outros vs. Bolívia*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C n.º 195. Doravante: Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C n.º 202. Doravante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C n.º 205. Doravante: Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C n.º 209. Doravante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C n.º 211. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C n.º 213. Doravante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C n.º 214. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C n.º 220. Doravante: Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C n.º 221. Doravante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso família Barrios vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C n.º 237. Doravante: Corte IDH. *Caso família Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C n.º 239. Doravante: Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C n.º 250. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C n.º 252. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 30 de novembro de 2012. Série C n.º 259. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPFR. 2012.

Corte IDH. *Caso García Lucero e outras vs. Chile*. Exceção Preliminar, Mérito e Reparações. Sentença de 28 de agosto de 2013. Série C n.º 267. Doravante: Corte IDH. *Caso García Lucero e outras vs. Chile*. EPFR. 2013.

Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de outubro de 2013. Série C n.º 269. Doravante: Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. FRC. 2013.

Corte IDH. *Caso das comunidades afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operación Génesis) vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2013. Série C n.º 270. Doravante: Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colômbia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Gutiérrez e família vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2013. Série C n.º 271. Doravante: Corte IDH. *Caso Gutiérrez e família vs. Argentina*. FRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2013. Série C n.º 274. Doravante: Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2013. Série

C n.º 275. Doravante: Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de maio de 2014. Série C n.º 277. Doravante: Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de agosto de 2014. Série C n.º 281. Doravante: Corte IDH. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 282. Doravante: Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 283. Doravante: Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C n.º 284. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C n.º 285. Doravante: Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de novembro de 2014. Série C n.º 287. Doravante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Espinoza González vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C n.º 289. Doravante: Corte IDH. *Caso Espinoza González vs. Peru*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de abril de 2015. Série C n.º 292. Doravante: Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de junho de 2015. Série C n.º 293. Doravante: Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de junho de 2015. Série C n.º 297. Doravante: Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C n.º 299. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2015. Série C n.º 300. Doravante: Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C n.º 302. Doravante: Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de outubro de 2015. Série C n.º 304. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de outubro de 2015. Série C n.º 305. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2015. Série C n.º 306. Doravante: Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de novembro de 2015. Série C n.º 307. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2015. Série C n.º 308. Doravante: Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2015. Série C n.º 309. Doravante: Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de fevereiro de 2016. Série C n.º 310. Doravante: Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPFRC. 2016.

Pareceres consultivos

Corte IDH. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A n.º 4. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização*. 1984.

Corte IDH. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A n.º 6. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1986.

Corte IDH. *Exceções ao esgotamento dos recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a e 46.2.b, Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Série A n.º 11. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90. *Exceções ao esgotamento dos recursos internos*. 1990.

Corte IDH. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A n.º 17. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002.

Corte IDH. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A n.º 18. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003.

Corte IDH. *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Série A n.º 21. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14. *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. 2014.

Resoluções e decisões

Corte IDH. Assunto das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no “Complexo do Tatuapé” da FEBEM vs. Brasil. Resolução de 30 de novembro de 2005.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 20 de março de 2013.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. Relatório n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Peru*, 22 de fevereiro de 1991.

CIDH. Relatório n.º 51/96, *Caso Comitê Haitiano de Direitos Humanos e outros vs. Estados Unidos*, Caso 10.675, 13 de março de 1997.

CIDH. Relatório n.º 47/97, *Caso Tabacalera Boquerón, S.A. vs. Paraguai*, 18 de outubro de 1997.

CIDH. Relatório n.º 49/97, *Caso 11.520, Tomás Porfirio Rondin “Aguas Blancas” vs. México*, 18 de fevereiro de 1998.

CIDH. Relatório n.º 39/99, *Caso Mevopal S.A. vs. Argentina*, 11 de março de 1999.

CIDH. Relatório n.º 106/99, *Caso Bendeck-Cohdinsa vs. Honduras*, 27 de setembro de 1999.

CIDH. Relatório n.º 1031/99, *Caso Bernard Merens e família vs. Argentina*, 27 de setembro de 1999.

CIDH. Relatório n.º 86/99, *Caso Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña e Pablo Morales vs. Cuba*, Caso 11.589, 29 de setembro de 1999.

CIDH. Relatório de Mérito n.º 59/09, *Caso Remigio Domingo Morales e Rafael Sánchez vs. Guatemala, Caso 10.626; Caso Pedro Tau Cac vs. Guatemala, Caso 10.627; Caso José María Ixcaya Pixtay e outros vs. Guatemala, Caso 11.198 (A); Caso Catalino Chochoy e outros vs. Guatemala, Caso 10.799; Caso Juan Galicia Hernández e outros vs. Guatemala, Caso 10.751; Caso Antulio Delgado vs. Guatemala, Caso 10.901*, 7 de abril de 2001.

CIDH. Relatório n.º 54/01, *Caso Maria da Penha vs. Brasil*, Caso 12.051, 16 de abril de 2001.

CIDH. Relatório de Mérito n.º 85/09, *Caso Víctor Hugo Maciel vs. Paraguai*, Caso 11.607, 6 de agosto de 2009.

CIDH. Relatório de Mérito n.º 79/11, *Caso James Zapata Valencia e José Heriberto Ramírez Llanos vs. Colômbia*, Caso 10.916, 21 de julho de 2011.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TEDH. *Caso Wenhoff vs. Alemanha*, Petição n.º 2122/64, Sentença, Mérito, Seção, 27 de junho de 1968.

TEDH. *Caso Marckx vs. Bélgica*, Petição n.º 6833/74, Sentença (Mérito e Reparações), Grande Sala, 13 de junho de 1979.

TEDH. *Caso Airey vs. Irlanda*, Petição n.º 6289/73, Sentença (Mérito), Seção, 9 de outubro de 1979.

TEDH. *Caso Ártico vs. Itália*, Petição n.º 6694/74, Sentença (Mérito e Reparações), Seção, 13 de maio de 1980.

TEDH. *Caso Feldbrugge vs. Países Baixos*, Petição No. 8562/79, Sentença (Mérito), Grande Sala, 29 de maio de 1986.

TEDH. *Caso Deumeland vs. Alemanha*, Petição n.º 9384/81, Mérito e Reparações, Grande Sala, 29 de maio de 1986.

TEDH. *Caso Salesi vs. Itália*, Petição n.º 13023/87, Sentença (Mérito e Reparações), Seção, 26 de fevereiro de 1993.

TEDH. *Caso Schuler-Zraggen vs. Suíça*, Petição n.º 14518/89, Sentença (Mérito e Reparações), Seção, 24 de junho 1993.

TEDH. *Caso Delgado vs. França*, Petição n.º 38437/97, Sentença (Mérito e Reparações), Terceira Seção, 14 de novembro 2000.

TEDH. *Caso Chipre vs. Turquia*, Petição n.º 25781/94, Sentença de 10 de maio de 2001, 35 EHRR 731, 2001.

TEDH. *Caso Ilascu e outros vs. Moldávia e Rússia*, Petição n.º 48787/99, Sentença de 8 de julho de 2004; 40 EHRR 1030, 2005.

TEDH. *Caso Andrejeva vs. Letônia*, Petição n.º 55707/00, Sentença (Mérito e Reparação), Grande Sala, 18 de fevereiro de 2009.

TEDH. *Caso Muñoz Díaz vs. Espanha*, Petição n.º 49151/07, Sentença (Mérito e Reparação), Terceira Seção, 8 de novembro de 2011.

Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos

CADHP. Comunicações números 105/93, 128/94, 130/94 e 152/96. Decisão de 31 de outubro de 1998; comunicação 101/93 [*Civil Liberties Organisation (in respect of Bar Association) vs. Nigeria*].

Sentenças, resoluções e decisões emitidas por outros tribunais internacionais

Corte Internacional de Justiça

ICJ. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14.

ICJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3.

Laudos Arbitrais

Tinoco Arbitration. *Arbitration Between Great Britain and Costa Rica, Opinion and Award of William H. Taft, Sole Arbitrator*; Washington, D.C., Oct 18, 1923, 18 AJIL 147 (1924), 1 U.N.R.I.A.A. 369 (1923).

Sentenças, resoluções e decisões emitidas por Cortes e Tribunais Nacionais

Colômbia

Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-066/13.

México

SCJN, *Derechos Humanos. Obligación de respetarlos en términos del artículo 1º, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Localização: [J]; 10a época; T.C.C.; Gazeta S.J.F.; livro 15, fevereiro de 2015, tomo III; p. 2257. XXVII.3o J/23 (10a).

SCJN, *Derechos Humanos. Obligación de garantizarlos en términos del artículo 1º, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Localização: [J]; 10a época; T.C.C.; Gazeta S.J.F.; livro 15, fevereiro de 2015, tomo III; p. 2254. XXVII.3o J/24 (10a).

SCJN, *Derechos Humanos. Obligación de protegerlos en términos del artículo 1º, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Localização: [J]; 10a época; T.C.C.; Gazeta S.J.F.; livro 15, fevereiro de 2015, tomo III; p. 2256. XXVII.3o J/25 (10a).

Peru

Tribunal Constitucional do Peru, *Genaro Villegas Manuche*, EXP. n.º 24882002-HC/TC, 8 de março de 2004.

Documentos adotados em organizações internacionais

Organização das Nações Unidas

Comitê DHONU. Observação Geral n.º 3, Comentários gerais adotados pelo Comitê de Direitos Humanos, *Artigo 2 – Aplicação do Pacto no âmbito nacional*, 13º sessão, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, par. 140, 1981.

Comitê DHONU. Observação Geral n.º 18, Comentários gerais adotados pelo Comitê de Direitos Humanos, *Não discriminação*, 37º sessão, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, par. 168, 1989.

Comitê DHONU. Observação Geral n.º 31, Comentários gerais adotados pelo Comitê de Direitos Humanos, *A índole da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Partes no Pacto*, 80º sessão, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 2004.

Organização dos Estados Americanos

OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, São José, Costa Rica, 7 al 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Referências Acadêmicas

BOGDANDY, A. von e SERNA DE LA GARZA, J. M. (coords.) *Soberanía y Estado Abierto en América Latina y Europa*. IJ- Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional- Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, México, 2014.

BURGORGUE-LARSEN, L. “La erradicación de la impunidad: claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, in FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.) *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.

BUSTOS GISBERT, R. *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. n.o 52, Porrúa-IMDPC, Biblioteca Porrúa de DPC, México, 2012.

CANÇADO TRINDADE, A. A. “Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones”, in BOGDANDY, A. von et al. (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?*. UNAM, IJ, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II, 2010. [disponible en la biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM].

CASSEL, D. “El alcance e impacto cada vez maiores de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, in BOGDANDY, A. von et al. (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?*. UNAM, IJ, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II, 2010 [disponible en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM].

CASSESE, A. *International Law*. 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2005.

CASTRILLÓN ORREGO, J. D. *Globalización y derecho indígenas: el caso de Colombia*. IJ-UNAM, México, 2006.

DULITZKY, A. “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”, in *Anuario de Derechos Humanos*. n.º 3, 2007.

DULITZKY, A. “El alcance de las obligaciones internacionales de derechos humanos”, in MARTÍN, C. et al. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Fontamara, México, 2006.

FERRER MAC-GREGOR, E. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, in CARBONELL, M. e SALAZAR, P. (coords.) *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*. UNAM-IJ, México, 2011.

FERRER MAC-GREGOR, E. e SILVA GARCÍA, F. *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero*. Porrúa-UNAM, México, 2011.

FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.

FISCHEL DE ANDRADE, J. H. “El sistema africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos. Segunda parte”, in *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. IIDH, Série Estudios de Derechos Humanos, t. VI, San José, 1996.

FIX-ZAMUDIO, H. *La protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*. 2a ed., CNDH, México, 1999.

FIX-ZAMUDIO, H. *Los derechos humanos y su protección jurisdiccional*. Grijley-UNAM-IMDPC, Lima, 2009.

GARCÍA RAMÍREZ, S. “El control judicial interno de convencionalidad”, in FERRER MAC-GREGOR, E. *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.

GARCÍA RAMÍREZ, S. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, in *La Corte Interamericana de Derechos Humanos un cuarto de Siglo: 1979-2004*. Corte IDH, San José, 2005.

GARCÍA ROCA, J. et al. *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y, Americano de Derechos Humanos*. Civitas- Thompson Reuters, Pamplona, 2012.

GOMES, L. F., MAZZUOLI, V. de O. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica*. 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

GROS ESPIELL, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991.

HITTERS, J. C. e FAPPIANO, Ó. L. *Derecho internacional de los derechos humanos*. 2ª ed., t. 1, vol. 1, Ediar, Buenos Aires, 2007.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. “La Convención Americana como derecho interno”, in *Revista del IIDH*, San José, janeiro junho de 1988.

- LANDA, C. e FERRER MAC-GREGOR, E. “Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, in SEPÚLVEDA, R. e GARCÍA RICCI, D. *Derecho constitucional de los derechos humanos*. Escuela Libre de Derecho, México, 2012. (imprensa)
- LEACH, P. *Taking a Case to the European Court of Human Rights*. 2ª ed. Oxford University Press, New York, 2005.
- MEDINA QUIROGA, C. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2005.
- MEDINA QUIROGA, C. “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, in *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo 1979-2004*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2005.
- MORALES ANTONIAZZI, M. “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, in BOGDANDY, A. von, et al. (coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. IIJ-UNAM, México, 2014.
- NASH ROJAS, C. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos*. México, Porrúa, 2009.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, in FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.) *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. *El debido proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano*. 2ª ed., Ed. Librotecnia, Santiago, 2012.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano por los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, in FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.) *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.
- PARRA VERA, Ó. e GONZÁLEZ LE SAUX, M. “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, in *Revista IIDH*, no. 47, 2008.
- QUEL LÓPEZ, F. J. “La protección internacional de los derechos humanos. Aspectos generales”, in FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (coord.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 3ª ed., Ed. Dilex, Madrid, 2007.
- REY CANTOR, E. “Controles de convencionalidad de leyes”, in FERRER MAC-GREGOR, E., e ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*. T. X: Derechos humanos y tribunales internacionales, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, México, 2008.
- RODRÍGUEZ PINZÓN, D. “Jurisdicción y competencia en las peticiones individuales en el sistema interamericano de derechos humanos”, American University Washington College of Law, Washington. Disponible en: <http://www.wcl.american.edu/pub/humright/red/articulos/JurisdccionCompetencia.htm> [último acceso 27 de fevereiro de 2017].
- SERRANO, S. “Obligaciones del Estado frente a los Derechos Humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos”, in FERRER MAC-GREGOR, E., CABALLERO OCHOA, J. L. e STEINER, CH. (coords.) *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*. Suprema Corte de Justicia de la Nación México-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, México, 2013.
- SAIZ ARNAIZ, A. e FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.) *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*. Porrúa-UNAM, México, 2012.
- SANTAMARÍA ARINA, R. “Prohibición de No discriminación”, in LASAGABASTER HERRARTE, I. *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario Sistemático*. 2ª ed., Civitas- Thompson Reuters, Espanha, 2009.

Sumário

1. Introdução.....	39
2. A discussão do artigo 1 da CADH no marco da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos de 1969	40
3. A obrigação de respeitar e garantir os Direitos Humanos (art. 1.1.).....	41
3.1. O respeito aos direitos.....	41
3.2. A garantia de direitos	43
3.3. A relação entre os direitos substantivos da CADH e as obrigações gerais de respeitar e garantir os direitos.....	50
4. A cláusula de não discriminação	51
4.1. A evolução da jurisprudência da Corte IDH.....	51
4.2. O “despertar” da cláusula de não discriminação	52
5. O âmbito de proteção jurisdicional da SIDH.....	54
6. Os seres humanos como sujeitos de proteção do SIDH: a concepção e o eventual desenvolvimento do conceito de ‘pessoa’ no artigo 1.2. da CADH.....	56
6.1. O direito dos acionistas de empresas	57
6.2. Os direitos dos povos e das Comunidades Indígenasv	57
7. O Controle de Convencionalidade como um elemento indispensável para o respeito e garantia dos direitos.....	59
7.1. A origem do conceito e da doutrina do controle de convencionalidade	59
7.2. A relação entre o controle de convencionalidade e a obrigação de respeitar e garantir os direitos.....	62
8. As obrigações de respeito e garantia nos sistemas de proteção de Direitos Humanos: semelhanças e diferenças	63
8.1. O Sistema Universal <i>vis-à-vis</i> o SIDH	63
8.2. O Sistema Europeu <i>vis-à-vis</i> o SIDH.....	64
8.3. O Sistema Africano <i>vis-à-vis</i> o SIDH.....	66
9. As obrigações de respeito e garantia nos ordenamentos nacionais.....	66
10. Epílogo.....	68

O artigo 1 da CADH é a pedra angular sobre a qual repousa o sistema de direitos e liberdades desse instrumento e, em grande parte, o Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos. A obrigação dos Estados partes do Pacto de San José é de respeitar os direitos e liberdades nele contidos e garantir o livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à jurisdição “sem discriminação alguma”, permeia o objeto e a finalidade do tratado e, conseqüentemente, o entendimento de que todos os operadores jurídicos (nacionais ou internacionais) devem ter para cumprir a plena efetividade dos direitos e liberdades que nele contém.

Assim, este dispositivo não constitui uma norma programática como alguns consideram. A CADH tem aplicação direta em todos seus preceitos quando um Estado interamericano a assinou, ratificou ou aderiu.¹ Segundo Humberto Nogueira Alcalá, precisamente ao analisar este preceito, as obrigações

1 Cf. Hitters, J. C. e Fappiano, Ó. L. *Derecho internacional de los derechos humanos*. 2ª ed., t. 1, vol. 1, Ediar, Buenos Aires, 2007, pp. 528-529.

contidas no direito convencional internacional e particularmente as referidas aos Direitos Humanos, constituem para todos os juízos nacionais:

[...] direito diretamente aplicável e com caráter preferível às normas jurídicas internas, já que o próprio ordenamento jurídico faz seu os artigos 36 e 31.1., por uma parte, e o artigo 27 da Convenção por outra; os primeiros determinam a obrigação de cumprir de boa fé as obrigações internacionais (*pacta sunt servanda e bona fide*), e o artigo 27, por sua vez, estabelece o dever de não gerar obstáculos de direito interno ao cumprir com as obrigações internacionais.²

Este tratado internacional tem vigência em vinte e quatro países da região, com a consequente obrigação de todos os órgãos e poderes dos Estados Partes de aplicá-la. A CADH é direito interno de fonte internacional.³ Porém, resulta paradoxal que apesar da importância que existe para as ordens jurídicas nacional e, especialmente, para a tutela efetiva dos direitos fundamentais - com maior intensidade a partir do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte IDH -,⁴ sua aplicação tem-se efetuado de maneira “esporádica” por muitos países, como se tratasse de uma prerrogativa do Estado e não como um “dever” que limita e guia sua atuação.

Além do mais, é indispensável reconhecer a plenitude da jurisprudência da Corte IDH ao ter eficácia direta (como também tem o Pacto de San José), devido a que a este órgão jurisdicional compete interpretar a CADH, conforme estipulado pelo artigo 1 do Estatuto da própria Corte, aprovado pela OEA em 1979.

2. A discussão do artigo 1 da CADH no marco da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos de 1969

Nos *travaux préparatoires* do projeto da CADH, este preceito foi abordado em diversas oportunidades por representações estatais durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos celebrada em San José da Costa Rica em 1969. Assim sendo, a representação do Uruguai, por exemplo, expressou que a primeira versão do Projeto de Convenção apresentado pela CIDH poderia ter sido completada com a adesão de “ninguém pode ser privado desses direitos conforme as leis que se estabeleceram por razões de interesse geral”.⁵ O Equador, por sua vez, sugeriu que o artigo 1 do projeto da Convenção fosse substituído pelos parágrafos 2 e 3 do artigo 2 do PIDCP.⁶

Quanto aos sujeitos de proteção que a CADH deveriam contemplar, questão que acabou sendo abordada no artigo 1.2. do tratado, os representantes do Chile consideraram que era necessário especificar que ao falar sobre “personalidade jurídica” o vocábulo não era um atributo das chamadas associações ou pessoas jurídicas, pois se havia se decidido conceituar as pessoas como todo ser humano,

2 Nogueira Alcalá, H. “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, in Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.) *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012, p. 332. Além disso, ver Nogueira Alcalá, H. *El debido proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano*. 2ª ed., Ed. Librotecnia, Santiago, 2012.

3 Cf. Jiménez de Aréchaga, E. “La Convención Americana como derecho interno” in Revista del IIDH, San José, enero-junio de 1988, pp. 27 e ss. Igualmente ver Fix-Zamudio, H. *La protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*. 2ª ed., CNDH, México, 1999. Fix-Zamudio, H. *Los derechos humanos y su protección jurisdiccional*. Grijley-UNAM-IMDPC, Lima, 2009.

4 Até a presente data, vinte e um países reconheceram a competência contenciosa da Corte IDH.

5 OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/SerK/XVI/1.2. p. 36.

6 *Ibidem*, p. 104.

de modo que se deveria apontar e esclarecer que “toda pessoa é capaz de adquirir direitos e contrair obrigações”.⁷

Embora a redação final do artigo 1 tenha sido diferente, essas propostas destacam a clara intenção de que o SIDH tivesse como objetivo final a proteção das pessoas assim consideradas “como seres humanos”.

3. A obrigação de respeitar e garantir os Direitos Humanos (art. 1.1.)

Desde o início de sua jurisprudência, a Corte IDH tem abordado, com cuidado especial, o que se relaciona à obrigação do cumprimento dos Direitos Humanos. Em sua primeira sentença de mérito, no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sustentou que o artigo 1.1 do Pacto de San José é fundamental para determinar se uma violação de Direitos Humanos reconhecido pela CADH pode ser atribuída a um Estado;⁸ e especificou a existência de duas obrigações gerais em matéria de direito internacional dos Direitos Humanos que são derivadas do disposto naquele preceito: 1) a obrigação de respeitar e 2) a obrigação de garantir direitos.⁹

3.1. O respeito aos direitos

A obrigação de respeito consiste em cumprir diretamente a norma estabelecida, ou seja, abster-se de agir ou dar uma prestação.¹⁰ Isso se deve ao fato de o exercício do serviço público ter limites derivados do fato de os Direitos Humanos serem atributos inerentes à dignidade humana e, consequentemente, superiores ao poder do Estado.¹¹ Gros Espiell define o respeito como “a obrigação do Estado e de todos seus agentes, qualquer que seja seu caráter ou condição, de não violar, direta ou indiretamente, por ações ou omissões os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção”.¹²

Nesse sentido, a Corte IDH dispôs que:

[...] A proteção dos Direitos Humanos, em especial dos direitos civis e políticos reconhecidos na Convenção, parte da afirmação da existência de certos atributos invioláveis da pessoa humana, que não podem ser legitimamente menosprezados pelo exercício do poder público. Trata-se de esferas individuais que o Estado não pode violar ou na qual apenas pode interferir de forma limitada. Assim sendo, na proteção dos Direitos Humanos está necessariamente compreendida a noção de restrição ao exercício do poder estatal.¹³

Essas considerações foram retomadas por outros organismos internacionais dedicados à proteção dos Direitos Humanos no âmbito internacional.¹⁴

7 OEA. *Idem*.

8 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 164.

9 *Idem*.

10 Nash Rojas, C. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción: Aciertos y desafíos*. México, Porrúa, 2009, p. 30.

11 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 165.

12 Gros Espiell, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 65.

13 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1986, par. 21. (sem ênfase no original) Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. FRC. 2012, par. 143. CIDH. Relatório n.º 49/97, *Tomás Porfirio Rondin “Aguas Blancas” vs. México*, Caso 11.520, 18 de fevereiro de 1998.

14 O Comitê DHONU mencionou, sobre o PIDCP, que “aos Estados Partes são impostas uma obrigação geral de respeitar do Pacto e assegurar sua aplicação a todos os indivíduos em seu território e que são submetidos a jurisdição [...] Os Estados partes estão obrigados a cumprir as obrigações prescritas no Pacto de boa fé”. Cf. Comitê DHONU. Observação Geral n.º 31, Comentários gerais adotados pelo Comitê de Direitos Humanos, *La índole de la obligación jurídica*

Nesse sentido, o conteúdo da obrigação estará definido a partir do direito ou liberdade concreto.¹⁵ Entre as medidas que o Estado deve adotar para respeitar este mandato normativo se encontram as ações de cumprimento, que podem ser positivas ou negativas e estarão determinadas por cada direito ou liberdade.¹⁶ Esta obrigação compreende todos os direitos, tanto civis e políticos como econômicos, sociais e culturais, os quais por sua natureza carregam uma forte carga prestacional implícita.¹⁷

Cabe enfatizar que a obrigação de respeito aos Direitos Humanos prevista neste artigo exclui a aplicação do princípio de reciprocidade consagrado no direito internacional clássico. Os Estados partes da CADH têm obrigação de respeitar os direitos com independência do que outro Estado parte o realize dente de sua jurisdição; disso deriva a natureza objetiva das obrigações internacionais relativas aos Direitos Humanos;¹⁸ ou seja, existe uma ausência de reciprocidade quando os Estados assinam, ratificam ou aderem aos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos.¹⁸

Nesse sentido, cabe recordar que os instrumentos internacionais de Direitos Humanos:

*[...] não são tratados multilaterais de tipo tradicional, concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direitos, para o benefício mútuo dos Estados contratantes. Seu objetivo e finalidade são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto frente a seu próprio Estado como frente aos outros Estados contratantes. Ao aprovar estes tratados sobre Direitos Humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual estes, por um bem comum, assumem várias obrigações, sem relação com outros Estados, mas sim para com os indivíduos sob sua jurisdição.*¹⁹

general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 80º período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 2004, par. 3

15 Nash Rojas, C., *op. cit.*, p. 30.

16 *Idem*.

17 Nesse sentido afirmou-se que “a obrigação jurídica [de respeitar e garantir os direitos] é tanto de caráter negativo como de caráter positivo. Os Estados Partes devem abster-se de violar os direitos reconhecidos pelo Pacto e qualquer restrição a qualquer um desses direitos somente deve ser permitida de acordo com as disposições relevantes do Pacto.” Comitê DHONU. *Observação Geral n.º 31*, *op. cit.*, par. 6.

18 Quel López, F. J. “La protección internacional de los derechos humanos. Aspectos generales”, in Fernández de Cadevante Romani, C. (coord.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 3ª ed., Ed. Dilex, Madrid, 2007, p. 101.

19 Gros Espiell, H., *op. cit.*, pp. 30-31. (grifos do autor)

Entre os casos mais significativos decididos pela Corte IDH sobre graves violações de Direitos Humanos em que os Estados demandados não cumpriram a obrigação geral de respeitá-los, destacam-se os relativos a desaparecimentos forçados,²⁰ massacres,²¹ execuções extrajudiciais²² e tortura.²³

3.2. A garantia de direitos

A obrigação de garantia implica no dever dos Estados de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifestam o exercício do poder público, de tal maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos Direitos Humanos.²⁴ Gros Espiell estabelece que está obrigação “supõe o dever de impedir ou fazer todo o racionalmente possível para impedir que se violem os Direitos Humanos das pessoas submetidas à jurisdição do Estado por parte de qualquer pessoa, pública ou privada, individual ou coletiva, física ou jurídica”.²⁵

A Corte IDH destacou que, como consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e sancionar toda violação dos direitos reconhecidos pela CADH, procurando, além do mais, o reestabelecimento, caso possível, dos direitos violados e, se for o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos Direitos Humanos.²⁶ A Corte IDH tem destacado que a obrigação de garantir o livre e pleno exercício dos Direitos Humanos “não se esgota com a existência de uma ordem normativa dirigida a fazer possível o cumprimento dessa obrigação, mas [implica também] na necessidade de uma

20 Ver, entre outros, Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988. Corte IDH. *Caso Ticona Estrada e outros vs. Bolívia*. FRC. 2008. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPFRC. 2013. Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. FRC. 2014. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPFRC. 2014.

21 Ver, entre outros, Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004. Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005. Corte IDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006. Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006. Corte IDH. *Caso Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. FRC. 2007. Corte IDH. *Caso Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009. Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012. Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. FRC. 2012. Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPFR. 2012. Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPFRC. 2015.

22 Ver, entre outros, Corte IDH. *Caso Neira Alegria e outros vs. Peru*. F. 1995. Corte IDH. *Caso do Caracazo vs. Venezuela*. F. 1999. Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. F. 2000. Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. FRC. 2007. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPFRC. 2010. Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. FRC. 2013. Corte IDH. *Caso Gutiérrez e família vs. Argentina*. FRC. 2013. Corte IDH. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014. Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. EPFRC. 2015. Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015.

23 A jurisprudência da Corte IDH é vasta neste tema. Ver, entre outros, Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. F. 1997. Corte IDH. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1998. Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. F. 1999. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000. Corte IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. FRC. 2004. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004. Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso García Lucero e outras vs. Chile*. EPFR. 2013. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013. Corte IDH. *Caso Espinoza González vs. Peru*. EPFRC. 2014. Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. FRC. 2015. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPFRC. 2015.

24 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 166. Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999, par. 139. Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPFR. 2012. Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colômbia*. EPFRC. 2013, par. 223. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 282.

25 Gros Espiell, H., op. cit., pp. 65-66.

26 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 167. Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, par. 183. Corte IDH. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, par. 214.

conduta governamental que assegure a existência, na realidade, de uma garantia eficaz do livre e pleno exercício dos Direitos Humanos”.²⁷

Para alguns autores, as obrigações prestacionais indicadas anteriormente em relação à obrigação de “respeito” seriam mais claras do que no que se refere à obrigação de “garantia”. Assim, de acordo com a obrigação de garantia, em matéria de Direitos Humanos, o Estado não pode limitar-se a não incorrer em condutas violadoras dos direitos, mas deve, além disso realizar ações positivas. Estas ações consistem em todas aquelas que sejam necessárias para possibilitar que as pessoas sujeitas à sua jurisdição possam exercer e gozar de seus direitos e liberdades.²⁸

A Corte IDH determinou que garantir implica a obrigação do Estado de tomar todas as medidas necessárias para remover os obstáculos que possam existir para que os indivíduos desfrutem dos direitos que a CADH reconhece. Por conseguinte, a tolerância do Estado a circunstâncias ou condições que impeçam aos indivíduos ascender aos recursos internos adequados para proteger seus direitos, constituiu um descumprimento ao disposto no artigo 1.1. do próprio Pacto de San José.²⁹

Da obrigação geral de garantia, se derivam uma série de obrigações específicas (ou formas de cumprimento) que tem se desenvolvido desde o início da jurisprudência da Corte IDH e que analisaremos a seguir.

3.2.1. A obrigação do Estado de assegurar o pleno gozo e exercício dos direitos

As medidas para assegurar o gozo e exercício dos direitos são medidas positivas que podem ser gerais ou especiais. As medidas gerais estão dirigidas a toda a população e possuem relação com a obrigação de assegurar a vigência das normas internacionais no âmbito interno.³⁰ Nessa perspectiva, a primeira obrigação do Estado é a de assegurar-se de que as normas internacionais operam dentro de sua jurisdição, correspondendo ao Estado - e não ao direito internacional - decidir o modo mais conveniente para cumprir com isso; seja através da incorporação direta de tais normas ou através de normas internas que as reproduzam.

É importante recordar que uma vez ratificada a norma internacional, o Estado deve adequar todo o seu direito interno de conformidade com aquela; e deve também garantir a existência de recursos judiciais efetivos.³¹ Esta obrigação se encontra relacionada com o conteúdo do artigo 2 da CADH, sobre o dever de adotar disposições de direito interno, que constituem obrigações estatais complementares àquelas estabelecidas no artigo 1 do próprio Pacto.³² De qualquer forma, caso existam elementos socio-culturais que criem obstáculos ao pleno gozo e garantia dos direitos, o Estado deverá adotar medidas para sua remoção. Este aspecto da obrigação é particularmente exigido quando há grupos que tem seus Direitos Humanos constantemente violados por razões culturais. Nestes casos, o Estado deve realizar uma revisão cuidadosa sobre o funcionamento da sociedade e um desenho de políticas condizentes para que assegurar, para todos os indivíduos, efetivo o gozo e exercício dos Direitos Humanos.³³

Alguns autores estimam que em algumas ocasiões surge um dever de proteção especial “determinável em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, seja por sua

27 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 167.

28 Medina Quiroga, C. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2005, p. 17. Medina Quiroga, C. “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, in *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo 1979-2004*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2005, pp. 207 e ss.

29 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90. *Exceções ao esgotamento dos recursos internos*. 1990, par. 34.

30 Nash Rojas, C. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción*, op. cit., p. 33.

31 Medina Quiroga, C. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, op. cit., pp. 17-19.

32 Ver os comentários ao artigo 2 (dever de adotar disposições de direito interno) de Ferrer Mac-Gregor e Pelayo, e ao artigo 25 (proteção judicial) a cargo de Ibáñez.

33 Nash Rojas, C., op. cit., p. 33.

condição pessoal ou pela situação específica que se encontre, como extrema pobreza ou marginalização e infância”.³⁴ Assim, a Corte IDH destacou a importância de assegurar o gozo e o exercício dos direitos em situação de privação de liberdade, por exemplo.³⁵

Da mesma forma, a Corte IDH estabeleceu que o dever de prevenção inclui todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a salvaguarda dos Direitos Humanos e que assegurem que eventuais violações aos mesmos sejam efetivamente consideradas e tratadas como um feito ilícito que, como tal, é suscetível a acarretar sanções para quem o cometa, assim como a obrigação de indenizar as vítimas por seus consequentes danos.³⁶

No que diz respeito à violência contra a mulher,³⁷ é especialmente relevante o estabelecido pela Corte IDH no caso *González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*, ao afirmar que a Convenção de Belém do Pará obrigou os Estados partes a utilizar a devida diligência para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.³⁸ Também estabelece que os Estados devem adotar medidas integrais para cumprir com a devida diligência nos casos desse tipo.

Em particular, a Corte IDH destacou a importância de contar com um adequado marco jurídico de proteção, com sua aplicação efetiva e com políticas de prevenção e práticas que permitam atuar de maneira eficaz diante de denúncias. A estratégia de prevenção deve ser integral, ou seja, deve prevenir os fatores de risco e, por sua vez, fortalecer as instituições para que possam proporcionar uma resposta efetiva aos casos de violência contra a mulher.³⁹

Destá forma, os Estados devem adotar medidas preventivas em casos específicos nos quais são evidentes as possibilidades de mulheres e meninas poderem ser vítimas de violências. Nestes casos, os Estados têm, além das obrigações genéricas contidas na CADH, uma obrigação reforçada pela Convenção de Belém do Pará,⁴⁰ que visa assegurar o efetivo exercício deste tipo de direitos.

De modo semelhante, a Corte IDH estabeleceu que as crianças têm direitos especiais aos quais correspondem deveres específicos por parte da família, da sociedade e do Estado; sua condição exige uma proteção especial que deve ser entendida como um direito adicional e complementar aos demais direitos que a CADH reconhece a toda pessoa.⁴¹ O princípio do melhor interesse da criança deve ser entendido como a necessidade de satisfação de todos os direitos da infância e da adolescência, que

34 Corte IDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 154. Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPFR. 2012, par. 241.

35 Corte IDH. *Assunto das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no “Complexo do Tatuapé” da FEBEM vs. Brasil*. Resolução de 30 de novembro de 2005. Considerando 15. Além disso, ver o capítulo 5. “Pessoas privadas de liberdade” do Comentário ao artigo 5 (direito à integridade pessoal) a cargo de Nash, e o comentário ao artigo 7 (direito à liberdade pessoal) a cargo de Casal.

36 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPFRC. 2009, par. 118. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, par. 107. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 118.

37 Um caso especialmente importante sobre o dever de prevenir é CIDH. Relatório n.º 54/01, *Caso Maria da Penha vs. Brasil*, Caso 12.051, 16 de abril de 2001.

38 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPFRC. 2009, par. 252 e 253. Este critério foi também reiterado nos seguintes casos: Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, par. 185. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, par. 145.

39 A respeito, pode-se ver a análise dos dois momentos da obrigação geral de garantir os Direitos Humanos, em específico a obrigação de prevenção derivada dos contextos de violência contra a mulher no voto individual do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot no caso Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015.

40 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPFRC. 2009, par. 256.

41 Cf. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002, par. 53, 54 e 60. Corte IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. FRC. 2004, par. 164. Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 133. Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, par. 142. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14. *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. 2014, par. 66.

obriga o Estado e irradia efeitos na interpretação de todos os demais direitos da CADH quando o caso refere-se a menores de idade.⁴²

3.2.2. O dever de proteger as pessoas diante de ameaças de agentes privados ou públicos no gozo de seus direitos

O Estado deve adotar medidas adequadas, seja normativas ou organizacionais, para enfrentar casos de ameaças aos direitos garantidos internacionalmente. Nesse sentido, para que o Estado se veja obrigado a adotar estas medidas, deverá ser proporcional a ameaça séria de lesionar o direito. A obrigação de proteção não se cumpre somente com a adoção de medidas genéricas, mas requer-se medidas particulares referentes à situação concreta do titular de direitos.⁴³

A Corte IDH determinou que um Estado não pode ser responsável por qualquer violação de Direitos Humanos cometida entre particulares dentro da sua jurisdição; seus deveres de adotar medidas de prevenção e proteção nas relações entre particulares se encontram condicionados ao conhecimento de uma situação de risco real e imediato para um determinado indivíduo ou grupo de indivíduos e às possibilidades razoáveis de prevenir ou evitar esse risco.⁴⁴

Ainda que um ato ou omissão de um particular tenha como consequência jurídica a violação de determinados Direitos Humanos de outro particular, o ato ou omissão que deu lugar a violação não é automaticamente atribuível ao Estado, pois deve-se observar as circunstâncias particulares do caso e da concretização das referidas obrigações de garantia.⁴⁵ Um ato ilícito violador de Direitos Humanos, que inicialmente não for atribuível diretamente a um Estado, por exemplo, por ser obra de um particular ou por não ter sido identificado o autor da transgressão, pode produzir a responsabilidade internacional do Estado, não por esse ato em si mesmo, mas pela *falta da devida diligência para prevenir a violação* nos termos exigidos pela CADH.⁴⁶ Nesse sentido, destaco o alcance que a Corte IDH deu a esse tipo de obrigação no caso da *família Barrios vs. Venezuela*.⁴⁷

3.2.3. Adotar medidas de prevenção geral frente a casos de violações graves de direitos

No caso de violações graves dos Direitos Humanos, esses fatos devem ser efetivamente investigados e os responsáveis devem ser punidos de acordo com as regulamentações nacionais.⁴⁸ A Corte Interamericana também é consistente em apontar que os Estados têm o dever legal de prevenir, razoavelmente, as violações aos Direitos Humanos, de investigar seriamente, com os meios ao seu alcance,

42 Cf. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002, par. 56, 57 e 60. Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14. *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. 2014. No mesmo sentido, ver: CIDH. Relatório de Mérito n.º 79/11, *Caso James Zapata Valencia e José Heriberto Ramírez Llanos vs. Colômbia*, Caso 10.916, 21 de julho de 2011. CIDH. Relatório de Mérito n.º 85/09, *Caso Víctor Hugo Maciel vs. Paraguai*, Caso 11.607, 6 de agosto de 2009. CIDH. Relatório de Mérito n.º 59/09, *Caso Remigio Domingo Morales e Rafael Sánchez*, Caso 10.626; *Caso Pedro Tau Cac*, Caso 10.627; *Caso José María Ixcaya Pixtay e outros*, Caso 11.198(A); *Caso Catalino Chochoy e outros*, Caso 10.799; *Caso Juan Galicia Hernández e outros*, Caso 10.751; e *Caso Antulio Delgado*, Caso 10.901, vs. Guatemala, 7 de abril de 2001.

43 Um exemplo destas medidas de proteção seria o dever dos Estados de adotar medidas para evitar que as pessoas sujeitas à sua jurisdição sejam postas à disposição de outros Estados no qual seu direito à vida e à integridade possam ser afetados. Cf. Nash Rojas, C., *op. cit.*, p. 35.

44 Cf. Corte IDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 123. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. FRC. 2015, par. 209.

45 Cf. Corte IDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 123. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. FRC. 2015, par. 209. Corte IDH. *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") vs. México*. EPFRC. 2009, par. 280. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 261.

46 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 172.

47 Corte IDH. *Caso família Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011, par. 124.

48 Cf. Nash Rojas, C., *op. cit.*, p. 36.

as violações que foram cometidas dentro de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, assim como impor as sanções pertinentes e de assegurar à vítima uma reparação adequada.⁴⁹

Por outro lado, o Estado está obrigado a investigar toda a situação em que se tenha violado os Direitos Humanos protegidos pela CADH.⁵⁰ Se o aparato do Estado atua de tal modo que uma violação fique impune e não se restabeleça à vítima seus direitos plenos (quando isso seja possível) pode se afirmar que se descumpriu o dever de garantir o livre e pleno exercício das pessoas sujeitas à sua jurisdição. O mesmo é válido quando se tolera que particulares ou grupos destes atuem livremente ou impunemente em violação dos Direitos Humanos reconhecidos na própria Convenção.⁵¹

Desde seu início, a Corte IDH reconheceu que em certas circunstâncias pode resultar difícil a investigação de atos que atentem contra direitos das pessoas, pois a obrigação a de investigar é, como a de prevenir, uma obrigação de meio ou de comportamento que não é descumprida somente pelo fato de que a investigação não produza um resultado satisfatório. Tal e qual afirmou a sentença de mérito no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, a investigação:

[...]

deve empreender-se com seriedade e não como uma simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera. Deve ter um sentido e ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples gestão de interesses particulares que dependa da iniciativa processual da vítima ou de seus familiares ou do aporte privado de elementos probatórios, sem que a autoridade pública procure efetivamente a verdade. Esta apreciação é válida qualquer que seja o agente ao qual possa, eventualmente, atribuir-se a violação, mesmo os particulares, pois, se seus atos não forem investigados com seriedade, resultariam, de certo modo, auxiliados pelo poder público, o que comprometeria a responsabilidade internacional do Estado.⁵²

Com posterioridade a esta sentença, destacou que:

[à] luz desse dever, uma vez que as autoridades estatais tenham conhecimentos do ocorrido, devem iniciar *ex officio* e sem procrastinação, uma *investigação séria, imparcial e efetiva* por todos os meios legais disponíveis e orientada pela determinação da *verdade e da perseguição, captura, julgamento* e eventual *punição* de todos os autores do feito, especialmente quando estejam ou possam haver agentes estatais envolvidos.⁵³

Desta forma, a Corte IDH determinou que em conexão com a obrigação de garantia do artigo 1.1. da CADH, deriva a obrigação de investigar os casos de violações aos direitos à vida, integridade e liberdade pessoal, ou seja, em conjunto com o direito substantivo que deve ser amparado, protegido ou garantido.⁵⁴ O anterior também se aplica a outros tratados do SIDH, como por exemplo, a Convenção de Belém do Pará, que obriga a atuar com a devida diligência,⁵⁵ e a adotar a normativa necessária para investigar e sancionar a violência contra a mulher.⁵⁶ Assim sendo, a Corte IDH considerou que o dever de investigar, efetivamente, tem alcances adicionais quando se trata de uma mulher que sofre uma

49 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 174.

50 *Ibidem*.

51 *Idem*.

52 *Ibidem.*, par. 177. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, par. 143.

53 *Cf.* Corte IDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 143. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 162. (grifos do autor)

54 *Cf.* Corte IDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 143.

55 Corte IDH. *Caso da Penitenciária Penal Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006, par. 344. Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, par. 185. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPFRC. 2014, par. 241. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, par. 145.

56 Corte IDH. *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") vs. México*. EPFRC. 2009, par. 287. Corte IDH *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPFRC. 2014, par. 241. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, par. 145.

morte, maltrato ou afetação à sua liberdade pessoal no marco de um contexto geral de violência contra as mulheres.⁵⁷

3.2.4. Reparar as vítimas

Em caso de violação aos Direitos Humanos, o Estado deverá reparar as vítimas de acordo com os padrões estabelecidos no direito internacional dos Direitos Humanos.

A Corte IDH estabeleceu que o direito à reparação é um princípio de direito internacional, já que toda violação a uma obrigação internacional que produziu um dano comporta o dever de repará-lo adequadamente.⁵⁸ Assim sendo, a Corte IDH sustenta que a reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional consiste na plena restituição (*restitutio in integrum*);⁵⁹ o que inclui o restabelecimento da situação anterior, a reparação das consequências que a infração produziu e o pagamento de uma indenização como compensação pelos danos patrimoniais ou extrapatrimoniais incluindo o dano moral.⁶⁰

Para articular esta obrigação, a Corte IDH tomou como base o disposto no artigo 63.1 da CADH⁶¹ e indicou que toda violação de uma obrigação internacional que produziu danos comporta o dever de reparação adequada;⁶² a disposição “recorre uma norma consuetudinária que constitui um dos principais fundamentos do Direito Internacional sobre responsabilidade de um Estado”.⁶³

A Corte IDH tem competência para ordenar três diferentes tipos de reparações, elas são 1) garantir o gozo dos direitos e liberdades previstos no *corpus iuris* interamericano; 2) reparar as consequências das violações cometidas por agentes privados ou estatais; e 3) ordenar o pagamento de uma indenização justa.⁶⁴ O anterior tem dado lugar a uma gama muito importante de reparações, que incluem a restituição, a compensação (na qual também aparecem custas legais), a reabilitação, a satisfação e as garantias de não repetição;⁶⁵ o que, com justa razão, Augusto Cançado Trindade denominou “uma jurisprudência verdadeiramente exemplar em matéria de reparação” e que tem “hoje o reconhecimento internacional por seu pioneirismo e criatividade”.⁶⁶

57 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPFRC. 2009, par. 293. Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, par. 186. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPFRC. 2014, par. 242. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, par. 146.

58 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 25. Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos e otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, par. 243. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPFRC. 2016, par. 194.

59 Sobre esta figura, ver García Ramírez, S. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, in *La Corte Interamericana de Derechos Humanos un cuarto de Siglo: 1979-2004*. Corte IDH, San José, 2005.

60 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 26. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPFRC. 2016, par. 195.

61 Este artigo estabelece que: “quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.” Para uma análise mais aprofundada sobre a aplicação deste preceito, sugere-se a leitura do comentário ao artigo 63 de Correa.

62 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 25. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPFRC. 2016, par. 194.

63 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999, par. 62. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPFRC. 2014, par. 300.

64 Cassel, D. “El alcance e impacto cada vez mayores de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, in Bogdandy, A. von et al. (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*. UNAM, IJ, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II, 2010, [disponible en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM], pp. 216-217.

65 *Ibidem*, p. 217.

66 Cançado Trindade, A. A. “Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones”, in Bogdandy, A. von et al. (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*. UNAM, IJ, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II, 2010.

Apesar do que o conceito de reparação integral (*restitutio in integrum*), que implica o restabelecimento da situação anterior e da eliminação dos efeitos que a violação produziu, como eixo orientador das medidas de reparação que orienta a posição da Corte IDH, o mesmo tribunal tomou em conta situações nas quais foi necessário ir além dessa simples restituição. No caso *González e outras ("Campo Algodoeiro") vs. México*, a discriminação estrutural, determinante para os acontecimentos, exigiu que as reparações tivessem uma vocação transformadora para tal situação, de tal forma que seus efeitos fossem não somente restitutivos mas também corretivos.⁶⁷

3.2.5. Cooperar com os órgãos internacionais para que estes possam desenvolver suas atividades de controle

A obrigação de cooperar se traduz no dever de proporcionar informação oportuna, pertinente e veraz a respeito da situação geral dos Direitos Humanos no Estado ou de um acontecimento particular sobre o qual o órgão internacional esteja estabelecendo conhecimento.

A Corte IDH determinou que, em um contexto de violação sistemática de Direitos Humanos, a necessidade de erradicar a impunidade se apresenta perante a comunidade internacional como um dever de cooperação interestatal para estes efeitos.⁶⁸ A Corte IDH dispôs que a impunidade não pode ser erradicada sem a consequente determinação das responsabilidades gerais - do Estado - e particulares - penais de seus agentes ou particulares-, complementares entre si, em casos de graves violações dos Direitos Humanos.⁶⁹ Isso porque, devido a que o acesso à justiça constitui norma imperativa de direito internacional e, como tal, gera obrigações *erga omnes* para os Estados de adotar as medidas que forem necessárias para não deixar na impunidade essas violações, seja exercendo sua jurisdição para aplicar seu direito interno e o direito internacional para julgar e, se for o caso, sancionar os responsáveis, ou colaborando com outros Estados para que o façam ou procurem fazê-lo.⁷⁰

Nesses termos, a Corte IDH determinou que a extradição é um importante instrumento para estes fins, de forma que os Estados partes da CADH devem colaborar entre si para erradicar a impunidade das violações cometidas, através do julgamento e da punição dos seus responsáveis. Para a Corte IDH, em virtude dos princípios mencionados, um Estado não pode outorgar proteção direta ou indireta aos processados por crimes contra os Direitos Humanos mediante a aplicação indevida de figuras jurídicas que atentem contra as obrigações internacionais pertinentes. Em consequência, o mecanismo de garantia coletiva estabelecido na CADH, em conjunto com as obrigações internacionais regionais e universais na matéria, vinculam os Estados da região a colaborar de boa fé nesse sentido, ou seja, mediante a extradição ou o julgamento em seu território dos responsáveis em casos graves de violação dos Direitos Humanos.⁷¹

Sem prejuízo do exposto, recentemente, no *caso de Wong Ho Wing vs. Peru*, a Corte IDH expressou que, conforme a linha jurisprudencial dos casos anteriores (ainda que em outros contextos), a importância da figura da extradição e do dever de colaboração entre os Estados nesta matéria e que pessoas acusadas de determinados crimes possam ser levadas à justiça por interesse da comunidade de nações. No entanto, a Corte IDH advertiu que no marco de processos de extradição ou outras formas de cooperação judicial internacional, os Estados partes da CADH devem observar as obrigações de Direitos Humanos derivadas deste instrumento. De tal modo que as obrigações internacionais dos Estados em matéria de Direitos Humanos e os requisitos de devido processo devem observar os procedimentos

[disponible en la biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM], p. 191.

67 Corte IDH. *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") vs. México*. EPFRC. 2009, par. 450.

68 Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. FRC. 2006, par. 131. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 222.

69 *Idem*.

70 *Idem*.

71 Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. FRC. 2006, par. 132.

de extradição, ao mesmo tempo que tal figura jurídica não possa ser utilizada como uma via para a impunidade.⁷²

Assim, para a Corte IDH existe um mecanismo de garantia coletiva estabelecido no Pacto de San José, em conjunto com as obrigações internacionais regionais e universais na matéria, com o qual os Estados partes da CADH devem colaborar entre si.⁷³

3.3. A relação entre os direitos substantivos da CADH e as obrigações gerais de respeitar e garantir os direitos

A jurisprudência da Corte IDH foi criando sua própria “teoria da interpretação” dos direitos contidos na CADH e outros tratados regionais sobre os quais que possui competência.

Nos primeiros casos contenciosos que decidiu - embora as obrigações gerais fossem especificadas - não estava totalmente claro se essas obrigações poderiam autonomamente levar a uma violação do artigo 1.1. da Convenção; se as mesmas eram consequências de outras violações declaradas; ou, ao contrário, era necessário articular estas obrigações com um ou outro direito substantivo do próprio Pacto de San José.

Desde os primeiros casos chegou a ser incluída a análise do artigo 1.1 fazendo uso do *principio iura novit curia*, como sucedeu no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, em que se apontou que “toda pretensão de que se lesou algum desses direitos, implica, necessariamente, a violação também o artigo 1.1 da Convenção.”⁷⁴ Em casos subsequentes, a Corte IDH chegou a declarar violação de forma autônoma ao artigo 1.1.,⁷⁵ e em outros declarou o descumprimento das obrigações em relação a outros direitos.⁷⁶

Conforme avançou a jurisprudência interamericana, concluiu-se que a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos tinha que ser articulada com outros direitos e que a mesma não poderia ser o objetivo de uma violação propriamente dita, mas que a norma só poderia ser descumprida pelos Estados ao serem violados outros direitos substantivos da Convenção.

No caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, a Corte IDH dispôs que o Estado de Honduras “tinha o dever de respeitar tais direitos e garanti-los” e determinou que “o Estado era responsável pela não observância do artigo 1.1. da Convenção, em relação às violações declaradas previamente na sentença”,⁷⁷ com isso, respondendo as alegações tanto da CIDH como dos representantes que solicitaram a declaração de violação do artigo 1.1. do Pacto de San José.

Portanto, conclui-se que as obrigações de respeito e garantia deveriam estar presentes em cada direito ou liberdade consagrada internacionalmente, posto que essas não são obrigações autônomas; mas que se aplicam, no que diz respeito à análise de cada direito ou liberdade consagrado na CADH, nos casos concretos e no tocante a titulares de direitos específicos, o que exige um esforço hermenêutico para determinar o conteúdo e o alcance destes direitos em relação a obrigações particulares.⁷⁸

72 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 119.

73 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. FRC. 2006.

74 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 162. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 305.

75 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. F. 1991. Nesta sentença, a menção se deriva do reconhecimento de responsabilidade realizado por Suriname. Além disso, ver Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. F. 1999. Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999.

76 Em alguns casos, a Corte IDH dedicou uma sessão em suas sentenças de mérito para explicar a natureza das obrigações gerais, derivadas do artigo 1.1. da CADH. Ver, entre outros, Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. F. 2000, par. 138 e 139. Doravante: Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001, par. 107 e ss. Corte IDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. FRC. 2001, par. 81 e ss.

77 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, par. 145.

78 Nash Rojas, C., *op. cit.*, p. 38.

4. A cláusula de não discriminação

4.1. A evolução da jurisprudência da Corte IDH

O artigo 1.1 da CADH não somente estabelece as obrigações gerais de respeito e garantia, mas também uma cláusula que prevê que as pessoas devam gozar e exercer “sem discriminação alguma por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social” os direitos consagrados no tratado.

A cláusula de não discriminação prevista neste preceito permaneceu “adormecida” por vários anos, já que no SIDH a concepção de direito à igualdade somente havia sido considerada tradicionalmente a partir do direito à igualdade perante a lei consagrado no artigo 24 da CADH.⁷⁹ Alguns autores estimam que essa situação se derivou essencialmente da falta de distinção entre as funções que deveriam julgar ambos preceitos (arts 1.1. e 24).⁸⁰ Entretanto, nem sempre foi assim.

Em sua mais nova jurisprudência, a Corte IDH tratou de estabelecer diferenças entre o disposto em ambos artigos. Desta forma, por exemplo, no Parecer Consultivo sobre a *Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, a Corte Interamericana afirmou que:

O artigo 1.1. da Convenção [...] é uma norma de caráter geral cujo conteúdo se estende a todas as disposições do tratado, dispõe a obrigação dos Estados Partes de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades lá reconhecidos “sem discriminação alguma”. Ou seja, qualquer que seja a origem ou a forma que assuma, todo tratamento que possa ser considerado discriminatório no que diz respeito ao exercício de qualquer dos direitos garantidos na Convenção é compatível com a mesma.⁸¹

Enquanto que a respeito do artigo 24 da Convenção americana, a própria Corte IDH assegurou:

Embora as noções não sejam idênticas e talvez a Corte Interamericana tenha a oportunidade de esclarecer as diferenças no futuro, esta disposição reitera de alguma forma o princípio estabelecido no artigo 1.1. Dependendo do reconhecimento da igualdade perante a lei, é proibido qualquer tratamento discriminatório de origem legal. Dessa forma, a proibição de discriminação amplamente contida no artigo 1.1 com relação aos direitos e garantias estipulados pela CADH, estende-se ao direito interno dos Estados Partes, de modo que é possível concluir que, com base nessas disposições, eles se comprometeram, de acordo com a Convenção, a não introduzir em seu sistema legal regulamentos discriminatórios relativos à proteção da lei.⁸²

Com posterioridade a esta tentativa de distinção - e em especial na jurisprudência emanada da Corte IDH a partir de casos contenciosos-, ficou óbvio a distinção entre ambas cláusulas de igualdade; o que em ocasiões específicas propiciou que a Corte IDH as considerasse como parte de um mesmo esquema de direitos à igualdade.⁸³

Alguns autores criticam a falta de desenvolvimento destas cláusulas em casos relativos a povos indígenas,⁸⁴ ao considerar-se que a aplicação do princípio de igualdade e não discriminação deve-

79 Para uma análise detalhada da natureza e alcance do artigo 24 se sugere a leitura do comentário a esse artigo realizada por Uprimny e Sánchez.

80 Para compreender melhor as intenções da Corte IDH, em sua mais recente jurisprudência, resulta especial relevância o trabalho de Parra Vera, Ó. e González le Saux, Marianne. “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, in *Revista IIDH*, no. 47, 2008, pp. 127-164.

81 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84. *Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*. 1984, par. 53.

82 *Ibidem*, par. 54.

83 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003.

84 Parra Vera, Ó. e González le Saux, M., *op. cit.*, pp.151 y ss.

ria contemplar a situação particular destas comunidades e outorgá-las um tratamento diferenciado;⁸⁵ entretanto, a Corte IDH nestes casos não declarou violadas nenhuma das cláusulas de igualdade que estamos analisando.⁸⁶ Em outros casos, a mesma Corte IDH limitou sua competência para conhecer e aplicar este tipo de cláusulas,⁸⁷ o que provocou que a jurisprudência em torno do direito à igualdade não tenha se desenvolvido significativamente nos primeiros anos na jurisprudência da Corte IDH.⁸⁸

4.2. O “despertar” da cláusula de não discriminação

A partir do caso *Apitz Barbera e outros* (“*Corte Primeira do Contencioso Administrativo*”) vs. *Venezuela*, a Corte IDH iniciou uma nova etapa em sua jurisprudência.

De fato, começou a distinguir e esclarecer a função das cláusulas de igualdade consagradas nos artigos 1.1 e 24 do Pacto de San José. Nesta sentença, a Corte IDH considerou que:

A diferença entre [ambos os] [...] artigos encontra-se na obrigação geral do artigo 1.1. que se refere ao dever do Estado de respeitar e garantir “sem discriminação” os direitos contidos na Convenção Americana, enquanto o artigo 24 protege o direito a “igual proteção da lei”. Em outras palavras, se um Estado discrimina no respeito ou garantia de um direito convencional, violaria o artigo 1.1. e o direito substantivo em questão. Se, ao contrário, a discriminação se refere a uma proteção desigual do direito interno, violaria o artigo 24.⁸⁹

Para chegar a esta conclusão, a mesma Corte IDH retomou o que havia estabelecido anteriormente no já mencionado Parecer Consultivo sobre a *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*.⁹⁰ A partir desta concepção, a Corte IDH delimitou expressamente em quais casos procede a violação do artigo 24 e em quais casos corresponde analisar um fato discriminatório com base no artigo 1.1.⁹¹

Essa concepção resulta na concepção da cláusula do artigo 1.1. como uma *cláusula subordinada*, que, em princípio, detalha uma lista de categorias suspeitas através das quais estaria proibido realizar distinções; o que implica também que o artigo 1.1. oferece uma única concepção de igualdade, como uma obrigação que proíbe discriminar em relação a outros direitos previstos na CADH.⁹²

Apesar de que no *caso Apitz Barbera* não deu lugar à aplicação da cláusula subordinada de igualdade do artigo 1.1. da CADH, abriu a porta para que em outros casos isso ocorresse. Assim, no caso *González e outras* (“*Campo Algodoeiro*”) vs. *México*,⁹³ por exemplo, - assunto especialmente grave

85 *Ibidem*, p. 152.

86 *Ver*, entre outros, Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPFRC. 2005. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005.

87 No *Caso De la Cruz Flores vs. Peru*, a Corte IDH assinalou: “[...] as alegações da Comissão Interamericana e dos representantes da suposta vítima em relação ao artigo 24 da Convenção Americana tem a ver com a falta de aplicação da figura in dubio pro reo no caso da Sra. De La Cruz Flores, quando isso foi aplicado no caso de outros quatro médicos que estavam em circunstâncias semelhantes às suas. A esse respeito, o Tribunal considera que não tem competência para substituir o juiz nacional para decidir se as circunstâncias em que alguns foram absolvidos e outros foram condenados eram exatamente as mesmas e mereciam o mesmo tratamento e, portanto, não a existência de uma violação do artigo 24 da Convenção foi suficientemente comprovada”. Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Peru*. FRC. 2004, par. 115.

88 Dulitzky, A. “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuro de la Jurisprudencia Interamericana”, in *Anuario de Derechos Humanos*. n.º 3, 2007, pp. 15-32.

89 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) vs. *Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 209. Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colômbia*. EPFRC. 2013, par. 333. Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, par. 214.

90 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84. *Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*. 1984, par. 53 e 54.

91 Parra Vera, Ó. e González le Saux, M., *op. cit.*, p.157.

92 *Ibidem*, p. 163. Na opinião dos autores, isso significa que, dentro dessa concepção, os casos que afetam o direito à igualdade por discriminação ou por tratamento arbitrário devam ser analisados sob a ótica do artigo 24 da CADH.

93 Corte IDH. *Caso González e outras* (“*Campo Algodoeiro*”) vs. *México*. EPFRC. 2009.

em razão dos feminicídios ocorridos na cidade de Juárez -,⁹⁴ a Corte IDH concluiu a existência de uma “cultura de discriminação” que teve influência direta nos homicídios de mulheres e que propiciou as violações no caso mencionado.

Para a Corte IDH, em atenção às consequências da impunidade do caso, essa “cultura de discriminação” reproduziu a violência que se pretendia atacar, sem prejuízo de que constituíram em si mesmas uma discriminação no acesso à justiça. A Corte IDH determinou que a impunidade dos delitos cometidos enviava a mensagem de que a violência contra a mulher é tolerada, o que favorece sua perpetuação e a aceitação social do fenômeno, o sentimento e a sensação de insegurança nas mulheres, bem como a persistente desconfiança das mulheres em relação a o sistema de administração da justiça.

Para a Corte IDH, a subordinação da mulher em razão de estereótipos de gênero socialmente persistentes pode chegar a refletir, implícita ou explicitamente, em políticas e práticas, em particular no raciocínio e na linguagem das autoridades. Desta forma, a criação e o uso de estereótipos se convertem em uma das causas e consequências da violência de gênero contra a mulher. A partir disso, a Corte IDH considerou que no *caso Campo Algodoeiro* a violência contra a mulher constituiu uma forma de discriminação e declarou que o Estado mexicano violou o dever de não discriminação contido no artigo 1.1 da CADH, em relação ao dever de garantia dos direitos consagrados em seus artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 7.1, em prejuízo das vítimas, e também em relação ao acesso à justiça consagrado nos artigos 8.1 e 25.1, em prejuízo dos familiares.⁹⁵

No *caso Comunidade Xákmok Kásek vs. Paraguai*, de 2010, na análise das violações à CADH, a Corte IDH estabeleceu a existência de:

[um]a situação de extrema e especial vulnerabilidade dos membros da Comunidade deve-se, inter alia, à falta de recursos adequados e efetivos que proteja os direitos dos indígenas e não só de maneira formal; a insuficiente presença de instituições estatais obrigadas a prestar serviços e bens aos membros da Comunidade, em especial, alimentação, água, saúde e educação; e à prevalência de uma visão da propriedade que concede maior proteção aos proprietários privados sobre as reivindicações territoriais indígenas, desconhecendo-se, com isso, sua identidade cultural e ameaçando sua subsistência física.⁹⁶

A situação da Comunidade Xákmok Kásek, para a Corte IDH, constituiu “uma discriminação *de fato* contra os membros da Comunidade [...], marginalizados no gozo dos direitos [da Convenção Americana]. [...] Porém, o Estado não adotou as medidas positivas necessárias para reverter tal exclusão”.⁹⁷ A situação particular deste caso permitiu que a Corte IDH deduzisse a existência de um tipo de *discriminação estrutural*, a qual não havia sido enfrentada pelo Estado, a partir dos fatos provados que deram lugar a diversas violações da CADH.

Assim sendo, de acordo com as violações dos direitos declarados no Pacto de San José, a Corte IDH considerou que o Estado não havia adotado medidas suficientes e efetivas para garantir, sem discriminação, os direitos reconhecidos nos artigos 21.1, 8.1, 25.1, 4.1, 3 e 19 do mesmo documento.⁹⁸ Portanto, a Corte IDH determinou que no referido caso o Estado paraguaio descumpriu o dever de não discriminação contido no artigo 1.1 da CADH, em relação aos direitos de propriedade, ao devido pro-

94 *Ibidem*, par. 143. Neste parágrafo, a sentença refere-se ao fato de que o *feminicídio* é o “homicídio de mulheres por razões de gênero”. É importante levar em consideração que o artigo 1 da Convenção de Belém do Pará declara que “[...] violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.”

95 *Ver* Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPFRC. 2009, par. 339-402. Para uma análise mais detalhada dos acontecimentos lamentáveis que deram origem a esta sentença, consultar a obra Ferrer Mac-Gregor, E. e Silva García, F. *Los feminicídios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero*. Porrúa-UNAM, México, 2011.

96 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010, par. 273.

97 *Ibidem*, par. 274.

98 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010, par. 275.

cesso, às garantias judiciais, à vida, à personalidade jurídica e os direitos da criança.⁹⁹ Nesse sentido, a Corte IDH deu um passo adiante em sua jurisprudência ao declarar que certas circunstâncias levam à violação dos direitos da CADH e que podem fazer com que se deduza o descumprimento da cláusula de igualdade do artigo 1.1, e que estas circunstâncias se desprendem de uma discriminação estrutural *de fato*. De qualquer modo, essa nova interação entre os distintos direitos à igualdade terá de ser melhor desenvolvida pela Corte IDH com o objetivo de esclarecer a interação entre os diferentes direitos deste tratado internacional.

No caso *Atala Riffo e crianças vs. Chile*, a Corte IDH determinou que a cláusula subordinada de não discriminação do artigo 1.1 da CADH protege casos de discriminação por razões de preferências sexuais e esclareceu que “o artigo 24 protege o direito à “igual proteção da lei”, ou seja, o artigo 24 da Convenção Americana proíbe a discriminação de direito ou de fato, não só quanto aos direitos consagrados nesse Tratado, mas no que diz respeito a todas as leis que o Estado aprove e sua aplicação”.¹⁰⁰ Igualmente, a Corte IDH determinou que “caso um Estado discriminasse no respeito ou garantia de um direito convencional, descumpriria a obrigação estabelecida no artigo 1.1 e o direito substantivo em questão. Caso, ao contrário, a discriminação se referisse a uma proteção desigual da lei interna ou sua aplicação, o fato deveria ser analisado à luz do artigo 24 da Convenção Americana”.¹⁰¹

A Corte IDH também determinou que ao interpretar a expressão “qualquer outra condição social” do artigo 1.1 da CADH deve sempre ser escolhida a alternativa mais favorável para a tutela dos direitos protegidos pelo referido tratado, segundo o princípio da norma mais favorável ao ser humano,¹⁰² e detalhou que os critérios específicos em virtude dos quais está proibido discriminar, segundo o artigo 1.1 da CADH, “não são uma lista taxativa ou limitadora senão meramente enunciativa”, já que “a redação desse artigo deixa critérios em aberto os com a inclusão do termo “outra condição social” para assim incorporar outras categorias que não tivessem sido explicitamente citadas”.¹⁰³

Nesta oportunidade, a Corte IDH concluiu que um direito que está sendo reconhecido às pessoas não pode ser negado ou restringido a ninguém e em nenhuma circunstância com base em sua orientação sexual, já que estaria sendo violado o artigo 1.1 da CADH.¹⁰⁴

Em conclusão, a cláusula de não discriminação prevista no artigo 1.1 deve estar coordenada com a cláusula prevista no artigo 24, preceitos estes que “constituem o fundamento da plena e total recepção do princípio de não discriminação na Convenção Americana, princípio este que se aplica ao reconhecimento e proteção de todos os direitos enunciados no Pacto de San José”.¹⁰⁵ Desta forma, não se pode perder de vista a ampla expressão utilizada na CADH ao se referir aos termos “sem discriminação alguma”, o que denota o espírito que deve estar presente em todos os casos concretos de “respeito” e “garantia”; e que também implica um princípio de igualdade, toda vez que o Pacto proíbe a personalidade jurídica condicionada, que consiste na proteção do Estado a algumas pessoas que cumpram determinadas condições, como sucedeu na sombra do Holocausto na Segunda Guerra Mundial.¹⁰⁶

5. O âmbito de proteção jurisdicional da SIDH

O artigo 1.1 da CADH estabelece o compromisso dos Estados de garantir o livre e pleno exercício dos direitos e liberdades “a toda pessoa sujeita à sua jurisdição”. Nesse sentido, cabe discernir que

99 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010. Ponto Resolutivo 9.

100 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 82.

101 *Idem*.

102 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 84.

103 *Ibidem*, par. 85.

104 *Ibidem*, par. 93.

105 Gros Espiell, H., *op. cit.*, pp. 69-70.

106 Cf. Gomes, L. F., Mazzuoli, V. de O., *op. cit.*, pp. 30 e 36.

alcance se deu à jurisdição estatal com a finalidade de fixar critérios essenciais de competência *ratione loci* em que presumidamente se tenha cometido violação a um direito consagrado no Pacto de San José.

O conceito de jurisdição no direito internacional público tem estado relacionado com o *controle efetivo* que um Estado ou Governo ou autoridade pode ter sobre um determinado território,¹⁰⁷ de maneira que a jurisdição de um Estado corresponde, em princípio, ao poder e à soberania que tem em seu próprio território (âmbito espacial de validade). Porém, o direito internacional apresentou situações nas quais o poder estatal pode chegar a ter controle efetivo de um território estrangeiro.

Nos casos submetidos à jurisdição da Corte IDH nunca se suscitou controvérsia em matéria de jurisdição internacional, já que em sua totalidade os fatos denunciados ocorreram nos territórios dos próprios Estados demandados. Mas, caberia se questionar se um fato ocorrido fora das fronteiras de uma nação poderia dar lugar a uma responsabilidade estatal.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU determinou, em relação ao âmbito de aplicação do PIDCP, o seguinte:

[...] um Estado parte deve respeitar e garantir os direitos estabelecidos no Pacto a qualquer pessoa submetida ao poder ou ao controle efetivo deste Estado Parte, inclusive se não se encontra no território do mesmo [...] o gozo dos direitos do Pacto não se restringe aos cidadãos dos Estados partes, mas também devem estender-se a todos os indivíduos, independente de sua nacionalidade ou se sua situação apátrida, como as pessoas em busca de asilo, os refugiados, os trabalhadores migrantes e outras pessoas, *que podem se encontrar no território ou estar submetidos à jurisdição do Estado Parte*. Este princípio se aplica também aos submetidos ao poder ou ao controle eficaz das forças de um Estado parte que atua fora de seu território, independentemente das circunstâncias nas que esse poder ou controle eficaz se obteve, como as forças que constituem um contingente nacional de um Estado Parte associado a uma operação internacional encarregada de impor a paz ou mantê-la.¹⁰⁸

O SEDH examinou casos nos quais os Estados foram declarados responsáveis internacionalmente por violações de Direitos Humanos cometidas fora de seu território ao exercer jurisdição extraterritorial.¹⁰⁹ No SIDH existe uma série de casos nos quais a CIDH determinou que “em certas circunstâncias [a Comissão] tem competência para avaliar comunicações em que se denuncia a violação dos Direitos Humanos protegidos no sistema interamericano por agentes de um Estado membro da organização, mesmo quando os fatos que constituem essa violação tenham sido realizados fora do território do referido Estado.”¹¹⁰

Este critério foi retomado em outros casos,¹¹¹ sem que isso signifique numa interpretação constante. O que a CIDH aceitou por analogia foi examinar alguns casos no contexto de um conflito armado

107 Cf. Tinoco Arbitration. *Arbitration Between Great Britain and Costa Rica, Opinion and Award of William H. Taft, Sole Arbitrator*, Washington, D.C., Oct 18, 1923, 18 AJIL 147 (1924), 1 U.N.R.I.A.A. 369 (1923). Cassese, A. *International Law*. 2ª ed., Oxford University Press, Nova York, 2005, pp. 73 e ss. Sobre o desenvolvimento do critério de controle efetivo, ver ICJ. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14.

108 Comitê DHONU. Observação Geral n.º 31, *op. cit.* (grifos do autor)

109 Entre os casos mais emblemáticos se encontram: TEDH. *Chipre vs. Turquia* (App. 25781/94), Sentença de 10 de maio de 2001, (2001) 35 EHRR 731. TEDH. *Ilascu e outros vs. Moldávia e Rússia* (App. 48787/99), Sentença de 8 de julho de 2004; (2005) 40 EHRR 1030.

110 CIDH. Relatório n.º 86/99, *Caso Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña e Pablo Morales vs. Cuba*. Caso 11.589, 29 de setembro de 1999, par. 23 (grifos do autor). Sobre a aplicação extraterritorial da CADH por parte da CIDH em casos de comunicação interestatal, ver a sessão “2.2 Casos” dos comentários aos artigos 44 a 47, de autoria de Tojo.

111 CIDH. Relatório n.º 51/96, *Caso Comitê Haitiano de Direitos Humanos et al. vs. Estados Unidos*, Caso n.º 10.675, 13 de março de 1997.

internacional fora do território do Estado em questão.¹¹² De nossa parte acreditamos que a possibilidade está latente. De fato, como observa Gros Espiell:

[...] a existência desta obrigação expressa não significa o dever de não desenvolver, exercer ou tolerar nenhuma ação contra os Direitos Humanos de pessoas que, por estar situadas fora de seu território, não estariam *stricto sensu* submetidas à sua jurisdição [...] outro dever, complementar ao artigo 1.1 da Convenção é a consequência dos princípios gerais do direito, do princípio de não intervenção (art. 18 da Carta da OEA) e da mesma filosofia do Sistema Interamericano. Assim, a eventual violação de Direitos Humanos fora do território do Estado Parte, como consequência de ações ou omissões que foram imputáveis, poderia gerar sua responsabilidade internacional.¹¹³

6. Os seres humanos como sujeitos de proteção do SIDH: a concepção e o eventual desenvolvimento do conceito de 'pessoa' no artigo 1.2. da CADH

O artigo 1.2. do Pacto de San José estabelece que “para os efeitos da convenção, pessoa é todo ter humanos”. A mesma CADH utiliza a palavra ‘pessoa’ em múltiplas ocasiões ao longo do texto com o fim de estabelecer ao sujeito titular de direitos ou liberdades.¹¹⁴

A redação que a CADH oferece nesse aspecto não é casual, e foi motivada em contraposição ao disposto no artigo 34 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. Tal preceito do sistema europeu e seu desenvolvimento jurisprudencial permite que, dependendo da violação alegada, pessoas de forma individual, grupos de pessoas, organizações não governamentais, empresas (mesmo que já tenham sido dissolvidas), acionistas, sindicatos, partidos políticos e organizações religiosas podem reivindicar seus direitos.¹¹⁵ Ao invés disso, a intenção original no SIDH foi limitar a possibilidade de que pessoas jurídicas (morais) pudessem constituir-se como petionários, para restringi-lo às pessoas físicas, seja nacionais ou estrangeiras. O espírito foi o de “reconhecer e garantir *direitos do indivíduo*, do ser humano, do homem de ‘carne e osso’ e não de pessoas jurídicas, de sociedades, de entidades econômicas, financeiras, sociais ou culturais [...] [o que constitui] o sentido, o objetivo e o fim do convênio”.¹¹⁶

Além do mais, esta postura - justificada em seu momento - tem sofrido mudanças gradualmente, que foram flexibilizadas para evidenciar a aceitação de acionistas de empresas e povos ou comunidades indígenas como sujeitos de direito perante os órgãos do Sistema Interamericano, por meio do dinamismo interpretativo da CADH.

112 Rodríguez Pinzón, D. “Jurisdicción y competencia en las peticiones individuales en el sistema interamericano de derechos humanos”, American University Washington College of Law, Washington. Disponível em: <http://www.wcl.american.edu/pub/humright/red/articulos/JurisdiccionCompetencia.htm> [último acesso em 27 de fevereiro de 2017].

113 Gros Espiell, H., *op. cit.*, pp. 69-70.

114 Por sua parte, a CIDH se pronunciou sobre o artigo 1.2 da CADH nos seguintes relatórios: CIDH. Relatório n.º 47/97, *Caso Tabacalera Boquerón S.A. vs. Paraguai*, 18 de outubro de 1997, par. 25 e 35. CIDH. Relatório n.º 39/99, *Caso Mevopal S.A., vs. Argentina*, 11 de março de 1999, par. 2 e 17. No mesmo sentido, CIDH. Relatório n.º 10/91, *Caso Banco de Lima, vs. Peru*, 22 de fevereiro de 1991, par. 1 e 3. CIDH. Relatório n.º 106/99, *Caso Bendeck -Cohdinsa, vs. Honduras*, 27 de setembro de 1999, par. 20. CIDH. Relatório n.º 103199, *Caso Bernard Merens e familia vs. Argentina*, 27 de setembro de 1999, par. 3.

115 Leach, Ph. *Taking a Case to the European Court of Human Rights*. 2ª ed. Oxford University Press, Nova York, 2005. Incluído o artigo 1 do Protocolo Adicional n.º 1 da Convenção Europeia, de 1952, o direito de propriedade expressamente se refere a “pessoa singular ou coletiva” (física ou jurídica)

116 Gros Espiell, H., *op. cit.*, p. 72. (sem ênfase no original)

6.1. O direito dos acionistas de empresas

Como foi explicado, o Pacto de San José refere como titular de direito somente as pessoas, identificando-as com a concepção de ser humano, resultando, em princípio, a exclusão de titularidade de direitos a pessoa jurídicas (morais). Através da interpretação evolutiva do instrumento, a Corte IDH foi suavizando essa postura, ao aceitar legitimação de pessoas individuais na qualidade de acionistas de uma empresa quando reclamam de seus direitos de propriedade.

No tocante ao direito de propriedade e à possibilidade de que acionistas possam fazer justiça a este direito no SIDH, no caso *Perozo e outros vs. Venezuela*,¹¹⁷ a Corte IDH sintetizou a jurisprudência sobre a matéria, estabelecendo que se a figura da pessoa jurídica não foi reconhecida pela CADH (como consta no Protocolo nº1 da Convenção Europeia) isso não restringe a possibilidade de que, diante de determinados pressupostos, um indivíduo possa acudir ao sistema para fazer valer seus direitos, mesmo quando os mesmos estejam cobertos por uma figura ou ficção jurídica criada pelo mesmo sistema jurídico.¹¹⁸

Desta forma, a Corte IDH analisou a possível violação dos direitos de propriedade de determinadas pessoas em qualidade de acionistas.¹¹⁹ Nestes casos, diferenciou os direitos dos acionistas de uma empresa, dos direitos da própria empresa, assinalando que as leis internas outorgam aos acionistas determinados direitos, como os de receber os dividendos acordados, assistir e votar nas assembleias gerais e receber parte dos ativos da companhia no momento de sua liquidação, entre outros.¹²⁰ Este critério da Corte IDH está em conformidade com o apontado por outros organismos internacionais de proteção aos Direitos Humanos. O Comitê de Direitos Humanos da ONU afirmou que:

Os beneficiários dos direitos reconhecidos no Pacto são pessoas físicas. Mesmo que, com exceção do artigo 1, o Pacto não menciona os direitos das pessoas jurídicas ou entidades ou coletividades similares, muitos dos direitos reconhecidos no Pacto, como a liberdade de manifestar sua religião ou suas crenças (art.18), a liberdade de associação (art. 22), os direitos das minorias (art. 27), podem ser desfrutados em comunidade com outros. O fato de que a competência do Comitê para receber e examinar comunicações está limitada às pessoas físicas ou apresentadas em seu nome (art. 1 do primeiro do Protocolo Facultativo) não impede que estes indivíduos pretendam que ações ou omissões relativas a pessoas jurídicas e entidades similares equivalem a uma violação de seus próprios direitos.¹²¹

6.2. Os direitos dos povos e das Comunidades Indígenas

No SIDH, tal e como tem observado Sergio García Ramírez, não nos encontramos diante de litígios ocasionais, isolados, circunscritos a um só espaço, e tampouco diante de controvérsias ordinárias que devem ser analisadas e resolvidos a partir de fórmulas abstratas, uniformes, desatentas da história e da ordem jurídica das vítimas.¹²² Nesse sentido, a Corte IDH, progressivamente, interpretou o conteúdo do artigo 1.2 da CADH com o fim de dar respostas às realidades do continente americano, em especial no tocante à situação dos indígenas.

O caso *Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*, de 2001, foi a primeira ocasião em que a Corte IDH expressou sua visão sobre os direitos dos povos indígenas, estabelecendo critérios jurisprudenciais

117 Ver Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 399 e 400.

118 *Ibidem*, par. 399.

119 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. FRC. 2001, par. 123, 125, 138 e 156. Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, par. 337.

120 *Ibidem*, par. 127. Além disso, ver Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, par. 26. Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, par. 146. ICJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 3, par. 47.

121 Comitê DHONU. Observação geral n.º 31, *op. cit.*, par. 9.

122 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005. Voto concorrente do juiz Sergio García Ramírez, par. 15.

para a compreensão do fenômeno.¹²³ Assim sendo, os povos e comunidades indígenas são reconhecidos como sociedades diferenciadas das dinâmicas socioculturais da sociedade ocidental e possuem direitos políticos, sociais e culturais coletivos específicos.¹²⁴

Através de uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, levando em consideração o disposto nos trabalhos preparatórios da CADH, a Corte IDH, no referido caso, considerou que o artigo 21 do Pacto de San José não protegia não apenas a propriedade individual, mas também o direito à propriedade em um sentido que compreende os direitos dos membros das comunidades indígenas no âmbito da propriedade comunitária.¹²⁵ Isso devido ao fato de que entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunitária da propriedade coletiva da terra, no sentido de que sua posse não se concentra em um indivíduo, mas pertence a todo o grupo e sua comunidade.¹²⁶

Para a Corte IDH, os indígenas, por sua mera existência, têm o direito de viver livremente em seus próprios territórios; sua estreita relação com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental das suas culturas, vidas espirituais, integridade e sobrevivência econômica.¹²⁷ A Corte IDH considerou que para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo para futuras gerações.¹²⁸

Sergio García Ramírez estabelece que a pretensão de que existe uma única forma de usar e desfrutar dos bens, equivaleria a negar a milhões de pessoas a tutela deste preceito, subtraindo delas o reconhecimento e a proteção de direitos essenciais, que beneficiam, em troca, as demais pessoas.¹²⁹ Igualmente, para o ex-presidente da Corte IDH, *existe uma íntima e indissolúvel vinculação entre os direitos indígenas e coletivos*, cuja vigência efetiva depende da genuína tutela das pessoas que formam parte dos grupos étnicos indígenas.¹³⁰ Esta concepção do direito de propriedade dos povos indígenas implica também uma interpretação do disposto inicialmente no artigo 1.2 da CADH, em concordância com as obrigações de “respeito” e “garantia” do artigo 1.1 do mesmo pacto; e também em relação com a já comentada “cláusula de igualdade” prevista no mesmo preceito.

O critério, posteriormente, consolidou-se e foi explicado através da jurisprudência interamericana de forma reiterada em outros casos.¹³¹ Assim, a Corte IDH determinou que a proteção da propriedade nos termos do artigo 21 da CADH, lido em conjunto com os artigos 1.1 e 2 da mesma, atribui aos Estados

123 Castrillón Orrego, J. D. *Globalización y derecho indígena: el caso de Colombia*. IJ-UNAM, México, 2006. Além disso, ver Landa, C. e Ferrer Mac-Gregor, E., “Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, in Sepúlveda, R. e García Ricci, D. *Derecho constitucional de los derechos humanos*. Escuela Libre de Derecho, México, 2012. (imprenta)

124 *Idem*.

125 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. FRC. 2001, par. 148.

126 *Ibidem*, par. 149. Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, par. 111.

127 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. FRC. 2001, par. 149. Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, par. 111.

128 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. FRC. 2001, par. 149. Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, par. 111. Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. FRC. 2015, par. 130.

129 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005. Voto do Juiz Sergio García Ramírez.

130 *Ibidem*, par. 14.

131 Cf. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005. Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPFRC. 2007. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010. Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPFRC. 2014. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPFRC. 2015. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. FRC. 2015. Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. FRC. 2015.

a obrigação positiva de adotar medidas especiais para garantir aos integrantes dos povos indígenas e tribais o exercício pleno e igualitário do direito aos territórios que usam e ocupam tradicionalmente.¹³²

Para alguns autores, o caminho seguido pela Corte IDH nesta temática tem uma fundamentação essencialmente utilitarista, já que a Corte IDH não se pronunciou sobre a compatibilidade de uma concepção coletiva dos direitos com a própria CADH; no entanto, isso ocorre nos efeitos que o não reconhecimento teria sobre certos aspectos da propriedade a partir de seus atributos (uso e disposição) e não de sua natureza (lei individual vs. lei coletiva).¹³³

7. O Controle de Convencionalidade como um elemento indispensável para o respeito e garantia dos direitos

7.1. A origem do conceito e da doutrina do controle de convencionalidade

Inicialmente, o termo ‘controle de convencionalidade’ foi utilizado de forma isolada em vários dos votos do ex-juiz Sergio García Ramírez. Nessas primeiras referências, o controle de convencionalidade foi definido como um exercício que a Corte IDH realizava “ao analisar a complexidade do assunto, [...] verificando a compatibilidade entre a conduta do Estado e as disposições da Convenção [...] devendo explorar as circunstâncias de *jure* e *de facto* do caso”. Nessa primeira concepção, o controle de convencionalidade se refere essencialmente à competência da Corte IDH para conhecer e decidir um caso aplicando a Convenção Americana, tanto no que se refere aos fatos como ao direito de qualquer assunto que lhe seja apresentado e sobre o qual tenha competência.

Sob essa concepção, na verdade não havia nada novo sob o sol, ao realizar a Corte IDH um controle ‘concentrado’ de convencionalidade.¹³⁴ Ainda que tenha dado um passo importante ao incorporar o *nomen iuris* deste controle, a novidade viria depois, para passar ao controle ‘difuso’ de convencionalidade, mudando esta função a todos os juizes nacionais, de tal forma que se configurou um controle judicial interno de convencionalidade.¹³⁵ Em pouco tempo, a doutrina do “controle de convencionalidade” ultrapassaria o âmbito internacional ao âmbito nacional.

O *leading case* é o caso *Almonacid Arellano vs. Chile*.¹³⁶ A sentença se inscreve na linha de várias decisões da Corte IDH em casos de leis de auto-anistia nos quais decidiu sobre a invalidez do decreto-lei que perdoava os crimes contra a humanidade. Na verdade, o ordenamento chileno deixava impunes os crimes cometidos durante os anos de 1973 a 1979 na ditadura militar de Augusto Pinochet, a Corte IDH determinou que o decreto era incompatível com a CADH e carecia de efeitos jurídicos à luz do tratado:

132 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPFRC. 2007, par. 95. Essa concepção é especialmente relevante na sentença da Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010.

133 Nash Rojas, C., *op. cit.*, p. 197.

134 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006. Voto individual do juiz Sergio García Ramírez, par. 30. Além disso, ver os votos do juiz García Ramírez em Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, par. 27. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 3. Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguai*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 6 e 12.

135 Ernesto Rey Cantor adverte sobre uma primeira e segunda etapa deste papel de controle de convencionalidade na jurisprudência da Corte IDH, antes do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Ver Rey Cantor, E. “Controles de convencionalidad de leyes”, in Ferrer Mac-Gregor, E. e Zaldívar Lelo de Larrea, A. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*. T. X: Derechos humanos y tribunales internacionales, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, México, 2008, pp. 393-418.

136 García Ramírez, S. “El control judicial interno de convencionalidad”, in Ferrer Mac-Gregor, E. *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.

A obrigação legislativa descrita no artigo 2 da Convenção tem também a finalidade de facilitar a função do Poder Judiciário de modo que o aplicador da lei tenha uma opção clara sobre como resolver um caso particular. Entretanto, quando o Legislativo falha em sua tarefa de suprimir e/ou não adotar leis contrárias à Convenção Americana, o Poder Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia estabelecido no artigo 1.1 da mesma e, conseqüentemente, deve abster-se de aplicar qualquer norma contrária a ela. A aplicação, por parte de agentes ou funcionários do Estado, de uma lei que viole a Convenção gera responsabilidade internacional do Estado, sendo um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, reconhecido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, o fato de que todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos que violem os direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana.¹³⁷

[...]

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. *Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.*

[...] esta Corte estabeleceu que, “[s]egundo o Direito Internacional, as obrigações por este impostas devem ser cumpridas de boa fé e o Direito Interno não pode ser invocado para justificar seu descumprimento”. Esta regra foi codificada no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.¹³⁸

Posteriormente, a Corte IDH esclareceu sua doutrina para estabelecer que este tipo de controle deve ser exercido *de ofício*, sem a necessidade de que as partes o solicitem, dentro das competências e das regulações processuais correspondentes de cada autoridade, considerando os pressupostos formal e material de admissibilidade e procedência.¹³⁹ Esta doutrina foi confirmada nos anos seguintes e desenvolve a maneira de uma “valsa em três tempos” como expressa Bourgoe-Larsen.¹⁴⁰

A partir de 2010, foram substituídas as expressões relativas ao “Poder Judiciário” para fazer referência a que “todos os órgãos” dos Estados que ratificaram a CADH, “incluindo seus juízes”,¹⁴¹ devem

137 Cf. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. EP. 2005, par. 172. Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. FRC. 2006, par. 140.

138 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPFRC. 2006, par. 123-125. (ênfase agregado)

139 Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. EPFRC. 2006, par. 128.

140 Segundo a professora da Universidade de La Sorbonne, em Paris, especialista no SIDH, a doutrina do controle de convencionalidade foi desenvolvida em três momentos: “[a] primeira vez foi caracterizada pelo surgimento da obrigação de controle de convencionalidade em 2006, na sentença *Almonacid Arellano*; a segunda parte consistiu-se em especificar os contornos desta obrigação com o julgamento dos casos *Trabajadores Despedidos do Congresso*, de 2007. A terceira parte consistiu em “teorizá-la” no âmbito do caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México* de 2010”. Bourgoe-Larsen, L. “La erradicación de la impunidad: claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, in Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.) *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012, pp. 38-43.

141 A intenção da Corte IDH no âmbito deste desenvolvimento jurisprudencial é clara: definir que a doutrina do “controle de convencionalidade” deve ser exercido por “todos os juízes”, independentemente de sua participação formal ou não no Poder Judiciário e independentemente de sua hierarquia, grau, quantidade ou assunto da especialização. Assim, o “controle da convencionalidade” deve ser realizado por qualquer juiz ou tribunal que desempenhe materialmente

velar pelo efeito útil do Pacto, e que “os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis [estão] obrigados a exercer, de ofício, o controle de convencionalidade”.¹⁴² A partir daí, não resta a menor dúvida de que também os tribunais e câmaras constitucionais se encontram obrigados a exercer esse controle, o que constitui um desafio para que apliquem cotidianamente o *corpus iuris* interamericano e superem a tradicional concepção da supremacia constitucional.¹⁴³

A consideração de exercer este tipo de controle por todos os órgãos dos Estados se estende não somente aos juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, mas também às autoridades administrativas, mas obviamente dentro de suas respectivas competências e regulações processuais. O anterior ficou claro no caso *Gelman vs. Uruguai*, assunto no qual se abordou o complexo tema dos limites de regras da maioria em instâncias democráticas, estabelecendo a Corte IDH que também “deve priorizar o controle de convencionalidade ao constituir uma função e tarefa de qualquer autoridade pública e não somente do Poder Judiciário”.¹⁴⁴ Desde então este tipo de controle passa a ser considerado como de caráter ‘difuso’,¹⁴⁵ existindo diversos graus de intensidade e realização dependendo das competências de cada autoridade.¹⁴⁶

A primeira ocasião em que a Corte IDH definiu o conceito de controle de convencionalidade foi precisamente na *Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso Gelman vs. Uruguai* quando se referiu a este conceito como “uma instituição que se utiliza para aplicar o Direito Internacional, neste caso o Direito Internacional dos Direitos Humanos e especificamente a Convenção Americana e suas fontes, incluindo a jurisprudência deste Tribunal”.¹⁴⁷ Além do mais, nesta resolução, a Corte apontou que o controle de convencionalidade tem duas facetas: uma que consiste na obrigação de cumprir a coisa julgada internacional (*res judicata*) e outra como uma norma convencional interpretada (*res interpreta*). A primeira delas é expressa quando há uma sentença internacional proferida na matéria de caso julgado em relação a um Estado que tenha sido parte no caso submetido à jurisdição da Corte IDH. Nesse caso, consequentemente, todos os órgãos estatais, inclusive seus juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, também estão sujeitos ao tratado e à decisão da Corte IDH, que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da CADH e, consequentemente, das decisões da Corte IDH, não sejam enfraquecidas pela aplicação de normas contrárias ao objeto e finalidade do Tratado. Da mesma forma, as sentenças da Corte IDH não devem ser afetadas por decisões judiciais ou administrativas que tornem ilusória sua conformidade total ou parcial. Ou seja, neste caso, estamos na presença de uma outra coisa julgada (*res judicata*) internacional, através da qual o Estado é obrigado a cumprir e aplicar a sentença proferida.¹⁴⁸

No que concerne a a segunda manifestação do controle de convencionalidade - em casos em que o Estado não tenha sido parte no processo internacional em que foi estabelecida determinada

funções jurisdicionais, incluindo, é claro, os Tribunais Constitucionais, Câmaras ou Tribunais, bem como os Supremos Tribunais de Justiça e outras altas jurisdições dos vinte e quatro países que subscreveram, ratificaram ou aderiram à CADH, e com maior razão para os vinte e um Estados que reconheceram a jurisdição contenciosa da Corte IDH, de um total de trinta e cinco países que compõem a OEA. Isso nos leva a que esse “controle da convencionalidade” no nível internacional é configurado no nível nacional como um “controle difuso de convencionalidade”. Cf. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010. Voto individual do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, par. 19-21.

142 *Ibidem*, par. 18. (grifos do autor)

143 Nogueira Alcalá, H. “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, *op. cit.*, pp. 331-389.

144 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, par. 239.

145 Cf. Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.) *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.

146 Sobre os diversos graus de intensidade de controle de convencionalidade, ver Ferrer Mac-Gregor, E. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, in Carbonell, M. e Salazar, P. (coords.) *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*. UNAM-III, México, 2011.

147 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. *Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte IDH de 20 de março de 2013*, par. 65.

148 *Ibidem*, par. 68.

jurisprudência-, se estabelece que somente pelo fato de ser Parte na Convenção Americana, todas as autoridades públicas e todos os órgãos, incluídas as instâncias democráticas e demais órgãos vinculados à administração de justiça em todos os níveis, estão obrigados pelo tratado, de modo que devem exercer, no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes, o controle de convencionalidade tanto na emissão e aplicação de normas quanto a sua validade e compatibilidade com a CADH, como na determinação, julgamento e resolução de situações particulares e casos concretos, levando em consideração o próprio tratado e, conforme corresponda, os precedentes ou linhas jurisprudenciais da Corte IDH. Ou seja, neste pressuposto se está frente à coisa interpretada internacional (*res interpretada*).¹⁴⁹

Recentemente, o controle de convencionalidade, como mecanismo de respeito e garantia, ampliou a margem de aplicação não somente sobre os casos contenciosos da Corte IDH, mas também sobre os pareceres consultivos. Desta forma, no Parecer Consultivo sobre os *Direitos e garantias de crianças no contexto de migração e/ou em necessidade de proteção internacional*, a Corte IDH julgou necessário que ao realizar o controle de convencionalidade os diversos órgãos do Estado também tomem em consideração o sinalizado pela Corte IDH no exercício de sua competência não contenciosa ou consultiva, a qual inegavelmente compartilha com sua competência contenciosa o propósito do SIDH de assegurar “a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos”.¹⁵⁰

7.2. A relação entre o controle de convencionalidade e a obrigação de respeitar e garantir os direitos

A obrigação geral de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na CADH e a obrigação de garantir o livre e pleno exercício destes direitos a qualquer pessoa que esteja sujeita à jurisdição de um Estado Parte sem discriminação, nos termos do artigo 1.1, implica que os poderes do Estado, como um todo, devem cumprir as disposições deste tratado internacional. O controle convencional constitui, nesse sentido, um meio pelo qual as autoridades públicas de um Estado podem cumprir as disposições da CADH e a correspondente interpretação feita pela Corte IDH, intérprete último e definitivo do Pacto de San José.

Dessa forma, os juízes dos Estados partes na CADH (e em geral todas as autoridades) são obrigados a cumprir o regulamento convencional e a doutrina jurisprudencial da Corte Interamericana. Neste trabalho, o “controle difuso de convencionalidade” é uma ferramenta útil para interpretar disposições nacionais (inclusive as do texto constitucional) que estão em conformidade com o Pacto de San José e o *corpus juris* interamericano; Inclusive, *não aplicando* aqueles que absolutamente violam a CADH, a fim de evitar que o Estado a que pertencem seja internacionalmente responsável por violar os compromissos internacionais adquiridos no campo dos Direitos Humanos.¹⁵¹

O exposto acima significa que os Direitos Humanos contidos no Pacto de San José e sua interpretação feita pela Corte Interamericana devem irradiar sua proteção não apenas no campo do direito internacional dos Direitos Humanos, mas também em nível nacional. Portanto, falamos de um ‘pluralismo constitucional’,¹⁵² que necessariamente leva ao diálogo jurisprudencial.¹⁵³

149 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. *Supervisão de Cumprimento de Sentença*. Resolução da Corte IDH de 20 de março de 2013, par. 68.

150 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14. *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. 2014, par. 31.

151 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010. Voto individual do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, par. 61.

152 Bustos Gisbert, R. *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. n.o 52, Porrúa-IMDPC, Biblioteca Porrúa de DPC, México, 2012.

153 *Diálogo Jurisprudencial* é o nome da revista semestral editada em conjunto pelo Instituto de Pesquisa Jurídica da UNAM, pela Corte IDH e pela Fundação Konrad Adenauer, desde o segundo semestre de 2006. No continente europeu, há maior complexidade devido à interação entre os tribunais constitucionais nacionais, o TEDH e o Tribunal de Justiça da União Europeia.

8. As obrigações de respeito e garantia nos sistemas de proteção de Direitos Humanos: semelhanças e diferenças

8.1. O Sistema Universal *vis-à-vis* o SIDH

No que diz respeito ao sistema Universal, na Observação Geral nº 3, sobre a *Aplicação do Pacto em Nível Nacional*, o Comitê de Direitos Humanos considerou que, em geral - e dentro do marco jurídico em que se encontra-, o artigo 2 do Pacto deixa arbitrário aos Estados partes interessados a eleição do método de aplicação do Pacto em seus territórios. Em particular, reconheceu que essa aplicação não depende exclusivamente da promulgação de disposições constitucionais ou legislativas, que costumam ser influentes por si mesmas. O Comitê considerou necessário indicar que os Estados dessem atenção ao fato de que a obrigação prevista no Pacto não se limita ao respeito dos Direitos Humanos, mas igualmente que os Estados se comprometem a garantir que todas as pessoas submetidas à sua jurisdição gozem desses direitos. Este aspecto exige que os Estados partes realizem atividades concretas para que as pessoas possam desfrutar dos seus direitos.¹⁵⁴

A primeira tentativa de esclarecer as implicações do artigo 2 do PIDCP teve como resultado uma posição muito ambígua. No ano de 2004, o Comitê de Direitos Humanos adotou sua Observação Geral nº 31, que substituiu a Observação Geral nº 3, sobre *A natureza da obrigação jurídica geral imposta*, onde explicou com maior profundidade essas obrigações. Nessa Observação Geral, indicou que o parágrafo 1 do artigo 2, relativo ao respeito e à garantia dos direitos reconhecidos pelo Pacto, produz um efeito imediato em todos os Estados Partes.¹⁵⁵ Além do mais, determinou que a obrigação jurídica prescrita no parágrafo 1 do artigo 2 tem caráter negativo como positivo, pois os Estados partes devem abster-se de violar os direitos reconhecidos no Pacto e quaisquer restrições a esses direitos deveria ser dependente de sua conformidade com as disposições pertinentes do Pacto.¹⁵⁶

Além disso, de acordo com o Comitê de Direitos Humanos, o artigo 2 impõe aos Estados partes a obrigação de adotar medidas legislativas, judiciais, administrativas, educativas e de outra natureza adequadas para cumprir suas obrigações judiciais.¹⁵⁷ Ademais, as obrigações positivas dos Estados partes de velar pelos direitos do Pacto somente serão cumpridas plenamente se os indivíduos estiverem protegidos pelo Estados, não somente contra as violações dos direitos do Pacto por parte de seus agentes, mas também contra os atos cometidos por pessoas ou entidades privadas que criam obstáculos para o gozo dos direitos do Pacto na medida em que são suscetíveis de aplicação entre pessoas ou entidades privadas. Da mesma forma, determinou que podem existir circunstâncias nas quais a falta de garantia dos direitos do Pacto, tal como exige o artigo 2, produza violações desses direitos como resultado de que os Estados partes permitam, ou não, que sejam adotadas as medidas adequadas ou se exerça a devida diligência para evitar, sancionar, investigar ou reparar o dano causado por atos de pessoas ou entidades privadas.¹⁵⁸

Por sua parte, a CADH seguiu uma redação em parte similar à do artigo 2 do PIDCP que contempla que “cada um dos Estados partes no [...] Pacto se compromete a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se encontram em seu território e estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos [...]”. No que diz respeito entre o Comitê de Direitos Humanos e a Corte IDH, deve se estabelecer, como um ponto em comum, que a obrigação de garantir é muito mais ampla que as obrigações específicas consagradas em outros instrumentos internacionais, pois englobam obrigações de proteção, investigação, sanção, reparação, cooperação e, em geral, a adequação de todo o aparato governamental para

154 Comitê DHONU. Observação geral n.º 3, Comentários gerais adotados pelo Comitê de Direitos Humanos, Artigo 2 – *Aplicação do Pacto em nível nacional*, 13º período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, par. 140 (1981).

155 Comitê DHONU. Observação geral n.º 31, *op. cit.*, par. 5.

156 *Ibidem*, par. 6.

157 *Ibidem*, par. 7.

158 *Ibidem*, par. 8.

assegurar o livre e pleno exercício dos Direitos Humanos. Nesse sentido, pode-se afirmar que “a tipologia utilizada por esses órgãos é mais simples quanto à sua classificação, mas muito complexa quanto ao seu conteúdo, pois seus critérios e jurisprudência, respectivamente, tem permitido tornar preciso e ampliar a redação limitada do artigo 1.1 da CADH e o artigo 2 do PIDCP”.¹⁵⁹

Quanto à cláusula de não discriminação, o PIDCP utiliza uma nomenclatura similar à do artigo 1.1 da CADH, mas sem mencionar que estes direitos devem ser garantidos “sem discriminação”. No que diz respeito ao Comitê de Direitos Humanos, em sua Observação Geral nº 18 desenvolveu essa expressão e considerou que a não discriminação, juntamente com a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei sem nenhuma discriminação, constituem um princípio básico e geral relativo à proteção dos Direitos Humanos. Desta forma, o parágrafo 1 do artigo 2 do PIDCP estabelece a obrigação de cada Estado de respeitar e garantir os direitos reconhecidos no Pacto a todos os indivíduos que se encontram em seu território e estejam sujeitos à sua jurisdição.¹⁶¹

8.2. O Sistema Europeu *vis-à-vis* o SIDH

No caso do SEDH, o artigo 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos expressa que “[a]s Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título 1 da presente Convenção”. Como podemos ver, a Convenção Europeia não contempla uma fórmula geral para expressar de maneira clara as obrigações de respeito e garantia. Desta forma, nesta Convenção se utiliza no artigo 1º a expressão “Os Estados reconhecem” enquanto que a CADH menciona que os Estados “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”. A redação dos dois instrumentos coincide na obrigação de abstenção resultante das expressões *reconhecer* no caso da europeia e se *comprometem a respeitar* na americana. Ao invés disso, diferem na obrigação de garantir, pois a Convenção Americana faz referência expressa a essa obrigação, que inclusive se especifica no artigo 2 do Pacto de San José.¹⁶⁰

Assim, o artigo 1 da CEDH se concentra na premissa de proteção dos Direitos Humanos referentes a respeitar os direitos e liberdades das pessoas, em um sentido de abstenção. Não obstante, existem referentes imperativos do TEDH que assumiram e desenvolveram a obrigação de garantia.¹⁶¹ No caso *Wenhoff vs. Alemanha*, o TEDH apontou que por ser um tratado normativo, deve-se “[...] buscar qual é a interpretação mais própria para alcançar o fim e realizar seu objetivo [...] e não a que daria alcance mais limitado aos compromissos das partes”.¹⁶² Diante dessa compreensão, no caso *Airey vs. Irlanda*, o mesmo Tribunal determinou que:

Não pode ser decidido que existiu uma “ingerência” por parte da Irlanda na vida privada ou familiar [...] a essência da reclamação não está no ato do Estado, mas sim em uma omissão deste. De qualquer modo, apesar de que o objetivo fundamental do artigo 8 na proteção do indivíduo frente às ingerências arbitrárias dos poderes públicos, *não fica reduzido a esse dever de abstenção [...] junto a esse fundamental aspecto negativo pode haver deveres positivos* inerentes à uma proteção efetiva da vida privada e familiar. O descumprimento de um dever imposto pela Convenção *em algumas ocasiões*

159 Serrano, S. “Obligaciones del Estado frente a los Derechos Humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos” en Ferrer Mac-Gregor, E., Caballero Ochoa, J. L. e Steiner, Ch. (coords.) *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*. Suprema Corte de Justicia de la Nación México-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, México, 2013, pp. 102-103.

160 García Roca, J. et al. *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Civitas- Thompson Reuters, Pamplona, 2012, p. 121. Cabe destacar que uma disposição como a do artigo 2º da CADH não existe na Convenção Europeia, esta diferença faz que o grau de execução das sentenças da Europa tenha seguido um processo lento e difícil, até chegar ao grau de execução que se consolidou nos dias de hoje. *Ibidem*, p. 111.

161 *Ibidem*, p. 111.

162 TEDH. *Wenhoff vs. Alemanha*, Petição n.º 2122/64, Sentença. Mérito. Seção, 27 de junho de 1968.

implica em ações positivas por parte do Estado; nestes casos, o Estado não pode permanecer passivo e não há lugar para diferenciar entre atos ou omissões.¹⁶³

No caso *Ártico vs. Itália*, pronunciou-se de forma parecida, pois considerou que:

Certamente, não cabe imputar a um Estado a responsabilidade de todo descumprimento realizado por um advogado dativo, mas nas circunstâncias do caso concreto incumbia às autoridades italianas competentes atuar *no sentido de garantir* ao demandado o exercício efetivo do direito que elas haviam reconhecido.¹⁶⁴

Sobre a cláusula de não discriminação, o artigo 14 da Convenção Europeia - que faz referência à proibição da discriminação -, estabelece que “o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções [...]”. No sistema Europeu, esta disposição tem um caráter acessório, mas autônomo, pois, desde o ponto de vista subjetivo, a proibição da discriminação que se impõe aos Estados contratantes implica o direito à não discriminação que se atribui tanto a pessoas físicas como a pessoas jurídicas. Além do exposto acima, deve-se observar que os Estados, à luz do artigo 14 da Convenção, estão vinculados não apenas pela obrigação negativa de não discriminar, mas também pela obrigação positiva de igualdade de tratamento.¹⁶⁵ Sobre o caráter acessório do direito à não discriminação, este não pode ser invocado isoladamente, mas deve ser combinado sempre com um direito expressamente reconhecido. Por outra parte, no que diz respeito ao caráter autônomo, há alguns indícios sobre essa concepção, pois não é necessário avaliar a violação do artigo 14 da Convenção, tampouco é necessário que tenha encontrado violação da cláusula substantiva invocada. Assim, se o direito específico não foi considerado violado, se passa a examinar a queixa desde o ângulo da discriminação denunciada e, inversamente, se aprecia a violação do direito invocado, e não apenas sob a ótica da igualdade.¹⁶⁶

Em relação aos sujeitos de proteção, diferentemente do SIDH, no Sistema Europeu a regra é que as pessoas jurídicas podem ter acesso ao sistema de proteção de maneira autônoma e com *ius standi* perante o TEDH.¹⁶⁷

163 TEDH. *Caso Airey vs. Irlanda*, Petição n.º 6289/73, Sentença (Mérito), Seção, 9 de outubro de 1979 (sem ênfase no original). Sobre o tema de ações positivas *ver*, entre outros, TEDH. *Marckx vs. Bélgica*, Petição n.º 6833/74, Sentença (Mérito e Reparações), Grande Sala, 13 de junho de 1979. TEDH. *Caso Andrejeva vs. Letônia*, Petição n.º 55707/00, Sentença (Mérito e Reparações), Grande Sala, 18 de fevereiro de 2009. TEDH. *Caso Muñoz Diaz vs. Espanha*, Petição n.º 49151/07, Sentença (Mérito e Reparações), Terceira Seção, 8 de novembro de 2011. TEDH. *Caso Feldbrugge vs. Países Baixos*, Petição No. 8562/79, Sentença (Mérito), Grande Sala, 29 de maio de 1986. TEDH. *Caso Deumeland vs. Alemanha*, Petição n.º 9384/81, Sentença. Mérito e Reparações, Grande Sala, 29 de maio de 1986. TEDH. *Caso Schuler-Zgraggen vs. Suíça*, Petição n.º 14518/89, Sentença (Mérito e Reparações), Seção, 24 de junho de 1993. TEDH. *Caso Salesi vs. Itália*, Petição n.º 13023/87, Sentença (Mérito e Reparações), Seção, 26 de fevereiro de 1993. TEDH. *Caso Delgado vs. França*, Petição n.º 38437/97, Sentença (Mérito e Reparações), Terceira Seção, 14 de novembro de 2000.

164 TEDH. *Caso Ártico vs. Itália*, Petição n.º 6694/74, Sentença (Mérito e Reparações), Seção, 13 de maio de 1980, par. 36 (grifos do autor)

165 Santamaría Arina, R., “Prohibición de No discriminación”, in Lasagabaster Herrarte, I. *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario Sistemático*. 2ª ed., Civitas- Thomson Reuters, Espanha, 2009, pp. 667-668.

166 *Ibidem*, p. 679.

167 No caso do Sistema Europeu de Direitos Humanos, com a adoção em 20 de março de 1952 do *Protocolo Adicional à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais* ou *Protocolo n.º 1*, e sua entrada em vigor em 18 de maio de 1954, reconheceu-se expressamente que as pessoas morais, ou pessoas jurídicas, poderiam ter *ius standi* perante a extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, incluindo em seu artigo 1 que “toda pessoa física ou jurídica possui direito de respeitar seus bens”. Algumas exceções à regra *ius standi* das pessoas coletivas perante o TEDH são as seguintes: a) quando os acionistas sofrem uma interferência ou violação ilegítima de seu direito à propriedade, o sistema de proteção dos Direitos Humanos pode ser acessado sem a necessidade de levar em conta a personalidade jurídica da empresa, justificando-se essa exceção quando, devido às circunstâncias do caso, for estabelecido claramente que é impossível que a empresa apresente uma petição às instituições da Convenção por meio dos órgãos criados em virtude de sua escritura de constituição da empresa, em caso de liquidação por parte de seus liquidantes ou pelos administradores em caso de falência (TEDH. *Caso Agrotexim e outros vs. Grécia*, n.º 15/1994/462/543, 24 de outubro de 1995, par. 63-71); b) quando a empresa

8.3 O Sistema Africano *vis-à-vis* o SIDH

Diferente do SIDH, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos indicou que existem quatro níveis de obrigação para os Estados: respeitar, proteger, promover e realizar (fazer efetivo) os direitos. Para a Comissão Africana, o dever de respeitar implica que o Estado deve se abster de interferir no desfrute de todos os direitos; a obrigação de proteger requer que o Estado adote medidas para salvaguardar os direitos contra as interferências políticas, econômicas e sociais; a obrigação de promover requer que o Estado assegure que os indivíduos estejam em condições de desfrutar seus direitos mediante a promoção da tolerância, conscientizando e inclusive estabelecendo a infraestrutura necessária, entre outras iniciativas; e, finalmente, a obrigação de realizar os direitos e liberdades significa que o Estado ‘mova’ seu maquinário para tornar efetiva a realização dos direitos, que pode constituir na satisfação direta das necessidades básicas.¹⁶⁸

Sobre a cláusula de discriminação, a Carta Africana, assim como o PIDCP, utiliza a expressão “sem distinção alguma” no seu artigo 2. Tal artigo reconhece este direito vinculando-o necessariamente ao gozo dos direitos e das liberdades reconhecidas pela Carta. A disposição é complementada pelo artigo 18 (discriminação contra a mulher) e artigo 28 (o dever dos indivíduos de respeitar e considerar a seus semelhantes sem nenhuma discriminação). Outra particularidade do artigo 2 da Carta Africana é que inclui, entre outros, a não discriminação por motivos étnicos, que não consta na CADH, o que de certa forma concorda com o contexto africano complementando os dispositivos pertinentes aos povos.¹⁶⁹

Sobre os sujeitos de proteção, o Sistema Africano, diferente do SIDH, reconheceu a proteção do direito de pessoas jurídicas, como no caso *Associação de Advogados vs. Nigéria* em que a comunicação foi encaminhada pela Organização de Liberdades Cívicas (uma organização da sociedade civil da Nigéria), e a qual a Comissão Africana considerou, entre outras, que existia uma violação da liberdade de associação.¹⁷⁰

9. As obrigações de respeito e garantia nos ordenamentos nacionais

O controle de convencionalidade e o diálogo jurisprudencial¹⁷¹ constituem dois mecanismos que criam um sistema de intercâmbios entre a Corte IDH e as altas cortes nacionais. Através das cláusulas

possui um único acionista ou quando é um acionista que detém todo o capital social (TEDH. *Caso Groppera Radio A.G. e outros vs. Suíça*, n.º 10890/84, 28 de março de 1990, par. 46-51.); e c) Quando um acionista decide ir aos órgãos da Convenção, mas não a outra(s) empresa(s), a pessoa que optar por ir ao tribunal seria considerada uma vítima (TEDH. *Caso Khamidov vs. Rússia*, n.º 72118/01, 15 de novembro de 2007, par. 125). No entanto, também colocou limitações, como por exemplo, uma pessoa não pode ser identificada como vítima no contexto de um procedimento do qual não fazia parte do sistema de proteção dos Direitos Humanos, apesar de sua capacidade como acionista ou líder da sociedade que era parte do procedimento (TEDH. *Caso F. Santos LDA e Fachadas vs. Portugal*, No. 49020/99, 19 de setembro de 2000, Admissibilidade, par. 1).

168 African Commission on Human and People’s Rights, Decision Regarding Communication n.º 155/96, Done at the 30th Ordinary Session, held in Banjul, Gambia from 13 to 27 October 2001, par. 44-47, citado em Dultzky, A. “El alcance de las obligaciones internacionales de derechos humanos”, in Martín, C. et al. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Fontamara, México, 2006, p. 82.

169 Fischel de Andrade, J. H. “El sistema africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos. Segunda parte”, in *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. IIDH, Serie Estudios de Derechos Humanos, t. VI, San José, 1996, p. 468.

170 CADHP. Comunicações n.º 105/93, n.º 128/94, n.º 130/94 e n.º 152/96. Decisão de 31 de outubro de 1998; communication 101/93 [*Civil Liberties Organisation (in respect of Bar Association) vs. Nigeria*]. No mesmo sentido, ver *Media Rights Agenda et al. vs. Nigeria*.

171 Cf. Morales Antoniazzi, M. “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, in Bogdandy, A. von, et al. (coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. IJ-UNAM, México, 2014, pp. 265-299. Apesar dos conceitos de controle de convencionalidade, interpretação conforme e diálogo jurisprudencial se encontrarem estreitamente vinculados, existem divergências fundamentais na América Latina e Europa. Para uma aproximação dos conceitos, ver os trabalhos contidos na obra: Saiz Arnaiz, A. e Ferrer Mac-Gregor, E. (coords.) *Control de convencio-*

de ‘estabilidad abierta’,¹⁷² diversas constituciones latinoamericanas incorporaron los tratados internacionales a sus ordenamientos jurídicos nacionales, por ejemplo, Guatemala,¹⁷³ Costa Rica,¹⁷⁴ Colombia,¹⁷⁵ Perú,¹⁷⁶ Chile,¹⁷⁷ Paraguay,¹⁷⁸ Brasil,¹⁷⁹ Venezuela,¹⁸⁰ Argentina,¹⁸¹ Bolivia,¹⁸² Ecuador,¹⁸³ México,¹⁸⁴ e Uruguay.¹⁸⁵

alidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Porrúa-UNAM, México, 2012.

- 172 Sobre a temática, ver Bogdandy, A. von, e Serna de la Garza, J. M. (coords.) *Soberanía y Estado Abierto en América Latina y Europa*. IJ- Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional- Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, México, 2014.
- 173 *Constitución Política de la República de Guatemala*. “Artículo 46.- Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.
- 174 *Constitución Política de la República de Costa Rica*. “Artículo 7.- Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”.
- 175 *Constitución Política de Colombia*. “Artículo 93.- Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.
- 176 *Constitución Política del Perú*. “Artículo 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.
- 177 *Constitución Política de la República de Chile*. “Artículo 5.- El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.
- 178 *Constitución del Paraguay*. “Artículo 141.- Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno”.
- 179 *Constituição Política da República Federativa do Brasil*. “Artigo 4º - Constituição Política da República Federativa do Brasil. “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos Direitos Humanos; e Artigo 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.”
- 180 *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. “Artículo 23.- Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.
- 181 *Constitución Nacional de Argentina*. “Artículo 75.22. -La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.
- 182 *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. “Artículo 13.- IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.
- 183 *Constitución de la República del Ecuador*. “Artículo 11. 7.- El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.
- 184 *Constitución de los Estados Unidos Mexicanos*. “Artículo 1.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.
- 185 *Constitución de la República Oriental del Uruguay*. “Artículo 72.- La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma

Sobre as obrigações contidas na CADH no artigo 1.1, a maioria dos ordenamentos constitucionais têm, de maneira genérica, e ocasionalmente em formas mais específicas, incorporadas as obrigações de respeito e garantia. Assim sendo, a Constituição do Equador dispõe em seu artigo 11.9 que “o mais alto dever do Estado consiste em respeitar e fazer respeitar os direitos garantidos na constituição”; a Constituição da Bolívia, em seu artigo 13.1, prevê que “os direitos reconhecidos por esta Constituição são invioláveis, universais, interdependentes, indivisíveis e progressivos e o Estado tem o dever de promovê-los, protegê-los e respeitá-los”; o artigo 19 da constituição da Venezuela expressa que “o Estado garantirá a toda pessoa [...] o gozo e exercício [...] de seus Direitos Humanos e seu respeito e garantia são obrigatórios para os órgãos do poder Público”. No caso do México, o artigo 1º Constitucional, §3º - em sua importante reforma no ano 2011-, desenvolveu com maior rigor as obrigações previstas na CADH (e na jurisprudência da Corte IDH), já que considera que:

Todas as autoridades, no âmbito de suas competências, têm a obrigação de promover, respeitar, proteger e garantir os Direitos Humanos em conformidade com os princípios de universalidade, interdependência, indivisibilidade e progressividade. Em consequência, o Estado deverá prevenir, investigar, sancionar e reparar as violações aos Direitos Humanos, nos termos que estabelece a lei.

Diante desse contexto, as jurisdições nacionais têm dado conteúdo às obrigações contempladas na CADH. No México, por exemplo, o Poder Judiciário Federal desenvolveu as obrigações de garantir,¹⁸⁶ proteger¹⁸⁷ e respeitar¹⁸⁸ os Direitos Humanos. Por outro lado, no caso do direito à verdade em relação ao desaparecimento forçado, o Tribunal Constitucional do Peru considerou que o Estado tem obrigações de investigar e respeitar esse direito.¹⁸⁹

A Corte Constitucional da Colômbia, em um caso sobre normas de integração social para pessoas com deficiência -levando em consideração a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência -, expressou que diante de um sistema político e jurídico que afiança a legitimidade do poder público no respeito irrestrito que merece a pessoa humana como um ser com múltiplas potencialidades em vias de realização, já não é mais possível manejar a lógica discursiva de dois séculos atrás. Neste momento, os Direitos Humanos são o fundamento e o limite dos poderes constituídos e a obrigação do Estado e da sociedade é de respeitá-los, protegê-los e promovê-los.¹⁹²

A jurisprudência da Corte IDH influenciou, em grande medida, as Constituições modernas e suas respectivas reformas em toda a América Latina e, em especial, ampliou o panorama sobre as obrigações dos Estados partes da CADH, no sentido de proteger a dignidade do ser humano em sua máxima expressão.

10. Epílogo

Como tentamos demonstrar ao longo deste estudo, as obrigações gerais de respeito e garantia a que estão sujeitas todas as autoridades dos Estados partes na CADH motivaram uma rica

republicana de gobierno”.

186 SCJN, *Derechos Humanos. Obligación de garantizarlos en términos del artículo 1, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Localización: [J]; 10a época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; libro 15 de fevereiro de 2015, t. III; p. 2254. XXVII. 3o J/24 (10a).

187 SCJN, *Derechos Humanos. Obligación de protegerlos en términos del artículo 1, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Localización: [J]; 10a época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; libro 15 de fevereiro de 2015, t. III; p. 2256. XXVII. 3o J/25 (10a).

188 SCJN, *Derechos Humanos. Obligación de respetarlos en términos del artículo 1, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Localización: [J]; 10a época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; libro 15 de fevereiro de 2015, t. III; p. 2257. XXVII. 3o J/23 (10a).

189 Tribunal Constitucional do Peru, *Genaro Villegas Manuche*, EXP. n.º 24882002-HC/TC, 8 de março de 2004.

jurisprudência da Corte IDH na interpretação do artigo 1, a qual vem desenvolvendo seu conteúdo, alcance e consequências.

Assim, essas obrigações deram origem a *obrigações específicas*, como as relacionadas a *prevenir, investigar e punir* qualquer violação dos direitos e liberdades reconhecidos na CADH, além de *restabelecer* o direito e *reparar os danos* causados por essa violação. Também vem sendo defendido o âmbito de aplicação pessoal, especial e material do referido instrumento, e foi precisado o *princípio da não discriminação*. As obrigações de respeito e garantia analisadas tornam-se uma fonte essencial dos sistemas nacionais de justiça constitucional devido à nova doutrina de “controle da convencionalidade”, doutrina esta que todas as autoridades devem exercer no âmbito de seus poderes e competências. Portanto, estas obrigações repercutem no sistema integral de garantias para outorgar efetividade aos direitos e liberdades fundamentais.

Estamos confiantes que o novo paradigma será aplicado diariamente por todas as autoridades de nossa região (incluindo seus juízes), a fim de tornar realidade “o respeito universal e efetivo dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”¹⁹⁰

190 Como estabelece o artigo 55, inciso c, da Carta das Nações Unidas. Nações Unidas. *Carta das Nações Unidas*. Entrada em vigor 24 de outubro de 1945, 1 UNTS XVI.

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.

Bibliografia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos Contenciosos

Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Suriname*. Exceções Preliminares. Sentença de 4 de dezembro de 1991. Série C n.º 12. Doravante: Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Suriname*. EP. 1991.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Mérito. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C n.º 33. Doravante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Mérito. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C n.º 35. Doravante: Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. Reparações e Custas. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C n.º 39. Doravante: Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C n.º 52. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. Mérito. Sentença de 29 de setembro de 1999. Série C n.º 56. Doravante: Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. Mérito. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C n.º 68. Doravante: Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C n.º 69. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de fevereiro de 2001. Série C n.º 72. Doravante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C n.º 73. Doravante: Corte IDH. *Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C n.º 74. Doravante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito. Sentença de 14 de março de 2001. Série C n.º 75. Doravante: Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. F. 2001.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C n.º 79. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Interpretação de Sentença de Mérito. Sentença de 3 de setembro de 2001. Série C n.º 83. Doravante: Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Interpretação de Sentença de F. 2001.

Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colômbia*. Mérito. Sentença de 6 de dezembro de 2001. Série C n.º 90. Doravante: Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colômbia*. F. 2001.

Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C n.º 94. Doravante: Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. FRC. 2002.

Corte IDH. *Caso "Cinco Aposentados" vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série

- C n.º 98. Doravante: Corte IDH. *Caso “Cinco Aposentados” vs. Peru*. FRC. 2003.
- Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C n.º 107. Doravante: Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004.
- Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença 11 de março 2005. Série C n.º 123. Doravante: Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença 17 de junho de 2005. Série C n.º 125. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de junho de 2005. Série C n.º 126. Doravante: Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C n.º 127. Doravante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C n.º 133. Doravante: Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C n.º 135. Doravante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C n.º 136. Doravante: Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Blanco Romero e outros vs. Venezuela*. Sentença de 28 de novembro de 2005. Série C n.º 138. Doravante: Corte IDH. *Caso Blanco Romero e outros vs. Venezuela*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005.
- Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C n.º 146. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C n.º 149. Doravante: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.
- Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C n.º 151. Doravante: Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C n.º 154. Doravante: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPFRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguai*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C n.º 155. Doravante: Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguai*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.
- Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C n.º 158. Doravante: Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. EPFRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C n.º 162. Doravante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C n.º 166. Doravante: Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador*. FRC. 2007.
- Corte IDH. *Caso Boyce e outros vs. Barbados*. Exceções Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2007. Série C n.º 169. Doravante: Corte IDH. *Caso Boyce e outros vs. Barbados*. EPFRC. 2007.
- Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C n.º 172. Doravante: Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPFRC. 2007.
- Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de maio de 2008. Série C n.º 177. Doravante: Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008.
- Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. Exceções Preliminares e Mérito. Sentença de 6 de maio de 2008. Série C n.º 179. Doravante: Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPF. 2008.
- Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C n.º 182. Doravante: Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008.
- Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C n.º 186. Doravante: Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008.
- Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de junho de 2009. Série C n.º 197. Doravante: Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C n.º 202. Doravante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de setembro de 2009. Série C n.º 204. Doravante: Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C n.º 205. Doravante: Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2009. Série C n.º 206. Doravante: Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Usón Ramirez vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009. Série C n.º 207. Doravante: Corte IDH. *Caso Usón Ramirez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C n.º 209. Doravante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C n.º 214. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C n.º 215. Doravante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C n.º 216. Doravante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C n.º 219. Doravante: Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C n.º 220. Doravante: Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C n.º 221. Doravante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de julho de 2011. Série C n.º 227. Doravante: Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C n.º 242. Doravante: Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 novembro de 2012. Série C n.º 255. Doravante: Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 14 de maio de 2013. Série C n.º 260. Doravante: Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. EPFR. 2013.

Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2013. Série C n.º 274. Doravante: Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2013. Série C n.º 275. Doravante: Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de janeiro de 2014. Série C n.º 276. Doravante: Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de maio de 2014. Série C n.º 279. Doravante: Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 282. Doravante: Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C n.º 284. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C n.º 302. Doravante: Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de outubro de 2015. Série C n.º 304. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas.

Sentença de 8 de outubro de 2015. Série C n.º 305. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidad Garifuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2015. Série C n.º 309. Doravante: Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de fevereiro de 2016. Série C n.º 310. Doravante: Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPFRC. 2016.

Pareceres consultivos

Corte IDH. *Exigibilidade do direito de retificação ou resposta (Arts. 14.1, 1.1 e 2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Série A n.º 7. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-7/86. *Exigibilidade do direito de retificação ou resposta*. 1986.

Corte IDH. Responsabilidade internacional por emissão e aplicação de leis violadoras da Convenção (Arts. 1 e 2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-14/94 de 9 de dezembro de 1994. Série A n.º 14. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-14/94. Responsabilidade internacional por emissão e aplicação de leis violadoras da Convenção. 1994.

Corte IDH. *Condição jurídica e direitos da criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A n.º 17. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e direitos da criança*. 2002.

Resoluções e decisões

Corte IDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 28 de novembro de 2003.

Corte IDH. *Caso da Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 7 maio de 2008.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 18 de maio de 2010.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 19 de maio de 2010.

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 28 de agosto de 2013.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco, Fernández Ortega e outros, e Rosendo Cantú e outra vs. México*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17 de abril de 2015.

Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17 de abril de 2015

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. Relatório n.º 24/9, *Caso Villalobos e outros vs. Costa Rica*, casos 9.328, 9.329, 9.742, 9.884, 10.131, 10.193, 10.230, 10.429, 10.469, OEA/Ser.L/V/II.83 Doc., 1993.

CIDH. Relatório n.º 34/96, *Caso Irma Meneses Reyes e outros vs. Chile*, casos 11.228, 11.229, 11.231 e 11.282, 16 de outubro de 1996.

CIDH. *Caso 11.137, Juan Carlos Abella vs. Argentina*, 18 de novembro de 1997.

CIDH. Relatório n.º 09/05, *Caso Alejandra Marcela Matus e outros vs. Chile, Caso 12.142*, 24 de outubro de 2005.

CIDH. Relatório de Mérito n.º 68/06, *Caso 12.477, Lorenzo Enrique Copello Castillo e outros vs. Cuba*, 21 de outubro de 2006.

CIDH. Relatório n.º 37/10, *Caso Manoel Leal de Oliveira vs. Brasil, Caso 12.308*, 17 de março de 2010.

CIDH. Relatório de Mérito 66/12, *Caso Luis Godoy vs. Argentina*, 29 de março de 2012.

Documentos adotados no seio das organizações internacionais

Organização das Nações Unidas

Comitê DHONU. Observação Geral n.º 31, Comentários gerais adotados pelo Comitê de Direitos Humanos, *La indole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 80º sessão, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 2004.

Organização dos Estados Americanos

OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Referências Acadêmicas

- BUERGENTHAL, T. *Las Convenciones Europea y Americana: Algunas similitudes y diferencias en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. OEA, Washington, 1980.
- FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.) *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.
- FERRER MAC-GREGOR, E. e SILVA GARCÍA, F. *Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Porrúa-UNAM, México, 2011.
- FISCHEL DE ANDRADE, J. H. “El sistema africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos. Segunda parte”, in *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. IIDH, Série Estudios de Derechos Humanos, T. VI, San José, 1996.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. “El control judicial interno de convencionalidad”, in FERRER MAC-GREGOR, E. *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.
- GARCÍA SAYÁN, D. “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, in *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. Corte IDH. San José, 2005.
- GARCÍA ROCA, J. et al. *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Civitas- Thompson Reuters, Pamplona, 2012.
- GOMES, L. F. e MAZZUOLI OLIVEIRA DE, V. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica*. Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., São Paulo, 2010.
- GÓMEZ CARMONA, W. et al. *El Pacto de San José de Costa Rica. Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 1982.
- GROS ESPIELL, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991.
- LANDA, C. e FERRER MAC-GREGOR, E. “Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, in Sepúlveda, R. e García Ricci, D. *Derecho constitucional de los derechos humanos*. Escuela Libre de Derecho, México, 2012. (imprensa)
- MEDINA QUIROGA, C. *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*. Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1988.
- MEDINA QUIROGA, C. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2005.
- PELAYO MÖLLER, C. M. *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. CNDH, México, 2011.
- PELAYO MÖLLER, C. M. “El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla”, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XII, UNAM-III, México, 2012.
- ROBERTSON, A. H. “Pactos y protocolo opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos: Estudio comparativo”, in *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*. UNAM, México, 1983.
- VERGOTTINI, G. de. *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2010.
- WLASIC, J. C. et al. *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Anotada y concordada con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ed. Juris, Rosario, 1998.

Outras Referências não acadêmicas

- ERRANDONEA, J. et al. “Memorial de Derecho ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena contra la República Oriental del Uruguay”. Clinique internationale de défense des droits humains de l’UQAM, 2010.
- MONROY CABRA, M. G. “Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre derechos humanos. Pacto de San José”, in *Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*, OEA, Washington, 1980.
- VARGAS CARREÑO, E. “Algunos problemas que presentan la aplicación y la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, in *Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*. CIDH, Washington, 1980.

Sumário

1. Introdução.....	75
2. A discussão do artigo 2 da CADH no marco da Conferência Especializada em Direitos Humanos de 1969	76
3. A relação da obrigação de adotar medidas legislativas ou de outro caráter para fazer efetivos os direitos e liberdades previstos na CADH (art. 2) e a obrigação geral de garantir os direitos (art.1)	77
4. A obrigação de adotar medidas legislativas, ou de outro caráter, para fazer efetivos os direitos e as liberdades	79
5. Pressupostos e evolução jurisprudencial da Corte IDH	81
5.1. Povos indígenas ou tribais	82
5.2. As leis de anistia	84
5.3. Liberdade de expressão e acesso à informação	87
5.4. Direito do acusado de recorrer da decisão perante juiz ou tribunal superior em matéria penal	89
5.5. Pena de morte	91
5.6. Foro militar	91
5.7. Direito trabalhista	93
5.8. Estabilidade e inamovibilidade de juízes	94
5.9. Obrigações similares em outros tratados da SIDH que complementam o disposto no artigo 2 da CADH	95
6. O artigo 2 da CADH como fundamento do controle de convencionalidade.....	97
7. O cumprimento do artigo 2 da CADH através da adequação do direito interno.....	99
8. Semelhanças e diferenças entre os sistemas regionais de Direitos Humanos	102

1. Introdução

Um dos deveres convencionais de maior importância para a harmonização do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) com a normatividade interna é a obrigação dos Estados de adotar disposições de direito interno, legislativas ou de outro caráter, para outorgar efetividade aos direitos e às liberdades previstos nos tratados internacionais. Essa obrigação complementa as diversas obrigações genéricas que se originam no artigo 1.1 da CADH, relativas ao dever de ‘respeito’ e ‘garantia’ dos direitos e liberdades previstos no instrumento.¹ Assim, estes preceitos não são excludentes, mas complementares, na medida em que podem por si só gerar a responsabilidade internacional dos Estados partes da CADH. Não constituem normas programáticas como evidenciou a jurisprudência da Corte IDH, ao derivarem obrigações específicas que se estabeleceram progressivamente, caso a caso, no transcurso de mais de trinta anos de atividade desse órgão jurisprudencial.

Precisamente, o dinamismo da jurisprudência da Corte IDH gerou o que hoje é conhecido como controle difuso de convencionalidade,² tendo como um dos principais fundamentos o artigo 2 da CADH.

1 Ver o comentário do artigo 1 de autoria de Ferrer Mac-Gregor e Pelayo.

2 Cf. Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.) *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012.

Todas as autoridades devem realizar este novo controle em sede nacional conforme suas atribuições e competências, o que teve um desenvolvimento progressivo de aceitação no último lustro dos Estados partes da CADH e particularmente nos que reconheceram a jurisdição contenciosa da Corte IDH, com um importante impacto nas ordens jurídicas nacionais.

O objetivo deste comentário é analisar a obrigação dos Estados de adotar disposições legislativas ou de outro caráter que prevê o artigo 2 da CADH, obrigação transcendental se considerarmos que esta “norma implica a obrigação dos estados de acoplar sua legislação interna ao previsto na CADH, de tal maneira que haja perfeita harmonia e congruência entre as normas internas e as internacionais contidas na Convenção”.³

Em primeiro lugar, é necessário distinguir esta obrigação daquelas geradas pelos deveres de respeito e garantia estabelecidos no artigo 1 e, por sua vez, advertir sua relação concomitante. Como aponta o ex presidente da Corte IDH, Sergio García Ramírez, a obrigação de garantia constitui um “escudo e espada” da obrigação de respeito, e como uma necessária manifestação, deve-se adotar “medidas de vários tipos para assegurar esse respeito e promover esta garantia.”⁴ Posteriormente, abordaremos os alcances desta obrigação, sendo necessário conhecer os debates realizados durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, na qual se discutiu o projeto da Convenção em 1969;⁵ as primeiras interpretações que derivaram deste preceito, assim como a rica legislação que, no transcurso de trinta anos a Corte IDH desenvolveu em sua jurisprudência.

A fim de ter uma maior clareza na análise da jurisprudência, este capítulo se divide em nove temas, de acordo com as características particulares das obrigações geradas a partir do artigo 2. Desta forma, analisaremos os casos de povos indígenas ou tribais, as leis de anistia, o direito à liberdade de expressão e acesso à informação, o direito do réu de recorrer da sentença perante um juiz ou tribunal superior em matéria penal, a pena de morte, o foro militar, o direito do trabalho, a estabilidade e inamovibilidade de juízes e outras obrigações similares previstas em tratados do SIDH que podem complementar o disposto na obrigação do artigo 2 da CADH.

2. A discussão do artigo 2 da CADH no marco da Conferência Especializada em Direitos Humanos de 1969

Diferente do artigo 1, o artigo 2 não se encontrava contemplado no Projeto de Convenção Americana sobre Proteção de Direitos Humanos proposta pela CIDH. Nos *travaux préparatoires* da CADH é possível antever como surgiu este artigo.

O governo do Chile indicou que era conveniente incluir no tratado regional uma disposição análoga à estabelecida no artigo 2, parágrafo 2, do PIDCP. A representação chilena estimou que nos Estados americanos as disposições dos tratados se incorporam ao direito interno em virtude da ratificação, não era menos provável que em vários casos fosse necessário adotar medidas de ordem interna para fazer efetivos os direitos, especialmente nos casos em que o próprio texto do projeto indicava. Além disso, apontou que suas propostas poderiam responder à possível alegação de um Estado no sentido de não estar obrigado a respeitar um ou mais direitos contemplados em sua legislação interna.⁵

3 Monroy Cabra, M. G. “Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre derechos humanos. Pacto de San José”, in *Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*. OEA, Washington, 1980, p. 34.

4 Cf. OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

5 Cf. OEA, *op. cit.*, p. 38.

Por sua vez, o governo da República Dominicana propôs uma inserção do inciso “b” ao artigo 1, que esclareceria os efeitos legais da ratificação em uma legislação nacional das respectivas nações.⁶ De qualquer modo, o governo do Equador considerou que a fim de defender os direitos, o artigo 1 do anteprojeto da Convenção deveria ser substituído pelos parágrafos 2 e 3 do artigo 2 do PIDCP.⁷

Como podemos observar, o artigo 2.2 do PIDCP foi uma referência fundamental na redação final do artigo 2 da CADH. Com expressões parecidas - como veremos mais adiante -, outros tratados do SIDH contêm disposições similares, como é o caso do artigo 2 do Protocolo de San Salvador.

3. A relação da obrigação de adotar medidas legislativas ou de outro caráter para fazer efetivos os direitos e liberdades previstos na CADH (art. 2) e a obrigação geral de garantir os direitos (art.1)

Os artigos 1 e 2 da CADH guardam uma estreita relação, porém o alcance de cada um não deve ser confundido. Como adverte García Ramírez, a obrigação de garantia, prevista no primeiro preceito:

pode supor a operação do artigo 2, que é, em rigor, um rosto do preceito anterior e se projeta em medidas de espectro amplo: do Estado para si mesmo: ordem jurídica e estrutura, atribuições e práticas; e do Estado para a sociedade: impulso de mudanças que modifiquem as condições estruturais das violações. Alguns exemplos disso são a conduta atribuída ao Estado na sentença do caso *Servellón García vs. Honduras*, de 21 de setembro de 2006, para combater o estigma social de certos grupos de menores de idade e a ação a propósito dos padrões culturais ordenada na sentença do caso *Campo Algodoeiro vs. México*, na medida em que estes padrões propiciam agressão contra as mulheres.⁸

Para a ex-presidente da Corte IDH, Cecilia Medina Quiroga, é tamanha a importância que se atribui ao fato de que as pessoas possam exercer e gozar de seus Direitos Humanos em plenitude, que a CADH prevê em seu artigo 2 a obrigação dos Estados partes de adotar as medidas que forem necessárias para fazer efetivos os direitos reconhecidos na mesma.⁹

Durante os trabalhos preparatórios da CADH, a relação que existiria entre esta obrigação e as diversas obrigações de ‘respeito’ e ‘garantia’ que prevê o artigo 1 também foi motivo de diversas discussões. A interpretação mais consistente entre as obrigações que se desprendem de ambas as disposições é a que aponta que o artigo 2 não afeta a exigibilidade imediata das obrigações estabelecidas no artigo 1.¹⁰ Nesse sentido, o juiz da Corte IDH Gros Espiell afirmou em seu voto no Parecer Consultivo sobre a exigibilidade do direito de retificação ou resposta, que a obrigação do artigo 2:

Complementava, mas de maneira alguma substituíria ou supria, a obrigação geral e não condicionada do artigo 1, posto que quando foi proposta sua inclusão foi explicado que seu único sentido era esclarecer e precisar, fazendo mais determinante, imediata e direta a exigência do

6 A redação que o governo da República Dominicana propôs a seguinte: “Artigo 1b. Efeitos legais. Se ainda não tiver sido previsto por lei ou por outras medidas existentes, cada Estado Parte nesta Convenção se compromete a tomar as medidas apropriadas, de acordo com seus procedimentos constitucionais e as disposições desta Convenção, para ditar as disposições legislativas ou outras que fossem necessárias para efetivar os direitos reconhecidos na Convenção”. *Ibidem.*, p. 55.

7 *Ibidem.*, p. 104.

8 García Ramírez, S., *op. cit.*, p. 232.

9 Medina Quiroga, C. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2005, p. 21. Asimismo, ver Medina Quiroga, C. *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*. Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1988, pp. 93 e ss.

10 *Idem.*

cumprimento de tal obrigação, porém sem que esta significasse alterar ou desconhecer o dever essencial que resultava do artigo 1.¹¹

Foi estabelecido na seção anterior que essa disposição não estava contemplada nos primeiros projetos apresentados sobre a CADH, ao considerar-se que esta obrigação já estava contemplada dentro das regras gerais de aplicação do direito internacional. Quando se propôs sua inclusão, “ficou claro que seu único sentido era esclarecer e tornar mais determinante, imediata e precisa a exigência do cumprimento da obrigação”.¹²

O governo dos Estados Unidos, porém, se opôs ao considerar que os primeiros 32 artigos da Convenção não são executáveis por si mesmos e requerem medidas legislativas (*not self-executing*):

A Convenção começa com uma disposição geral sobre não discriminação (art. 1) e continua com a obrigação de adotar as medidas legislativas necessárias para conferir efeito aos direitos e liberdades protegidos pela Convenção (art. 2). Embora a última disposição indique que as disposições substantivas da Convenção não se aplicam diretamente, a fim de evitar possíveis discrepâncias e deixar a implementação de todas as disposições substantivas à jurisdição e legislação nacionais, recomenda-se a seguinte declaração: “Os Estados Unidos declaram que os artigos 1 a 32 desta Convenção não se aplicam diretamente.”¹³

No entanto, como expressa Gros Espiell - apoiando-se no jurista Eduardo Jiménez de Aréchaga -, esta tese “seria incompatível com o objetivo e o fim do tratado (art. 75 da CADH e arts. 19 e seguintes da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados)”.¹⁴ Nesse sentido, durante os trabalhos preparatórios da CADH, o governo do Chile apoiou de maneira determinante essa obrigação ao apontar que “não parece conveniente a eliminação de uma disposição análoga à estabelecida no artigo 2.2 do PIDCP”.¹⁵

Seguindo esta linha argumentativa, Medina Quiroga relata que o artigo 2 não anula as obrigações do artigo 1.1 que são exigíveis de imediato. Para a autora, quando um Estado é parte de um tratado, tem a obrigação de adaptar sua legislação interna às disposições deste instrumento internacional e de cumprir suas disposições de maneira integral;¹⁶ e por isso considera que, na realidade, o artigo 2 não era realmente necessário, devendo ser considerado somente como uma disposição em aplicação da máxima *abundans cautela non nocet* (o que abunda não prejudica).

Destas reflexões se inferem duas consequências sobre o alcance do artigo 2. Primeiro, que os Estados partes estão obrigados a *desenvolver em sua legislação* os direitos que em sua formulação internacional carecem da precisão necessária para que possam ser aplicados pelos órgãos do Estado e, especialmente, para que possam ser invocados perante os tribunais de justiça.¹⁷ Segundo, os Estados partes se encontram obrigados a adotar todas as medidas legislativas que sejam necessárias para permitir o pleno uso e gozo dos Direitos Humanos.¹⁸

Em resumo, enquanto o artigo 1.1 se refere às obrigações de respeitar e garantir os direitos e liberdades, obrigações de aplicação ‘direta’ e cujo descumprimento gera a consequente responsabilidade

11 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-7/86. *Exigibilidade do direito de retificação ou resposta*. 1986. Parecer individual do juiz Héctor Gros Espiell, par. 6.

12 Gros Espiell, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pp. 67 e 214.

13 Texto do Departamento de Estado enviado ao Presidente dos Estados Unidos sobre a interpretação da Convenção Americana. Vargas Carreño, E. “Alguns problemas apresentados pela aplicação e interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, em *seminário regional sobre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, organizado pela Comissão Interamericana de Advogados e pela Faculdade de Direito da Universidade da Costa Rica*. CIDH, Washington, 1980, p. 150.

14 Cf. Gros Espiell, H., *op. cit.*, p. 40.

15 OEA, *op. cit.*, p. 38.

16 Medina Quiroga, C., *op. cit.*, pp. 24 e 25.

17 Medina Quiroga, C., *op. cit.*, pp. 24 e 25.

18 *Idem*.

internacional do Estado; o artigo 2 da CADH “agrega o compromisso, no caso de que direitos e liberdades não estejam já garantidos pelo direito interno, de adotar medidas legislativas ou de outro caráter que sejam necessárias”.¹⁹

A partir destas precisões o seguinte passo no desenvolvimento deste preceito consistiu em sua interpretação e aplicação em casos contenciosos concretos.²⁰

4. A obrigação de adotar medidas legislativas, ou de outro caráter, para fazer efetivos os direitos e as liberdades

Ao longo de mais de trinta anos de jurisprudência, a Corte IDH consolidou diversos critérios sobre os alcances da obrigação de adotar medidas legislativas, ou de outro modo, para fazer efetivos os direitos e as liberdades consagrados na CADH. De forma geral, em sua jurisprudência mais recente, a missão da Corte IDH foi expor a origem, os alcances e a natureza desta obrigação internacional.

Assim, em relação ao artigo 2 da CADH, a Corte IDH apontou que essa norma obriga os Estados partes a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais e suas disposições, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para fazer efetivos os direitos e as liberdades protegidos por esse pacto internacional.²¹ Os Estados não somente têm a obrigação positiva de adotar medidas legislativas necessárias para garantir o exercício dos direitos nela consagrados, mas também devem evitar promulgar leis que impeçam o livre exercício destes direitos e, por sua vez, evitar que se suprimam ou modifiquem as leis que os protegem.²²

O padrão, em sua concepção geral, foi utilizado, por uma parte, para analisar situações em que estas medidas foram descumpridas e, por outra, para ordenar medidas específicas de reparação em casos nos quais detectou-se necessário adotar medidas legislativas ou de outro tipo para fazer efetivos os direitos e liberdades da CADH violados no caso concreto.

Sobre isso, seria preciso destacar que estas medidas de não repetição nem sempre são derivadas do descumprimento direto ao artigo 2 da CADH; porém, as mesmas sempre tem um grau de conexão relevante com as violações principais do caso e se encontram justificadas.²³

A Corte IDH sustentou que:

Na lei das nações, uma norma costumeira prescreve que um Estado que tenha celebrado um acordo internacional deve introduzir em sua legislação nacional as modificações necessárias para garantir o cumprimento das obrigações assumidas. Essa norma parece universalmente válida e foi qualificada pela jurisprudência como um princípio evidente [...]. Nessa ordem

19 Gros Espiell, H., *op. cit.*, p. 68.

20 Faz-se útil, como primeira aproximação, ainda que não atualizadas, as referências de jurisprudência estabelecidas nos trabalhos de Wlasic, J. C., et al. *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Anotada y concordada con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ed. Juris, Rosario, 1998; y Gómez Carmona, W., et al. *El Pacto de San José de Costa Rica. Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 1982.

21 Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Suriname*. EP. 1991, par. 50. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 213. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-14/94. *Responsabilidade internacional por emissão e aplicação de leis violadoras da Convenção*. 1994.

22 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999. Serie C n.º 52. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 207. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. FRC. 2015, par. 187.

23 Veja, por exemplo, a medida de reparação no *Vargas Areco vs. Paraguai*, que consiste no Estado paraguaio “adaptar sua legislação interna sobre o recrutamento de menores de 18 anos nas forças armadas paraguaias, de acordo com as normas internacionais sobre o assunto”, e também o contexto, os fatos e as violações declaradas no mérito do caso, de acordo com a jurisdição temporal do Tribunal. Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguai*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 155.

de ideias, [...] a Convenção Americana estabelece a obrigação de cada Estado Parte de adaptar seu direito interno às disposições da referida Convenção, para garantir os direitos nele consagrados.²⁴

Assim a Corte IDH estabeleceu que:

[o] dever geral do artigo 2 da Convenção Americana implica a adoção de medidas em dois aspectos. Por um lado, a supressão de normas e práticas de qualquer natureza que resultem na violação das garantias previstas na Convenção. Por outro lado, a adoção de regulamentos e o desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância dessas garantias.²⁵

Além do mais, de modo geral e reiterado, a Corte IDH sustentou que os Estados partes na CADH não podem adotar medidas que violem os direitos e liberdades reconhecidos nela.²⁶ Os Estados tampouco podem deixar de adotar as medidas legislativas “ou de outro caráter que forem necessárias para fazer efetivos tais direitos e liberdades”, nos termos do artigo 2 da CADH. Essas medidas são as necessárias para “garantir o livre e pleno exercício” destes direitos e liberdades nos termos do artigo 1.1.²⁷ A falta de adoção de medidas contravam as normas convencionais que consagram os respectivos direitos e também o artigo 2 da CADH.²⁸

Somado ao anterior, a Corte IDH chegou a afirmar que “Uma norma pode violar o artigo 2 da Convenção em si, independentemente de ter sido aplicada em um caso específico”.²⁹ De fato, no caso *Suárez Rosero vs. Equador*, o Tribunal Interamericano afirmou que uma disposição legal de um Estado poderia violar por si mesma o artigo 2 do instrumento.³⁰

No caso *Garrido e Baigorria vs. Argentina* afirmou claramente que a CADH:

estabelece a obrigação de cada Estado Parte de adaptar seu direito interno às disposições da referida Convenção, de garantir os direitos nela consagrados [...] a obrigação do Estado Parte implica que as medidas de Direito Interno devem ser efetivas. Isso significa que o Estado deve adotar todas as medidas para que o que está estabelecido na Convenção seja realmente cumprido na ordem jurídica interna. E essas medidas são eficazes quando a comunidade, em geral, adapta sua conduta aos regulamentos da Convenção e, se esse não for o caso, quando as sanções previstas nela são efetivamente aplicadas.³¹

Portanto, a Corte IDH determinou que as disposições de direito interno que servem para esta finalidade deverão ser *efetivas (princípio do effet utile)*, o que significa que o Estado deve adotar todas as medidas necessárias para que o estabelecido na CADH seja realmente cumprido.³² Assim, a Corte IDH

24 Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. F. 2000, par. 136. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 175. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC, 2014, par. 270.

25 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000, par. 178. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 175. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC, 2014, par. 270. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 206.

26 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. F. 1997, par. 97.

27 Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. F. 1999, par. 166.

28 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000, par. 174. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-14/94. *Responsabilidade internacional por emissão e aplicação de leis violadoras da Convenção*. 1994, par. 36.

29 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 205.

30 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. F. 1997, par. 98. Nesse sentido, é importante esclarecer que a jurisprudência da Corte IDH exige prova de que a lei contestada como contrária à Convenção foi aplicada ou influenciou os fatos do caso específico. Embora os critérios tenham variado por muito tempo, por exemplo, veja as considerações feitas na Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, par. 140 a 142.

31 Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998, par. 68 e 69.

32 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yaky Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005, par. 101. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPFRC. 2013, nota de rodapé 332. Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, par. 270. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs.*

considerou necessário reafirmar que a obrigação de adotar a legislação interna é, por sua própria natureza, uma *obrigação de resultado*.³³ Isso significa que se uma norma, por melhor desenhada que seja, na realidade não garantir efetivamente os direitos e liberdades, não cumprirá os padrões estabelecidos no artigo 2 da CADH.

A Corte IDH apontou, além disso, que o dever geral do Estado estabelecido no artigo 2 da CADH inclui a adoção de medidas para suprimir as normas e práticas de qualquer natureza que impliquem uma violação aos direitos previstos no referido instrumento internacional, bem como a adoção de normas e o desenvolvimento de práticas condizentes com a observação efetiva dos mesmos;³⁴ o que significa que o respeito e a observação do disposto no artigo 2 transcende o âmbito meramente legislativo, podendo e devendo adotar estas medidas os poderes Executivo e Judiciário.

Desta forma, no caso *La Cantuta vs. Peru*, a Corte IDH determinou que:

O artigo 2 da Convenção não define quais são as medidas pertinentes para a referida adequação do direito interno à Convenção, obviamente pelo fato de que isso depende da natureza da norma que a ordene e as circunstâncias da situação concreta. Por esse motivo, a Corte interpreta que essa adequação implica na adoção de medidas em duas vertentes, a saber: i) a supressão das normas e práticas de qualquer natureza que suponham violação das garantias previstas na Convenção ou que desconhecem os direitos nela reconhecidos ou dificultem seu exercício; e ii) a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas voltadas para a efetiva observância dessas garantias. O Tribunal entendeu que a obrigação da primeira vertente não é cumprida enquanto a norma ou prática que viole a Convenção se mantenha no ordenamento jurídico e, portanto, se satisfaz com a modificação, a revogação ou, de algum modo, anulação, ou a reforma, das normas ou práticas que tenham esse alcance, conforme seja cabível.³⁵

Recentemente, no caso *Duque vs. Colômbia*, a Corte IDH analisou a alegada violação do artigo 2 da CADH, em atenção à evolução normativa e jurisprudencial na Colômbia sobre o reconhecimento e proteção dos casais formados pelo mesmo sexo, e concluiu que não contava com elementos para determinar que existiria uma violação ao dever de adotar disposições de direito interno. Por isso, o Estado colombiano não foi considerado responsável pela violação do artigo 2 da CADH, em relação aos artigos 24 e 1.1 da CADH.³⁶

5. Pressupostos e evolução jurisprudencial da Corte IDH

Os critérios gerais já descritos são aplicáveis em todos os casos em que se tenha descumprido o artigo 2. Porém, a Corte IDH – diante da pluralidade de situações conhecidas -, desenvolveu esses mesmos critérios gerais em situações específicas, em casos de direitos dos povos indígenas; nos efeitos de leis de anistia; e em casos de liberdade de expressão e acesso à informação, entre outros que analisaremos separadamente.³⁷

Honduras. EPFRC. 2015, par. 214.

33 Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. FRC. 2005, par. 93.

34 Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. F. 2000, par. 137. Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. EPFR. 2013, par. 293. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 164 e 184.

35 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. FRC. 2006, par. 172.

36 Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPFRC. 2016, par. 139.

37 Essas categorias não são exaustivas, pois a jurisprudência da Corte IDH continua se desenvolvendo. Assim, por exemplo, no caso de *Fornerón e filha vs. Argentina*, a Corte concluiu que o Estado não cumpriu sua obrigação de adotar disposições de direito interno em relação aos artigos 19, 8.1, 25.1 e 1.1 do mesmo instrumento em detrimento da *menina M e do Sr. Fornerón* por não tipificar a venda de crianças e adolescentes. Ver Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. FRC. 2012, par. 144.

Juntamente com o desenvolvimento dessa obrigação dentro dos limites da CADH, a Corte IDH aplicou esses critérios gerais no desenvolvimento de cláusulas semelhantes, mas mais específicas em outros tratados de Direitos Humanos dentro do SIDH, que serão analisados ao final deste capítulo.

5.1. Povos indígenas ou tribais

O desenvolvimento jurisprudencial no SIDH em torno dos direitos dos povos indígenas tem sido especialmente importante em torno ao dever de adotar disposições de direito interno.

Desde o caso *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua* (primeiro assunto na matéria), a Corte IDH considerou que o país demandado não havia adotado as medidas de direito interno adequadas que permitissem a demarcação e a titularidade das terras das comunidades indígenas. Além disso, o Estado não se restringiu a um prazo razoável para a tramitação dos recursos de amparo interpostos pelos membros da *Comunidade Awas Tingni*;³⁸ a Corte IDH ordenou ao Estado adotar em seu direito interno as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que fossem necessárias para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titularização da propriedade dos membros da comunidade com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes.³⁹

Nesse sentido, para a Corte IDH no referido caso, o direito consuetudinário dos povos indígenas deveria ser levado em consideração, já que, como produto do costume, a posse da terra deveria bastar para as comunidades indígenas que carecem de um título real sobre a propriedade obterem o reconhecimento oficial da propriedade e o consequente registro.⁴⁰ A falta de delimitação e demarcação dos territórios havia criado um clima de incerteza permanente entre os membros da comunidade enquanto não se sabia com certeza até onde se estendia geograficamente seu direito de propriedade comunitária e, conseqüentemente, desconheciam a extensão do livre uso e gozo dos respectivos bens;⁴¹ igualmente, não existia legislação que permitisse resolver esta problemática, o que implicou no descumprimento do artigo 2 da CADH.

No mesmo sentido, no caso *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*, a Corte IDH determinou que, em conformidade com os artigos 1.1 e 2 da CADH, deveriam ser iniciados procedimentos adequados no marco do sistema jurídico nacional, para processar as reivindicações das terras dos povos indígenas interessados. Assim, estabeleceu que os Estados deveriam estabelecer tais procedimentos, a fim de resolver as reclamações de modo que estes povos tivessem uma possibilidade real de devolução de suas terras, assegurando que os trâmites desses procedimentos fossem acessíveis e simples e que os órgãos encarregados tivessem as condições técnicas e materiais necessárias para dar respostas oportunas às solicitações feitas no marco destes procedimentos.⁴²

No caso da comunidade indígena *Sawhoyamaxa vs. Paraguai* - seguindo os precedentes anteriormente citados -, a Corte IDH determinou que o Estado paraguaio tinha a obrigação de instituir procedimentos adequados no marco do sistema jurídico nacional para processar as reivindicações das terras dos povos indígenas interessados. Isto é, em virtude da obrigação geral de garantia estabelecida no artigo 1.1 da CADH, que impõe aos Estados o dever de assegurar que os trâmites desses procedimentos sejam acessíveis e simples e que os órgãos encarregados contem com as condições técnicas e materiais necessárias para dar respostas oportunas às solicitações que forem feitas.⁴³ Para a Corte IDH, o reconhecimento meramente abstrato do direito de reivindicação das terras careceria de sentido se não

38 Em geral, sobre o prazo razoável relacionado a esta matéria, ver Landa, C., e Ferrer Mac-Gregor, E. "Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", in Sepúlveda, R. e García Ricci, *Derecho constitucional de los derechos humanos*. Escuela Libre de Derecho, México, 2012. (imprenta).

39 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. FRC. 2001, par. 138.

40 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. FRC. 2001, par. 151.

41 *Ibidem*, par. 153.

42 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005, par. 102.

43 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. FRC. 2006, par. 109.

fosse delimitado fisicamente e as terras entregues por falta de medidas adequadas de direito interno necessárias para garantir o uso e gozo efetivo do referido direito por parte dos membros da comunidade. A Corte IDH considerou isso ameaçou o livre desenvolvimento e a transmissão de sua cultura e práticas tradicionais.⁴⁴

No caso *Povo Saramaka vs. Suriname*, a Corte IDH determinou que o marco jurídico do Estado que meramente outorgava aos integrantes do povo tribal Saramaka um privilégio para usar a terra, sem garantir o direito de controlar efetivamente e de ser proprietários de seu território sem nenhum tipo de interferência externa, descumpria o artigo 2 da CADH.⁴⁵ A Corte IDH determinou ser necessário o reconhecimento aos integrantes dos povos Saramaka de sua capacidade de exercer plenamente estes direitos de maneira coletiva, mediante a adoção de medidas legislativas ou de outra natureza, que reconhecessem e levassem em consideração o modo particular em que o povo se percebia como coletivamente capaz de exercer e gozar do direito à propriedade. Igualmente, determinou que o Estado deveria estabelecer as condições jurídicas e administrativas necessárias para garantir a possibilidade de reconhecimento e de sua personalidade jurídica, por meio de realização de consultas com o povo Saramaka, com pleno respeito de seus costumes e tradições, e com o objetivo de assegurar-lhes o uso e gozo de seu território de conformidade com seu sistema de propriedade comunitária, assim com o direito de acesso à justiça e igualdade perante a lei.⁴⁶

No precedente do caso da comunidade indígena *Xákmok kásek vs. Paraguai*, a Corte IDH reiterou que o procedimento administrativo de reivindicação de terras não havia sido efetivo e não havia mostrado uma possibilidade real para que os membros da comunidade recuperassem suas terras tradicionais; representando um descumprimento do dever estatal de adequar seu direito interno para garantir, na prática, o direito de propriedade comunitária.⁴⁷ Nesse caso, considerou-se que certas ações e omissões do Estado, longe de contribuir para a materialização do direito de propriedade dos membros da comunidade, dificultaram e impediram sua realização, como a declaração de reserva natural privada de parte do território reivindicada pela comunidade, bem como sua expropriação e ocupação sob quaisquer circunstâncias.⁴⁸ A Corte IDH determinou que as autoridades internas do Paraguai, especialmente o Congresso da República, haviam abordado a questão territorial indígena exclusivamente a partir da produtividade das terras, ignorando as peculiaridades da comunidade e o relacionamento especial de seus membros com o território reivindicado. O Estado, por exemplo, ignorou completamente a reivindicação indígena ao declarar parte do referido território tradicional como uma reserva natural privada, e a ação de inconstitucionalidade apresentada para remediar tal situação foi ineficaz.⁴⁹

Finalmente, no caso *Yatama vs. Nicarágua*, o litígio girou em torno de saber se o Estado demandado possuía legislação adequada que permitisse a uma organização indígena exercer efetivamente seus direitos políticos, respeitando o princípio de igualdade e não discriminação. Nesse caso, a Corte IDH determinou que a obrigação de participar de um partido político, que estava na legislação nicaraguense imposta aos candidatos indígenas proposta por Yatama, constituía a imposição de uma forma de organização alheia a seus usos, costumes e tradições, o que, no final, afetou negativamente a participação eleitoral dos candidatos do Yatama nas eleições municipais de 2000. A Corte Interamericana considerou

44 *Ibidem*, par. 143.

45 Corte IDH. *Caso Povo Saramaka vs. Suriname*. EPFRC. 2007, par. 115.

46 *Idem*, par. 174. Igualmente, ver Landa, C. e Ferrer Mac-Gregor, E., *op. cit.* Recentemente, no caso *Kaliña e Lokono vs. Suriname*, na mesma linha do caso Saramaka, a Corte de IDH considerou grave que, mesmo com a sentença proferida em 2007, na atualidade o Suriname não reconhecesse a personalidade jurídica dos povos indígenas e, consequentemente, eles não tivessem capacidade de ser titulares títulos de propriedade coletiva. Assim, a Corte IDH considerou que o Estado havia violado o artigo 3 da CADH. Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. FRC. 2015, par. 112 e 114.

47 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010, par. 154.

48 *Ibidem*, par. 169.

49 *Ibidem*, par. 170.

que essa restrição representava para os membros das comunidades indígenas e étnicas que compunham Yatama um impedimento ao exercício pleno do direito de ser eleito.⁵⁰

Com base no exposto, a Corte Interamericana concluiu que qualquer exigência de participação política destinada a partidos políticos que não possa ser atendida por grupos de organizações diferentes, é contrária aos artigos 23 e 24 da CADH, na medida em que limita, além do estritamente necessário, o alcance total dos direitos políticos e se torna um impedimento para que os cidadãos participem efetivamente da condução dos assuntos públicos.⁵¹ Da mesma forma, no mesmo caso *Yatama*, a Corte Interamericana determinou que a Nicarágua não adotou as medidas necessárias para garantir o gozo do direito de ser eleito pelos candidatos propostos pelo *Yatama*, membros de comunidades indígenas e étnicas da Costa Atlântica do país em questão, pois foram afetados por discriminação legal; e de fato, sua participação em condições de igualdade nas eleições municipais de novembro de 2000 havia sido impedida.⁵²

Neste importante caso, a Corte IDH considerou que o Estado deveria adotar todas as medidas necessárias para garantir que os membros das comunidades indígenas e étnicas da Costa Atlântica da Nicarágua pudessem participar igualmente na tomada de decisões sobre assuntos e políticas que incidem ou podem incidir em seus direitos e no desenvolvimento destas comunidades, de forma que pudessem integrar-se às instituições e órgãos estatais e participar de modo direto e proporcional à sua população na direção dos assuntos públicos, bem como fazê-lo desde suas próprias instituições, de acordo com seus valores, usos, costumes e formas de organização, sempre que fossem compatíveis com os Direitos Humanos estabelecidos na CADH.⁵³ Tudo isso em razão da obrigação de adotar medidas de direito interno para esses fins.

No caso *Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*, a Corte IDH determinou que o Estado era responsável por não haver disposto, no âmbito interno, normas que permitissem a delimitação, demarcação e titularidade de terras coletivas em prejuízo das comunidades afetadas. Ainda que os fatos do caso tivessem iniciado antes do reconhecimento da competência contenciosa da Corte IDH por parte do Estado, a Corte determinou que, a partir da data em que entrou em vigor o referido conhecimento, o Estado tinha a obrigação de delimitar, demarcar e prover titularidade às terras alternativas a favor dos povos, com o fim de garantir o gozo efetivo sobre elas.⁵⁴

5.2. As leis de anistia⁵⁵

Os casos sobre as leis de anistia constituem os assuntos mais relevantes em relação à obrigação estatal de adequar as disposições de direito interno à normativa internacional.⁵⁶

No paradigmático caso *Barrios Altos vs. Peru*, ao analisar as leis de anistia desse país, a Corte IDH considerou que eram “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de Direitos Humanos, tais como tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrarias e desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos”.⁵⁷ Isso ocorre porque esses tipos de leis “conduzem à vulnerabilidade das vítimas e à perpetuação da impunidade, motivo pelo

50 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005, par. 218.

51 *Ibidem*, par. 200.

52 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005, par. 224.

53 *Ibidem*, par. 225.

54 Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, par. 155. Ademais, ver o voto do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

55 Sobre o tema, ver Errandonea, J., et al. “Memorial de Derecho ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena contra la República Oriental del Uruguay”. Clinique internationale de défense des droits humains de l’UQAM. 2010.

56 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. F. 2001, par. 41-43.

57 *Idem*.

qual são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana”.⁵⁸ Nesse sentido, a Corte Interamericana determinou que as leis “imped[iam] a identificação dos indivíduos responsáveis por violações de Direitos Humanos, na medida em que obstaculiza a investigação e o acesso à justiça e impede as vítimas e seus familiares de conhecerem a verdade e de receberem a reparação correspondente.”⁵⁹ Assim, a Corte Interamericana considerou que, à luz das obrigações, os Estados partes que mantinham esse tipo de lei em vigor não cumpriam as obrigações gerais consagradas no artigo 1.1 e 2 da Convenção e que também violavam os artigos 8 e 25 do mesmo instrumento internacional.⁶⁰

A Corte IDH igualmente esclareceu que as leis de anistia “carecem de efeitos jurídicos e não podem representar um obstáculo para a investigação dos fatos [...]nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto em outros casos ocorridos no Peru relativos à violação dos direitos consagrados na Convenção”.⁶¹ Os alcances gerais desta declaração ficaram claros na sentença de interpretação do referido caso, na qual a Corte IDH destacou que “dada a natureza da violação constituída pelas leis de anistia n° 26479 e n° 29492, o decidido na sentença de mérito no caso *Barrios Altos* possui efeitos gerais”.⁶²

No caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, de 2006, a Corte IDH determinou que “os Estados não podem se eximir do dever de investigar, identificar e punir os responsáveis pelos crimes de lesa humanidade aplicando leis de anistia ou outro tipo de normativa interna”.⁶³ Consequentemente, “não se pode conceder anistia aos crimes de lesa humanidade”.⁶⁴

Nesse mesmo sentido, a Corte IDH analisou quais eram os critérios exigidos pelo artigo 2 da CADH a respeito da obrigação de adequar o direito interno e as medidas que devem ser adotadas para conquistar esses fins. Com isso, identificou que tal adequação impõe o dever de: (i) suprimir as normas e práticas de qualquer natureza que impliquem violação às garantias previstas na Convenção; (ii) expedir normas e desenvolver práticas condizentes à efetiva observação de tais garantias.⁶⁵

Assim, a Corte Interamericana concluiu que leis de anistia desse tipo constituem uma violação da CADH e geram a responsabilidade internacional do Estado.⁶⁶ Afirmou também que um Estado viola o referido instrumento internacional ao emitir disposições contrárias às obrigações estabelecidas no tratado, sem ser relevante a maneira como essa lei foi adotada.⁶⁷ Da mesma forma, a Corte Interamericana considerou que, embora tenha sido um avanço significativo que as leis de anistia no Chile não estivessem sendo aplicadas, esse fato não foi suficiente para atender os requisitos do artigo 2 do CADH. Em primeiro lugar, porque esse preceito impõe uma obrigação legislativa de suprimir todas as normas que violam a Convenção e, em segundo lugar, porque os critérios dos tribunais nacionais podem mudar, decidindo aplicar novamente uma disposição que permanece em vigor para o direito interno.⁶⁸

Quanto a aplicação das disposições de anistia no Chile, a Corte IDH deixou claro que o cumprimento de uma lei contrária à CADH por parte de agentes ou funcionários do Estado poderia, por sua vez, atrair a responsabilidade internacional do Estado, pois todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos em violações dos direitos internacionalmente consagrados.⁶⁹

58 *Idem*.

59 *Idem*.

60 *Idem*.

61 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. F. 2001, par. 44.

62 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Interpretação da Sentença de F. 2001.

63 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPFRC. 2006, par. 114.

64 *Idem*.

65 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPFRC. 2006, par. 118.

66 *Ibidem*, par. 119.

67 *Ibidem*, par. 120.

68 *Ibidem*, par. 121.

69 *Ibidem*, par. 123.

Neste caso, à luz da análise do artigo 2 da CADH surgiu a doutrina do controle de convencionalidade.

A Corte IDH, a partir da obrigação derivada desse preceito, estabeleceu que quando um Estado ratifica um tratado internacional como a CADH, os juizes, como parte do aparato do Estado, “também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos”.⁷⁰

Assim, a Corte IDH determinou que:

O Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.⁷¹

No caso *La Cantuta vs. Peru*, embora a Corte IDH já houvesse analisado o conteúdo e os alcances das leis de anistia peruanas, declarando que eram “incompatíveis com a Convenção Americana [...] e, conseqüentemente, careciam de efeitos jurídicos”, a controvérsia neste caso teve uma estreita relação com as obrigações do Estado no âmbito do artigo 2 da Convenção. O litígio consistiu em determinar se essas leis continuariam em vigor após a declaração geral de incompatibilidade feita pela Corte IDH nesse caso.⁷²

No caso *La Cantuta* a Corte IDH afirmou que no precedente do *Caso Barrios Altos* - também contra o Peru -, havia enfatizado que no país as leis de auto anistia eram *ab inito* incompatíveis com a Convenção; ou seja, sua promulgação “consistia *per se* numa violação da Convenção” por ser “[...] manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado parte” no tratado. Esse aspecto constituiu a *justificativa* da declaração com efeitos gerais no caso *Barrios Altos*, já mencionado. A partir daí, sua aplicação, por parte de um órgão estatal em um caso concreto, através de atos normativos posteriores, ou sua aplicação por funcionários estatais, passou a constituir uma violação da Convenção Americana,⁷³ o que traz como consequência o descumprimento da sua obrigação de adequar seu direito interno a referido instrumento em término da obrigação prevista no artigo 2, em relação aos artigos 4, 5, 7, 8.1, 25 e 1.1 do mesmo tratado.⁷⁴

Desta forma, durante o período em que o Estado peruano aplicou essas leis, o Estado incorreu em violações da Convenção. Portanto, a Corte IDH considerou que o Estado não incorreu em violação à Convenção enquanto as leis de anistia não surtiram efeitos, expressando de forma categórica que as mesmas “não os têm no presente, nem poderão gerá-los no futuro”.⁷⁵

No caso *Gomes Lund et al. (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, a Corte IDH enfatizou que, à luz das obrigações gerais estabelecidas no artigo 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Partes têm o dever de adotar todo tipo de medidas para que ninguém seja afastado da proteção judicial e do exercício do direito a um remédio simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25.⁷⁶ Da mesma forma, estabeleceu que, uma vez ratificada a CADH, corresponde ao Estado, de acordo com o artigo 2, adotar todas as medidas para anular as disposições legais que possam infringi-la, como as que impedem a investigação de casos de graves violações de Direitos Humanos, pois levam à falta de defesa das vítimas e à perpetuação da impunidade, além de impedir que as vítimas e suas famílias conheçam a verdade dos fatos.⁷⁷ A Corte Interamericana também declarou que a incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção

70 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPFRC. 2006, par. 124.

71 *Idem*.

72 *Ibidem*, par. 174.

73 *Idem*.

74 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. FRC. 2006, par. 189.

75 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. FRC. 2006, par. 189.

76 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, par. 173.

77 *Idem*.

em casos de graves violações dos Direitos Humanos não decorre de uma questão formal, como sua origem, mas do aspecto material, que viola os direitos estabelecidos nos artigos 8. e 25, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção, ou seja, é irrelevante se for uma anistia ou auto anistia.⁷⁸

No caso *Gelman vs. Uruguai*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que as leis de anistia, em casos de graves violações dos Direitos Humanos, são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da CADH, contrariando o disposto em seus artigos 1.1 e 2; isto é, uma vez que impedem a investigação e punição de responsáveis das violações graves dos Direitos Humanos e, consequentemente, o acesso das vítimas e seus familiares à verdade sobre o ocorrido e suas reparações correspondentes; criam obstáculos, assim, ao pleno, oportuno e efetivo império da justiça nos casos pertinentes, favorecem, em troca, a impunidade e a arbitrariedade, afetando seriamente o Estado de Direito, motivos pelos quais à luz do direito internacional carecem de efeitos jurídicos.⁷⁹

Nesse caso, a Corte IDH constatou que a obrigação de investigar os fatos do desaparecimento forçado é particularizada pelo disposto nos artigos III, IV, V e XII da CIDFP, no que se refere à investigação do desaparecimento forçado como crime continuado ou permanente, o estabelecimento de jurisdição para investigar esse crime, a cooperação com outros Estados para processo criminal e eventual extradição de supostos autores e acesso a informações sobre locais de detenção.⁸⁰ Nesse sentido, reconheceu que havia uma confluência de obrigações concordantes derivadas de ambos os tratados interamericanos.

Uma questão extremamente importante analisada pela Corte IDH no caso *Gelman* foi o fato de que a Lei de Prescrição (cujos efeitos eram iguais aos de uma lei de anistia) havia sido aprovada em regime democrático e ratificada e apoiada pelos cidadãos duas vezes. Para a Corte Interamericana, esse fato não lhe concedeu, automaticamente ou por si só, legitimidade sob o Direito Internacional.⁸¹

A Corte IDH determinou que a democracia não é absoluta, pois é limitada pelas normas e obrigações internacionais para a proteção dos Direitos Humanos reconhecidos em tratados como a CADH; de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático está determinado por suas características formais e substanciais. Portanto, particularmente nos casos de graves violações das regras do DIDH, a proteção dos Direitos Humanos constitui um limite intransponível para o domínio das maiorias, ou seja, para a esfera daquilo “susceptível de ser decidido” por parte das maiorias em instâncias democráticas, nas quais também deve prevalecer um “controle da convencionalidade”, que é a função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Judiciário.⁸²

5.3. Liberdade de expressão e acesso à informação

Como foi afirmado, é jurisprudência constante da Corte IDH que o dever geral do artigo 2 da CADH implica a supressão, por parte dos Estados, das normas e práticas de qualquer natureza que resultem na violação das garantias previstas no referido instrumento normativo, bem como a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas condizentes com o efetivo cumprimento das referidas garantias.⁸³

No que diz respeito ao conteúdo da liberdade de pensamento e expressão, o Tribunal Interamericano afirmou que quem está sob a proteção da CADH tem o direito de buscar, receber e difundir ideias e informações de qualquer natureza, e o direito de buscar e conhecer as informações e ideias difundidas pelos demais. É por isso que a liberdade de expressão tem uma dimensão individual e uma dimensão social.⁸⁴ Assim, o próprio Tribunal assinalou que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, o

78 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, par. 175.

79 *Ibidem*, par. 226.

80 *Ibidem*, par. 223.

81 *Idem*, par. 238.

82 *Idem*, par. 239.

83 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Mérito, Reparaciones e Custas] 2006, par. 83.

84 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008, par. 53.

artigo 13.2 da CADH - que proíbe a censura prévia- também prevê a possibilidade de exigir responsabilidades ulteriores em função do exercício abusivo desse direito. Estas restrições têm caráter excepcional e não devem limitar, além do estritamente necessário, o pleno exercício da liberdade de expressão e se converter em um mecanismo direto ou indireto de censura prévia.⁸⁵

Nesse capítulo se analisará a interação entre o direito a buscar, receber e difundir informação e a correspondente obrigação estatal de adotar disposições de direito interno em relação à legislação que regula esse direito, ou inclusive da legislação que não existe, para garantir o direito à liberdade de expressão e o acesso à informação pública.

No caso *Olmedo Bustos e outros (A Última Tentação de Cristo) vs. Chile*, ao manter a censura cinematográfica em seu sistema jurídico (especificamente no artigo 19, número 12 da sua Constituição Política e Decreto-Lei nº 679), a Corte IDH determinou que o Estado não cumpriu o dever de adaptar o direito interno à CADH de modo a fazer efetivos os direitos consagrados na mesma; em particular, havia descumprido os deveres gerais de respeitar e garantir os direitos garantidos pela CADH e de adequar o ordenamento jurídico interno às disposições desta.⁸⁶

No caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, a Corte IDH determinou que através da aplicação do delito de desacato, foi utilizada a justiça penal de forma desproporcional e desnecessária em uma sociedade democrática, privando o senhor *Palamara Iribarne* do exercício de seu direito à liberdade de pensamento e de expressão, em relação às opiniões críticas que diziam respeito a assuntos que o afetavam diretamente e guardavam direta relação com a forma com que as autoridades da justiça militar cumpriam suas funções públicas nos processos aos quais foi submetido.

A Corte IDH considerou que a legislação de desacato aplicada a Palamara Iribarne estabeleceu sanções desproporcionais por criticar o funcionamento das instituições estatais e de seus membros, suprimindo o debate essencial ao funcionamento de um sistema verdadeiramente democrático e restringindo desnecessariamente o direito de liberdade de pensamento e expressão.⁸⁷ Da mesma forma, a Corte IDH declarou que o tipo penal de ameaça é contrário ao artigo 2 da CADH, pois contém “uma descrição ambígua que não delimita claramente [...] o escopo típico da conduta criminal, o que poderia levar a interpretações amplas.” Para a Corte IDH, esse tipo de crime “[...] permitiria que a conduta anteriormente considerada como desacato fosse penalizada indevidamente através do tipo penal de ameaça”.⁸⁸ Além do exposto, a Corte IDH destacou que a criminalização e sanção desproporcional no Código de Justiça Militar do Chile por criticar o funcionamento das instituições estatais e de seus membros não era compatível com o artigo 13 do CADH.⁸⁹

No caso *Kimel vs. Argentina*, a Corte IDH resolveu um conflito entre o direito à liberdade de expressão em temas de interesse público e a proteção à honra dos funcionários públicos.⁹⁰ Para resolver o caso, a Corte IDH: i) verificou se a tipificação dos delitos de injúria e calúnia afetou a legalidade estrita que é preciso observar ao restringir a liberdade de expressão pela via penal; ii) estudou se a proteção da reputação dos juízes tinha uma finalidade legítima de acordo com a CADH e determinou, nesse caso, a idoneidade da sanção penal para garantir a finalidade perseguida; iii) avaliou a necessidade e iv) a estrita proporcionalidade da medida, ou seja, se a sanção imposta ao senhor Kimel garantiu, de forma ampla, o direito de reputação do funcionário público mencionado pelo autor do livro, sem negar o direito de expressar sua opinião.⁹¹

85 *Ibidem*, par. 54.

86 Corte IDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. FRC. 2001, par. 89 e 90. Ver também CIDH. Relatório n.º 09/05, *Caso Alejandra Marcela Matus e outros vs. Chile*, Caso 12.142, 24 de outubro de 2005.

87 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 88.

88 *Ibidem*, par. 92.

89 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 93.

90 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008, par. 51.

91 *Ibidem*, par. 58.

Quanto ao tipo de crime pelo qual Kimel havia sido condenado, a Corte IDH levou em consideração que “é a lei que deve estabelecer restrições à liberdade de informação”. Nesse sentido, qualquer limitação ou restrição deve ser prevista em lei, formal e materialmente. Agora, se a restrição ou limitação provém do direito penal, é necessário observar os requisitos estritos característicos da classificação criminal para satisfazer o princípio da legalidade nessa área. Assim, devem ser formuladas de maneira expressa, precisa, exaustiva e prévia.⁹² Nesse sentido, a Corte IDH, aceitando o reconhecimento de responsabilidade do Estado, detectou a falta de precisão suficiente no âmbito da legislação penal que sanciona calúnias e insultos que impedem que a liberdade de expressão seja afetada, o que levou à violação da obrigação de adotar medidas contempladas no artigo 2 do CADH.⁹³

No caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, a Corte IDH determinou que o artigo 505 do Código Orgânico de Justiça Militar da Venezuela, que tipifica o crime de lesão contra as Forças Armadas, não definia estritamente os elementos da conduta criminosa, nem considerava a existência de dolo; resultando, assim, em uma tipificação vaga e ambígua em sua formulação para responder aos requisitos de legalidade contidos nos artigos 9 e 13.2 da CADH.⁹⁴

No caso de *Claude Reyes e outros vs. Chile*, que constitui o principal caso de direito de acesso à informação pública, a Corte IDH determinou que, de acordo com o dever estabelecido no artigo 2 da CADH, o Estado deve adotar as medidas necessárias para garantir os direitos protegidos na CADH; o que implica a supressão de normas e práticas que envolvam violações de tais direitos, bem como a adoção de normas e o desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância dessas garantias. Para a Corte IDH, nesse caso, estava implicado que os regulamentos que regem as restrições ao acesso às informações sob controle do Estado devem obedecer aos parâmetros convencionais, e essas restrições só podem ser feitas pelos motivos permitidos pela CADH, que também é aplicável às decisões adotadas pelos órgãos internos nesta matéria.⁹⁵ Assim, foi determinado que o Estado chileno não cumpria as obrigações impostas pelo artigo 2 da CADH de adotar as medidas legislativas ou outras necessárias para garantir o direito de liberdade de pensamento e expressão dos senhores Marcel Claude Reyes e Arturo Longton Guerrero.⁹⁶

5.4. Direito do acusado de recorrer da decisão perante juiz ou tribunal superior em matéria penal

O artigo 8.2.h da CADH dispõe que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”⁹⁷

A este respeito, a jurisprudência da Corte IDH enfatizou que o direito de impugnar a decisão busca proteger o direito de defesa, na medida em que outorga a possibilidade de interpor um recurso para evitar que se forme uma decisão adotada em um procedimento viciado e que contém erros que ocasionaram um prejuízo indevido aos interesses do acusado.⁹⁸ Assim, para o Tribunal Interamericano, a dupla conformidade judicial, expressa mediante a revisão integral da sentença condenatória, confirma

92 *Ibidem*, par. 63.

93 *Ibidem*, par. 66 e 67.

94 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 57 e 58.

95 Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. FRC. 2006, par. 101.

96 *Ibidem*, par. 102.

97 A CIDH também recomendou a adequação do ordenamento interno diante da impossibilidade da vítima recorrer da sentença em sede interna. CIDH. Relatório n.º 24/9, *Caso Villalobos e outros vs. Costa Rica* Casos 9.328, 9.329, 9.742, 9.884, 10.131, 10.193, 10.230, 10.429, 10.469, OEA/Ser.L/V/II.83 Doc., 1993. CIDH. *Caso 11.137 Juan Carlos Abella vs. Argentina*, 18 de novembro de 1997. CIDH. *Caso Luis Godoy vs. Argentina*, Relatório de Mérito 66/12, 29 de março de 2012.

98 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 88.

o fundamento e outorga maior credibilidade ao ato jurisdicional do Estado e, ao mesmo tempo, oferece mais segurança e tutela os direitos do condenado.⁹⁹

Embora os Estados tenham uma margem de apreciação para regular o exercício desse recurso, eles não podem estabelecer restrições ou requisitos que violem a própria essência do direito de recorrer da sentença. O Estado pode estabelecer jurisdições especiais para o julgamento de altos funcionários públicos, e essas jurisdições são compatíveis, em princípio, com a CADH. No entanto, mesmo nesses casos, o Estado deve permitir que o réu tenha a possibilidade de recorrer da condenação. Isso aconteceria, por exemplo, se fosse estabelecido que o julgamento em primeira instância ficasse a cargo do Presidente ou de uma Câmara do Órgão Colegiado Superior e o conhecimento da contestação correspondesse a todo o corpo do referido órgão, excluindo aqueles que já se pronunciaram sobre o caso.¹⁰⁰ Nesse sentido, considerou-se que uma violação desta disposição constitui uma violação do disposto no artigo 2 do CADH.

No caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, os recursos de cassação apresentados contra uma sentença em matéria penal não satisfaziam o requisito de recurso amplo, de tal modo que permitisse que o tribunal superior realizasse uma análise ou exame abrangente e integral de todas as questões debatidas e analisadas em primeira instância. Essa situação fez com que os recursos contra a condenação não garantissem os requisitos do artigo 8.2.h da CADH, na medida em que não permitia um exame abrangente, mas limitado.¹⁰¹ Assim, a Corte Interamericana declarou que o Estado havia violado o artigo 8.2.h em relação aos artigos 1.1 e 2.¹⁰²

Da mesma forma, no caso *Barreto Leiva vs. Venezuela* a Corte IDH determinou que o Estado demandado violou o direito reconhecido no artigo 8.2.h da CADH, em relação ao artigo 1.1 e 2, uma vez que, nesse caso, a condenação em questão veio de um tribunal que ouviu o caso em uma única instância e, conseqüentemente, a pessoa condenada não teve, portanto, a possibilidade de recorrer da decisão.¹⁰³

No caso *Mendoza vs. Argentina*, a Corte IDH analisou os aspectos pertinentes da decisão de *Casal*, na qual a Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina adaptou a apelação criminal às normas interamericanas. Na referida decisão, o Supremo Tribunal indicou que os artigos 8.2.h da CADH e 14.5 do PIDCP, exigem a revisão de qualquer questão de fato e de direito; portanto, qualquer erro que a decisão possa ter estaria sujeita a recurso. A Corte IDH avaliou positivamente a decisão *Casal* em relação aos critérios que emergem do escopo da revisão que inclui o recurso, de acordo com as normas derivadas do artigo 8.2.h da CADH. Assim, a Corte considerou que os juízes na Argentina deveriam continuar exercendo o controle de convencionalidade, a fim de garantir o direito de recorrer da decisão, em conformidade com o artigo 8.2.h da CADH e a jurisprudência da própria Corte IDH. No entanto, a Corte IDH considerou que, embora os juízes exerçam o controle da convencionalidade, era necessário, dentro de um prazo razoável, adaptar o sistema jurídico interno de acordo com os parâmetros interamericanos sobre a matéria.¹⁰⁴

Da mesma forma, no caso de *Mohamed vs. Argentina*, a Corte IDH determinou que os fatos deste caso implicavam uma relação necessária entre o direito de apelar da sentença condenatória contra o Sr. Mohamed e o dever de adotar disposições de direito interno para garantir esse direito.¹⁰⁵ A Corte determinou que os recursos aos quais Mohamed teve acesso, de acordo com a norma em vigor na época na Argentina, isto é, o recurso extraordinário federal e a denúncia não garantiram esse direito. Em conseqüência, a Corte IDH concluiu que a ausência de recurso judicial que garantisse a revisão da sentença do Sr. Mohamed e a aplicação de recursos judiciais que também não garantissem esse direito de recorrer

99 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 89.

100 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 90.

101 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, par. 167.

102 *Ibidem*, par. 168.

103 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 91.

104 Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. EPFR. 2013, par. 240-261 e 301-303.

105 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 114.

da sentença, implicavam numa violação do Estado no dever de adequar sua ordem jurídica interna para assegurar a realização da garantia judicial protegida no artigo 8.2.h.¹⁰⁶

No caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, a Corte IDH constatou que, na época em que o Sr. Alibux foi condenado em uma única instância por três juizes da mais alta corte do sistema judicial daquele país, por crimes no exercício de suas funções, o regime jurídico não lhe oferecia nenhum recurso para recorrer da sentença condenatória proferida contra ele, o que violou o direito de recorrer da decisão previsto no artigo 8.2.h da CADH.¹⁰⁷

5.5. Pena de morte

Nos casos de pena de morte que a Corte IDH decidiu, em geral determinou a existência de violações processuais intimamente relacionadas ao descumprimento da obrigação de adotar disposições de direito interno.

No primeiro caso de pena de morte conhecido pela Corte Interamericana, foi determinado que a legislação criminal de Trinidad e Tobago não cumpria o disposto no artigo 2, prevendo a pena de morte automática e genericamente, sem determinar o grau de culpa em um processo no qual não havia previsão de conclusão dentro de um prazo razoável.¹⁰⁸

Os casos de pena de morte guatemaltecos de 2005, *Fermín Ramírez*¹⁰⁹ e *Raxcacó Reyes*¹¹⁰, geraram controvérsias em torno das falhas na tipificação dos crimes pelos quais os condenados foram sentenciados à morte. A Corte IDH considerou a dificuldade de interpor recursos para solicitar perdão ou comutação da sentença, a expansão do catálogo de crimes a respeito dos quais a pena de morte foi imposta e a imposição obrigatória da pena de morte.¹¹¹ Por sua vez, nos casos de *Boyce e Dacosta Cadogan contra Barbados*, a Corte Interamericana declarou que a Seção 2 da Lei de Ofensas à Pessoa, que impõe a pena de morte, e a Seção 26 da Constituição de Barbados, que impede contestar a mencionada Seção da Lei, eram contrárias à CADH.¹¹²

5.6. Foro militar

O SIDH conheceu desde os primeiros anos os problemas inerentes à aplicação da jurisdição militar em casos que envolvem violações de Direitos Humanos.¹¹³ Por um lado, há casos em que a legislação permite que civis sejam julgados por tribunais militares. Por outro lado, a Corte IDH também ouviu casos em que militares e policiais foram processados por tribunais militares em casos que envolviam a violação de seus Direitos Humanos. Nesse tipo de circunstância, as vítimas das referidas violações são aquelas que realizaram as ações pertinentes para combater a competência dessas instâncias.

Desde sua jurisprudência inicial, a Corte IDH determinou que os civis não podem ser julgados por tribunais militares, mas pelo direito comum.¹¹⁴ Da mesma forma, determinou que os tribunais militares,

106 *Ibidem*, par. 116.

107 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. EPFRC. 2014, par. 110-111.

108 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. FRC. 2002, par. 118 e 152. No mesmo sentido, ver CIDH. Relatório de Mérito n.º 68/06, *Caso 12.477, Lorenzo Enrique Copello Castillo e outros vs. Cuba*, 21 de outubro de 2006.

109 Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005, par. 81, 90-98, e 105-110.

110 Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. FRC. 2005, par. 54-90.

111 *Ibidem*.

112 Corte IDH. *Caso Boyce e outros vs. Barbados*. EPFRC. 2007, par. 72 e 74. Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009, par. 68-75.

113 Uma análise interessante do desenvolvimento da jurisprudência interamericana no assunto pode ser lida no “Prólogo” de Diego García Sayán na obra: Ferrer Mac-Gregor, E., e Silva García, F. *Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Porrúa-UNAM, México, 2011, pp. XIX-XXXIV. No mesmo sentido, ver CIDH. Relatório n.º 37/10, *Caso Manoel Leal De Oliveira vs. Brasil, Caso 12.308*, 17 de março de 2010.

114 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. F. 1997, par. 60.

quando julgam civis, não cumprem os requisitos de independência, imparcialidade, e tampouco constituem, para os propósitos da CADH, o juízo natural para julgar tais assuntos.¹¹⁵

A Corte IDH sempre afirmou que os tribunais militares não são os indicados para julgar as violações de Direitos Humanos cometidas por policiais ou militares, devido ao fato de que os tribunais militares estão inseridos em estruturas hierárquicas que não são independentes ou imparciais. Também determinou que, nesses tipos de casos, a investigação e a punição dos responsáveis deve recair, desde o início, no sistema de justiça comum, uma vez que o juiz ordinário é o juiz natural para esse tipo de caso.¹¹⁶

É, sem dúvida, nos quatro casos mexicanos desta matéria que a jurisprudência da Corte IDH mostra sua total consolidação.¹¹⁷ Nesses casos, a Corte IDH determinou que em um Estado democrático de direito, a jurisdição penal militar deve ter um âmbito restritivo e excepcional e visar a proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções próprias das forças militares. Para a Corte Interamericana, o foro militar deve julgar apenas militares ativos pela prática de crimes ou contravenções que, por sua própria natureza, violem bens jurídicos próprios da ordem militar.¹¹⁸

A Corte IDH determinou que a jurisdição penal militar não é a jurisdição competente para investigar e, quando apropriado, processar e punir os autores de violações de Direitos Humanos, mas que o processamento dos responsáveis corresponde sempre à justiça ordinária. O juiz encarregado de ouvir um caso deve ser competente, além de ser independente e imparcial.¹¹⁹ De maneira que, em situações que violem os Direitos Humanos dos civis, em nenhuma circunstância a jurisdição militar pode operar.¹²⁰

Um aspecto altamente relevante considerado pela Corte IDH consistiu em determinar que, quando os tribunais militares ouvem atos que violam Direitos Humanos contra civis, eles exercem jurisdição não apenas em relação ao acusado (que deve necessariamente ser uma pessoa com status militar em situação ativa), mas também à vítima civil, que tem o direito de participar do processo criminal não apenas para os fins da respectiva indenização pelos danos, mas também para efetivar seus direitos à verdade e à justiça. Nesse sentido, a própria Corte IDH especificou que as vítimas de violações dos Direitos Humanos e suas famílias têm o direito de ter tais violações conhecidas e decididas por um tribunal competente, de acordo com o devido processo e acesso à justiça. A importância do sujeito passivo transcede a esfera do âmbito militar, pois estão envolvidos bens jurídicos próprios do regime ordinário.¹²¹

Consequentemente, nos processos *Rosendo Radilla*,¹²² *Inés Fernández*¹²³ e *Valentina Rosendo*¹²⁴ a Corte IDH considerou que a disposição contida no artigo 57, seção II, inciso a), do Código de Justiça Militar¹²⁵ não cumpria a obrigação contida no artigo 2 do CADH, em conexão com os artigos 8 e 25, estendendo a jurisdição do foro militar a crimes que não tinham uma conexão estreita com a disciplina ou com bens jurídicos próprios da esfera militar.

115 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 130 e 161.

116 Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colômbia*. F. 2001, par. 53.

117 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPFRC. 2010. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPFRC. 2010. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010.

118 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, par. 272.

119 *Ibidem*, par. 273.

120 *Ibidem*, par. 274.

121 *Ibidem*, par. 275.

122 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009. Pontos Resolutivos 6 e 10 da sentença.

123 *Cf.* Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPFRC. 2010. Pontos Resolutivos 7 e 13 da sentença.

124 *Cf.* Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPFRC. 2010. Pontos Resolutivos 6 e 12 da sentença.

125 O Código de Justiça Militar em vigor no momento das sentenças foi publicado no Diário Oficial da Federação do México em 31 de agosto de 1933, e a disposição mencionada dizia: “[a]rt 57. Os seguintes são crimes contra a disciplina militar: II. Aqueles de ordem comum ou federal, quando qualquer uma das seguintes circunstâncias tenha ocorrido em seu cometimento: a) Que tenham sido cometidos por militares quando estavam em serviço ou devido a atos do mesmo”.

Na mesma linha, no caso *Cabrera García e Montiel Flores*, também contra o México, conhecido como “*Camponeses Ecológicos*”, a Corte IDH, além de reiterar os critérios anteriores sobre o artigo 57 do Código de Justiça Militar,¹²⁶ também determinou que o tratamento cruel, desumano e degradante cometido contra uma pessoa por militares é um tipo de ato que, em nenhum caso, está relacionado com a disciplina ou a missão militar. Ao contrário, os atos cometidos por militares em detrimento das vítimas afetaram bens jurídicos protegidos pelo direito penal interno e pela CADH. Nesse sentido, ficou claro que tal conduta era abertamente contrária aos deveres de respeito e proteção dos Direitos Humanos e, portanto, excluída da competência da jurisdição militar.¹²⁷

Em relação ao artigo 57 do Código de Justiça Militar, a Corte IDH reiterou sua opinião de que “é um dispositivo amplo e impreciso que impede a determinação da conexão estreita entre o crime da jurisdição comum e o serviço militar analisado objetivamente”¹²⁸ Da mesma forma, a Corte IDH especificou que, em qualquer caso, a jurisdição militar não é a jurisdição competente, nem mesmo para investigar violações de Direitos Humanos, sendo os tribunais comuns competentes para fazê-lo em todos os casos, não apenas limitando seu escopo de aplicação a violações específicas, como tortura, desaparecimento forçado ou estupro. Consequentemente, para a Corte IDH, o Estado não cumpriu a obrigação contida no artigo 2, em conexão com os artigos 8 e 25, estendendo a jurisdição do foro militar a crimes que não estão estritamente relacionados à disciplina militar ou a seus próprios bens jurídicos próprios da esfera militar.¹²⁹

5.7. Direito trabalhista

No caso *Baena Ricardo e outros vs. Panamá*, o Estado panamenho violou as obrigações gerais dos artigos 1.1 e 2 removendo arbitrariamente 270 funcionários públicos de seus cargos por terem participado de uma manifestação por direitos trabalhistas. A referida demissão ocorreu após a emissão e aplicação da Lei 25, que teve efeito retroativo. Para a Corte IDH, a referida aplicação foi violadora dos preceitos convencionais e revelou que o Estado não havia adotado as medidas apropriadas no direito interno para fazer efetivos os direitos consagrados na CADH. Da mesma forma, a Corte IDH observou que os Estados, ao emitirem uma lei, devem zelar pelo cumprimento das normas internacionais de proteção e não devem permitir que seja contrária aos direitos e liberdades consagrados em um tratado internacional do qual fazem parte.¹³⁰

No caso “*Cinco Aposentados*” vs. *Peru*, a Corte IDH afirmou que o Estado peruano se absteve de adotar, por um longo período de tempo, o conjunto de medidas necessárias para cumprir plenamente as sentenças de seus órgãos judiciais e, consequentemente, efetivar os direitos consagrados na CADH (no particular caso, o direito à propriedade privada e o direito à proteção judicial), e portanto não cumpriu a obrigação estipulada no artigo 2 do tratado.¹³¹

No caso dos trabalhadores demitidos do Congresso (*Aguado Alfaro e outros*) vs. *Peru*, a Corte IDH concluiu que o Estado havia violado os artigos 8.1 e 25 da CADH, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo, em detrimento das vítimas do caso.¹³² O artigo 9 do Decreto-Lei nº 2564 - que constituía o regulamento aplicado aos trabalhadores demitidos- proibia expressamente a possibilidade de apresentar um pedido de amparo contra seus efeitos,¹³³ vendo-se as vítimas impedidas *ab initio* de contestar qualquer efeito que considerassem prejudicial aos seus interesses.¹³⁴ Para a Corte IDH, em uma sociedade

126 Cf. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010. Pontos Resolutivos 8 e 15 da sentença.

127 *Ibidem*, par. 199.

128 *Ibidem*, par. 205.

129 *Ibidem*, par. 183-194.

130 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. FRC. 2001, par. 183 e 184.

131 Corte IDH. *Caso “Cinco Aposentados” vs. Peru*. FRC. 2003, par. 167 e 168.

132 Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. EPFRC. 2006, par. 132.

133 *Ibidem*, par. 117.

134 *Ibidem*, par. 119.

democrática, a impossibilidade de contestar os possíveis efeitos da aplicação ou interpretação de uma norma não pode ser considerada uma limitação válida ao direito de acesso real e eficaz à justiça dos destinatários dessa norma.¹³⁵

5.8. Estabilidade e inamovibilidade de juízes

Entre 2008 e 2011, a Corte IDH tomou conhecimento de três casos relacionados à destituição e não reincorporação de juízes na Venezuela. O denominador comum dessas sentenças é o fato de fazerem parte direta ou indiretamente do processo de reestruturação do Poder Judiciário no país iniciado em 1999. A Corte IDH constatou violações específicas do dever de adotar medidas de direito interno por parte do Estado venezuelano por diferentes razões, desde a omissão legislativa à emissão das regras que regulamentam o processo de reestruturação do PODER Judiciário, até a ausência de garantias de inamovibilidade que devem estar previstas e ser efetivas na prática para que os juízes possam exercer sua função jurisdicional de forma independente.

No caso *Apitz Barbera e outros*, que tratou da demissão de juízes da Primeira Corte de Litígios Administrativos da Venezuela, a Corte IDH analisou, entre outros, duas questões jurídicas que marcaram os fatos do caso. Por um lado, o fato de a legislação vigente não permitir que os juízes que demitiram as vítimas do caso (os juízes do Primeiro Tribunal) fossem recusados e, por outro, a falta de adoção do Código de Ética previsto na Lei, e que poderia conceder ao órgão encarregado de demitir juízes administrativos garantias suficientes de independência. Nos dois casos, a Corte IDH afirmou que essas situações não cumpriam o disposto no artigo 2 do CADH.¹³⁶

Na mesma linha, os fatos do caso *Reverón Trujillo* trataram da demissão arbitrária da juíza María Cristina Reverón Trujillo do posto judicial que ocupava em 2002. Posteriormente, em 2004, a Câmara Político-Administrativa do Supremo Tribunal de Justiça decretou a nulidade do ato de demissão, considerando que não estava em conformidade com a lei, mas não ordenou a restituição da vítima a seu cargo, nem o pagamento dos salários e benefícios sociais não recebidos. Nesse sentido, a Corte IDH analisou mais uma vez o regime de transição do Judiciário na Venezuela. Em sua análise, determinou que, de fato, a aplicação desse regime havia sido ineficaz no cumprimento do objetivo proposto: o fortalecimento do Judiciário naquele país. Em primeiro lugar, porque o regime havia sido prorrogado por cerca de dez anos à época em que a Corte IDH emitiu a sentença.¹³⁷ Em segundo lugar, porque, apesar de ser uma obrigação de acordo com as leis venezuelanas e com o que foi decidido no caso Apitz acima mencionado, a adoção do Código de Ética não havia sido provada.¹³⁸ E terceiro, porque o Judiciário possuía, no momento da sentença, um percentual de juízes provisórios de aproximadamente 40%, de acordo com os números fornecido pelo próprio Estado, percentual que chegou a 80% no momento dos fatos do caso.¹³⁹ Isso, além de gerar obstáculos à independência judicial, foi particularmente relevante pelo fato de a Venezuela não oferecer a esses juízes a garantia de inamovibilidade.¹⁴⁰

Nesse sentido, a Corte IDH observou que a inamovibilidade é uma das garantias básicas da independência judicial e que o Estado é obrigado a garantir a juízes titulares e provisórios.¹⁴¹ Nesse caso, a Corte IDH observou que os juízes provisórios foram designados a critério do Estado, ou seja, sem a realização de concursos públicos, e muitos deles foram confirmados no cargo por meio do Programa Especial de Regularização da Titularidade.¹⁴² Isso significa que os postos correspondentes foram preenchidos sem que pessoas de fora do Judiciário tivessem a oportunidade de competir com os juí-

135 *Idem*.

136 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. EPFRC. 2008, par. 54-67 e 109-148.

137 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 119.

138 *Ibidem*, par. 120.

139 *Ibidem*, par. 103 e 104.

140 *Ibidem*, par. 101, 102 e 113.

141 *Ibidem*, par. 75-79 e 114.

142 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 121.

zes provisórios para acessar essas vagas, o que excluiu a entrada de juízes previamente demitidos, como a Sra. Reverón, segundo os tribunais venezuelanos, de maneira irregular. A Corte IDH também considerou que, apesar de serem realizadas avaliações de adequação por meio do Programa Especial de Regularização da Titularidade, esse procedimento concedia, na opinião da Corte IDH, estabilidade de emprego àqueles inicialmente nomeados com absoluta discricção, uma vez que o Programa Especial de Regularização não poderia ser comparado a um concurso de oposição.¹⁴³

No caso Reverón, a Corte Interamericana considerou que o Estado violou o artigo 25.1 da CADH, em relação aos artigos 1.1 e 2 do referido dispositivo, pois, em primeiro lugar, o recurso ao qual senhora Reverón Trujillo teve acesso não forneceu reparações adequadas, apesar de lhe ter sido favorável em termos declarativos. Em segundo lugar, porque não havia razão justificada para não reconduzir a senhora Reverón Trujillo ao posto judicial que ocupava e pagar-lhe os salários que não recebera. Consequentemente, o recurso interno interposto não foi eficaz. Finalmente, a conclusão alcançada pela Corte IDH foi de que algumas das normas e práticas associadas ao processo de reestruturação judicial implementado na Venezuela causaram um efeito muito alto sobre a independência judicial naquele país.¹⁴⁴

Outro caso que a Corte IDH conheceu, relacionado a esse assunto, é o de *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, 2011. O assunto era a demissão da senhora Mercedes Chocrón Chocrón do cargo de juíza criminal de primeira instância do distrito judicial da área metropolitana de Caracas, também na Venezuela. Nesse caso, a Corte IDH observou que a reestruturação do Poder Judiciário naquele país, mediante a criação dos tribunais disciplinares previstos para esse fim, não havia se concretizado até o momento de proferir a sentença, apesar de a Constituição venezuelana ter estabelecido que a legislação referente ao sistema judicial deveria ter sido aprovada dentro do primeiro ano após a instalação da Assembleia Constituinte.¹⁴⁵

Para a Corte IDH, foi especialmente importante o fato de que vários pronunciamentos da Comissão Judicial e da Suprema Corte de Justiça haviam defendido o critério de livre remoção de juízes provisórios e temporários, apesar de esse tipo de juiz ter um mínimo de estabilidade.¹⁴⁶ Portanto, a Corte IDH determinou que a ausência de normas e práticas claras quanto à plena validade das garantias judiciais na remoção de juízes provisórios e temporários, devido às suas consequências específicas no caso concreto, gerou um efeito no dever de adotar medidas adequadas e eficazes para garantir a independência judicial, que resultaram no descumprimento do artigo 2 em relação aos artigos 8.1. e 25.1 do CADH.¹⁴⁷

Recentemente, a Corte IDH reiterou sua jurisprudência sobre o assunto no caso *López Lone e outros vs. Honduras* e expressou que a omissão do Estado de harmonizar sua normativa interna criou uma situação de incerteza quanto ao procedimento e aos órgãos competentes para decidir sobre os processos disciplinares iniciados contra as supostas vítimas. Além disso, considerou que a consequente aplicação às supostas vítimas de um procedimento que não estava estabelecido na lei, mas que era o resultado de uma combinação dos procedimentos previstos normativamente, devido em parte à omissão legislativa, afetava a segurança jurídica e os direitos das supostas vítimas ao determinar sanções disciplinares contra elas. A Corte IDH concluiu que a submissão das vítimas a procedimentos e órgãos disciplinares não estabelecidos por lei constituía uma violação do artigo 8 em relação ao artigo 2 da CADH.¹⁴⁸

5.9. Obrigações similares em outros tratados da CADH que complementam o disposto no artigo 2 da CADH

Juntamente com a CADH, o SIDH possui uma série de tratados e convenções que complementam e especificam obrigações gerais em relação aos Direitos Humanos na região. Dentro desses tratados,

143 *Idem*.

144 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 127.

145 Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, par. 141.

146 *Idem*.

147 *Ibidem*, par. 142.

148 Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 215.

encontramos disposições que ordenam aos Estados que adotem medidas de direito interno para efetivar os direitos neles estabelecidos.

De fato, disposições semelhantes são encontradas no artigo 2 do Protocolo de San Salvador,¹⁴⁹ no artigo 6 do CIPST;¹⁵⁰ no artigo III da CIDFP;¹⁵¹ no artigo 7.c da Convenção de Belém do Pará;¹⁵² e, finalmente, no artigo III do CIEFDPD.¹⁵³

No entanto, os principais órgãos do SIDH —CIDH e Corte IDH— não têm jurisdição para deliberar sobre todos esses tratados através do sistema de petições individuais e, se tiverem jurisdição, nem sempre cobrem todas as disposições.¹⁵⁴ Conforme o exposto, deve-se dizer que a jurisprudência da Corte IDH em relação a essas disposições tem sido especialmente prolífica no que concerne a CIPST e a CIDFP. Além disso, no caso *González e outros (Campo Algodoeiro) vs. México*, aplicou-se o disposto no artigo 7.c da Convenção de Belém do Pará.¹⁵⁵

149 O artigo 2 do CADH referente à “Obrigação de adotar disposições de direito interno” estabelece que: “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.”

150 O artigo 6 da CIPST estabelece que: “Em conformidade com o disposto no artigo 1, os Estados Partes tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição. Os Estados Partes assegurar-se-ão de que todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados delitos em seu direito penal, estabelecendo penas severas para sua punição, que levem em conta sua gravidade. Os Estados Partes obrigam-se também a tomar medidas efetivas para prevenir e punir outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, no âmbito de sua jurisdição.”

151 O artigo III da CIDFP estabelece que: “Os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas que forem necessárias para tipificar como delito o desaparecimento forçado de pessoas e a impor-lhe a pena apropriada que leve em conta sua extrema gravidade. Esse delito será considerado continuado ou permanente, enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima. Os Estados Partes poderão estabelecer circunstâncias atenuantes para aqueles que tiverem participado de atos que constituam desaparecimento forçado, quando contribuam para o aparecimento com vida da vítima ou forneçam informações que permitam esclarecer o desaparecimento forçado de uma pessoa.”

152 O artigo 7.c da Convenção de Belém do Pará estabelece que: “Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: [...] c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis [...]”.

153 O Artigo III da CIEFDPD estabelece que: “Para alcançar os objetivos desta Convenção, os Estados Partes comprometem-se a: 1. Tomar as medidas de caráter legislativo, social, educacional, trabalhista, ou de qualquer outra natureza, que sejam necessárias para eliminar a discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e proporcionar a sua plena integração à sociedade, entre as quais as medidas abaixo enumeradas, que não devem ser consideradas exclusivas: a. medidas das autoridades governamentais e/ou entidades privadas para eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, o acesso à justiça e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração; b. medidas para que os edifícios, os veículos e as instalações que venham a ser construídos ou fabricados em seus respectivos territórios facilitem o transporte, a comunicação e o acesso das pessoas portadoras de deficiência; c. medidas para eliminar, na medida do possível, os obstáculos arquitetônicos, de transporte e comunicações que existam, com a finalidade de facilitar o acesso e uso por parte das pessoas portadoras de deficiência; e d. medidas para assegurar que as pessoas encarregadas de aplicar esta Convenção e a legislação interna sobre esta matéria estejam capacitadas a fazê-lo. 2. Trabalhar prioritariamente nas seguintes áreas: a. prevenção de todas as formas de deficiência preveníveis; b. detecção e intervenção precoce, tratamento, reabilitação, educação, formação ocupacional e prestação de serviços completos para garantir o melhor nível de independência e qualidade de vida para as pessoas portadoras de deficiência; e c. sensibilização da população, por meio de campanhas de educação, destinadas a eliminar preconceitos, estereótipos e outras atitudes que atentam contra o direito das pessoas a serem iguais, permitindo desta forma o respeito e a convivência com as pessoas portadoras de deficiência.”

154 Sobre o funcionamento do SIDH, ver Pelayo Möller, C. M. *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. CNDH, México, 2011.

155 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPFRC. 2009, par. 287-389.

Em relação à disposição contida no artigo 6 da CIPST, deve-se dizer que foi aplicada no conhecimento de vários casos perante a Corte IDH. A este respeito, no caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* se determinou que o artigo 6 estabelece a obrigação segundo a qual os Estados partes devem garantir que “todos os atos de tortura e tentativas de cometer tais atos constituem crimes de acordo com a lei penal, estabelecendo para puni-los sanções severas que levem em consideração sua gravidade”. Da mesma forma, o artigo 8 da mesma Convenção, “houver denúncia ou razão fundada para supor que haja sido cometido ato de tortura no âmbito de sua jurisdição, os Estados Partes garantirão que suas autoridades procederão de ofício e imediatamente à realização de uma investigação sobre o caso e iniciarão, se for cabível, o respectivo processo penal”. Tudo acima está relacionado à obrigação geral de “prevenir e [...] punir a tortura”, contida no artigo 1 da referida Convenção.¹⁵⁶

Nesse julgamento, a Corte IDH determinou que o Código Penal em vigor no Panamá desde 1983 não definia especificamente o crime de tortura.¹⁵⁷ A partir do exposto, determinou que o Estado não cumpriu sua obrigação de modificar sua legislação interna para definir a tortura, conforme estipulado nos artigos 1, 6 e 8 da CIPST.¹⁵⁸

Por sua vez, o artigo III da CIDFP estabelece a obrigação de tipificar, de acordo com as disposições da própria Convenção, o crime de desaparecimento forçado de pessoas. Nesse sentido, em um grande número de casos, a Corte IDH determinou o não cumprimento desta obrigação específica emanada deste tratado. Entre os casos em que a Corte IDH chegou a essa determinação estão *Gómez Palomino vs. Peru*,¹⁵⁹ *Blanco Romero e outros vs. Venezuela*,¹⁶⁰ *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008),¹⁶¹ *Anzualdo Castro vs. Peru* (2009),¹⁶² *Rosendo Radilla Pacheco vs. México* (2009),¹⁶³ e *Gelman vs. Uruguai* (2011).¹⁶⁴ Nestes casos, conseqüentemente, a Corte ordenou medidas de reparação para corrigir essas situações.

6. O artigo 2 da CADH como fundamento do controle de convencionalidade

Pouco mais de cinco anos após a criação da doutrina do “controle da convencionalidade” no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*,¹⁶⁵ observa-se que a jurisprudência da Corte IDH tem sido consistente em basear esse controle nos artigos 1 e 2 da CADH; e 26 e 27 da CVDT.¹⁶⁶

Do parecer consultivo sobre *responsabilidade internacional pela emissão e aplicação de leis que violam a Convenção*,¹⁶⁷ sobre o alcance interpretativo dos artigos 1 e 2 da CADH, considerou-se que a obrigação de adotar as medidas que fossem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades reconhecidos na CADH incluem a de não ditá-las quando conduzem a violações; e também para adaptar

156 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008, par. 213.

157 *Ibidem*, par. 214.

158 *Ibidem*, par. 215 e 216.

159 Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. FRC. 2005, par. 91-110.

160 Corte IDH. *Caso Blanco Romero e outros vs. Venezuela*. [Mérito, Reparaciones e Custas] 2005, par. 58.

161 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008, par. 187, 195, 197, 200, 207 e 209.

162 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009, par. 165-167 e 191.

163 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, par. 315-324. Sobre esse tema ver Pelayo Moller, C. M. “El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla”, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM-III, Vol. XII, México, 2012.

164 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, par. 237-241 e 246.

165 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPFRC. 2006, par. 123-126.

166 Ademais, considerou-se o artigo 29 da CADH. Cf. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010. Voto individual do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, par. 20-22.

167 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-14/94. *Responsabilidade internacional por expedição de leis violadoras da Convenção*. 1994.

as normas ‘não convencionais’ existentes. O precedente é baseado em um princípio geral de direito internacional de que obrigações devem ser cumpridas de boa fé, de modo que o direito interno não pode ser invocado por sua não conformidade. Esse princípio foi adotado por tribunais internacionais, como o Tribunal Permanente de Justiça Internacional e a CIJ, e também foi codificado nos artigos 26 e 27 da CVDT.¹⁶⁸

Especificamente, no artigo 2 da CADH como base para o controle da convencionalidade, a Corte IDH considerou que:

179. Em relação à obrigação geral de adaptar as normas internas à Convenção, a Corte afirmou em várias ocasiões que “no direito das nações, uma norma costumeira prescreve que um Estado que assina um acordo internacional deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para garantir o cumprimento das obrigações assumidas”[...]. Na Convenção Americana, esse princípio está incluído no artigo 2, que estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte de adaptar seu direito interno às suas disposições, de garantir os direitos nele reconhecidos [...], o que implica que as medidas de direito interno devem ser eficazes (princípio do *effet utile*). [...]

180. A Corte interpretou que essa adaptação implica a adoção de medidas em dois aspectos, a saber: i) a supressão de normas e práticas de qualquer natureza que impliquem violação das garantias previstas na Convenção ou que ignorem os direitos nela reconhecidos ou dificultem o seu exercício, e ii) a emissão de normas e o desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância dessas garantias [...]. Precisamente, em relação à adoção dessas medidas, é importante destacar que a defesa ou observância dos Direitos Humanos à luz dos compromissos internacionais em relação ao trabalho dos operadores da justiça deve ser realizada por meio do que se chama “*controle de convencionalidade*”, segundo o qual cada juiz deve garantir o efeito útil dos instrumentos internacionais, para que não seja diminuído ou anulado pela aplicação de normas ou práticas internas contrárias ao objeto e finalidade do instrumento internacional ou ao padrão internacional de proteção dos Direitos Humanos. [...]¹⁶⁹

Nesse sentido, quando o artigo 2 da CADH se refere ao compromisso dos Estados partes de adotar “as medidas legislativas ou outras necessárias para efetivar esses direitos e liberdades”, deve ser entendido como uma obrigação de todas as autoridades, dentro de seus respectivos poderes, para garantir a efetividade dos direitos.

A expressão “ou de outro caráter” implica qualquer medida eficaz para tais fins, como “interpretações compatíveis” das normas nacionais com a CADH ou até mesmo não aplicar disposições internas quando elas forem completamente incompatíveis com o referido instrumento internacional. Portanto, o parâmetro para exercer o controle de convencionalidade é precisamente a CADH (e, em geral, o *corpus iuris* interamericano), compreendendo também “a interpretação que a Corte IDH, o último intérprete da Convenção Americana, fez”.¹⁷⁰

Isso quer dizer que, na realidade, esse tipo de controle é de natureza difusa, pois todas as autoridades têm a obrigação de exercê-lo, como foi claramente estabelecido no caso *Gelman vs. Uruguai*, ao constituir uma “função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Judiciário”,¹⁷¹ que gera um verdadeiro “diálogo” multinível e promove a “interação ao vivo”,¹⁷² especialmente entre jurisdições

168 CVDT “Artigo 26: *Pacta sunt servanda*. odo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé. [...] Artigo 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”

169 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008, par. 179 e 180. Notas de rodapé omitidas. (grifos do autor)

170 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPFRC. 2006, par. 124.

171 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, par. 239.

172 Cf. García Sayán, D. “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, in *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. Corte IDH. San José, 2005, pp. 323-384.

nacionais e interamericanas, com o objetivo final de estabelecer padrões em nossa região como comunidade para a proteção efetiva dos Direitos Humanos.

Certamente, são os altos órgãos jurisdicionais nacionais (tribunais, câmaras e tribunais constitucionais), como intérpretes finais nos sistemas jurídicos nacionais, que manterão um maior grau de intensidade no “diálogo jurisprudencial” com a Corte IDH,¹⁷³ através de exercício ou revisão, quando apropriado, do controle difuso de convencionalidade.¹⁷⁴

De qualquer forma, como García Ramírez aponta: “o controle de convencionalidade, implantado com seriedade, competência e sucesso, favorece e fertiliza o diálogo jurisprudencial interno ou inter-nacional [ou jurisdicional], de acordo com o projeto que favorece seres humanos e conduz o poder público.”¹⁷⁵

7. O cumprimento do artigo 2 da CADH através da adequação do direito interno

A Corte IDH não apenas teve a função de evidenciar graves violações dos Direitos Humanos, mas também compensou o déficit regulatório existente em cada uma das jurisdições nacionais.

Assim, por exemplo, um caso emblemático é *Olmedo Bustos (A Última Tentação de Cristo) vs. Chile*, no qual a Corte IDH ordenou que o Estado modificasse sua ordem jurídica interna, dentro de um prazo razoável, a fim de eliminar a censura prévia. Dessa maneira, em 10 de julho de 2001, o Congresso Nacional do Chile aprovou o projeto de reforma constitucional que visava consagrar o direito à criação artística livre e a eliminação da censura cinematográfica, substituindo-o por um sistema de qualificação que seria regulamentado por lei. O projeto foi promulgado e incorporado à Carta Fundamental do Chile em 25 de agosto de 2001, através da publicação no Diário Oficial da Lei nº 19.742. Da mesma forma, o Chile informou à Corte IDH que a Lei nº 19.846 (Lei de Classificação da Produção Cinematográfica) havia sido publicada e entrou em vigor em 4 de janeiro de 2003 e, em seu primeiro artigo, estabeleceu um sistema para a qualificação da produção cinematográfica que se realiza por idades, com o objetivo de orientar a população adulta em relação ao conteúdo da produção cinematográfica e proteger crianças e adolescentes, de acordo com as disposições de vários tratados internacionais assinados pelo referido Estado.¹⁷⁶ O Decreto Supremo de Educação nº 18, de 6 de janeiro de 2003, publicado no Diário Oficial da República do Chile em 11 de julho de 2003, que aprovou o Regulamento de Qualificação da Produção Cinematográfica, encerrou o processo de modificar o sistema jurídico interno do Chile, a fim de eliminar a censura prévia às produções cinematográficas.¹⁷⁷

No caso *Mayagna Sumo (Awás Tigni) vs. Nicarágua*, a Corte IDH exigiu que o Estado adotasse, em seu direito interno - em conformidade com o artigo 2 da CADH -, as medidas legislativas, administrativas e quaisquer outras necessárias para criar um mecanismo eficaz de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas, de acordo com o direito consuetudinário, e seus valores, usos e costumes. A Corte IDH observou que o Estado promulgou a Lei nº 445, que visava regulamentar o regime de propriedades comunitárias das terras indígenas e étnicas da Costa Atlântica e das bacias dos rios Coco, Bocay, Índio e Maíz e estabelecer os procedimentos jurídicos necessários para a delimitação, demarcação e titulação de terras comuns.¹⁷⁸

173 Cf. Vergottini, G. de. *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Civitas/ Thomson Reuters, Madri, 2010.

174 Sobre esta dimensão, ver os trabalhos contidos na obra Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *op. cit.*

175 García Ramírez, S., *op. cit.*, pp. 215 e 216.

176 Corte IDH. Caso “*A Última Tentação de Cristo*” (*Olmedo Bustos e outros*) vs. Chile. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 28 de novembro de 2003. Visto 19.

177 *Ibidem*. Visto 23.

178 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tigni vs. Nicarágua*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 7 maio de 2008. Visto 15.

Por outro lado, no caso de *Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Equador*, a Corte IDH ordenou que o Estado adaptasse sua norma interna para que não mais fossem cobradas taxas pelo depósito e manuseio de bens retidos por pessoas que não fossem condenadas por sentença final. A Corte IDH considerou cumprida essa ordem com a reforma do Regulamento de Aplicação da Lei sobre Substâncias Narcóticas e Psicotrópicas e a Resolução nº 2008-006 CD, do Conselho Nacional de Controle de Substâncias Narcóticas e Psicotrópicas.¹⁷⁹

No caso de *Kimel vs. Na Argentina*, a Corte IDH determinou que o Estado deveria adaptar seu direito interno à CADH em matéria penal, a fim de satisfazer as garantias de segurança jurídica e não afetar o exercício do direito à liberdade de expressão. Nesse sentido, a Lei 26.551, a Argentina modificou os artigos do Código Penal Nacional onde eram tipificados os crimes de calúnia e difamação, para não mais incluir “expressões em assuntos de interesse público” ou “expressões que não são assertivas” e definiu multas econômicas como penas pela prática destes delitos.¹⁸⁰

Nos casos *Radilla Pacheco; Fernández Ortega; Rosendo Cantú; e Cabrera García e Montiel Flores*, a Corte determinou que o México havia violado a obrigação de adaptar sua lei interna à CADH devido ao fato do artigo 57.II.a) do Código de Justiça Militar - no qual se baseava a intervenção da jurisdição nos quatro casos mencionados -, permitia que os tribunais militares julgassem a todos os militares acusados de um crime comum pelo simples fato de estarem em serviço. Em todos esses casos, a Corte IDH ordenou medidas de reparação que significaram a adaptação do direito interno aos padrões internacionais na área de jurisdição criminal militar e a criação de medidas de reparação para contestar a jurisdição dessa jurisdição.¹⁸¹ Na supervisão do cumprimento dessas sentenças, a Corte IDH mencionou que essas normas internacionais estabelecem que a jurisdição militar: a) não é a jurisdição competente para investigar e, quando apropriado, processar e punir os autores de violações de Direitos Humanos; b) somente pode julgar militares em serviço ativo e c) pode julgar apenas a prática de crimes ou contravenções (cometidas por militares ativos) que infrinjam, por sua própria natureza, bens jurídicos próprios da ordem militar.¹⁸²

Após a decisão dos casos mencionados, a representação do Estado mexicano informou a Corte IDH de que o Código de Justiça Militar havia sido alterado em junho de 2014 e que a referida reforma garantia que as denúncias de violações de Direitos Humanos cometidas pela forças armadas seriam investigadas na jurisdição civil.¹⁸³

A Corte IDH determinou que, apesar do fato da reforma do artigo 57 do Código de Justiça Militar constituir uma etapa importante na harmonização do direito interno mexicano com os padrões convencionais e internacionais na área de jurisdição criminal militar, o Estado mexicano apenas cumpriu parcialmente essa obrigação,¹⁸⁴ uma vez que a legislação atual continuou sem se adaptar às normas

179 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Equador*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 19 de maio de 2010. Vistos 18 e 21.

180 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 18 de maio de 2010. Visto 33.

181 Corte IDH. *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega e outros, e Rosendo Cantú e outra vs. México*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17 de abril de 2015. Visto 1. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17 de abril de 2015. Visto 1.

182 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17 de abril de 2015. Considerando 13.

183 Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17 de abril de 2015. Visto 6. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17 de abril de 2015. Visto 6. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17 de abril de 2015. Visto 6.

184 Corte IDH. *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega e outros, e Rosendo Cantú e outra vs. México*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17 de abril de 2015. Considerando 23. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17 de abril de 2015. Considerando 23. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17 de abril de 2015. Considerando 22.

internacionais em dois aspectos importantes: a) a jurisdição militar não é a jurisdição competente para investigar e, quando apropriado, processar e punir os autores de violações de Direitos Humanos, mesmo quando o sujeito ativo e passivo são militares, e b) no foro militar, a prática de crimes ou contravenções (cometidas por militares ativos) só pode ser julgada se, por sua natureza, violar a bens jurídicos da ordem militar.¹⁸⁵

Cabe ressaltar que a Corte IDH não apenas cumpriu a adequação do direito interno por meio de modificações legislativas, mas também através do controle da convencionalidade. Nesse sentido, no caso *Castañeda Gutman vs. México*, a Corte IDH declarou cumprida a ordem de adaptar o direito interno à CADH a fim de compatibilizar a legislação secundária e as normas que regulamentavam o julgamento da proteção dos direitos do cidadão, de tal forma que, por meio desse recurso, os cidadãos tivessem efetivamente a garantia de questionar a constitucionalidade da regulamentação legal do direito a ser eleito. Nesse sentido, a Corte IDH considerou que as decisões judiciais mexicanas demonstravam que a reforma constitucional e legislativa empreendida pelo Estado estava conseguindo garantir a existência de um recurso procedente para questionar a constitucionalidade das leis eleitorais em casos específicos¹⁸⁶ e acrescentou que “a prática judicial [...] evidencia que, em casos específicos, nos quais candidatos independentes questionaram seu direito de ser eleito, não foi aplicada o requisito de improcedência estabelecido no artigo 80.1.d) da Lei de Impugnações Eleitorais para ter acesso ao recurso político eleitoral examinado na Sentença”.¹⁸⁷

Além disso, a Corte IDH recordou que foi estabelecido que não apenas a supressão ou emissão das normas no direito interno garantem os direitos contidos na CADH, mas também que é necessário o desenvolvimento de práticas estatais propícias à efetiva observância dos direitos e das liberdades estabelecidos no instrumento. Consequentemente, segundo a Corte IDH, a existência de uma norma não garante por si só que sua aplicação seja adequada, mas também é necessário que a aplicação das normas ou sua interpretação, como práticas jurisdicionais e manifestação da ordem jurídica, sejam ajustadas ao mesmo fim buscado pelo artigo 2 da CADH.¹⁸⁸

Da mesma forma, para a Corte IDH, os processos de incorporação ocorridos nos últimos anos no México foram de grande relevância, reconhecendo que o Supremo Tribunal de Justiça da Nação estabeleceu que o Poder Judiciário mexicano era obrigado a exercer o controle de convencionalidade de ofício entre normas internas e da CADH, e que, para isso, deve levar em consideração a estrutura do artigo 1 da Constituição Mexicana,¹⁹¹ para que:

ao exigir que todos os membros do Judiciário realizem um controle *ex officio* da convencionalidade, bem como a consideração das sentenças da Corte IDH em relação ao México como prova de que existe uma obrigação reconhecida por lei para garantir a acessibilidade e a eficácia da sentença de proteção para os candidatos independentes que alegam a violação de seu direito de voto, de acordo com o que foi decidido pela Corte IDH.¹⁸⁹

Nesse sentido, a Corte Interamericana destacou que:

de forma paralela à legislação secundária, a reforma constitucional no campo dos Direitos Humanos [de 2011 no México] garantia a atualização do efeito útil da Sentença na medida em que a referida reforma “deriva da obrigação dos tribunais eleitorais de interpretar os direitos

185 Corte IDH. *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega e outros, e Rosendo Cantú e outra vs. México*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17 de abril de 2015. Considerando 23. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17 de abril de 2015. Considerando 22. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17 de abril de 2015. Considerando 22.

186 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 28 de agosto de 2013. Considerando 20.

187 *Ibidem*. Considerando 22.

188 *Ibidem*. Considerando 23.

189 *Ibidem*. Considerando 25.

políticos eleitorais dos cidadãos de acordo com o princípio *pro persona* e de realizar um controle *ex officio* da convencionalidade em casos específicos.¹⁹⁰

Por tudo o que foi exposto, a Corte IDH considerou que “o México cumpriu a medida de reparação em relação à adequação de sua legislação nacional para garantir efetivamente aos cidadãos o questionamento da constitucionalidade da regulamentação jurídica do direito a ser eleito.”¹⁹¹

Como consequência da efetividade jurídica da CADH em todos os Estados Partes, um controle dinâmico e complementar de convencionalidade também tem um papel importante no cumprimento ou na implementação de uma determinada sentença da Corte IDH, especialmente quando esse cumprimento é de responsabilidade dos juízes nacionais.

8. Semelhanças e diferenças entre os sistemas regionais de Direitos Humanos

Conforme observado no início deste comentário, o artigo 2 da CADH apresenta importantes semelhanças com as disposições do artigo 2.2 do PIDCP, que por sua vez se reflete nas diferentes interpretações de ambas as disposições.

Assim, por exemplo, o Comitê de Direitos Humanos da ONU na Observação Geral n° 31, sobre a natureza da obrigação legal geral imposta aos Estados partes no Pacto, considerou que o parágrafo 2 do artigo 2 impõe aos Estados partes a obrigação de adotar as medidas necessárias para efetivar os direitos do Pacto na esfera interna. Conclui que, a menos que os direitos do Pacto já estejam protegidos por suas leis ou práticas internas, os Estados partes são obrigados a introduzir, no momento da ratificação, as mudanças nos direitos e práticas internos necessários para garantir sua conformidade com o instrumento internacional. Quando houver incompatibilidades entre a lei interna e o Pacto, o artigo 2 exige que a lei ou prática interna seja modificada para cumprir as normas impostas pelas garantias substantivas do Pacto. Por sua vez, o artigo 2 autoriza um Estado Parte a proceder de acordo com sua própria estrutura constitucional interna e, conseqüentemente, não exige que o Pacto seja diretamente aplicável perante os tribunais, através da incorporação do próprio Pacto à legislação nacional.¹⁹² Nesse sentido, o requisito estabelecido no artigo 2, parágrafo 2, de que medidas sejam tomadas para efetivar os direitos do Pacto, de acordo com o Comitê de Direitos Humanos da ONU, não está sujeito a condições e tem efeito imediato. O não cumprimento desta obrigação não pode ser justificado por alegações de natureza política, social, cultural ou econômica dentro desse Estado.¹⁹³

No mesmo sentido da CADH e do PIDCP, a Carta Africana, em seu artigo 1, compromete os Estados Partes a adotar as medidas necessárias (legislativas e outras) para a aplicação dos direitos, deveres e liberdades estabelecidos na Carta de Banjul, automaticamente reconhecido por eles. Esta é, na opinião de alguns autores, uma obrigação principalmente positiva, uma vez que se adere à imposição implícita de respeito às disposições da Carta.¹⁹⁴

A obrigação de adotar disposições de direito interno, prevista no artigo 2 da CADH, constitui uma das diferenças mais relevantes em relação ao Sistema Europeu, uma vez que a Convenção Europeia

190 *Ibidem*. Considerando 24.

191 *Ibidem*. Considerando 27.

192 Comitê DHONU. Observação Geral n.º 31, Comentários gerais adotados pelo Comitê de Direitos Humanos, *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 80º período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 2004, par. 13.

193 *Ibidem*, par. 14.

194 Fischel de Andrade, J. H. “El sistema africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos. Segunda parte”, in *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. IIDH, Serie Estudios de Derechos Humanos, T. VI, San José, 1996, pp. 467 e 468.

CAPÍTULO II - DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Artigo 3. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica

Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Bibliografia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C n.º 4. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C n.º 70. Doravante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Exceções Preliminares. Sentença de 7 de setembro de 2001. Série C n.º 85. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de março de 2005. Série C n.º 120. Doravante: Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C n.º 130. Doravante: Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C n.º 146. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C n.º 153. Doravante: Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C n.º 172. Doravante: Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C n.º 202. Doravante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C n.º 209. Doravante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C n.º 212. Doravante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C n.º 214. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2010. Série C n.º 217. Doravante: Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C n.º 219. Doravante: Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C n.º 221. Doravante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso Torres Millacara e outros vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de agosto de 2011. Série C n.º 229. Doravante: Corte IDH. *Caso Torres Millacara e outros vs. Argentina*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2011. Série C n.º 232. Doravante: Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C n.º 240. Doravante: Corte IDH. *Caso González Medina e familiares*

vs. *República Dominicana*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 282. Doravante: *Corte IDH. Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de novembro de 2014. Série C n.º 287. Doravante: *Corte IDH. Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de junho de 2015. Série C n.º 293. Doravante: *Corte IDH. Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C n.º 299. Doravante: *Corte IDH. Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2015. Série C n.º 309. Doravante: *Corte IDH. Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C n.º 318. Doravante: *Corte IDH. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. EPFRC. 2016.

Pareceres consultivos

Corte IDH. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A n.º 4. Doravante: *Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84. Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização*. 1984.

Corte IDH. *O habeas corpus durante suspensão de garantias (Arts. 27.2, 25.1 e 7.6 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-8/87 de 30 de janeiro de 1987. Série A no 8. Doravante: *Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87. O habeas corpus durante suspensão de garantias*. 1987.

Corte IDH. *Garantias judiciais em estados de emergência (Arts. 27.2, 25 e 8 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A no 9. Doravante: *Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87. Garantias judiciais em estados de emergência*. 1987.

Corte IDH. *O direito à informação sobre assistência consular no marco das garantias do devido processo*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1 de outubro de 1999. Série A n.º 16. 1999. Doravante: *Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99. O direito à informação sobre assistência consular no marco das garantias do devido processo*. 1999.

Corte IDH. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A n.º 17. Doravante: *Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002.

Corte IDH. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A n.º 18. Doravante: *Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003.

Corte IDH. *Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de Direitos Humanos (Interpretação e alcance do artigo 1.2, em relação com os artigos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, e 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como do artigo 8.1 A e B do Protocolo de San Salvador)*. Parecer Consultivo OC-22/16 de 26 de fevereiro de 2016. Série A n.º 22. Doravante: *Corte IDH. Parecer Consultivo OC-22/16. Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de Direitos Humanos*. 2016.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. Relatório n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Peru, Caso 10.169*, no Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 1990-1991, OEA/Ser.L/V/II.79.rev.1, Doc. 12, de 22 de fevereiro de 1991.

CIDH. Relatório n.º 55/96, *Caso Axel Raúl Lemus García vs. Guatemala*, de 6 de dezembro de 1996, Petição 8076.

CIDH. Relatório n.º 47/97, *Caso Tabacalera Boquerón S.A. vs. Paraguai*, 1997.

CIDH. Relatório n.º 88/03, *Caso Parque Natural Metropolitano vs. Panamá*, Caso 11.53, 2003.

CIDH. Relatório de Admissibilidade n.º 140/09, *Caso Miembros del Sindicato de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos de Antioquia (SINTRAOFAN) vs. Colômbia*, 30 de dezembro de 2009, Petição n.º 1470-05.

CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, Documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, de 30 de dezembro de 2009, Capítulo V. La Defensa de los Derechos Humanos y la libertad de asociación.

CIDH. Relatório de Admissibilidade n.º 72/11, *Caso William Gómez Vargas vs. Costa Rica*, 31 de março de 2011, Petição 1164/05.

CIDH. *Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos na República Dominicana*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.45/15 31, resumo executivo, dezembro de 2015.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TEDH. *Caso Partido Comunista Unificado vs. Turquia*, Caso n.º 133/1996/752/951, Sentença de 30 de janeiro de 1998.

TEDH. *Caso Sidiropoulos e outros vs. Grécia*, Caso n.º 57/1997/841/1047, Sentença de 10 de julho de 1998.

TEDH. *Caso Partido da Liberdade e Democracia (ÖZDEP) vs. Turquia*, Caso n.º 23885/94. Sentença de 8 de dezembro de 1999.

TEDH. *Caso Gorzelik e outros vs. Polónia*, Caso n.º 44158/98, Sentença de 17 de fevereiro de 2004.

TEDH. *Caso Partido Popular Demo-cristiano vs. Moldávia*, Caso n.º 28793/02, Sentença de 14 de maio de 2006.

Sentenças, resoluções e decisões proferidas por outros tribunais internacionais

ICJ. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion. I.C.J. Reports 1949, p. 174

Sentenças e decisões emitidas por tribunais nacionais

Corte de Cassação da França, Sala Civil, Sentença de 25 de junho de 1902.

Documentos adotados por organizações internacionais

Organização dos Estados Americanos

OEA. Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos, aprovado na Quarta Reunião do Conselho Interamericano de Juris-consultos, Ata final, Santiago de Chile, Chile, setembro de 1959. Documento OEA CIJ-43.

OEA. Dictamen sobre el proyecto de Convención sobre Derechos Humanos. Documento OEA/Ser./L/V/II.15/doc.26. OEA. Anuario Interamericano de Derechos Humanos - 1968, OEA, 1973.

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

OEA. “Programa Interamericano para o Registro Civil Universal e ‘Direito à Identidade’”, Resolução AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07), de 5 de junho de 2007.

OEA. Resolução AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), de 3 de junho de 2008.

OEA. Resolução AG/RES. 2602 (XL-O/10), de 8 de junho de 2010.

OEA. Comitê Jurídico Interamericano. Parecer “sobre o alcance do direito à identidade”, Resolução CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, ratificada mediante Resolução CJI/RES.137 (LXXI-O/07) de 10 de agosto de 2010

Organização das nações unidas

Comitê CEDAW

ONU. Comitê CEDAW. Recomendação geral n.º 21. *A igualdade no matrimônio e nas relações familiares*, 1994

Comitê DHONU

Comitê DHONU. Comunicação n.º 400/1990, *Caso Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio e Ximena Vicario vs. Argentina*, Decisão do Comitê de Direitos Humanos, de 3 de abril de 1995.

Comitê DHONU. Observações finais do Comitê de Direitos Humanos: Argélia, documento das Nações Unidas CCPR/C/79/Add.95, de 18 de agosto de 1998.

Comitê DHONU. Observações finais do Comitê de Direitos Humanos: Kuwait, documento das Nações Unidas CCPR/CO/69/KWT, de 27 de julho de 2000.

Comitê DHONU. Comunicação n.º 1274/2004, *Caso Viktor Korneenko e outros vs. Bielorrússia*, Decisão de 31 de outubro de 2006.

Comitê DHONU. Comunicação n.º 1296/2004, *Caso Aleksander Belyatsky e outros vs. Bielorrússia*, Decisão de 27 de julho de 2007.

Comitê DHONU. Comunicação n.º 1383/2005, *Caso Vladimir Katsora, Leonid Sudalenko e Igor Nemkovich vs. Bielorrússia*, Decisão de 25 de outubro de 2010.

Comitê dos direitos da criança

ONU. Comitê dos Direitos da Criança. “Observações finais do Comitê dos Direitos da Criança: Nepal”, in Documento das Nações Unidas CRC/C/54.

Grupo de trabalho sobre desaparecimentos forçados e involuntários

ONU. Relatório do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados e Involuntários, documento das Nações Unidas E/CN.4/1435, de 13 de março de 1981.

ONU. Relatório do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados e Involuntários, documento das Nações Unidas E/CN.4/1492, de 31 de dezembro de 1981.

ONU. Relatório do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados e Involuntários, documento das Nações Unidas E/CN.4/1996/38.

ONU. Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados e Involuntários. *Comentário sobre o artigo 17 da Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados*, documento das Nações Unidas E/CN.4/2001/68, de 18 de dezembro de 2000.

ONU. Relatório do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados e Involuntários – Adendo: *Melhores práticas de legislação penal nacional em matéria de desaparecimentos forçados*, Documento das Nações Unidas A/HRC/16/48/Add.3, de 28 de dezembro de 2010.

Referências Acadêmicas

ARMINJON, P., NOLDE, B. e WOLF, M. *Traité de droit comparé*. Tomos I, II y III. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1950.

JACOBS, F. G. *The European Convention on Human Rights*. Clarendon Press, 1975. LILLICH, R. B. “Civil Rights”, in MERON, T. *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*. Clarendon Press, 1988.

NOWAK, M. U.N. *Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR Commentary*, 2a. ed. rev., N. P. Engel Publisher, 2005.

OUGUERGOUZ, F. *The African Charter on Human and Peoples’ Rights. A comprehensive Agenda for Human Dignity and Sustainable Democracy in Africa*. Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

ROBERTSON, A. “The United Nations Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights”, in *British Yearbook of International Law*, n.º 45, Oxford University Press, 1968-1969.

SICHES, R. *Introducción al Estudio del Derecho*, 12a. ed., Ed. Porrúa, México, 1997.

Outras Referências

International Commission of Jurists. *Right of privacy and rights of the personality* – Nordic Conference on privacy organised by the International Commission of Jurists – Estocolmo, May 1967, P. A. Norstedt & Söners Förlag, Estocolmo, 1967.

Sumário

1. Introdução	108
2. Desenvolvimento histórico do direito à personalidade jurídica	109
3. Definição, conteúdo e alcance do direito à personalidade jurídica	110
3.1. Definição e conteúdo do direito	110
3.2. Titularidade do direito	111
3.3. Alcances do direito	112
4. Natureza não derogável do direito à personalidade Jurídica	114
4.1. O direito à personalidade jurídica e sua relação com outros direitos, bem como práticas violadoras dos Direitos Humanos	115
4.2. Desaparecimento forçado e outras graves violações de Direitos Humanos	115
4.3. O direito ao nome	116
4.4. O direito à identidade	117
4.5. O direito à Nacionalidade	118

1. Introdução

De mãos dadas com o direito à vida,¹ o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica do ser humano é um dos direitos mais importantes estabelecidos pelo DIDH. De fato, esse direito é a própria base da noção de sujeito de direito, que determina sua “existência efetiva” perante a sociedade e o Estado, e que permite que ele seja titular de direitos e obrigações, o exerça e tenha “capacidade de agir”.

De certa forma, o direito à personalidade jurídica é o direito a ter direitos. Nesse sentido, o artigo XVII do DADDH é ilustrativo sobre o conteúdo desse direito, quando prescreve que “a pessoa tem direito a ser reconhecida, seja onde for, como pessoa com direitos e obrigações, e a gozar dos direitos civis fundamentais.” Com razão, a CIJ destacou a natureza transcendental do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica.²

Além do artigo 3 da CADH, esse direito está consagrado em vários tratados e instrumentos internacionais, tanto em nível universal quanto regional. De fato, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica é consagrado e protegido por: DADDH,³ DUDHR,⁴ PIDCP,⁵ Convenção Internacional para a Proteção de todos os Trabalhadores Migrantes e suas famílias,⁶ Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência,⁷ os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Deslocamento Interno,⁸ CADHP,⁹ e pela Carta Árabe dos Direitos Humanos.¹⁰

No que diz respeito ao CADHP ou à Carta de Banjul, alguns autores consideram que o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica deve ser considerado como a primeira expressão da dignidade humana, enquanto seu reconhecimento como sujeito de direito lhe confere plena existência na sociedade.¹¹ Embora a CEDH não se refira expressamente ao direito de toda pessoa ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, na opinião do Comitê de Peritos do Conselho da Europa, esse direito é deduzido de outras regras da CEDH e constitui um pilar de qualquer sociedade democrática.¹²

O direito ao reconhecimento da personalidade jurídica no processo de redação da CADH não foi objeto de maiores discussões.¹³ Durante o processo de redação da CADH, o Chile e o Equador insistiram em que a redação desse direito continuasse com a redação do artigo 16 do PIDCP.¹⁴ No entanto, é importante destacar que a CIDH - durante o ante projeto da CADH - considerou que era um “direito humano substantivo” de grande importância.¹⁵

1 Artículo 4 CADH.

2 ICJ. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion. I.C.J. Reports 1949, pp. 174, 178.

3 Artigo XVII: “Toda pessoa tem direito a ser reconhecida, seja onde for, como pessoa com direitos e obrigações, e a gozar dos direitos civis fundamentais”.

4 Artigo 6: “Todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica”.

5 Artigo 16: “Toda pessoa terá direito, em qualquer lugar, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”.

6 Artigo 24: “Os trabalhadores migrantes e os membros da sua família têm direito ao reconhecimento da sua personalidade jurídica, em todos os lugares”.

7 Artigo 12: “Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei”.

8 Princípio 20, parágrafo 1: “Todo o ser humano tem o direito de ser reconhecido, em qualquer parte, como pessoa perante a lei”. Documento de la ONU E/CN.4/1998/Add.2, de 11 de fevereiro de 1998.

9 Artigo 5.

10 Artigo 22.

11 Ver Ouguerouz, F. *The African Charter on Human and Peoples' Rights. A comprehensive Agenda for Human Dignity and Sustainable Democracy in Africa*. Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 109.

12 Ver documento do Conselho de Europa H (70) 7, 41 f.

13 OEA. Conferencia Especializada em Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

14 *Ibidem*, pp. 39 e 104.

15 OEA. Anuário Interamericano de Direitos Humanos - 1968, OEA, 1973, p. 96.

2. Desenvolvimento histórico do direito à personalidade jurídica

Ao contrário de outros Direitos Humanos protegidos pela CADH, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica tem sido objeto de pouco desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário. Esta não é uma característica exclusiva do SIDH, uma vez que essa mesma constante é registrada no Sistema Universal de Direitos Humanos e em outros sistemas regionais. Nesse contexto, é muito útil definir o escopo e o conteúdo desse direito, levando em consideração como ele surgiu no direito internacional e foi formado. Essa análise é pertinente, uma vez que a própria CADH reflete um princípio amplamente reconhecido na DIDH, que estabelece que:

nenhuma disposição da [...] Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar [...] o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos [...] de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e excluir [...] ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.¹⁶

Como vários autores apontaram, historicamente, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica tem suas fontes no conceito de “direitos da personalidade” do direito civil (*droits de la personnalité, persönlichkeitsrechte, individualrechte, rights of personality*), o resultado de uma longa evolução que se cristalizou no século XIX e teve sua expressão na grande maioria dos códigos civis.¹⁷ A Corte de Cassação da França considerou que esses eram direitos “inerentes à própria personalidade” do indivíduo.¹⁸ A doutrina civilista do século XIX coincidiu ao apontar que o direito ao nome era um elemento inerente ao direito à personalidade.¹⁹ Como o anterior juiz da Corte Interamericana, Cançado Trindade destacou:

[...] A personalidade jurídica internacional do ser humano cristalizou-se como um limite à discreção do poder do Estado. Os Direitos Humanos libertaram a concepção de direito subjetivo das amarras do positivismo jurídico. Se, por um lado, a categoria jurídica da personalidade jurídica internacional do ser humano contribuiu para instrumentalizar a reivindicação dos direitos da pessoa humana, emanada do Direito Internacional, - por outro lado, o *corpus juris* de Direitos Humanos universais proporcionou à personalidade jurídica do indivíduo uma dimensão muito mais ampla, não mais condicionada à lei que emana do poder público do Estado.²⁰

Embora alguns autores considerem que o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica tenha sido muito geral e vago nos instrumentos internacionais,²¹ os trabalhos preparatórios da DUDH são reveladores do alcance desse direito. Esses documentos especificam que a lei garante que “todo ser humano tem o direito de desfrutar e gozar de seus direitos, assumir obrigações contratuais e ser representado em ações judiciais”.²² Durante o processo de adoção da DUDH, um dos comentaristas

16 Artigo 29 da CADH

17 Sobre o tema, ver, entre outros, Arminjon, P., Nolde, B. e Wolf, M. *Traité de droit comparé*. Tomos I, II y III. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1950. Siches, R. *Introducción al Estudio del Derecho*, 12a. ed., Ed. Porrúa, México, 1997, p. 150 e ss. International Commission of Jurists. *Right of privacy and rights of the personality* – Nordic Conference on privacy organised by the International Commission of Jurists – Estocolmo, May 1967, P. A. Norstedt & Söners Förlag, Estocolmo, 1967.

18 Corte de Cassação da França, Sala Civil, Sentença de 25 de junho de 1902.

19 Sobre o tema, ver, entre outros, International Commission of Jurists. *Right of privacy and rights of the personality*, *op. cit.*

20 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002, voto concorrente do juiz A. A. Cançado Trindade.

21 Por exemplo, ver Jacobs, F. G. *The European Convention on Human Rights*. Clarendon Press, 1975, p. 38. Robertson, A. “The United Nations Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights”, in *British Yearbook of International Law*, n.º 45, Oxford University Press, 1968-1969, p. 39.

22 Citado em Lillich, R. B. “Civil Rights”, in Meron, T. *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*. Clarendon Press, 1988, p. 131.

especificaria que este direito “abrange os direitos fundamentais relativos à capacidade jurídica de uma pessoa, que não são explicitamente mencionados nos artigos subsequentes da Declaração”.²³

Como enfatiza o professor Richard B. Lillich, esse direito “foi considerado tão importante quanto os direitos que salvaguardam a integridade física do indivíduo”. A rejeição da comunidade internacional à escravidão, servidão e as medidas do regime nazista que negavam o status de ser humano a várias categorias de indivíduos, bem como o regime segregacionista do Apartheid, constituem a razão de ser para que esse direito seja consagrado como um direito fundamental de todos os seres humanos.²⁴ Nesse sentido, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica foi estreitamente desenvolvido com os princípios de igualdade e não discriminação, pilares fundamentais do DIDH e normas consideradas jus cogens pela Corte IDH.²⁵

O trabalho de Nowak sobre o PIDCP e, em particular, seu comentário ao artigo 16 deste tratado, que consagra o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, é de grande interesse. Assim, Nowak apontou que o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica é um dos direitos mais essenciais do ser humano - daí sua natureza in derogável - e constitui um pré-requisito para o gozo efetivo de outros direitos e liberdades.²⁶ Nowak ressalta que “A proteção da existência do indivíduo pressupõe, em um Estado de Direito, a proteção [...] do reconhecimento da personalidade jurídica.”²⁷

3. Definição, conteúdo e alcance do direito à personalidade jurídica

3.1. Definição e conteúdo do direito

O direito ao reconhecimento da personalidade jurídica refere-se ao poder do indivíduo de exercer e usufruir de seus direitos, a capacidade de assumir obrigações e a “capacidade de agir”, conforme expresso pelo ex-juiz da Corte Interamericana Cançado Trindade:

a personalidade jurídica, por sua vez, manifesta-se como uma categoria jurídica no mundo do direito, como a expressão unitária da capacidade da pessoa humana de ser titular de direitos e deveres em termos de comportamento e relações humanas regulamentadas.²⁸

Embora o artigo 3 ao CADH tenha uma redação lapidar, a DADDH é muito útil para estabelecer a definição e o conteúdo desse direito, ao prescrever que “toda pessoa tem direito a ser reconhecida, seja onde for, como pessoa com direitos e obrigações, e a gozar dos direitos civis fundamentais”.²⁹ Assim, a Corte IDH o especificou que o artigo 3 da CADH “deve ser interpretado à luz do disposto no artigo XVII da DADDH”,³⁰ e concluiu que:

o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica implica a capacidade de ser titular de direitos (capacidade de gozar) e deveres; a violação desse reconhecimento supõe ignorar em termos absolutos a possibilidade de possuir esses direitos e deveres.³¹

23 *Idem.*

24 *Idem.*

25 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003, p. 101.

26 Nowak, M. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR Commentary*, 2a. ed. rev., N. P. Engel Publisher, 2005, p. 282.

27 *Ibidem*, p. 294.

28 Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005. Voto dissidente do juiz A. A. Cançado Trindade, par. 15.

29 Artigo XVII da DADDH.

30 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000, par. 179.

31 *Idem*. No mesmo sentido, ver: Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPFRC. 2007, par. 166. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009, par. 87. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, par. 157. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, par. 187.

Da mesma forma, a Corte IDH indicou que: “a violação desse reconhecimento implica a absoluta ignorância da possibilidade de possuir e gozar desses direitos e obrigações, o que coloca o indivíduo em uma posição vulnerável em relação ao Estado ou a terceiros”.³² Da mesma forma, de acordo com a Corte IDH, quando um indivíduo foi “colocado em uma situação de indeterminação legal, o que o impediu da possibilidade de possuir ou exercer efetivamente seus direitos em geral, constitui uma violação do seu direito ao reconhecimento da personalidade jurídica.”³³

3.2. Titularidade do direito

O titular do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica é a pessoa, ou seja, o ser humano ou a pessoa singular ou natural. O artigo 1.2 da CADH é claro ao especificar que “para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”. A jurisprudência interamericana tem sido consistente ao considerar que “o sistema de proteção dos Direitos Humanos neste Hemisfério se limita à proteção das pessoas físicas e não inclui pessoas jurídicas.”³⁴ Assim, a CIDH rejeitou as petições alegando a violação de um direito cuja titularidade é reivindicada por uma pessoa jurídica e não por uma pessoa física.³⁵

Essa área de proteção pessoal também é encontrada em outros sistemas de Direitos Humanos. Assim, por exemplo, o PIDCP se refere ao “indivíduo”,³⁶ e ao “ser humano”.³⁷ A CEDH também se refere aos direitos de indivíduos ou seres humanos. No entanto, a CEDH possui apenas uma exceção a essa regra: reconhece a titularidade do direito à propriedade e, portanto, da proteção internacional, no que diz respeito a pessoas jurídicas ou morais.³⁸

No entanto, dois desenvolvimentos nesse campo no SIDH são dignos de nota: comunidades ou povos indígenas ou tribais e pessoas jurídicas ou morais.³⁹

Primeiro, a Corte IDH tratou da questão do direito à personalidade jurídica no contexto das comunidades indígenas.⁴⁰ A Corte IDH concluiu que, no caso de comunidades ou povos indígenas:

O reconhecimento de sua personalidade jurídica é um modo, ainda que não seja o único, de assegurar que a comunidade, em seu conjunto, poderá gozar e exercer plenamente o direito à

32 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPFRC. 2007, par. 166. No mesmo sentido ver Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000, par. 179. Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 179. Da mesma forma, a Corte IDH indicou que o Estado deve buscar os meios para que o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica seja exercido livremente, deve também garantir às pessoas vulneráveis e marginalizadas as condições jurídicas e administrativas para exercer esse direito. Cf. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. FRC. 2006, par. 189. Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPFRC. 2007, par. 167. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009, par. 88. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, par. 156. Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, par. 101. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010, par. 249. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. FRC. 2010, par. 97 e 101. Corte IDH. *Caso Torres Millacura e outros vs. Argentina*. FRC. 2011, par. 105. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, par. 188.

33 Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, par. 188. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPFRC. 2014, par. 323. Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 190.

34 CIDH. Relatório n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Peru*, Caso 10.169, in Relatório Anual da CIDH 1990-1991, OEA/Ser.L/V/II.79.rev.1, Doc. 12, de 22 de fevereiro de 1991, p. 452. No mesmo sentido, ver: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, par. 29.

35 *Idem*. Neste similar, ver CIDH. Relatório n.º 88/03, *Caso Parque Natural Metropolitano vs. Panamá*, Caso 11.53, 2003. CIDH. Relatório n.º 47/97, *Tabacalera Boquerón S.A. vs. Paraguai*, 1997.

36 Ver, por exemplo, artigo 2 (1) do PIDCP.

37 Ver, por exemplo, Preâmbulo § 3º do PIDCP.

38 Artigo 1 do Primeiro Protocolo Adicional do CEDH.

39 Sobre o alcance do artigo 1.2., ver Corte IDH. Parecer Consultivo OC-22/16. *Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de Direitos Humanos*. 2016.

40 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPFRC. 2007, par. 167. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. FRC. 2006, par. 189.

propriedade, de acordo com seu sistema de propriedade comunal, bem como o direito a igual proteção judicial contra toda violação deste direito [...] o direito a que o Estado reconheça sua personalidade jurídica é uma das medidas especiais que se deve proporcionar aos grupos indígenas e tribais a fim de garantir que estes possam gozar de seus territórios segundo suas tradições. Esta é a consequência natural do reconhecimento do direito a gozar de certos direitos de forma comunitária dos membros dos grupos indígenas e tribais.⁴¹

Essas considerações e levando em consideração a Convenção nº 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais (1989), são igualmente aplicáveis às comunidades afrodescendentes.

Segundo, na última década vem se cristalizando uma tendência da jurisprudência internacional de Direitos Humanos de reconhecer um certo nível de proteção internacional para pessoas jurídicas. Não se trata de um reconhecimento dessas pessoas como sujeitos e detentores de Direitos Humanos, pois continua sendo focado no ser humano. No entanto, tanto o Comitê DHONU⁴² como o TEDH⁴³ consideraram que é possível fornecer um certo nível de proteção às pessoas coletivas, quando elas são a expressão, materialização e veículo do exercício coletivo de direitos individuais - como as liberdades de expressão e de associação, e os direitos políticos. Esta não é uma proteção direta, uma vez que a pessoa coletiva/jurídica não é ela própria detentora de Direitos Humanos sob o PIDCP ou a CEDH. Neste contexto, é interessante notar que o Comitê DHONU ordenou a restituição do status legal a pessoas jurídicas, em particular ONGs de Direitos Humanos, dissolvidas pelo Estado em retaliação pelo exercício coletivo da liberdade de expressão de seus membros.⁴⁴

O SIDH não tinha conhecimento dessa evolução e, em 2015, a Corte IDH reconheceu a afetação do direito à liberdade de expressão de um grupo de indivíduos que exerceram essa liberdade por meio de uma pessoa jurídica constituída em um meio de comunicação.⁴⁵

3.3. Alcances do direito

A Corte IDH especificou que o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica:

[...] Representa um parâmetro para determinar se uma pessoa possui ou não os direitos em questão e se pode exercê-los, porque sua violação torna o indivíduo vulnerável em relação ao Estado ou a particulares. Assim, o conteúdo do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica refere-se ao correlativo dever geral do Estado de buscar os meios e condições jurídicas para que esse direito possa ser livre e plenamente exercido por seus titulares ou, quando apropriado, a obrigação de não violar esse direito.⁴⁶

Embora o reconhecimento da personalidade jurídica do ser humano seja um direito fundamental e esteja intimamente ligado aos princípios de igualdade e não discriminação, isso não significa que o

41 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPFRC. 2007, par. 171-172. Ademais, ver Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. FRC. 2015, par. 107-109.

42 Comitê DHONU. Comunicação n.º 1383/2005, *Vladimir Katsora, Leonid Sudalenko e Igor Nemkovich vs. Bielorrússia*, Decisão de 25 de outubro de 2010. Comitê DHONU. Comunicação n.º 1296/2004, *Aleksander Belyatsky e outros vs. Bielorrússia*, Decisão de 27 de julho de 2007. Comitê DHONU. Comunicação n.º 1274/2004, *Viktor Korneenko e outros vs. Bielorrússia*, Decisão de 31 de outubro de 2006.

43 Entre outros, ver TEDH. *Partido Comunista Unificado vs. Turquia*, Caso n.º 133/1996/752/951, Sentença de 30 janeiro de 1998. TEDH. *Partido Popular Demo-cristiano vs. Moldávia*, Caso n.º 28793/02, Sentença de 14 de maio de 2006. TEDH. *Partido da Liberdade e Democracia (ÖZDEP) vs. Turquia*, Caso n.º 23885/94, Sentença de 8 de dezembro de 1999. TEDH. *Gorzelik e outros vs. Polónia*, Caso n.º 44158/98, Sentença de 17 de fevereiro de 2004. TEDH. *Sidiro-poulos e outros vs. Grécia*, Caso n.º 57/1997/841/1047, Sentença de 10 de julho de 1998.

44 Comitê DHONU. Comunicação n.º 1274/2004, *Viktor Korneenko e outros vs. Bielorrússia*, Decisão de 31 de outubro de 2006. Comitê DHONU. Comunicação n.º 1296/2004, *Aleksander Belyatsky e outros vs. Bielorrússia*, Decisão de 27 de julho de 2007.

45 Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015.

46 Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, par. 188. Ademais, ver Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 265.

gozo e o exercício desse direito sejam iguais para todas as pessoas, ou impeçam um tratamento diferenciado. De fato, a Corte IDH especificou que:

[...] Nem toda distinção de tratamento pode ser considerada ofensiva, por si só, à dignidade humana. [...] De fato, existem certas desigualdades que podem se traduzir legitimamente em desigualdades de tratamento jurídico, sem que isso seja contrário à justiça. Além disso, essas distinções podem ser um instrumento para a proteção daqueles que devem ser protegidos, considerando a situação de maior ou menor vulnerabilidade em que se encontram.⁴⁷

Certamente, esse tratamento diferenciado só é legítimo se for baseado em critérios razoáveis e objetivos e não estabelecer discriminações proibidas pelo DIDH ou for aplicado de maneira discriminatória.⁴⁸ Assim, a Corte IDH especificou que:

não haverá, portanto, discriminação se uma distinção de tratamento for legitimamente orientada, isto é, se não levar a situações contrárias à justiça, à razão ou à natureza das coisas. Portanto, não se pode afirmar que haja discriminação em qualquer diferença no tratamento do Estado em relação ao indivíduo, desde que essa distinção comece com pressupostos de fato substancialmente diferentes e que expressem de maneira proporcional uma conexão fundamentada entre essas diferenças e os objetivos da norma, que não podem se afastar da justiça ou da razão, isto é, não podem perseguir fins arbitrários, caprichosos, despóticos ou que, de alguma maneira, ofendam a unidade e a dignidade essenciais da natureza humana.⁴⁹

Assim, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica - ou seja, o poder de exercer e usufruir de seus direitos, a capacidade de assumir obrigações e a “capacidade de agir” - podem ter um escopo diferente em relação a determinadas categorias de indivíduos.⁵⁰ No entanto, isso não significa que eles não gozem do direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, nem altera a inderrogabilidade do direito.

Uma primeira categoria de sujeitos são os menores de 18 anos e pessoas com deficiência mental. Nesse sentido, a Corte IDH especificou que não há “discriminação baseada na idade ou condição social nos casos em que a lei limita o exercício da capacidade civil àqueles que, por serem menores de idade ou que não gozam de saúde mental, não estão em condições para exercê-la sem risco ao próprio patrimônio.”⁵¹

Desse modo, a Corte IDH enfatizou que:

a maioria traz a possibilidade do pleno exercício de direitos, também conhecida como capacidade de agir. Isso significa que a pessoa pode exercer direta e pessoalmente seus direitos subjetivos, bem como assumir plenamente obrigações jurídicas e realizar outros atos de natureza pessoal ou patrimonial. Nem todo mundo tem essa capacidade: as crianças carecem dela em grande parte. Os incapacitados estão sujeitos à autoridade dos pais ou, na sua falta, à tutela ou representação. Mas todos são sujeitos de direitos, detentores de direitos inalienáveis e inerentes à pessoa humana.⁵²

47 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, par. 45 e 46. No mesmo sentido, *ver* Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03, *op. cit.*, par. 89.

48 *Idem*. *Ver*, entre outros, Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização*. 1984. *Ver* o comentário do artigo 24 (igualdade perante a lei) de autoria de Uprimny e Sánchez.

49 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização*. 1984, par. 57.

50 Nesse sentido, deve-se lembrar que a CIJ apontou que “os sujeitos de direito, em um sistema jurídico, não são necessariamente idênticos em termos da natureza ou extensão de seus direitos; e sua natureza depende das necessidades da comunidade”. ICJ. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, *op. cit.*

51 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84, *op. cit.*, par. 56.

52 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*

Outra categoria de sujeitos são os estrangeiros. Com efeito, o alcance do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica é diferente no caso de estrangeiros, uma vez que são admissíveis limitações “no exercício de certos direitos políticos com base na nacionalidade e podem ser feitas distinções entre os migrantes e os nacionais quanto à titularidade de alguns direitos políticos”.⁵³ Da mesma forma, e dependendo da existência de migrantes documentados ou indocumentados, o gozo de certos direitos - como, por exemplo, o direito de movimento e de residência-⁵⁴ pode ser diferenciado. No entanto, como a Corte IDH afirmou, esse tratamento diferenciado não pode infringir o respeito à dignidade humana e deve garantir o devido processo legal, independentemente do status de imigração dos indivíduos.⁵⁵

Outra categoria de indivíduos que podem ter um gozo limitado de certos Direitos Humanos são as pessoas privadas de liberdade e as pessoas condenadas; nesses casos, as limitações ou restrições aos direitos também devem ser legais e legítimas.

4. Natureza não derogável do direito à personalidade Jurídica

A natureza fundamental do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica é expressa em sua natureza inderrogável ou intangível. De fato, assim como outros tratados de Direitos Humanos,⁵⁶ o artigo 27 da CADH não autoriza a suspensão do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, mesmo em “casos de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado.”⁵⁷ Da mesma forma, a CADH não autoriza os Estados a suspender os recursos e garantias judiciais essenciais para a proteção desse direito.⁵⁸ A Corte IDH especificou que essa não autorização dos recursos e garantias judiciais - prescrita pelo artigo 27 da CADH- deve ser interpretada como uma proibição, pois esse direito, como os demais de natureza inderrogável, é “inerente” à pessoa humana.⁵⁹ Da mesma forma, a Corte IDH declarou que:

A determinação de quais garantias judiciais são “indispensáveis” para a proteção de direitos que não podem ser suspensos será diferente de acordo com os direitos afetados. As garantias judiciais ‘indispensáveis’ para garantir que os direitos relacionados à integridade da pessoa diferem necessariamente daqueles que protegem, por exemplo, o direito a um nome, que também não pode ser suspenso.⁶⁰

Este último é de importância transcendental no caso do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, uma vez que abrange uma multiplicidade de situações, como o direito de ser sujeito de direitos e de obrigações. Assim, além de casos específicos para a determinação específica dos recursos e garantias judiciais que devem existir em todos os momentos e circunstâncias para proteger o gozo e o exercício efetivo desse direito, a Corte Interamericana especificou que estes devem ser judiciais, adequados para garantir o pleno exercício do direito, assegurados de acordo com o “devido processo legal” e envolvam a intervenção de um órgão judicial independente e imparcial.⁶¹

53 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03, *op. cit.*, par. 89 e 119.

54 Artigo 22 da CADH.

55 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03, *op. cit.*, par. 119 e ss. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99. *O direito à informação sobre assistência consular no marco das garantias do devido processo*. 1999, par. 117 e ss.

56 *Ver*, por exemplo, artigo 4 (2) do PIDCP.

57 Artigo 27.2.

58 *Idem*.

59 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87. *O habeas corpus durante suspensão de garantias*. 1987, par. 18.

60 *Ibidem*, par. 28.

61 *Ibidem*, par. 29 e 30. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87. *Garantias judiciais em estados de emergência*. 1987, par. 20 e ss.

4.1. O direito à personalidade jurídica e sua relação com outros direitos, bem como práticas violadoras dos Direitos Humanos

Por definição, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica está intimamente ligado à grande maioria de outros Direitos Humanos; isso foi constatado pontualmente na jurisprudência interamericana. Nowak vai um passo além e argumenta - em relação ao PIDCP - que o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica deve ser integrado à interpretação sistemática de qualquer disposição do Pacto.⁶² Essa consideração deve ser igualmente válida para a CADH, tendo em vista a natureza e o escopo do direito.

4.2. Desaparecimento forçado e outras graves violações de Direitos Humanos

A jurisprudência internacional de Direitos Humanos é unânime ao considerar que o desaparecimento forçado não constitui uma simples violação dos Direitos Humanos, mas uma prática que viola vários direitos, muitos deles inderrogáveis. Assim, a partir de sua importante sentença no caso *Vélásquez Rodríguez vs. Honduras*, a Corte IDH observou que: “o desaparecimento forçado de seres humanos constitui uma violação múltipla e contínua de vários direitos reconhecidos na CADH e que os Estados Partes são obrigados a respeitar e garantir.”⁶³ Não é de menos recordar que a Corte IDH declarou que a proibição da prática do desaparecimento forçado alcançou o caráter de *ius cogens*.⁶⁴

Um elemento que caracteriza o desaparecimento forçado é que essa prática remove o indivíduo da proteção da lei.⁶⁵ Essa característica específica do desaparecimento forçado - e isso é verificado na realidade - tem como consequência suspender o gozo de todos os direitos dos desaparecidos e coloca a vítima em uma situação de total desamparo. Assim, o desaparecimento forçado envolve inerentemente a violação do direito à personalidade jurídica. Essa constatação de jurisprudência internacional⁶⁶ e doutrina⁶⁷ foi cristalizada na Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados, que estipula que qualquer ato de desaparecimento forçado “constitui uma violação das

62 Nowak, M., op. cit., p. 286. Assim, por exemplo, Nowak ressalta que o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica deve ser considerado ao interpretar o artigo 17 do PIDCP, que protege o direito de não estar “sujeito a interferências arbitrárias ou ilegais na vida privada, na família, em casa ou [...] correspondência, nem de ataques ilegais à honra e à reputação”. Essa proteção da vida privada, como apontado por Nowak, visa preservar a identidade e a autonomia do indivíduo. *Ibidem*, p. 294.

63 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 155.

64 Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. FRC. 2006, par. 84. Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, par. 86. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. FRC. 2010, par. 61. Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, par. 105. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, par. 75. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, par. 186.

65 Veja par. 3 do preâmbulo da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimento Forçado; Artigo II da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas; e o artigo 2 da Convenção Internacional sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados.

66 *Ver*, por exemplo, CIDH. Relatório n.º 55/96, *Caso Axel Raúl Lemus García vs. Guatemala*, de 6 de dezembro de 1996, Petição 8076. Comitê DHONU. Observações finais do Comitê de Direitos Humanos: Argélia, documento das Nações Unidas CCPR/C/79/Add.95, de 18 de agosto de 1998, par. 10. Comitê DHONU. Observações finais do Comitê de Direitos Humanos: Kuwait, documento das Nações Unidas CCPR/CO/69/KWT, de 27 de julho de 2000, par. 11.

67 *Ver*, por exemplo, ONU. Relatório do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados e Involuntários, documentos das Nações Unidas E/CN.4/1435, de 13 de março de 1981, par. 185 e ss. ONU. Relatório do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados e Involuntários, documentos das Nações Unidas E/CN.4/1492, de 31 de dezembro de 1981, par. 164 e ss. ONU. Relatório do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados e Involuntários, documentos das Nações Unidas E/CN.4/1996/38, par. 43. ONU. Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados e Involuntários. *Comentário sobre o artigo 17 da Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados*, documentos das Nações Unidas E/CN.4/2001/68, de 18 de dezembro de 2000, par. 31. ONU. Relatório do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados e Involuntários –Adendo: *Melhores práticas de legislação penal nacional em matéria de desaparecimentos forçados*, Documento das Nações Unidas A/ HRC/16/48/Add.3, de 28 de dezembro de 2010, par. 29.

normas de direito internacional que garantem, nomeadamente, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica [...]”⁶⁸

Por sua vez, a Corte IDH concluiu que:

[...] Em casos de desaparecimento forçado de pessoas viola-se o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, reconhecido no artigo 3 da Convenção Americana, pois a vítima é colocada numa situação de indeterminação jurídica que impossibilita, obstaculiza ou anula a possibilidade de a pessoa ser titular ou de exercer de maneira efetiva seus direitos em geral, o que constitui uma das mais graves formas de descumprimento das obrigações estatais de respeitar e garantir os Direitos Humanos.⁶⁹

Da mesma forma, no contexto de casos de desaparecimento forçado, a Corte IDH considerou que “a implantação e a manutenção de centros clandestinos de detenção configuram per se uma falta à obrigação de garantia, por atentar diretamente contra os direitos à liberdade pessoal, à integridade pessoal, à vida e à personalidade jurídica.”⁷⁰

Outras graves violações de Direitos Humanos implicam inerentemente uma violação do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica do ser humano, mesmo quando esses direitos são protegidos autonomamente pela CADH. Assim, vale mencionar a escravidão, a servidão e o tráfico de seres humanos.⁷¹ A esse respeito, a Corte IDH indicou que “uma situação de escravidão representa uma restrição substantiva da personalidade jurídica do ser humano”.⁷² Da mesma forma, é necessário destacar que leis ou práticas que, invocando motivos proibidos de discriminação - como raça, sexo, orientação sexual, condição social, opiniões políticas - impeçam ou neguem a qualidade do sujeito de direito, sua capacidade de agir, e/ou o gozo dos seus direitos civis fundamentais. Assim, por exemplo, o Comitê das Nações Unidas contra a Discriminação Racial destacou que o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica que todo ser humano possui:

[...] É particularmente pertinente no caso das mulheres, pois é frequentemente violado devido ao sexo ou estado civil. Este direito pressupõe que não se pode restringir a capacidade das mulheres de exercer o direito de propriedade, de celebrar um contrato ou de exercer outros direitos civis devido ao estado civil ou por qualquer outra causa discriminatória. Também pressupõe que a mulher não pode ser tratada como um objeto que é entregue à sua família junto com a propriedade do marido falecido.⁷³

4.3. O direito ao nome

Embora a CADH proteja o direito ao nome como um direito autônomo,⁷⁴ esse direito está intimamente relacionado ao direito ao reconhecimento da personalidade jurídica do ser humano.⁷⁵ Não é de menos recordar que o direito de toda pessoa “a um nome e sobrenome próprios de seus pais ou de um deles”, estabelecido pela CADH⁷⁶ é inderrogável.⁷⁷

68 Artigo 1(2) da Declaração sobre Proteção de todas as pessoas contra as Desaparições Forçadas.

69 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, par. 92. No mesmo sentido, ver Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009, par. 101. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, par. 157. Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. FRC. 2011, par. 88.

70 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, par. 106.

71 Artigo 6 da CADH.

72 Corte IDH. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. EPFRC. 2016, par. 273.

73 Recomendação geral XXV relativa às dimensões da discriminação racial relacionadas com o gênero, 2000, par. 19. No mesmo sentido, ver ONU. Comitê CEDAW. Recomendação geral n.º 21. *A igualdade no matrimônio e nas relações familiares*, 1994.

74 Artigo 18 da CADH.

75 Sobre a relação entre direito ao nome e personalidade jurídica, ver o comentário ao artigo 18 a cargo de Beloff.

76 Artigo 18 da CADH.

77 Artigo 27(2) da CADH.

No âmbito do PIDCP, a relação intrínseca entre os dois direitos foi destacada tanto pela jurisprudência⁷⁸ como pela doutrina.⁷⁹ Embora esse tratado não faça referência expressa ao direito de ter um nome (exceto em relação aos filhos),⁸⁰ a doutrina concorda que o direito a um nome tem sua base legal no artigo 16 do Pacto, que protege o direito ao reconhecimento jurídico da personalidade do indivíduo. O Comitê das Nações Unidas para os Direitos da Criança também destacou a relação íntima entre o direito a um nome, previsto na Convenção sobre os Direitos da Criança,⁸¹ o direito ao reconhecimento jurídico da personalidade: “É necessário priorizar a inscrição de nascimentos no registro para que cada criança seja reconhecida como pessoa e possa usufruir de todos os seus direitos”.⁸²

4.4. O direito à identidade

Embora a CADH não estabeleça expressamente em suas disposições normativas o direito à identidade, a Corte IDH considerou que está protegido pelo direito internacional, uma vez que é um elemento inerente ao ser humano.⁸³

O direito à identidade constitui um elemento inerente ao ser humano, tanto em suas relações com o Estado como com a sociedade. A Corte IDH concluiu que o direito à identidade pode ser conceituado: “de maneira geral, como o conjunto de atributos e características que permitem a individualização da pessoa na sociedade e, nesse sentido, inclui vários outros direitos de acordo com o sujeito de direitos em questão e das circunstâncias do caso.”⁸⁴

O direito à identidade foi expressamente reconhecido por vários instrumentos e normas internacionais em relação aos direitos da criança,⁸⁵ a Corte IDH especificou que:

[...] embora a identidade implique uma importância especial durante a infância, pois é essencial para o desenvolvimento da pessoa, o certo é que o direito à identidade não é um direito exclusivo das crianças, pois se encontra em constante construção, e o interesse das pessoas em conservar a identidade e preservá-la não diminui com o passar dos anos.⁸⁶

A estreita ligação entre o direito à identidade e o direito à personalidade jurídica foi destacada pela Corte IDH:

ao considerar que a Assembleia Geral da OEA declarou que ‘o reconhecimento da identidade das pessoas é um dos meios através dos quais o exercício dos direitos à personalidade jurídica, ao nome e à nacionalidade é facilitado, à inscrição no registro civil, às relações familiares, entre outros direitos reconhecidos em instrumentos internacionais como a DADDH e C[ADH].’⁸⁷

78 Comitê DHONU. Comunicação n.º 400/1990, *Caso Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio e Ximena Vicario vs. Argentina*, Decisão do Comitê de Direitos Humanos, de 3 de abril de 1995, par. 10(5).

79 Nowak, M., *op. cit.*, p. 432

80 Artigo 24(2) do PIDCP.

81 Artigo 7 (1) da CDN.

82 ONU. Comitê dos Direitos da Criança. “Observações finais do Comitê dos Direitos da Criança: Nepal”, in Documento das Nações Unidas CRC/C/54, par. 180.

83 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011. Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. FRC. 2011.

84 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011. Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. FRC. 2011.

85 Ver, entre outros: CDN (art. 8); Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño; ONU. Resolución n.º 58/157 da Assembleia Geral das Nações Unidas, par. 12; e ONU. Comissão de Direitos Humanos. Resoluções “Direitos da criança” 2003/86 e 2000/85.

86 Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. FRC. 2011, par. 113. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, par. 122.

87 OEA. “Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y ‘Derecho a la Identidad’”, Resolução AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07), de 5 de junho de 2007. OEA. Resolução AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), de 3 de junho de 2008. OEA. Resolução AG/RES. 2602 (XL-O/10), de 8 de junho de 2010. Sobre esse aspecto, o Comitê Jurídico Interamericano considerou que embora a CADH não consagra o direito à identidade expressamente com esse nome, sim inclui o direito ao nome, o direito à nacionalidade e o direito à proteção da família. A esse respeito, Cf. OEA. Comitê Jurídico Interamericano. Parecer “sobre o alcance do direito à identidade”, Resolução CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, par. 11.2. e 18.3.3., ratificada mediante Resolução CJI/ RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de

Da mesma forma, a Corte IDH estabeleceu que “a falta de reconhecimento da identidade pode implicar que a pessoa não tenha prova legal de sua existência, dificultando o exercício pleno de seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais”.⁸⁸ Da mesma forma, o Comitê Jurídico Interamericano declarou que:

[...] O direito à identidade é inerente aos atributos e dignidade humanos e, conseqüentemente, é um direito humano fundamental oposto *erga omnes* como expressão de interesse coletivo da comunidade internacional como um todo, que não admite derrogação ou suspensão nos casos previstos na C[ADH].⁸⁹

Quanto à estreita relação entre os dois direitos, vale destacar o voto dissidente do ex-juiz da Corte IDH Cançado Trindade, no caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador, onde declarou que:

[...] Não há como dissociar o direito à identidade, da personalidade jurídica do indivíduo como sujeito do direito interno e do direito internacional. [...] O respeito pelo direito à identidade permite ao indivíduo defender seus direitos e, portanto, afeta também sua capacidade processual legal, tanto no direito nacional quanto no internacional [...] O direito à identidade reforça a proteção dos Direitos Humanos, protegendo cada pessoa contra a desfiguração ou violação de Direitos Humanos, sua ‘verdade pessoal’. O direito à identidade, englobando os atributos e características que individualizam cada pessoa humana, busca garantir que elas sejam representadas fielmente em sua projeção no ambiente social e no mundo exterior. Daí a sua relevância, com um impacto direto na personalidade e capacidade jurídica da pessoa humana nos planos do direito nacional e internacional.⁹⁰

4.5. O direito à Nacionalidade

Embora - como é o caso do direito ao nome - a CADH proteja o direito à nacionalidade como um direito autônomo⁹¹ e distinto do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica do ser humano, ambos os direitos estão intimamente relacionados. Da mesma forma, ambos os direitos são inderrogáveis;⁹² essa estreita relação entre os dois direitos foi destacada pela Corte Interamericana nos seguintes termos:

[...] o direito à nacionalidade, [...] como vínculo jurídico entre uma pessoa e um Estado, é um requisito prévio para que possam ser exercidos determinados direitos [...]. Como consequência, o direito à nacionalidade implica o dever do Estado, com o qual se estabelece tal vinculação, tanto de dotar o indivíduo de um mínimo de amparo jurídico no conjunto de relações, como de protegê-lo contra a privação arbitrária de sua nacionalidade e, portanto, da totalidade de seus direitos políticos e daqueles direitos civis que se sustentem na nacionalidade.⁹³

2010.

88 OEA. “Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y ‘Derecho a la Identidad’”, Resolução AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07), de 5 de junho de 2007.

89 OEA. Comitê Jurídico Interamericano. Parecer “sobre o alcance do direito à identidade”, Resolução CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2008, par. 12. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, par. 123.

90 Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005. Voto dissidente do juiz A. A. Cançado Trindade, par. 13 e 19.

91 Artigo 20 da CADH.

92 Artigo 27 (2) da CADH. Também ver Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, par. 128. Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. EPFRC. 2005, par. 136. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87, *op. cit.*, par. 23.

93 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, par. 128. Em sentido similar, ver: Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. EPFRC. 2005, par. 136. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 265-269.

A Corte IDH enfatizou que: “um apátrida, por definição, não possui uma personalidade jurídica reconhecida, pois não estabeleceu um vínculo jurídico-político com nenhum Estado.”⁹⁴ Assim, a Corte IDH concluiu que:

[...] Os Estados têm a obrigação de não adotar práticas ou legislação, em relação à concessão da nacionalidade, cuja aplicação favoreça o incremento do número de pessoas apátridas [...]. A apatridia tem como consequência impossibilitar o gozo dos direitos civis e políticos de uma pessoa e produzir uma condição de extrema vulnerabilidade.⁹⁵

Por sua vez, a CIDH considerou que, quando um Estado se recusa a registrar o nascimento, em seu território, de filhos de pais em situação migratória irregular, gera uma violação do direito à personalidade jurídica.⁹⁶ Assim, a CIDH declarou que o Estado deve garantir que a entrega dos documentos de identidade a essas pessoas seja realizada sem qualquer tipo de discriminação e evitando qualquer tipo de arbitrariedade e obstáculos administrativos, a fim de que possam exercer os múltiplos direitos vinculados ao direito à personalidade jurídica.

94 Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. EPFRC. 2005, par. 178. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 265.

95 Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. EPFRC. 2005, par. 142. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 257.

96 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II. Doc.45/15 31, resumo executivo, dezembro de 2015, par. 14.

Artigo 4. Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.
3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C n.º 4. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 20 de janeiro de 1989. Série C n.º 5. Doravante: Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. F. 1989.

Corte IDH. *Caso Neira Alegria e outros vs. Peru*. Mérito. Sentença de 19 de janeiro de 1995. Série C n.º 20. Doravante: Corte IDH. *Caso Neira Alegria e outros vs. Peru*. F. 1995.

Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Reparações e Custas. Sentença de 14 de setembro de 1996. Série C n.º 28. Doravante: Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Reparações e Custas. 1996.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C n.º 42. Doravante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. RC. 1998.

Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C n.º 55. Doravante: Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. 1999.

Corte IDH. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C n.º 63. Doravante: Corte IDH. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. Mérito. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C n.º 68. Doravante: Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad e Tobago*. Exceções Preliminares. Sentença de 1 de setembro de 2001. Série C n.º 80. Doravante: Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad e Tobago*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolívia*. Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2002. Série C n.º 92. Doravante: Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolívia*. RC. 2002.

Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C n.º 94. Doravante: Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. FRC. 2002.

Corte IDH. *Caso "Cinco Aposentados" vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C n.º 98. Doravante: Corte IDH. *Caso "Cinco Aposentados" vs. Peru*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de

- 7 de junho de 2003. Série C n.º 99. Doravante: Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003.
- Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C n.º 100. Doravante: Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003.
- Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C n.º 101. Doravante: Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003.
- Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C n.º 103. Doravante: Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003.
- Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C n.º 109. Doravante: Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia*. FRC. 2004.
- Corte IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C n.º 110. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. FRC. 2004.
- Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C n.º 112. Doravante: Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguai*. EPFRC. 2004.
- Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de março de 2005. Série C n.º 120. Doravante: Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C n.º 125. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mampiripán” vs. Colômbia*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C n.º 134. Doravante: Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mampiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005.
- Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C n.º 136. Doravante: Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Blanco Romero e outros vs. Venezuela*. Sentença de 28 de novembro de 2005. Série C n.º 138. Doravante: Corte IDH. *Caso Blanco Romero e outros vs. Venezuela*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005.
- Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C n.º 140. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.
- Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C n.º 146. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C n.º 147. Doravante: Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C n.º 149. Doravante: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.
- Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de julho de 2006. Série C n.º 150. Doravante: Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C n.º 153. Doravante: Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C n.º 160. Doravante: Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso do Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C n.º 163. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. FRC. 2007.
- Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C n.º 166. Doravante: Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador*. FRC. 2007.
- Corte IDH. *Caso Boyce e outros vs. Barbados*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2007. Série C n.º 169. Doravante: Corte IDH. *Caso Boyce e outros vs. Barbados*. EPFRC. 2007.
- Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de abril de 2009. Série C n.º 196. Doravante: Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C n.º 202. Doravante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de setembro de 2009. Série C n.º 204. Doravante: Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C n.º 205. Doravante: Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C n.º 209. Doravante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C n.º 212. Doravante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C n.º 214. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2010. Série C n.º 217. Doravante: Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C n.º 219. Doravante: Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C n.º 221. Doravante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso Vera Vera e outra vs. Equador*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de maio de 2011. Série C n.º 226. Doravante: Corte IDH. *Caso Vera Vera e outra vs. Equador*. EPFRC. 2011.

Corte IDH. *Caso família Barrios vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C n.º 237. Doravante: Corte IDH. *Caso família Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C n.º 240. Doravante: Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. Mérito e Reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C n.º 245. Doravante: Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C n.º 246. Doravante: Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de outubro de 2012. Série C n.º 251. Doravante: Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2012. Série C n.º 253. Doravante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2012. Série C n.º 257. Doravante: Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de maio de 2013. Série C n.º 261. Doravante: Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Equador*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2013. Série C n.º 274. Doravante: Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de maio de 2014. Série C n.º 277. Doravante: Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de agosto de 2014. Série C n.º 281. Doravante: Corte IDH. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 283. Doravante: Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C n.º 285. Doravante: Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta e outros vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de outubro de 2014. Série C n.º 286. Doravante: Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta e outros vs. Peru*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de novembro de 2014. Série C n.º 287. Doravante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C n.º 289. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de abril de 2015. Série C n.º 292. Doravante: Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de junho de 2015. Série C n.º 297. Doravante: Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C n.º 298. Doravante: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C n.º 299. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de outubro de 2015. Série C n.º 304. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2015. Série C n.º 306. Doravante: Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de novembro de 2015. Série C n.º 307. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de junho de 2016. Série C n.º 314. Doravante: Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C n.º 340. Doravante: Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPFRC. 2017.

Pareceres consultivos

Corte IDH. *Restrições à pena de morte (Arts. 4.2 e 4.4 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A n.º 3. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-3/83. *Restrições à pena de morte*. 1983.

Corte IDH. *O direito à informação sobre assistência consular no marco das garantias do devido processo*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1 de outubro de 1999. Série A n.º 16. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC16/99. *O direito à informação sobre assistência consular no marco das garantias do devido processo*. 1999

Resoluções

Corte IDH. *Internado Judicial de Monagas (La Pica)*. Medidas Provisórias. Resolução de 9 de fevereiro de 2006.

Corte IDH. *Caso do Centro Penitenciário Regional Capital Yare I e II*. Medidas Provisórias. Resolução de 30 de março de 2006.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. Resolução n.º 23/81. Caso 2141 (Estados Unidos da América), 6 de março de 1981.

CIDH. Relatório n.º 52/01. *Caso Juan Raul Garza vs. Estados Unidos*. Caso 12.243, 4 de abril de 2001.

CIDH. Informe n.º 62/02, *Caso Michael Domingues vs. Estados Unidos*. Mérito. Caso 12.285, 22 de outubro de 2002.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TEDH. *Caso McCann e outros vs. Reino Unido*. Sentença de 27 de setembro de 1995. Séries A n.º 324.

TEDH. *Caso Kakoulli vs. Turquia*. Sentença de 22 novembro de 2005. Petição n.º 38595/97.

TEDH. *Caso Erdogan e outros vs. Turquia*. Sentença de 25 de abril de 2006. Petição n.º 19807/92.

TEDH. *Caso Khadzhiyev et al. vs. Rússia*. Sentença de 6 de novembro de 2008. Petição n.º 3013/04.

TEDH. *Caso G. N. et al. vs. Itália*. Sentença de 1 de dezembro de 2009. Petição n.º 43134/05.

TEDH. *Caso Oyal vs. Turquia*. Sentença de 23 de março de 2010. Petição n.º 4864/05.

Sentenças proferidas por cortes e tribunais nacionais

Colômbia

Sentença do Tribunal Superior de Bogotá de 24 de outubro de 2014 (expediente de prova, folio 38278).

Estados Unidos da América

Suprema Corte dos Estados Unidos de América. *Woodson vs. North Carolina*, 428 US 280, 304 (1976).

Documentos adotados no seio de organizações internacionais

ONU. *Código de Conduta para Oficiais de Segurança Pública* adotado pela Assembleia Geral da ONU, Resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979.

Comitê DHONU. *Comentário Geral n.º 6 - Artigo 6 (Direito à vida)*, 30 de abril de 1982.

Comissão DHONU. Relatório apresentado por Manfred Nowak, membro do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários, 4 de março de 1996, E/CN.4/1996/36.

Referências acadêmicas

MEDINA, C. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2005.

PETER, C. M. *Standard of Living, Promotion of*. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009.

Outras referências não acadêmicas

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Principios rectores. Modelo de Ley sobre las Personas Desaparecidas, artículo 2. Disponível em: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/model-law.missing-0907_spa.pdf. (data do último acesso: 08/10/2017).

Outras referências sugeridas

GARCÍA RAMÍREZ, S. (coord.) *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas y Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2001.

HUERTAS DÍAZ, O. *Convención Americana de Derechos Humanos: Doctrina y jurisprudencia 1980-2005*. Universidad Autónoma de Colombia, 2005.

O'DONELL, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

Sumário

1. Introdução	125
1.1. O sujeito passivo	125
1.2. O sujeito ativo.....	128
2. As obrigações internacionais dos Estados	129
2.1. A obrigação de prevenção	131
2.2. A obrigação de investigar e punir	132
2.3. A obrigação de reparação integral	134
3. Considerações sobre a pena de morte	134
3.1. Limitação processual: estrito cumprimento das garantias judiciais	135
3.2. O âmbito restrito de aplicação: os crimes comuns mais graves, não relacionados a crimes políticos.....	136
3.3. Considerações próprias do réu	137
4. Considerações sobre execuções extrajudiciais e uso da força	137
5. Considerações sobre as desapareções forçadas das pessoas	140
6. O contexto das prisões	144
7. A situação de risco e ameaça real à vida como uma violação ao artigo 4 da CADH	145
8. O conceito de vida digna	146

9. A relação do “direito a uma vida digna” com o artigo 26 da CADH 147**10. O projeto de vida 150****1. Introdução**

O direito à vida de toda pessoa humana é a condição prévia necessária para a realização e o gozo de todos os outros direitos.¹ De fato, se o direito à vida não for respeitado e garantido, os outros direitos da pessoa desaparecem, pois a própria existência de seu titular é afetada.² Como consequência, não são aceitáveis as restrições ao direito à vida que constituem, portanto, uma violação do direito à vida. Uma violação a CADH³, conseqüentemente, compromete a responsabilidade internacional dos Estados Partes.

1.1. O sujeito passivo

O artigo 4 da CADH reconhece o direito de toda pessoa de “ter sua vida respeitada” e, conseqüentemente, “ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”;⁴ a partir dessa declaração, os Estados assumem a obrigação de adotar medidas de proteger e preservar o direito à vida.⁵ O detentor desse direito é “toda pessoa”, entendendo como tal, o “ser humano”.⁶ Esse reconhecimento em relação a toda pessoa é, por sua vez, reforçado pela cláusula geral de não discriminação, contida no artigo 1 da CADH.

Diferentemente do artigo 6 do PIDCP e do artigo 2 da CEDH, a CADH introduz no reconhecimento do direito à vida uma referência à proteção “em geral, desde o momento da concepção”. No caso de *Artavia Murillo et al. (“Fertilização in vitro”) vs. Costa Rica*, em 2012, a Corte Interamericana analisou o conteúdo e o escopo dos artigos 4.1 e 1.2 da CADH, estabelecendo pela primeira vez o alcance de proteção do direito à vida de acordo com as seguintes diretrizes interpretativas: 1. o significado comum dos termos; 2. sua interpretação histórica e sistemática; 3. Sua interpretação evolutiva; e 4. o objeto e a finalidade do tratado.⁷

O caso *Artavia Murillo e outros* trata da proibição da fertilização *in vitro* em 2000 por parte da Câmara Constitucional da Costa Rica, que concluiu que os “[...] alcances do direito à vida obrigam a proteção absoluta do embrião no âmbito da inviolabilidade da vida desde a concepção.”⁸ Após analisar a limitação dos direitos envolvidos na referida sentença, a Corte Interamericana determinou a responsabilidade internacional da Costa Rica pela violação do direito à vida privada e familiar, o direito à

-
- 1 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 124. Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. FRC. 2006, par. 82-83. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. FRC. 2006, par. 150-152. Corte IDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 119-120. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguai*. EPFRC. 2004, par. 156. Corte IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. FRC. 2004, par. 128. Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, par. 152. Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999, par. 144. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, par. 172. Corte IDH. *Caso Comunidade de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 262.
 - 2 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguai*. EPFRC. 2004, par. 156. Ademais, ver Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, par. 152. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, par. 110. Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999, par. 144.
 - 3 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999, par. 144.
 - 4 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, par. 172.
 - 5 *Idem*.
 - 6 Artigo 1.2. da CADH. Nesse sentido, ver Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, par. 219.
 - 7 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, par. 173.
 - 8 *Ibidem*, par. 76.

integridade pessoal em relação à autonomia pessoal, à saúde sexual, ao direito de usufruir dos benefícios do progresso científico e tecnológico e ao princípio da não discriminação.⁹

No julgamento, a Corte Interamericana concluiu que a proteção do direito à vida começa a partir do momento da implantação e que essa proteção aumenta de acordo com o desenvolvimento gestacional, que deve ser ponderado com todos os Direitos Humanos envolvidos.¹⁰ Nos termos “pessoa”, “concepção” e “em geral”, a Corte Interamericana declarou que:

o conceito de “pessoa” é um termo jurídico que se analisa em muitos dos sistemas jurídicos internos dos Estados Parte. Entretanto, para os propósitos da interpretação do artigo 4.1, a definição de pessoa está ancorada às menções que se fazem no tratado em relação à “concepção” e ao “ser humano”, termos cujo alcance deve-se avaliar a partir da literatura científica.¹¹

[...]

o termo “concepção” não pode ser compreendido como um momento ou processo excludente do corpo da mulher, em vista de que um embrião não tem nenhuma possibilidade de sobrevivência se a implantação não acontece.¹²

[...]

o termo “concepção” desde o momento em que ocorre a implantação, razão pela qual considera que antes deste evento não procede aplicar o artigo 4 da Convenção Americana. Além disso, a expressão “em geral” permite inferir exceções a uma regra, mas a interpretação segundo o sentido comum não permite precisar o alcance destas exceções.¹³

[...]

é possível concluir das palavras “em geral” que a proteção do direito à vida em conformidade com esta disposição não é absoluta, mas é gradual e incremental segundo seu desenvolvimento, em razão de que não constitui um dever absoluto e incondicional, mas implica entender a procedência de exceções à regra geral.¹⁴

Em relação ao momento em que a vida humana começa, a Corte IDH declarou que:

se trata de uma questão apreciada de diversas formas sob uma perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica e religiosa, e coincide com tribunais internacionais e nacionais, no sentido de que não existe uma definição consensual sobre o início da vida. Entretanto, para a Corte é claro que há opiniões que veem nos óvulos fecundados uma vida humana plena. Alguns destes pensamentos podem ser associados a opiniões que conferem certos atributos metafísicos aos embriões. Estas opiniões não podem justificar que se conceda prevalência a algum tipo de literatura científica no momento de interpretar o alcance do direito à vida consagrado na Convenção Americana, pois isso implicaria impor um tipo de crenças específicas a outras pessoas que não as compartilham.¹⁵

Por fim, a Corte Interamericana considerou “que as tendências de regulamentação no Direito Internacional não levam à conclusão de que o embrião seja tratado de maneira igual a uma pessoa ou que tenha um direito à vida”.¹⁶ Esta sentença da Corte Interamericana continua com a linha argumentativa

9 *Ibidem*, par. 317.

10 *Ibidem*, par. 264.

11 *Ibidem*, par. 176.

12 *Ibidem*, par. 187. (grifo do autor)

13 *Ibidem*, par. 189. (grifo do autor)

14 *Ibidem*, par. 264.

15 *Ibidem*, par. 185.

16 *Ibidem*, par. 253.

da decisão da CIDH no caso *Baby Boy vs. Estados Unidos*,¹⁷ que depois de relatar brevemente os motivos que prevaleceram na Conferência Especializada de San José ao adotar a definição de direito à vida na CADH,¹⁸ rejeitou o argumento dos peticionários de que “o artigo I da DADDH incorporou a noção de que o direito à vida existe desde o momento da concepção”, afirmando que, “na realidade, a Nona Conferência Internacional dos Estados Americanos enfrentou esse problema e decidiu não adotar uma formulação que estabelecesse claramente esse princípio”.¹⁹ A CIDH acrescentou que:

Para conciliar os pontos de vista que insistiam no conceito de “desde o momento da concepção”, com as objeções levantadas, desde a Conferência de Bogotá sobre a base da legislação dos Estados americanos que permitiam o aborto, *inter alia*, para salvar a vida da mãe e em caso de estupro, a CIDH voltou a redigir o artigo 2 (direito à vida) e decidiu, por maioria de votos, introduzir, antes desse conceito, as palavras “em geral”. Esse arranjo foi a origem do novo texto do artigo 2 “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.” (Yearbook, 1968, p. 321).²⁰

Assim, sob a CADH o sujeito passivo do direito à vida é toda pessoa, ou seja, todo ser humano, e a obrigação de sua proteção geralmente começa a partir da concepção, que no caso da implantação deve ser entendida “[...] a partir do momento em que o embrião se implanta no útero, razão pela qual antes deste evento não procederia a aplicação do artigo 4 da Convenção.”²¹ Portanto, de acordo com a Corte, nesse caso “o embrião não pode ser entendido como pessoa para os fins do artigo 4.1. [...]”²², assim, para a Corte IDH “o termo “concepção” não pode ser compreendido como um momento ou processo excludente do corpo da mulher, em vista de que um embrião não tem nenhuma possibilidade de sobrevivência se a implantação não acontece”.²³

Embora até o momento a Corte IDH não tenha se pronunciado sobre o direito interno dos Estados que reconhecem a interrupção voluntária da gravidez (IVE) ou aborto, por meio de seu julgamento *Artavia Murillo e outros*, avança no debate sobre direitos reprodutivos na região, especialmente nos Estados que penalizam totalmente a IVE e a contracepção oral de emergência. Nesse sentido, a Corte Interamericana explora preliminarmente a questão ao: 1. Afirmar que o objeto da proteção não é o embrião, mas a mulher grávida. 2. Realizar uma interpretação da proteção mais favorável à pessoa, rejeitando a noção de proteção absoluta dos direitos que dificulte o objeto e a finalidade dos direitos convencionais. 3. Estabelecer o vínculo entre autonomia pessoal, liberdade reprodutiva e integridade física e psicológica.²⁴ 4. Afirmar que “a falta de proteções legais para levar em consideração a saúde reprodutiva pode resultar em um menosprezo grave do direito à autonomia e à liberdade reprodutiva”.²⁵ e 5. Estabelecer a estrutura para ponderar direitos conflitantes no contexto dos direitos sexuais e reprodutivos.²⁶

Nesse sentido, embora a Corte Interamericana reconheça a procedência da “proteção da vida pré-natal”, ela introduz um teste de ponderação complexo, afirmando que as limitações ao direito à vida não devem:

17 CIDH. Resolução n.º 23/81. Caso 2141 (Estados Unidos da América), 6 de março de 1981. Ainda que os Estados Unidos da América não sejam parte da CADH, o direito à vida se encontra também reconhecido no artigo 1 da DADDH, a qual outorga competência à CIDH para monitorar o cumprimento das obrigações derivadas desse instrumento.

18 Nesse sentido, ver Medina, C. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2005, pp. 69 e ss.

19 CIDH. Resolução n.º 23/81. Caso 2141 (Estados Unidos da América), 6 de março de 1981, par. 20 (H).

20 *Ibidem*, par. 25. (grifo do autor)

21 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, par. 264.

22 *Ibidem*, par. 256.

23 *Ibidem*, par. 187.

24 *Ibidem*, par. 185.

25 *Ibidem*, par. 147.

26 *Ibidem*, par. 273, 274 y 316.

[...] anular os direitos à vida privada e a fundar uma família. Para realizar esta ponderação deve ser analisado: i) o grau de violação de um dos bens em jogo, determinando se a intensidade desta violação foi grave, média ou moderada; ii) a importância da satisfação do bem contrário, e iii) se a satisfação deste justifica a restrição do outro.²⁷

1.2. O sujeito ativo

A contrapartida do direito de toda pessoa à vida é a obrigação internacional dos Estados de respeitá-lo, garanti-lo e protegê-lo. Consequentemente, a violação dessa obrigação através da ação ou omissão do Estado gera sua responsabilidade internacional e, portanto, sua obrigação de reparar os danos causados. Considerando as obrigações gerais de respeito e garantia do Estado, é evidente que o autor da violação do direito à vida - no âmbito das obrigações previstas no artigo 1.1 da CADH - são os agentes do próprio Estado.

A Corte Interamericana realizou considerações sobre o momento em que a conduta dos agentes do Estado poderiam constituir violações do direito à vida; por exemplo, no caso do “*Massacre de Mapiripán*” vs. *Colômbia*,²⁸ a Corte Interamericana reiterou que a responsabilidade internacional dos Estados ocorre independentemente da hierarquia do órgão infrator, do grau de culpa do agressor e que sequer exige a identificação individual do agente infrator para esse fim.²⁹ A Corte IDH declarou que:

[A] origem da responsabilidade internacional do Estado é encontrada em ‘atos ou omissões de qualquer poder ou órgão do Estado, independentemente de sua hierarquia, que violem a [CADH]’, e é gerada imediatamente com o ato ilegal internacional atribuído ao Estado. Para estabelecer que houve uma violação dos direitos consagrados na Convenção, não é necessário determinar, como no direito penal interno, a culpa de seus autores ou suas intenções, nem é necessário identificar individualmente os agentes a quem são atribuídos os atos violadores.³⁰

Além disso, a responsabilidade do Estado é configurada não apenas pela ação direta de seus agentes, mas quando terceiros (indivíduos) agem com o apoio, tolerância ou omissão do próprio Estado:

É suficiente a demonstração de que houve *apoio ou tolerância* do poder público na violação dos direitos reconhecidos na Convenção ou omissões que permitiram a perpetração dessas violações.³¹

Da mesma forma, a Corte Interamericana reafirmou que a responsabilidade internacional do Estado pode até resultar de condutas praticadas por particulares, *desde que estejam na posição de garantes em relação a tais obrigações*:

Essa responsabilidade internacional também pode ser gerada por atos de particulares que, em princípio, não são atribuíveis ao Estado. Os Estados partes na Convenção têm obrigações *erga omnes* de respeitar e garantir o respeito pelas regras de proteção e garantir a eficácia dos direitos nela consagrados em todas as circunstâncias e com respeito a todos. Essas obrigações do Estado projetam seus efeitos além do relacionamento entre seus agentes e as pessoas sujeitas à sua jurisdição, uma vez que também se manifestam na obrigação positiva do Estado de adotar as medidas necessárias para garantir a proteção efetiva dos Direitos Humanos nas relações

27 *Ibidem*, par. 274.

28 Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005.

29 *Ibidem*, par. 110.

30 *Idem*. Nesse sentido, ver Corte IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. FRC. 2004, par. 71. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, par. 142. Corte IDH. *Caso “Cinco Aposentados” vs. Peru*. FRC. 2003, par. 163. Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia*. FRC. 2004, par. 141. Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003, par. 41. Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999, par. 75.

31 Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 110. (grifo do autor)

interindividuais. *A atribuição de responsabilidade ao Estado por atos de indivíduos pode ocorrer nos casos em que o Estado fracasse, por ação ou omissão de seus agentes, quando eles estiverem na posição de garantidores dessas obrigações erga omnes contidas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção.*³²

No caso *González et al. (Campo Algodoeiro) vs. México*, a Corte Interamericana estabeleceu que as circunstâncias de risco e as obrigações específicas de garantia e prevenção devem ser levadas em consideração e determinou que:

[A]s obrigações convencionais de garantia a cargo dos Estados não implicam 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.³³

De qualquer forma, de acordo com a natureza da responsabilidade internacional do Estado, essa responsabilidade é gerada adicionalmente quando o Estado não repara no direito interno as violações que ocorreram por seus próprios meios.³⁴

Como consequência, o Estado é internacionalmente responsável pela violação do direito à vida das pessoas, em termos gerais, quando deixa de cumprir suas obrigações de garantir e respeitar o direito convencional; e especificamente, para: 1. os atos ou omissões de qualquer poder ou órgão do Estado, cometidos diretamente por seus agentes; 2. pela conduta de terceiros, quando tiver ocorrido com apoio, tolerância ou omissão do Estado ou quando o Estado estiver na posição de garante em relação a tais obrigações; 3. quando o Estado está ciente de uma situação de risco real e imediato para um determinado indivíduo ou grupo de indivíduos e tem possibilidades razoáveis para prevenir ou evitar esse risco; e, de qualquer forma, 4. pela falta de reparação no direito interno por violações de Direitos Humanos.

2. As obrigações internacionais dos Estados

No caso da *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*,³⁵ a Corte IDH recordou as obrigações que os Estados têm em relação ao direito à vida, afirmando que são tanto de caráter negativo quanto de caráter positivo:

os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições que se requeiram para que não ocorram violações desse direito e, em particular, o dever de impedir que seus agentes atentem contra ele. A observância do artigo 4, relacionado ao artigo 1.1 da Convenção, não somente pressupõe que nenhuma pessoa seja privada de sua vida arbitrariamente (obrigação negativa), mas também requer que os Estados adotem todas as medidas apropriadas para proteger e preservar o direito à vida (obrigação positiva),³⁶ conforme o dever de garantir o pleno e livre exercício, sem discriminação, dos direitos de todas as pessoas sob sua jurisdição.³⁷

32 *Ibidem*, par. 111. (grifo do autor)

33 Corte IDH. *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") vs. México*. EPFRC. 2009, par. 280.

34 Corte IDH. *Caso do "Massacre de Mampiripán" vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 111 e 113.

35 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010, par. 187.

36 *Ibidem*, par. 186, citando a: Corte IDH. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999, par. 144. Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009, par. 74. Corte IDH. *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") vs. México*. EPFRC. 2009, par. 245.

37 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010, par. 186. (sem grifo no original). Corte IDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 120. Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009, par. 74. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 125. Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. FRC. 2006, par. 85. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. FRC. 2006, par. 153. Igualmente, ver Corte IDH. *Caso Suárez*

Como a Corte IDH estabeleceu, a proteção do direito à vida não se limita formalmente “a seus legisladores, mas a todas as instituições estatais e àqueles que devem garantir a segurança, sejam suas forças policiais e suas forças armadas”.³⁸ Portanto, o Estado não deve apenas criar condições adequadas necessárias, mas deve aplicá-las de maneira eficaz para garantir o efeito útil do direito. A esse respeito, a Corte IDH declarou que:

Em virtude deste papel fundamental que é determinado pela Convenção, os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições necessárias para que não se produzam violações desse direito inalienável, bem como o dever de impedir que seus agentes, ou particulares, atuem contra o mesmo. O objeto e propósito da Convenção, como instrumento para a proteção do ser humano, requer que o direito à vida seja interpretado e aplicado de maneira que suas garantias sejam práticas e efetivas (*effet utile*).³⁹

Assim, a Corte IDH concluiu que:

os Estados devem adotar as medidas necessárias para criar um contexto normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida; estabelecer um sistema de justiça efetivo capaz de investigar, castigar e prover reparação pela privação da vida por parte de agentes estatais ou particulares;⁴⁰ e proteger o direito a que não seja impedido o acesso às condições que garantam uma existência digna. De maneira especial, os Estados devem zelar para que suas forças de segurança, às quais está atribuído o uso da força legítima, respeitem o direito à vida de quem se encontre sob sua jurisdição.⁴¹

Com relação à proteção especial que mulheres e meninas devem receber, é importante destacar que em *Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*,⁴² a Corte IDH recordou que o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará instituiu deveres para o Estado de prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher,⁴³ os quais especificam e complementam as obrigações gerais do Estado em relação ao cumprimento dos direitos consagrados na CADH, como os estabelecidos nos artigos 4 e 5.⁴⁴ Isso mostra que em casos de violência contra a mulher, os Estados têm, além das obrigações genéricas contidas na CADH, obrigações específicas sob a Convenção de Belém do Pará.

Finalmente, o direito à vida tem uma série de especificações para sua limitação por parte do Estado. Assim, o direito não admite nenhuma regulamentação restritiva,⁴⁵ é um direito enquadrado nos direitos não sujeitos a suspensão por parte do Estado (ordem pública), nos termos do artigo 27.2. da CADH “como um dos direitos que não podem ser suspensos em casos de guerra, perigo público ou outras

Peralta vs. Equador. EPFRC. 2013, par. 127. Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015, par. 168.

38 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, par. 110. (notas de rodapé omitidas)

39 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, par. 64. Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. FRC. 2006, par. 83. Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*. EP. 2001. Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. 1999, par. 36.

40 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, par. 66. Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. FRC. 2006, par. 85. Corte IDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 120.

41 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, par. 66.

42 Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, par. 202.

43 A Convenção de Belém do Pará define a violência contra a mulher em seu artigo 1 como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.”

44 Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, par. 108. Ademais, ver Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006, par. 346. Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, par. 277.

45 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010, par. 186. Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999, par. 144. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, par. 63. Corte IDH. *Caso Zambrano VÉLEZ E OUTROS vs. EQUADOR*. FRC. 2007, par. 78.

ameaças à independência ou segurança dos Estados Partes”.⁴⁶ Isso implica que as obrigações convencionais relacionadas ao direito à vida não podem ser restringidas ou suspensas mesmo em situações de emergência; e que sua regulamentação deve ser feita por lei, sob rigorosos parâmetros de necessidade, proporcionalidade e racionalidade, levando em consideração os princípios de progressividade e não discriminação.⁴⁷

2.1. A obrigação de prevenção

A Corte IDH estabeleceu as obrigações do Estado de prevenir violações do direito à vida. Dentro dessas obrigações, o dever de prevenção inclui as seguintes medidas:

[...] O dever de prevenção abarca todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a salvaguarda dos Direitos Humanos e que assegurem que as eventuais violações aos mesmos sejam efetivamente consideradas e tratadas como um fato ilícito que, como tal, é suscetível de acarretar sanções para quem as cometa, assim como a obrigação de indenizar as vítimas por suas consequências prejudiciais.⁴⁸

No caso de *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, a Corte IDH estabeleceu que:

Dentro dos mecanismos para prevenir violações do direito à vida, o Estado deve estabelecer procedimentos eficazes para investigar com seriedade e profundidade as circunstâncias nas quais uma violação do direito à vida pode ocorrer.⁴⁹

Em particular, a Corte IDH estabeleceu que os Estados devem adotar medidas preventivas abrangentes para cumprir a devida diligência em casos de violência contra a mulher:

devem contar com um marco jurídico de proteção adequado, com uma aplicação efetiva do mesmo e com políticas de prevenção e práticas que permitam atuar de uma maneira eficaz perante as denúncias.⁵⁰ *A estratégia de prevenção deve ser integral, ou seja, deve prevenir os fatores de risco e por sua vez fortalecer as instituições para que possam proporcionar uma resposta efetiva aos casos de violência contra a mulher.* Além disso, os Estados devem adotar medidas preventivas em casos específicos nos quais é evidente que determinadas mulheres e meninas podem ser vítimas de violência.⁵¹

A Corte IDH indicou que, para estabelecer uma violação do dever de impedir violações dos direitos à vida e à integridade pessoal por parte do Estado:

[...] Deve-se verificar que as autoridades estatais sabiam ou deveriam saber da existência de um risco real e imediato à vida e/ou à integridade pessoal de um determinado indivíduo ou grupo de indivíduos, e que essas autoridades não adotaram as medidas necessárias, dentro do alcance de seus poderes, que, consideradas razoavelmente, poderiam impedir ou evitar esse risco.⁵²

46 Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. FRC. 2006, par. 82. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. FRC. 2006, par. 150.

47 Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador*. FRC. 2007, par. 83-86.

48 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 166. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPFRC. 2014, par. 519. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, par. 107.

49 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, par. 133, citando a: Comitê DHONU. *Comentário Geral n.º 6 - Artículo 6 (Direito à vida)*, 30 de abril de 1982, par. 4.

50 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPFRC. 2009, par. 258.

51 *Idem.* (grifo do autor). Nesse sentido, ver Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, par. 136. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, par. 108.

52 Corte IDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 123. Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, par. 143. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, par. 109.

Nesse sentido, a Corte IDH analisou em casos de desaparecimento forçado de mulheres e meninas o dever de prevenção em dois períodos: 1. antes do desaparecimento da vítima, onde avalia o contexto de violência contra a mulher; e 2. antes da localização de seu corpo sem vida, para verificar “o momento em que as autoridades estatais sabiam ou deveriam ter tido conhecimento da existência de um risco real e imediato para a vida” da vítima.⁵³

No caso *Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*, a Corte IDH declarou a violação do dever de garantir o livre e pleno exercício dos direitos à vida e à integridade pessoal reconhecidos nos artigos 4.1 e 5.1 da CADH, em relação à obrigação geral de garantia prevista no artigo 1.1, aplicando os elementos expostos anteriormente e enfatizando que:

As autoridades guatemaltecas não agiram com a devida diligência *necessária para prevenir adequadamente as mortes e agressões sofridas* por Claudina Velásquez e não agiram conforme seria esperado, de acordo com o contexto do caso e as circunstâncias do evento relatado. Essa violação do dever de garantia é particularmente grave devido ao contexto conhecido pelo Estado - que coloca as mulheres em situação de risco especial - e às obrigações específicas impostas em casos de violência contra as mulheres pelo artigo 7 da Convenção de Belém do Pará.⁵⁴

Por fim, a impunidade por violações do direito à vida constitui em si mesma uma violação da obrigação de prevenção do Estado.⁵⁵ No caso da *Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*⁵⁶ a Corte IDH resumiu a norma mencionada, indicando que para a responsabilidade positiva do Estado de impedir a violação do direito à vida, os seguintes elementos devem ser identificados:

Que na época dos fatos havia uma situação de risco real e imediato para a vida da vítima; que as autoridades sabiam ou deviam ter conhecimento desse risco e que não adotaram as medidas necessárias no âmbito de seus poderes que, julgados razoavelmente, poderiam impedir ou evitar esse risco. Essa verificação deve levar em consideração a possível situação de vulnerabilidade especial, a causa da morte e o correspondente nexó de causalidade entre eles.⁵⁷

2.2 A obrigação de investigar e punir

2.2.1 Considerações gerais

Quando ocorre uma violação do direito à vida de uma pessoa, surge uma obrigação para o Estado de investigar e punir violações dos Direitos Humanos. Essas obrigações do Estado foram desenvolvidas pela Corte IDH desde seu primeiro julgamento sobre mérito e reparações. Nas frases de referência *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* de 1988 e 1989, a Corte IDH determinou antecipadamente essa obrigação fundamental nos seguintes termos:

O Estado tem o dever jurídico de prevenir, razoavelmente, as violações dos Direitos Humanos, de investigar seriamente, com os meios a seu alcance, as violações que tenham sido cometidas dentro do âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, impor as sanções pertinentes e assegurar à vítima uma adequada reparação.⁵⁸

A Corte IDH especificou que, embora seja de meios, essa obrigação de investigar e punir não é uma mera formalidade, pois deve ser assumida com “seriedade”, de acordo com padrões objetivos:

Em certas circunstâncias, pode ser difícil a investigação de fatos que atentem contra direitos da pessoa. A de investigar é, como a de prevenir, uma obrigação de meio ou comportamento

53 Essa análise foi realizada nos casos: Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, par. 137 e ss. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, par. 110 e ss.

54 Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, par. 133. (grifo do autor)

55 Sobre a obrigação de prevenção, ver o comentário ao artigo 1 de autoria de Ferrer Mac-Gregor e Pelayo.

56 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

57 *Ibidem*, par. 265.

58 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 174. (grifo do autor)

que não é descumprida pelo simples fato de que a investigação não produza um resultado satisfatório. Entretanto, deve empreender-se com seriedade e não como uma simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera. Deve ter um sentido e ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples gestão de interesses particulares que dependa da iniciativa processual da vítima ou de seus familiares ou do aporte privado de elementos probatórios, sem que a autoridade pública procure efetivamente a verdade. Esta apreciação é válida qualquer que seja o agente ao qual possa, eventualmente, atribuir-se a violação, mesmo os particulares, pois, se seus atos não forem investigados com seriedade, resultariam, de certo modo, auxiliados pelo poder público, o que comprometeria a responsabilidade internacional do Estado.⁵⁹

Posteriormente, nos casos em que houve uma grave violação de Direitos Humanos e essa violação não foi investigada e/ou os responsáveis não foram identificados e não foram processados ou não foram punidos, a Corte IDH exige que o Estado cumpra essa obrigação como parte de uma reparação integral e do dever de prevenção.

Assim, a Corte IDH indicou que: “é essencial que os Estados investiguem efetivamente a privação do direito à vida e punam todos os responsáveis.”⁶⁰ Caso contrário, “eles estariam criando, em um ambiente de impunidade, as condições para que esse tipo de evento seja repetido, o que é contrário ao dever de respeitar e garantir o direito à vida.”⁶¹ Da mesma forma, afirmou que “uma das condições para garantir efetivamente o direito à vida se reflete necessariamente no dever de investigar as violações a esse direito.”⁶² De maneira que a obrigação de investigar casos de violação do direito à vida constitua um elemento central para determinar a responsabilidade do Estado em um caso específico.⁶³

2.2.2 A obrigação de investigar e punir no contexto geral de violência contra a mulher ou com base no gênero

A Corte Interamericana afirmou que “o dever de investigar efetivamente possui alcances adicionais quando se trata de uma mulher que sofre uma morte, maltrato ou violação à sua liberdade pessoal no âmbito de um contexto geral de violência contra as mulheres”.⁶⁴ Desta forma, a Corte IDH estabeleceu que:

[...] Nos casos de suspeita de homicídio por razão de gênero, a obrigação do Estado de investigar com a devida diligência inclui o *dever de solicitar oficiosamente os exames e perícias correspondentes destinados a verificar se o homicídio teve motivo sexual ou se houve algum tipo de violência sexual*.⁶⁵

Segundo a Corte IDH, essa investigação não deve se limitar à morte da vítima, mas deve incluir outros danos específicos à integridade pessoal, como tortura e atos de violência sexual.⁶⁶ No caso *Véliz Franco e outros vs. Guatemala* a Corte IDH estabeleceu que:

Essa investigação deve incluir uma perspectiva de gênero, seguir linhas de investigação específicas sobre violência sexual e fornecer aos familiares da vítima informações sobre o andamento da investigação, de acordo com a legislação nacional e, quando apropriado, sua

59 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 177. (grifo do autor). No mesmo sentido *ver*, entre outros, Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Reparaciones e Custas. 1996, par. 61. Recomenda-se revisar os conceitos e referências desse parágrafo da sentença do *Caso El Amparo vs. Venezuela*.

60 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, par. 156.

61 *Idem*.

62 Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparaciones e Custas] 2005, par. 117.

63 *Ibidem*, par. 137.

64 Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, par. 146. Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPFRC. 2009, par. 293. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPFRC. 2014, par. 242.

65 Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, par. 147. (grifo do autor)

66 *Idem*. Também, *ver* Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, par. 188.

participação adequada no processo criminal. Da mesma forma, a investigação deve ser realizada por funcionários capacitados em casos semelhantes e em atenção a vítimas de discriminação e violência de gênero.⁶⁷

Por fim, deve haver regras para avaliar a prova que evitem afirmações, insinuações e alusões estereotipadas.⁶⁸

2.3 A obrigação de reparação integral

Diante da violação do direito à vida, a reparação integral requer, além da investigação e punição dos responsáveis, a exigência do Estado de compensação monetária para os parentes da vítima, incluindo não apenas os danos emergentes e os lucros cessantes (incalculável em muitos casos relacionados ao direito à vida), mas também levando em consideração o projeto de vida da vítima.

Além da reparação integral à vítima, em alguns casos particulares outros tipos de reparação complementar podem ser indispensáveis em favor das vítimas e de suas famílias. Na sentença de reparações no processo *Trujillo Oroza vs. Bolívia*, a Corte IDH incluiu como modalidades de reparação: (i) a tipificação formal de crimes internacionais (neste caso, desaparecimento forçado) no sistema jurídico penal do Estado;⁶⁹ (ii) combater a impunidade e investigar, identificar e punir os responsáveis pelos atos que constituem uma violação do direito à vida;⁷⁰ e (iii) localizar os restos mortais da vítima privada de vida.⁷¹

Do mesmo modo, na sentença sobre reparações no caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, no âmbito da violação sistemática do direito à vida do grupo de pessoas membros da Unidade Revolucionária Nacional da Guatemala, foi plasmada como medida de reparação a elaboração de um plano de exumação.⁷²

Em 2009, no caso *González e outros (Campo Algodoeiro) vs. México*, a Corte IDH estabeleceu, pela primeira vez, a necessidade de ir além das medidas de restituição em casos de violência contra as mulheres e de ordenar reparações destinadas a abordar o contexto de discriminação estrutural que promove a repetição da violência contra as mulheres:

o conceito de “reparação integral” (*restitutio in integrum*) implica o restabelecimento da situação anterior e a eliminação dos efeitos que a violação produz, bem como uma indenização como compensação pelos danos causados. Entretanto, levando em consideração a situação de discriminação estrutural na qual se enquadram os fatos ocorridos no presente caso e que foi reconhecida pelo Estado [...], as reparações devem ter uma vocação transformadora desta situação, de tal forma que as mesmas tenham um efeito não somente restitutivo, mas também corretivo. Nesse sentido, não é admissível uma restituição à mesma situação estrutural de violência e discriminação.⁷³

3. Considerações sobre a pena de morte

67 Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, par. 251.

68 Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006, par. 470. Corte IDH. *Caso Espinoza González vs. Peru*. EPFRC. 2014, par. 278.

69 Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolívia*. RC. 2002, par. 98.

70 *Ibidem*, par. 111.

71 *Ibidem*, par. 114.

72 Além do fato de a Corte IDH também ter ordenado que a vítima do caso, Efraín Bámaca Velásquez, fosse exumada sem custo para os parentes mais próximos, para ser enterrada de acordo com os costumes e tradições da comunidade indígena a que pertencia.

73 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPFRC. 2009, par. 450. (grifo do autor)

Os incisos 5 e 6 do artigo 4 da CADH regulam as restrições à pena de morte, permitindo sua aplicação excepcionalmente, em determinadas circunstâncias, por parte dos Estados que no momento da assinatura do instrumento convencional não a haviam abolido.

A organização do artigo mostra a falta de consenso entre os Estados que participaram da elaboração do Pacto de San José em relação à pena de morte e sua completa abolição. Contudo, em termos gerais, a própria CADH contém um propósito abolicionista que foi desenvolvido na jurisprudência e foi concretizado no Protocolo Adicional à CADH referente à Abolição da Pena de Morte de 1990.⁷⁴

Para a Corte Interamericana, “o assunto é dominado por um princípio substantivo expresso no primeiro parágrafo, segundo o qual ‘toda pessoa tem o direito inalienável de que se respeite sua vida’ e por um princípio processual segundo o qual ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”⁷⁵ O inciso 2 do mesmo artigo 4 declara que a pena de morte “não se estenderá [...] a crimes aos quais não se aplica atualmente” e, de acordo com o inciso 3: “não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido”. Categoricamente, em seu Parecer Consultivo sobre restrições à pena de morte, a Corte IDH declarou que:

[...] a CADH expressa uma clara nota de progressividade, consistindo em que, sem decidir abolir a pena de morte, adota as disposições necessárias para limitar definitivamente sua aplicação e alcance, de forma que ela seja reduzida a sua supressão final.⁷⁶

Portanto, as disposições da CADH relativas à aplicação da pena de morte devem ser interpretadas à luz do *princípio pro persona*, ou seja, a favor do direito à vida das pessoas.⁷⁷ Assim, a Corte IDH concluiu que:

A imposição desta sanção está sujeita a certas garantias processuais e o seu cumprimento deve ser rigorosamente observado e revisto. Devido à natureza excepcionalmente grave e irreversível da pena de morte, a possibilidade de sua imposição ou aplicação está sujeita a certos requisitos processuais, cuja conformidade deve ser rigorosamente observada e revisada.⁷⁸

Em conformidade com o artigo 4 da CADH, a Corte IDH agrupou as limitações para a aplicação da pena de morte nos Estados onde ainda está em vigor em três categorias: 1. a aplicação da pena está sujeita a certas regras processuais; cujo respeito deve ser rigorosamente monitorado e exigido de modo estrito; 2. deve ser aplicada apenas aos crimes comuns mais graves e não relacionados a crimes políticos; e 3. certas considerações específicas à pessoa do réu devem ser levadas em consideração.⁷⁹

3.1 Limitação processual: estrito cumprimento das garantias judiciais

O parágrafo 2 do artigo 4 da CADH estabelece que, “nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta [...], em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido.” Essa disposição supõe o cumprimento de todas as garantias judiciais consagradas no artigo 8 da CADH, mas reforça outras como: 1. ser julgada por um tribunal competente; 2. aplicação não retroativa da lei; e 3. Imposição mediante sentença transitada em julgado.

74 Este Protocolo foi adotado em 8 de junho de 1990 e entrou em vigor em 28 de agosto de 1991.

75 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-3/83. *Restrições à pena de morte*. 1983, par. 53.

76 *Ibidem*, par. 57. Nesses termos, ver Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad y Tobago*. FRC. 2002, par. 99. Corte IDH. *Caso Boyce e outros vs. Barbados*. EPFRC. 2007, par. 52. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 126.

77 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 125-126, citando Corte IDH. *Caso Boyce e outros vs. Barbados*. EPFRC. 2007, par. 52. Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009, par. 49.

78 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 126, citando a: Corte IDH. *Caso Boyce e outros vs. Barbados*. EPFRC. 2007, par. 50. Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009, par. 84. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-3/83, *op. cit.*, par. 55.

79 *Idem*.

A Corte IDH, em seu Parecer Consultivo sobre o *direito à informação sobre assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal*, relacionada a um processo que pode levar à aplicação da pena de morte, declarou que “a execução da pena de morte uma medida de caráter irreversível, exige do Estado o mais estrito e rigoroso respeito às garantias judiciais, de modo a evitar uma violação destas, o que, por sua vez, acarretaria uma privação arbitrária da vida”.⁸⁰ Esse é o teste conhecido como “escrutínio alto” (*high scrutiny*).

Nesse sentido, a CIDH especificou que, nos processos que podem culminar na aplicação da pena de morte, é necessária a aplicação estrita de garantias fundamentais do devido processo legal. Esses requisitos substantivos básicos incluem: o direito de não ser condenado por qualquer ato ou omissão que não constitua crime, de acordo com a lei nacional ou internacional no momento em que foi cometido; e o direito de não ser sujeito a uma penalidade mais rigorosa do que a aplicável no momento em que o crime foi cometido. Também se incluem proteções processuais fundamentais para o devido processo, incluindo o direito à presunção de inocência até que se prove a culpa de acordo com a lei, o direito à notificação prévia das acusações; o direito ao tempo e meios adequados para preparar a defesa; o direito de ser julgado por um tribunal competente, independente e imparcial, previamente estabelecido por lei; o direito do acusado de se defender pessoalmente ou com a assistência de um advogado de sua própria escolha e de se comunicar de forma livre e privadamente com seu advogado, e o direito de não ser obrigado a testemunhar contra si ou a se declarar culpado.⁸¹

3.2 O âmbito restrito de aplicação: os crimes comuns mais graves, não relacionados a crimes políticos

Até agora, a jurisprudência da Corte IDH não estabeleceu detalhadamente quando alguém está na presença de “um dos crimes mais graves”. No caso *Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*, a Corte IDH estabeleceu algumas diretrizes ao afirmar que:

[A]o considerar qualquer pessoa responsável pelo crime de homicídio intencional merecedor de pena de morte, os acusados deste crime estão sendo tratados não como seres humanos individuais e únicos, mas como membros indiferenciados e sem rosto de uma massa que estará submetida à aplicação cega da pena de morte.

[...][u]ma das formas que a privação arbitrária da vida pode assumir, nos termos da proibição do artigo 4.1 da CADH, é aquela que se configura quando, em países onde a pena de morte ainda existe, é utilizada para punir crimes que não possuem as características de máxima gravidade.⁸²

Até agora, a jurisprudência da Corte IDH não teve a oportunidade de determinar quando alguém está na presença ou está vinculado a um crime político. No Parecer Consultivo sobre as restrições à pena de morte, solicitadas pela Guatemala, em relação à reserva feita ao artigo 4, o juiz Rodolfo E. Piza indicou em seu parecer individual “que o artigo 4.4 da Convenção, proíbe a aplicação da pena de morte a crimes políticos e aqueles relacionados a políticos, mesmo se já houvesse previsão com anterioridade.”⁸³

80 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99. *O direito à informação sobre assistência consular no marco das garantias do devido processo*. 1999, par. 136.

81 CIDH. Relatório n.º 52/01. *Caso Juan Raul Garza vs. Estados Unidos*. Caso 12.243, 4 de abril de 2001, par. 101.

82 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. FRC. 2002, par. 105-106. O Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América estabeleceu que a sentença obrigatória da pena de morte constituía uma violação das garantias do devido processo da Emenda XIV e o direito de não ser submetido a tratamento cruel ou incomum da Emenda VIII à Constituição dos Estados Unidos da América. No mesmo julgamento, a Corte IDH indicou que a imposição da pena de morte geralmente requer uma consideração dos aspectos relevantes do caráter do acusado e das circunstâncias do crime em particular. Cf. Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos de América. *Woodson vs. North Carolina*, 428 US 280, 304 (1976).

83 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-3/83, *op. cit.* Parecer individual do juiz Rodolfo E. Piza Escalante, p. 2.

3.3 Considerações próprias do réu

O inciso 5 do artigo 4 estabelece que a penalidade não poderá ser aplicada quando estiverem presentes as seguintes condições pessoais do preso: 1. menores de 18 anos; 2. maiores de 70 anos (em ambos os casos no momento do crime) e 3. mulheres grávidas.

Em relação aos menores de idade, em um relatório de mérito de 2001, a CIDH declarou que:

As evidências descritas acima ilustram claramente que, ao persistir na prática de executar criminosos menores de 18 anos, os Estados Unidos se destacam entre as nações do mundo desenvolvido tradicional e do sistema interamericano, e se tornam cada vez mais isolados da comunidade mundial. A esmagadora evidência da prática global dos Estados ilustra a consistência e a generalização entre os Estados do mundo de que a execução de criminosos com menos de 18 anos de idade no momento de cometer o crime é considerada pela comunidade internacional como inconsistente com os padrões vigentes de decência. Portanto, a Comissão considera que existe uma regra de direito internacional consuetudinário que proíbe a execução de criminosos menores de 18 anos no momento de cometer o crime.⁸⁴

Por sua vez, no caso *Wong Ho Wing vs. Peru*, a Corte IDH teve a oportunidade de pronunciar-se, pela primeira vez, sobre as obrigações dos Estados partes da CADH em relação ao direito à vida, no âmbito de processos de extradição, para que as pessoas não sejam sujeitas à pena de morte:

De acordo com a obrigação de garantir o direito à vida, *os Estados que aboliram a pena de morte não podem expor uma pessoa sob sua jurisdição ao risco real e previsível de sua aplicação; portanto, não podem expulsar, por deportação ou extradição, às pessoas sob sua jurisdição se for razoavelmente previsto que elas possam vir a ser sentenciadas à morte, sem exigir garantias de que essa penalidade não lhes será aplicada. Da mesma forma, os Estados Partes da Convenção que não aboliram a pena de morte não podem expor, por deportação ou extradição, a qualquer pessoa sob sua jurisdição que esteja sob o risco real e previsível de ser condenado à morte, exceto por os crimes mais graves e para os quais a pena de morte é atualmente aplicada no Estado Parte solicitado. Consequentemente, os Estados que não aboliram a pena de morte não podem expulsar qualquer pessoa sob sua jurisdição, por deportação ou extradição, que possa enfrentar o risco real e previsível de ser objeto da pena de morte por crimes que não são puníveis com a mesma punição em sua jurisdição, sem exigir as garantias necessárias e suficientes de que a referida penalidade não será aplicada.*⁸⁵

4. Considerações sobre execuções extrajudiciais e uso da força

O artigo 4 da CADH proíbe claramente a privação arbitrária da vida, que pode se opor à privação “legal” da vida. Privações legais da vida podem ocorrer em certos casos autorizados pelo direito internacional humanitário em situações extremas de combate e de alvos militares justificados; da mesma forma, em um estado onde o direito internacional humanitário não se aplica, essas privações legais podem resultar do uso excepcional, necessário, razoável, proporcional e justificado da força por parte de agentes da lei para salvar a vida de outras pessoas.⁸⁶

84 CIDH. Relatório n.º 62/02, *Caso Michael Domingues vs. Estados Unidos*. Caso 12.285. Mérito. 22 de outubro de 2002, par. 85.

85 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 134. (grifo nosso)

86 É importante lembrar que, no caso de um conflito armado internacional ou não internacional, o direito internacional dos Direitos Humanos permanecerá em vigor; portanto, ambos os ramos do direito internacional público - direito internacional dos Direitos Humanos e direito internacional humanitário - devem ser aplicados. No Cruz Sánchez e outros vs. Peru, a Corte IDH analisou a execução extrajudicial no âmbito de um conflito armado não internacional, invocando o corpus juris do Direito Internacional Humanitário. Em particular, afirmou que, nesses casos, “a análise da possível violação do artigo 4 da Convenção Americana deve, portanto, considerar, entre outros, o princípio da distinção [...]”,

É evidente que em todos os outros casos estamos enfrentando privações arbitrárias da vida. Um exemplo é o caso de execuções extrajudiciais - proibidas pela CADH. Este ato gera a responsabilidade internacional do Estado, tanto pelo descumprimento de sua obrigação de não fazer (não executar arbitrariamente), quanto pelo descumprimento de suas obrigações de impedir, investigar, punir e reparar.

Quanto à obrigação de investigar execuções extrajudiciais que ocorreram em um Estado, no caso do “*Massacre de Mapiripán*” vs. *Colômbia*, a Corte IDH estabeleceu normas especiais para a condução da referida investigação, baseando seus critérios no Manual das Nações Unidas para a Prevenção e Investigação Eficaz de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias. De acordo com a Corte IDH, nesses casos, a investigação deve levar a: 1. identificação da vítima; 2. recuperar e preservar as evidências relacionadas à morte; 3. identificar possíveis testemunhas e obter suas declarações; 4. identificar a causa, forma, local e hora da morte, bem como a existência de qualquer padrão que possa ter causado; 5. distinguir casos de morte natural, acidental, suicídio e homicídio; e 6 investigar minuciosamente a cena do crime, realizar autópsias e análises de restos mortais, rigorosamente, por profissionais competentes e utilizando os procedimentos mais adequados.⁸⁷

Além disso, no mesmo julgamento do “*Massacre de Mapiripán*”, a Corte IDH ordenou que a referida investigação fosse iniciada *ex officio* e sem demora, e deveria ser séria, imparcial e eficaz; deve ser permitida a participação e garantir o direito de oitiva das vítimas de violações de Direitos Humanos e membros da família devem ser permitidos em todas as etapas do processo (investigação, punição e busca de compensação).⁸⁸ Isso não implica que a obrigação da investigação recaia sobre as vítimas, mas sim o contrário, uma vez que o ônus de encontrar a verdade está sempre com o Estado.⁸⁹

Quanto ao uso da força por parte das forças policiais do Estado, deve ser levado em consideração como premissa fundamental o estabelecido pela Corte IDH no julgamento do caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* em 1988:

Não há dúvida de que o Estado tem o direito e o dever de garantir sua própria segurança. Tampouco se pode discutir que toda sociedade padece pelas infrações à sua ordem jurídica. Entretanto, por mais graves que possam ser certas ações e por mais culpáveis que possam ser os réus de determinados delitos, não cabe admitir que o poder possa ser exercido sem limite algum ou que o Estado possa valer-se de qualquer procedimento para alcançar seus objetivos, sem sujeição ao direito ou à moral. Nenhuma atividade do Estado pode fundar-se sobre o desprezo à dignidade humana.⁹⁰

Agora, no julgamento no caso *familia Barrios vs. Venezuela*, em 2011, a Corte IDH desenvolveu os princípios e limites aos quais está sujeito o uso da força por parte das forças de segurança e policiais do Estado e declarou que: 1. deve ser excepcional, planejado e proporcionalmente limitado pelas autoridades, de modo a ser o último recurso, quando outros meios de controle estiverem esgotados e tenham falhado; 2. o uso de força letal e armas de fogo deve ser proibido como regra geral, e seu uso deve ser estabelecido em lei e interpretado de forma restritiva, para não exceder o que é absolutamente

o princípio da proporcionalidade e o princípio da precaução [princípios adequados do direito internacional humanitário].” Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 273. (notas de rodapé omitidas)

87 Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 149. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, par. 127 e 132.

88 Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 219.

89 *Idem*. Na mesma sentença, a Corte IDH declarou que: “[...] alguns dos acusados foram julgados e sentenciados à revelia. Além disso, a participação reduzida de membros da família em processos penais, como parte civil ou testemunha, é consequência das ameaças sofridas durante e após o massacre, da situação de deslocamento que enfrentaram e do medo de participar de tais processos. Portanto, dificilmente se poderia argumentar que em um caso como o presente, a atividade processual da parte interessada deve ser considerada como um critério determinante para definir a razoabilidade do prazo”

90 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 154. Ademais, ver Corte IDH. *Caso Neira Alegria e outros vs. Peru*. F. 1995, par. 75. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, par. 70.

necessário; 3. deve ser proporcional e necessário, e deve respeitar o princípio da humanidade; 4. É necessária legislação interna para estabelecer diretrizes para o uso de força letal e armas de fogo por agentes do Estado; e 5. que, no caso de uso de armas de fogo com consequências letais, deve ser iniciada uma investigação séria, independente, imparcial e eficaz dos fatos.⁹¹

Da mesma forma, a Corte IDH se referiu aos princípios básicos sobre o uso da força e armas de fogo por oficiais encarregados de fazer cumprir a lei da ONU, que preveem que:

as armas de fogo poderão ser usadas excepcionalmente, em caso de “defesa própria ou em defesa de outros em caso de ameaça iminente de morte ou ferimentos graves, para prevenir a perpetração de um crime, principalmente se grave, envolvendo séria ameaça à vida, para prender uma pessoa que representa tal perigo e resiste à autoridade, ou para evitar sua fuga, e apenas quando medidas menos extremas sejam insuficientes para atingir esses objetivos. Em qualquer caso, o uso letal intencional de armas de fogo só poderá ser feito quando estritamente inevitável para proteger a vida”⁹²

Nesse sentido, em relação à proibição - e à natureza excepcional - do uso da força letal por parte de agentes do Estado, no caso de *Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*,⁹³ a Corte IDH afirmou o seguinte:

O uso da força por parte das forças de segurança estatais deve estar definido pela excepcionalidade e deve ser planejado e limitado proporcionalmente pelas autoridades. Nesse sentido, o Tribunal considerou que somente poderá ser feito uso da força ou de instrumentos de coerção quando tenham sido esgotados e fracassado todos os demais meios de controle.⁹⁴

[...] o uso da força letal e das armas de fogo por parte de agentes de segurança estatais contra as pessoas, o que deve estar proibido como regra geral. Seu uso excepcional deverá estar formulado por lei, e ser interpretado restritivamente de maneira que seja minimizado em toda circunstância, não sendo mais do que o “absolutamente necessário” em relação à força ou ameaça que se pretende repelir. Quando se usa força excessiva, toda privação da vida resultante é arbitrária.⁹⁵

Consequentemente, o Estado deve garantir que seus agentes não façam uso arbitrário da força, de forma que isso possa gerar sua responsabilidade internacional pela violação do direito à vida dos indivíduos; portanto, no caso de uma violação, por órgãos do Estado ou por terceiros, deve-se sempre investigar, punir e, se for o caso, reparar integralmente os familiares da vítima; e adotar as medidas necessárias de não repetição.

No caso *Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*, a Corte IDH mencionou, em particular, o fato de que o uso da força deve ser realizado em harmonia com os princípios de: 1. *legalidade*, “o uso da força deve ter como objetivo alcançar um objetivo legítimo”; 2. *necessidade absoluta*, “é necessário verificar se existem outros meios disponíveis para proteger a vida e a integridade da pessoa

91 Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011, par. 49.

92 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, par. 69.

93 Nesse mesmo caso, a Corte IDH assinalou o dever do Estado de limitar ao máximo o uso das forças armadas para o controle de distúrbios internos, posto que o treinamento que recebem está dirigido a derrotar o inimigo e não à proteção e controle de civis, treinamento esse que é próprio dos entes policiais.

94 *Ibidem*, par. 67, citando a: Corte IDH. *Internado Judicial de Monagas (La Pica)*. Medidas Provisórias. Resolução de 9 de fevereiro de 2006, considerando décimo sétimo. Corte IDH. *Caso do Centro Penitenciário Regional Capital Yare I e II*. Medidas Provisórias. Resolução de 30 de março de 2006, considerando décimo quinto.

95 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, par. 67-68. No parágrafo 68 da sentença, a Corte cita as seguintes fontes: TEDH. *Caso Erdogan and Others vs. Turquia*. Sentença de 25 de abril de 2006. Petição n.º 19807/92, par. 67. TEDH. *Caso Kakoulli vs. Turquia*. Sentença de 22 novembro de 2005. Petição n.º 38595/97, par. 107-108. TEDH. *Caso McCann e outros vs. Reino Unido*. Sentença de 27 de setembro de 1995. Series A n.º 324, par. 148-150 e 194. ONU. *Código de Conduta para Oficiais de Segurança Pública* adotado pela Assembleia Geral da ONU, Resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979, art. 3.

ou situação que ela procura proteger, de acordo com as circunstâncias do caso;” e 3. *proporcionalidade*. Quanto ao princípio da proporcionalidade, a Corte IDH declarou nesta sentença que:

[...] o nível de força utilizado deve ser adequado ao nível de resistência oferecido. Assim, os agentes devem aplicar um critério de uso diferenciado e progressivo da força, determinando o grau de cooperação, resistência ou agressão por parte do sujeito contra quem pretendem intervir e, com isso, empregar táticas de negociação, controle ou uso de força, conforme corresponda.⁹⁶

Posteriormente, no *caso Tarazona Arrieta e outros vs. Peru*, a Corte IDH estabeleceu que tais princípios visam situações em que o uso da força tem algum objetivo ou fim pré-estabelecido⁹⁷ e acrescentou que “na análise do uso da força por parte de agentes do Estado, leva em consideração três momentos fundamentais: ações preventivas, ações concomitantes aos fatos e ações pós-fatos”.⁹⁸

Recentemente, em *García Ibarra e outros vs. Equador*, em 2015, a Corte IDH especificou que a análise desses três momentos fundamentais não deve ser levada em consideração em situações em que o *uso da força não tem fundamento ou aparência de legitimidade ou legalidade*.⁹⁹ Nestes casos, é apropriado “analisar o alcance do uso ilegítimo da força à luz das obrigações de respeito e garantia do direito à vida para determinar se a privação da vida da suposta vítima é arbitrária.”¹⁰⁰

No caso dos *Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*, a Corte IDH reiterou o seguinte em relação ao dever de garantia:

[...] Que em casos de uso da força, é indispensável que o Estado conte com um marco jurídico adequado que regule o uso da força e que garanta o direito à vida; forneça equipamentos adequados aos oficiais encarregados do uso da força e selecione, capacite e treine adequadamente esses oficiais.¹⁰¹

A Corte IDH especificou ainda que, para determinar a proporcionalidade do uso da força, a situação enfrentada pelo funcionário deve ser avaliada, levando em consideração, entre outras circunstâncias: “a intensidade e a periculosidade da ameaça”; “o modo de proceder do indivíduo”; “as condições ambientais e os meios disponíveis para o funcionário resolver uma situação específica.”¹⁰² Além disso, esse princípio exige que o funcionário procure minimizar os danos e “use o nível mais baixo de força para alcançar o objetivo legalmente buscado.”¹⁰³

5. Considerações sobre as desapareções forçadas das pessoas

No que diz respeito ao desaparecimento forçado de pessoas, a jurisprudência da Corte IDH reconheceu em seu julgamento no caso *Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*, que foi:

[p]recursora da consolidação de uma perspectiva abrangente da gravidade e do caráter contínuo ou permanente da figura do desaparecimento forçado de pessoas, no qual o ato de desaparecimento e sua execução começam com a privação da liberdade da pessoa e da subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanece enquanto o paradeiro da pessoa desaparecida não for conhecido e se determine com certeza sua identidade.¹⁰⁴

96 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 85.

97 Cf. Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta e outros vs. Peru*. EPFRC. 2014, par. 162.

98 *Ibidem*, par. 78.

99 Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015, par. 109.

100 *Ibidem*, par. 110.

101 Corte IDH. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, par. 126.

102 *Ibidem*, par. 136.

103 *Idem*.

104 Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*: FRC. 2014, par. 92, citando a: Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. FRC. 2010, par. 59. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, par. 195.

Assim, em toda a sua jurisprudência a Corte IDH tratou esse crime como uma violação pluriofensiva da CADH, de maneira a gerar a responsabilidade internacional do Estado pela violação dos direitos à vida (Artigo 4), à integridade pessoal (artigo 5), à liberdade pessoal (artigo 7) e do direito à personalidade jurídica (artigo 3).¹⁰⁵ A Corte IDH declarou a esse respeito que:

O desaparecimento forçado constitui uma violação múltipla de vários direitos protegidos [...] que coloca a vítima em um estado de completa vulnerabilidade, levando a outras violações relacionadas, sendo particularmente grave quando faz parte de um padrão ou prática sistemática aplicada ou tolerada pelo Estado.¹⁰⁶

A Corte IDH acrescenta, para tais fins, que:

Com relação ao artigo 4 da CADH, o Tribunal considerou que, devido à própria natureza do desaparecimento forçado, a vítima está em uma situação agravada de vulnerabilidade, a partir da qual surge o risco a vários direitos, incluindo o direito à vida. Além disso, [a Corte IDH] estabeleceu que o desaparecimento forçado inclui frequentemente a execução dos detidos, em segredo e sem julgamento, seguida da ocultação do cadáver, a fim de apagar todos os traços materiais do crime e buscar a impunidade daqueles que o cometeram, o que significa uma violação do direito à vida [...].¹⁰⁷

A proibição do desaparecimento forçado alcançou a classificação de *ius cogens*, sendo, portanto, uma proibição de caráter inderrogável, uma vez que sua pluri-violação “implica um abandono grosseiro dos princípios essenciais nos quais a SIDH se baseia”.¹⁰⁸

Da mesma forma, com relação à natureza continuada ou permanente do desaparecimento forçado, a Corte IDH, no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. O Brasil* afirmou que:

No Direito Internacional, a jurisprudência deste Tribunal foi precursora da consolidação de uma perspectiva abrangente da gravidade e do caráter continuado ou permanente da figura do desaparecimento forçado de pessoas, na qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanece enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e se determine com certeza sua identidade.¹⁰⁹

É importante notar que, no caso *Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*, a Corte IDH especificou a diferença entre o desaparecimento de pessoas e o desaparecimento forçado de pessoas, lembrando os elementos deste último da seguinte forma:

O desaparecimento de uma pessoa, em razão de que seu paradeiro é desconhecido, não é o mesmo que um desaparecimento forçado. O desaparecimento forçado de pessoas é uma violação dos Direitos Humanos constituída por três elementos simultâneos: a) a privação da liberdade; b) a intervenção direta de agentes estatais ou a sua aquiescência; e c) a recusa em reconhecer a prisão e revelar o destino ou o paradeiro da pessoa em causa.¹¹⁰

105 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, par. 74. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009, par. 59. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. FRC. 2010, par. 63. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 112-113. Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 161.

106 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009, par. 59. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, par. 139. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. FRC. 2010, par. 59. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, par. 74.

107 Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, par. 185.

108 Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. FRC. 2006, par. 84. Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, par. 86. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 112. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, par. 75.

109 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPFRC. 2010, par. 103.

110 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPFRC. 2014, par. 226. Neste parágrafo, a Corte IDH cita uma decisão da Corte Superior de Bogotá: “a Corte Superior de Bogotá assi-

No caso *González Medina e família vs. República Dominicana*, a Corte IDH acrescentou que a existência do desaparecimento forçado é perpetuada até que se saiba o paradeiro dos desaparecidos, sua identidade seja determinada com segurança e essa análise deve ser realizada de forma abrangente:

O fenômeno do desaparecimento forçado de pessoas precisa ser analisado desde uma perspectiva integral, devido à pluralidade de condutas que, unidas por um único objetivo, violam permanentemente, enquanto subsistam, bens jurídicos protegidos pela CADH. Portanto, a análise jurídica do desaparecimento forçado deve ser consistente com a complexa violação de Direitos Humanos que isso representa.¹¹¹

É importante destacar que, no caso *Tenorio Roca e outros vs. Peru*, a Corte IDH concluiu que “é irrelevante a maneira através da qual a privação de liberdade para caracterizar como um desaparecimento forçado, ou seja, qualquer forma de privação de liberdade satisfaz esse primeiro requisito”.¹¹² Dessa forma, a Corte IDH leva em consideração o disposto pelo Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados e Involuntários de Pessoas da ONU, esclarecendo que:

[...] O desaparecimento forçado pode começar com uma detenção ilegal ou uma prisão ou detenção inicialmente legal, ou seja, que a proteção da vítima contra o desaparecimento forçado deve ser eficaz contra a privação de liberdade, independentemente de sua forma, e não se limitar a casos de privação ilegal da liberdade.¹¹³

A proibição do desaparecimento forçado também impõe obrigações positivas aos Estados. No Caso *Gelman vs. Uruguai* a Corte IDH estabeleceu que essa obrigação inclui “todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a salvaguarda dos Direitos Humanos”.¹¹⁴ Nesse sentido, a sentença aduz a mera existência de um centro de detenção clandestino, por si só, uma violação do dever de garantir proteção contra desaparecimentos forçados.¹¹⁵

Em relação à obrigação de investigar esse crime, a Corte IDH destacou as seguintes características: 1. que a referida investigação seja *ex officio*, 2. sem demora, 3. de maneira séria, imparcial e eficaz por todos os meios legais disponíveis, e 4. visando identificar o paradeiro da vítima, a verdade e a perseguição, captura, processo e punição dos autores.¹¹⁶ Esse dever de investigar permanece vigente

nalou que o fato de uma pessoa estar desaparecida ‘significa que não há notícias sobre ela, apesar do fato de que está provado e aceito que ela estava viva no palácio quando começou a captura por parte dos subversivos. Ele poderia ter morrido ali e seu corpo não poderia ter sido identificado, mesmo estando em condições de ser reconhecido; não pôde ser identificado devido à impossibilidade devido à degradação causada pelo incêndio, ou devido a erro ou manuseio incorreto dos restos; Ela conseguiu sair viva e sua partida não foi registrada. Simplesmente, nada se sabe sobre ela, exceto que ela estava viva naquele lugar no momento inicial.’ *Sentença do Tribunal Superior de Bogotá* de 24 de outubro de 2014 (expediente de prova, folio 38278). No mesmo sentido, ver *Comissão DHONU. Informe remitido por el Sr. Manfred Nowak, miembro experto en el Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, 4 de março de 1996, E/CN.4/1996/36, par. 83. *Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Principios rectores. Modelo de Ley sobre las Personas Desaparecidas*, artículo 2. Disponível em: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/model-law.missing-0907_spa.pdf. (último acesso 08/10/2017). Nesse sentido, ver os casos da Corte IDH: *Corte IDH. Caso Gómez Palomino vs. Peru. FRC*. 2005, par. 97. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru. EPFRC*. 2013, par. 113.

111 Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, par. 129.

112 Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 148.

113 Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016. (grifo do autor). Neste parágrafo a Corte IDH cita os seguintes casos: Corte IDH. *Caso Blanco Romero e outros vs. Venezuela*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 105. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 125.

114 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, par. 77.

115 *Idem*.

116 *Ibidem*, par. 186. Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 219. Da mesma forma, de acordo com a linha jurisprudencial estabelecida desde *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, a Corte IDH indica que “essa obrigação é mantida, independentemente do agente a quem a violação possa ser atribuída, mesmo que sejam pessoas físicas, pois, [...] se seus atos não forem seriamente investigados, eles, de certa forma, estarão auxiliados pelo poder público, o que comprometeria a responsabilidade internacional do Estado”. Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPFRC. 2009, par. 291, citando a: Corte IDH. *Caso*

até que seja determinado o destino final da pessoa que sofreu o desaparecimento forçado. “O direito do parente mais próximo da vítima de saber qual foi o seu destino e, quando apropriado, onde estão seus restos mortais, representa uma expectativa justa que o Estado deve satisfazer com todos os meios à sua disposição.”¹¹⁷

Da mesma forma, a Corte IDH especificou a necessidade de uma análise global ou conjunta, uma vez que nesses casos:

A análise do desaparecimento forçado deve abranger a totalidade dos fatos apresentados para consideração do Tribunal. Somente assim a análise jurídica do desaparecimento forçado é consistente com a complexa violação dos Direitos Humanos que representa, com sua natureza permanente e com a necessidade de considerar o contexto em que os eventos ocorreram, a fim de analisar seus efeitos prolongados no tempo e o enfoque abrangente de suas consequências.¹¹⁸

Em casos de desaparecimento forçado de mulheres, a Corte IDH avaliou a responsabilidade do Estado e o conhecimento de uma situação real de risco em dois momentos fundamentais, o primeiro antes do desaparecimento das vítimas, e o segundo antes da localização de seus corpos sem vida. Assim, em *González e outros (Campo Algodoeiro) vs. México, Veliz Franco e outros*, e *Velásquez Paiz e outros* - os dois últimos casos contra a *Guatemala* -, o contexto do caso foi avaliado para determinar que “um dever de estrita diligência surge em relação a denúncias de desaparecimento de mulheres, em relação à sua busca durante as primeiras horas dias.”¹¹⁹ A Corte determinou que essa obrigação de investigar, sendo um meio, é mais rigorosa e, portanto:

[...] é imprescindível a atuação rápida e imediata das autoridades policiais, do Ministério Público e judiciais, ordenando medidas oportunas e necessárias dirigidas à determinação do paradeiro das vítimas ou do local onde possam se encontrar privadas de liberdade. Devem existir procedimentos adequados para as denúncias e que estas levem a uma investigação efetiva desde as primeiras horas.¹²⁰

Agora é necessário estabelecer algumas considerações sobre a prova em casos de desaparecimentos forçados. Devido à natureza e às características desse crime, é necessário um padrão próprio de prova para declarar sua violação, uma vez que exigir provas completas resultaria na impossibilidade de declarar sua violação na maioria dos casos. Nesse sentido, a Corte IDH afirmou que não há provas além de qualquer dúvida razoável, mas que “é suficiente demonstrar que foram verificadas ações e omissões que permitiram a perpetuação dessas violações ou que há uma obrigação do Estado que foi violada.”¹²¹ Além disso, a Corte IDH considera que “é legítimo o uso de provas circunstanciais, indícios e presunções para fundamentar uma sentença, desde que conclusões consistentes sobre os fatos possam ser inferidas a partir delas”.¹²² Em suma, “a prova indiciária ou presuntiva é de especial importância quando se trata de denúncias sobre desaparecimento forçado, uma vez que essa forma de violação é caracterizada por buscar a remoção de qualquer elemento que permita verificar a prisão, o paradeiro e o destino das vítimas.”¹²³

No caso *Desaparecidos do Palácio da Justiça*, a Corte IDH analisou mais detalhadamente o critério da prisão da pessoa por parte das autoridades estatais e estabeleceu que: “não há impedimento ao uso

Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 145. Corte IDH. Caso *Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009, par. 78.

117 Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 178.

118 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, par. 146.

119 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPFRC. 2009, par. 283. Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, par. 141. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, par. 122.

120 *Idem*.

121 Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009, par. 73.

122 *Idem*.

123 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 131.

de prova indiciária para demonstrar a concordância de qualquer um dos elementos da desaparecimento forçado, incluindo a privação de liberdade”,¹²⁴ e afirmou que o critério é:

[...] compartilhado pelo TEDH que indicou que em casos nos quais a prisão de uma pessoa por autoridades estatais não tenha sido comprovada, essa *detenção pode ser presumida ou inferida se for estabelecido que a pessoa estava em um local sob controle estatal e não foi vista desde então*.¹²⁵

Consequentemente, o desaparecimento forçado de pessoas claramente constitui uma das violações mais graves do artigo 4, que protege o direito à vida. Portanto, é obrigação do Estado não apenas impedir que tais violações sejam cometidas dentro de sua jurisdição, mas também criar as condições necessárias para impedir que essa violação múltipla dos Direitos Humanos ocorra.

6. O contexto das prisões

No estudo do artigo 4 da CADH, é essencial analisar as obrigações do Estado em relação ao direito à vida das pessoas privadas de liberdade.

As pessoas privadas de liberdade constituem um grupo em relação ao qual o Estado tem uma posição especial de garantidor da proteção de seus Direitos Humanos, estando diretamente sob custódia em estabelecimentos sob sua guarda e responsabilidade imediata. Portanto, embora essa análise possa corresponder, em princípio, aos aspectos relacionados ao tratamento dos presos e às condições de detenção, regulamentadas no artigo 5 da CADH (direito à integridade pessoal), também existem aspectos do direito à vida de pessoas privadas de liberdade reguladas através do artigo 4 da CADH.

No caso de *Neira Alegria e outros vs. Peru*, a Corte IDH vinculou o direito à vida com o uso proporcional da força, a fim de garantir a segurança dentro do complexo penitenciário. Nessa sentença, embora a Corte IDH comece reconhecendo que, em situações excepcionais e sob certas circunstâncias especiais, o uso da força para manter a ordem - mesmo que implique privação da vida - poderia estar de acordo com a CADH,¹²⁶ esclarece imediatamente que essas medidas devem ser proporcionais:

O alto risco dos detidos no Pavilhão Azul da prisão de San Juan Bautista e o fato de estarem armados não constituem, na opinião da Corte IDH, elementos suficientes para justificar o volume de força que foi utilizado nesta e nas demais prisões, o que foi entendido como um confronto político entre o governo e os terroristas, verdadeiros ou suspeitos, do Sendero Luminoso [...], o que provavelmente levou à demolição do pavilhão, com todas as suas consequências, incluindo as mortes de presos que acabariam se rendendo e a clara negligência em buscar sobreviventes e subsequentemente resgatar os corpos.¹²⁷

No caso *Durand e Ugarte vs. Peru*, a Corte IDH declarou a violação do direito à vida em razão do uso desproporcional da força contra os presos, endossando um critério anterior desenvolvido - e citado acima neste comentário no artigo 4 -, em *Vélásquez Rodríguez e Godínez Cruz*, ambos contra Honduras, afirmando que, independentemente dos crimes cometidos ou do grau da culpa individual, “não se pode admitir que o poder possa ser exercido sem limite ou que o Estado possa usar qualquer procedimento

124 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPFRC. 2014, par. 233. Nesse mesmo parágrafo, a Corte IDH recordou que no caso *Osório Rivera e família vs. Peru*, “determinou que o que aconteceu com a vítima constituía um desaparecimento forçado, uma vez que era necessário inferir que sua detenção continuou apesar de uma ordem de liberação”.

125 *Idem*. (grifo do autor). A Corte IDH cita a: TEDH. *Caso Khadzhiyev et al vs. Rússia*. Sentença de 6 de novembro de 2008. Petição n.º 3013/04, par. 79-80.

126 Corte IDH. *Caso Neira Alegria e outros vs. Peru*. F. 1995, par. 74.

127 *Idem*.

para atingir seus objetivos, sem sujeição à lei ou à moral. Nenhuma atividade do Estado pode ser baseada no desprezo pela dignidade humana.”¹²⁸

Finalmente, para tais fins, a Corte IDH estabeleceu que:

Como já havia indicado em ocasiões anteriores, reconhece a existência do poder e a obrigação do Estado de garantir a segurança e manter a ordem pública, especialmente dentro das prisões. [...] No entanto, o Estado não pode transbordar o uso da força com consequências letais para os presos em centros penitenciários, justificando-se na mera existência da situação descrita acima. O contrário seria absolver o Estado de seu dever de adotar ações preventivas e de sua responsabilidade na criação dessas condições.¹²⁹

Em conclusão, para determinar o alcance da violação do artigo 4 da CADH, a Corte IDH considera a posição do Estado como garantidor reforçado dos direitos das pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos penitenciários - ou qualquer outro estabelecimento de outra natureza - que não apenas obriga o Estado de maneira especial a usar a força de acordo com os princípios de necessidade e proporcionalidade, mas também afirma que o Estado deve adotar medidas preventivas e criar condições para evitar o uso da força nos referidos estabelecimentos.

7. A situação de risco e ameaça real à vida como uma violação ao artigo 4 da CADH

A Corte IDH estabeleceu a responsabilidade dos Estados pela violação do direito à vida em casos em que a vida da vítima foi posta em risco e em ameaça real. Assim, em circunstâncias excepcionais, é permitido fundamentar e analisar a violação do artigo 4 da CADH *em relação às pessoas que, embora não tenham morrido, tiveram suas vidas colocadas em risco e ameaçadas, como consequência dos atos que violam CADH*.¹³⁰

No caso do povo indígena *Kichwa de Sarayaku vs. Equador*, a Corte IDH estabeleceu a responsabilidade internacional do Estado por uma situação permanente de risco e ameaça à vida da comunidade criada pela aquiescência e falta de proteção do Estado, bem como por sua falta de ação diligente:

a empresa petrolífera realizou, com a aquiescência e a proteção do Estado, a abertura de trilhas, e disseminou cerca de 1.400 kg do explosivo pentolite no Bloco 23, que inclui o território Sarayaku. Por conseguinte, foi um risco claro e comprovado, que cabia ao Estado neutralizar, como, efetivamente, foi ordenado mediante as medidas provisórias, ou seja, o descumprimento da obrigação de garantir o direito à propriedade comunal do Povo Sarayaku por parte do

128 Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. F. 2000, par. 69. Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. F. 1989, par. 262. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 154.

129 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, par. 70, citando a: Corte IDH. *Internado Judicial de Monagas (La Pica)*. Medidas Provisórias. Resolução de 9 de fevereiro de 2006, considerando décimo sétimo. Corte IDH. *Caso do Centro Penitenciário Regional Capital Yare I e II*. Medidas Provisórias. Resolução de 30 de março de 2006, considerando décimo quinto.

130 Assim, por exemplo, no caso da *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*, a Corte IDH declarou que o Estado era responsável pela violação do direito à vida, considerando que, por não ter garantido o direito à propriedade da comunidade, o Estado os havia privado da possibilidade de acessar seus meios tradicionais de subsistência, bem como o uso e aproveitamento dos recursos naturais necessários à obtenção de água potável e à prática da medicina tradicional para prevenção e cura de doenças, além de não ter tomado as medidas positivas necessárias para garantir condições de vida compatíveis com sua dignidade. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005, par. 158.d e 158.e. Do mesmo modo, ver Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguai*. EPFRC. 2004, par. 176. Corte IDH. *Caso Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. FRC. 2007, par. 124-125 e 127-128. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, par. 130.

Estado, permitindo a disseminação de explosivos em seu território, significou a criação de uma situação permanente de risco e ameaça para a vida e a integridade pessoal de seus membros.¹³¹

Da mesma forma, em *Gonzales Lhuy e outros vs. Equador*, a Corte IDH estabeleceu que a criação dessa situação de risco e perigo para a vida é uma violação da obrigação negativa de não afetar a vida e, no caso específico, em razão da violação da saúde devido à contaminação do sangue, Mesmo em uma entidade privada.¹³² Nesse sentido, a Corte IDH concluiu que:

Esse dano à saúde, devido à gravidade da doença envolvida [HIV] e *ao risco que a vítima pode enfrentar em vários momentos de sua vida, constitui uma violação do direito à vida, dado o perigo de morte que em vários momentos a vítima enfrentou e pode enfrentar devido à sua doença.* [...] Por outro lado, em alguns momentos de deterioração de suas defesas, associadas ao acesso aos antirretrovirais, o que aconteceu com a transfusão de sangue neste caso se refletiu em *ameaças à vida e possíveis riscos de morte que podem até voltar a surgir no futuro.*¹³³

8. O conceito de vida digna

Em várias sentenças, a Corte IDH não se limitou a afirmar que o direito à vida é violado apenas com sua privação arbitrária. Como mencionado anteriormente, o artigo 4 da CADH também representa uma *obrigação positiva de adotar as medidas necessárias para garantir a proteção efetiva desse direito.*

No caso da *Comunidade Indígena de Sawhoyamaya vs. Paraguai* a Corte IDH reconheceu o *direito a uma vida digna ou a uma existência digna, como obrigação do Estado de garantir condições mínimas de vida em favor das pessoas:*

Os Estados devem adotar as medidas necessárias para criar um marco normativo adequado que dissuade qualquer ameaça ao direito à vida; estabelecer um sistema de justiça eficaz capaz de investigar, punir e reparar qualquer privação de vida por parte de agentes estatais ou privados; e salvaguardar o direito a que não se impeça o acesso às *condições que garantem uma vida digna, incluindo a adoção de medidas positivas para evitar a violação desse direito.*¹³⁴

Essa obrigação regula as medidas que o Estado deve adotar em situações de risco real e imediato para a vida que lhe são conhecidas ou das quais deve estar ciente, mas não se estende aos casos que implicam um ônus impossível ou desproporcional para o próprio Estado. Nesse sentido, no caso de *Xákmok Kásek vs. Paraguai*, a Corte IDH indicou que:

Tendo em consideração as dificuldades de planejar e adotar políticas públicas e as decisões de caráter operativo que devem ser tomadas em função de prioridades e recursos, as obrigações positivas do Estado devem ser interpretadas de forma que não se imponha às autoridades um ônus impossível ou desproporcional. Para que surja esta obrigação positiva, deve-se estabelecer que no momento dos fatos as autoridades sabiam ou deviam saber da existência de uma situação de risco real e imediato para a vida de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos determinados, e que não tomaram as medidas necessárias no âmbito de suas atribuições que, julgadas razoavelmente, podiam esperar-se para prevenir ou evitar esse risco.¹³⁵

131 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012, par. 248. (grifo do autor)

132 Corte IDH. *Caso Gonzales Lhuy e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015, par. 184, 189-190.

133 *Ibidem*, par. 190. (grifo do autor). Neste parágrafo, a Corte IDH cita a jurisprudência do TEDH, que analisa violações do direito à vida relacionadas a afetações a pessoas que, embora não morram, sofrem sequelas e danos à saúde em consequência de tratamentos médicos indevidos, ver TEDH. *Caso Oyal vs. Turquia*. Sentença de 23 de março de 2010, Petição n.º 4864/05, par. 55. TEDH. *Caso G. N. et al. vs Itália*. Sentença de 1 de dezembro de 2009. Petição n.º 43134/05, par. 131-134.

134 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. FRC. 2006, par. 153. (grifo do autor)

135 *Ibidem*, par. 188. (grifo do autor)

Com base neste critério, para que seja aplicada a obrigação de garantir uma vida decente em favor de uma população específica, é necessário que os seguintes requisitos sejam atendidos: 1. que haja conhecimento por parte das autoridades sobre o risco existente para a vida de uma ou mais pessoas; e 2. que as medidas necessárias e razoáveis não foram tomadas para evitar o referido risco. Tudo isso deve ser avaliado, tendo em vista que, neste caso, a garantia de vida é uma obrigação de meios e não de resultado.

É pertinente notar que a obrigação estatal descrita acima foi reconhecida pela Corte IDH em casos relacionados a grupos vulneráveis: 1. em relação às comunidades indígenas (*Sawhoyamaya, Yakye Axa, Xákmok Kásek, todos esses casos contra o Paraguai*); 2. crianças de rua (*Villagrán Morales vs. Guatemala*),¹³⁶ e 3. menores privados de liberdade (*Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai*).

9. A relação do “direito a uma vida digna” com o artigo 26 da CADH

A obrigação de garantir uma vida digna, de acordo com os artigos 1.1 e 4 da CADH está intimamente ligada à obrigação do Estado de desenvolver progressivamente os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, os quais estão estabelecidos no artigo 26 da CADH.¹³⁷

O desenvolvimento do direito a uma vida decente, juntamente com o artigo 26 da CADH, ficou evidente no caso da comunidade indígena *Yakye Axa vs. Paraguai* de 2005, onde a Corte IDH declarou que:

162. Uma das obrigações que o Estado inevitavelmente deve assumir em sua posição de garante, com o objetivo de proteger e garantir o direito à vida, é a de criar as condições de vida mínimas compatíveis com a dignidade da pessoa humana e a de não produzir condições que a dificultem ou impeçam. Nesse sentido, o Estado tem o dever de adotar medidas positivas, concretas e orientadas à satisfação do direito a uma vida digna, em especial quando se trata de pessoas em situação de vulnerabilidade e risco, cuja atenção se torna prioritária. [...]

a Corte deve estabelecer se o Estado criou condições que aprofundaram as dificuldades de acesso a uma vida digna dos membros da Comunidade Yakye Axa e se, nesse contexto, adotou as medidas positivas apropriadas para satisfazer essa obrigação, que tomem em consideração a situação de especial vulnerabilidade à que foram levados, afetando sua forma de vida diferente (sistemas de compreensão do mundo diferentes dos da cultura ocidental, que compreende a estreita relação que mantêm com a terra) e seu projeto de vida, em sua dimensão individual e coletiva, à luz do corpus juris internacional existente sobre a proteção especial que requerem os membros das comunidades indígenas, à luz do exposto no artigo 4 da Convenção, em relação ao dever geral de garantia contido no artigo 1.1 e ao dever de desenvolvimento progressivo contido no artigo 26 da mesma, e aos artigos 10 (Direito à Saúde); 11 (Direito a um Meio Ambiente Sadio); 12 (Direito à Alimentação); 13 (Direito à Educação) e 14 (Direito aos Benefícios da Cultura) do Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e às disposições pertinentes da Convenção nº 169 da OIT.¹³⁸

Desse modo, no parágrafo transcrito, a Corte IDH vincula o direito a uma vida digna com a obrigação de desenvolvimento progressivo por parte dos Estados, *estendendo a proteção do direito à vida a fim de incluir os direitos econômicos, social e cultural*, expressamente reconhecido no Protocolo de San Salvador.¹³⁹ O resultado dessa linha de jurisprudência adotada pela Corte IDH é que o alcance do

136 Sobre a obrigação do Estado de garantir a vida digna a menores de idade, ver o comentário ao artigo 19 (direitos da criança) de autoria de Beloff.

137 Sobre o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 26 da CADH), ver o comentário de autoria de Courtis.

138 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005, par. 162-163. (grifo do autor)

139 O conceito de “direito a uma vida digna” desenvolvido pela Corte IDH coincide com o “direito a um padrão de vida

direito à vida digna permite certa judicialização dos desenvolvimentos consagrados no Protocolo de San Salvador, um instrumento que reconhece a competência *ratione materiae* da Corte IDH, em princípio, apenas no que diz respeito à suposta violação do direito de organização e associação sindical, e o direito à educação.¹⁴⁰

Em outras palavras, de acordo com o desenvolvimento histórico da jurisprudência da Corte IDH, o direito a uma vida digna constituía o veículo legal que, por sua vez, permitia a declaração da violação - ainda que indireta - de outros direitos além da CADH, incluindo os consagrados no Protocolo de San Salvador.

Assim, em 2011, no caso *Vera Vera e outras vs. Equador*, referente a pessoas privadas de liberdade, a Corte IDH reconheceu o direito à saúde (consagrado no artigo 10 do Protocolo de San Salvador) como parte integrante do direito à vida, garantindo que:

Os direitos à vida e à integridade pessoal estão direta e imediatamente ligados aos cuidados com a saúde humana. Nesse sentido, o artigo 10 do Protocolo de San Salvador estabelece que todos têm direito à saúde, entendido como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social, e indica que a saúde é um bem público. Assim, a Corte IDH estabeleceu que o Estado tem o dever de garantir a saúde das pessoas sob sua custódia, de fornecer aos presos exames médicos regulares e assistência e tratamento médico adequados quando necessário.¹⁴¹

Essa linha jurisprudencial foi objeto de debate na Corte IDH com ocasião do caso *Gonzales Lhuy e outros vs. Equador*, de 2015. Embora a violação do direito a uma vida digna não tenha sido declarada neste julgamento, os votos concordantes dos juízes Humberto Sierra Porto e Eduardo Ferrer Mac-Gregor mostraram posições conflitantes no desenvolvimento do direito a uma vida digna, e a possibilidade, ou não, de judicializar direta e independentemente os direitos econômicos, sociais e culturais.

O primeiro deles, o juiz Humberto Sierra Porto, declarou que “não foi demonstrado que o uso da conexidade ou do conceito de ‘vida digna’ como mecanismo de proteção indireta dos DESC não era eficaz para a proteção e garantia dos direitos das vítimas, ou que não era uma opção de garantia.”¹⁴² Por sua vez, o juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor¹⁴³ recordou seu voto no caso Suárez Peralta,¹⁴⁴ no qual afirmou que:

O conceito de vida digna ou outro tipo de análise baseado na conexidade do [direito à] saúde com [...] direitos civis [...] é valiosa e permitiu um importante avanço da jurisprudência interamericana. No entanto, *o principal problema dessa técnica argumentativa é que ela impede uma análise aprofundada do escopo das obrigações de respeito e garantia em relação ao direito à saúde.*¹⁴⁵

adequado” no DIDH; Ambos os direitos implicam ter as condições mínimas necessárias para uma pessoa levar a vida, incluindo: direito à alimentação, moradia, educação, serviços de saúde, vestuário e previdência social. Segundo o Prof. Peter, a fonte legal do direito a um padrão de vida adequado é encontrada no artigo 25 da DUDH, que estabelece que todos têm direito a um padrão de vida adequado que garanta a pessoa e à sua família, saúde e bem-estar, e especialmente alimentos, roupas, abrigo, assistência médica e serviços sociais necessários. O autor também estabelece que esta disposição deve ser lida em conjunto com o artigo 22 da mesma Declaração, que indica o direito de todas as pessoas de obter a satisfação de seus “direitos econômicos, sociais e culturais essenciais à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade”. Cf. Peter, C. M. *Standard of Living, Promotion of. Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009, par. 4.

140 Arts. 8.a) e 13 do *Protocolo de San Salvador*; respectivamente.

141 Corte IDH. *Caso Vera Vera e outra vs. Equador*. EPFRC. 2011, par. 43. .

142 Corte IDH. *Caso Gonzales Lhuy e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015. Voto individual do juiz Humberto Sierra Porto, par. 30. (grifo do autor)

143 Os juízes Roberto F. Caldas e Manuel E. Ventura Robles aderiram ao voto do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

144 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Equador*. EPFRC. 2013.

145 Corte IDH. *Caso Gonzales Lhuy e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015. Voto individual do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. (grifo do autor)

Os principais juízes deste debate concentraram suas diferenças em dois aspectos principais: 1. se a justiciabilidade através da análise de conexão do conceito de direito a uma vida digna- nos casos em que a controvérsia é claramente sobre a suposta violação de um direito econômico, social ou cultural e não civil -, permite a devida avaliação e análise do direito em questão; e 2. sobre a técnica interpretativa que a Corte IDH poderia usar para justificar a análise de um direito econômico, social ou cultural, levando em consideração a competência limitada reconhecida no Protocolo de San Salvador.

Este debate parece ter chegado ao fim em 2017 com o início de uma nova linha jurisprudencial. No caso *Lagos del Campo vs. Peru*, a Corte IDH declarou, pela primeira vez em sua história, a violação direta e independente do direito à estabilidade no emprego. Com esse julgamento, a Corte Interamericana adota a nova linha de jurisprudência relativa à interpretação do artigo 26 da CADH,¹⁴⁶ ao determinar a violação direta desse direito social, afastando-se do argumento baseado no direito à vida digna como uma ferramenta interpretativa para declarar a violação de um DESC. Assim, a Corte IDH declarou que:

[...] Estabeleceu anteriormente sua competência para ouvir e resolver disputas relacionadas ao artigo 26 da CADH, como parte integrante dos direitos listados na mesma, em relação aos quais o artigo 1.1 atribui obrigações gerais de respeito e garantia aos Estados [...]. Além disso, o Tribunal dispôs importantes desenvolvimentos jurisprudenciais sobre o assunto, à luz de vários artigos convencionais. Em resposta a esses precedentes, esta *Sentença desenvolve e especifica uma condenação específica para a violação do Artigo 26 da C[ADH]*, previsto no Capítulo III, intitulado Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da CADH.¹⁴⁷

A partir desta sentença, a Corte IDH poderá declarar a violação de um direito econômico, social, cultural ou ambiental, declarando a violação do artigo 26 da CADH.¹⁴⁸

Essa nova abordagem majoritária da Corte IDH não incluiu os juízes Eduardo Vio Grossi e Humberto Sierra Porto, que se opuseram em votos divergentes, nos quais questionam a interpretação adotada pela Corte IDH em relação à natureza jurídica do artigo 26 da CADH, as obrigações estatais dele decorrentes,¹⁴⁹ e os métodos de interpretação utilizados para justificar a virada jurisprudencial.¹⁵⁰

146 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPFRC. 2017, ponto resolutivo 5.

147 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPFRC. 2017, par. 154. A Corte IDH determinou que o direito à estabilidade no emprego deriva do artigo 26 da CADH mediante uma interpretação do disposto na Carta da OEA, a DADDH, na legislação interna dos países da região e em vários instrumentos do corpus juris internacional. *Ibidem*, par. 143-148. Sobre uma explicação das regras de interpretação que a Corte IDH considerava o direito à estabilidade no emprego como um direito protegido, veja o voto individual do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor nos parágrafos 4 e 22 da mesma sentença.

148 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPFRC. 2017. Voto individual do juiz Roberto F. Caldas, par. 1 e 6.

149 Em seu voto divergente, o juiz Sierra Porto considerou que a questão ‘central’ é: “O artigo 26 da CADH contém direitos subjetivos?”, Sobre o que conclui que a obrigação que o artigo gera, e que a Corte IDH pode supervisionar de forma direta, é “o cumprimento da obrigação de desenvolvimento progressivo e seu dever conducente à não-regressividade”. O mesmo juiz também adverte sobre as consequências de tentar estabelecer um catálogo de direitos para o artigo 26 com base em vários instrumentos internacionais além da Carta da OEA (o único instrumento a que o artigo se refere), nos seguintes termos: “Se, por si só, tentar criar um catálogo de DESC baseado na Carta é uma tarefa interpretativa complexa, começando a usar todos os tratados de Direitos Humanos existentes para preencher o artigo 26 da CADH com conteúdo, a única coisa que pode gerar é uma dinâmica de “visão expansiva” da responsabilidade internacional dos Estados. Em outras palavras, por não ter em mente um catálogo definido dos DESC cuja violação gera responsabilidade dos Estados, eles não podem impedir ou reparar possíveis infrações internamente, porque basicamente a Corte IDH poderia modificar o catálogo de direitos, dependendo do caso”. Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPFRC. 2017. Voto parcialmente dissidente do juiz Humberto A. Sierra Porto, par. 7-8, 12-14.

150 O juiz Vio Grossi afirmou que, de acordo com uma interpretação harmoniosa da CADH e do Protocolo de San Salvador e das disposições dos Estados partes na CADH, em particular o procedimento do artigo 31 da CADH para a expansão do catálogo dos direitos sobre os quais a Corte IDH é competente, é evidente que os DESC são excluídos da judicialização perante a Corte IDH, “exceto no que concerne às questões específicas previstas no Protocolo de San Salvador”. Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPFRC. 2017. Voto dissidente do juiz Eduardo Vio Grossi, pp. 8-9, seções C e D. Da mesma forma, para uma crítica ao método de interpretação evolutiva e pró-pessoa utilizado pela Corte IDH, consulte os parágrafos 21, 24 e 25 do voto parcialmente dissidente do juiz Humberto A. Sierra Porto na mesma sentença.

De qualquer forma, com esta linha jurisprudencial adotada pela Corte IDH na sentença *Lagos del Campo*, permanece pendente como será o desenvolvimento do direito a uma vida digna no futuro. Presumivelmente, o fim da interpretação por conexão não significa, por sua vez, o fim do desenvolvimento do direito a uma vida digna ou que não será mais invocado pela Corte IDH. Isso porque o conceito de vida digna implica uma série de direitos e liberdades, além de obrigações estatais, que acompanham o ser humano em todas as etapas de sua vida até sua morte - incluindo situações nas quais a intervenção estatal é necessária para garantir a sobrevivência das pessoas -¹⁵¹, para que o desenvolvimento desse direito, no âmbito do artigo 4 da CADH, continue na agenda da Corte IDH.

10. O projeto de vida

A Corte IDH desenvolveu a figura do ‘projeto de vida’ que “atende à realização integral da pessoa afetada, considerando sua vocação, aptidões, circunstâncias, potenciais e aspirações, que lhes permitem estabelecer razoavelmente certas expectativas e acessá-las”.¹⁵² No julgamento sobre reparações no caso *Loayza Tamayo vs. Peru*, a Corte IDH estabeleceu uma aceitação limitada do conceito de projeto de vida:

[...] É razoável afirmar que as violações de direitos impedem ou obstruem seriamente a consecução do resultado previsto e esperado e, portanto, alteram substancialmente o desenvolvimento do indivíduo. Em outras palavras, o “dano ao projeto de vida”, entendido como uma expectativa razoável e acessível no caso específico, significa a perda ou comprometimento grave de oportunidades de desenvolvimento pessoal, irremediavelmente ou muito difícil de reparar. Assim, a existência de uma pessoa é alterada por fatores não relacionados a ela, que lhe são impostos de forma injusta e arbitrária, violando as normas vigentes e a confiança que pode depositar em órgãos do poder público obrigados a protegê-la e dar-lhe segurança para o exercício de seus direitos e satisfação de seus interesses legítimos.¹⁵³

O projeto de vida não é quantificado como resultado dos fatos sobre os quais se tem certeza, mas sim daqueles prováveis dentro do desenvolvimento normal do indivíduo, e cujo desenvolvimento foi drasticamente modificado como resultado do fato de constituir responsabilidade internacional do Estado, modificando “os planos e projetos que uma pessoa planeja à luz das condições comuns em que sua existência se desenrola e de suas próprias aptidões para executá-las com uma probabilidade de sucesso.”¹⁵⁴

No entanto, em relação à reparação autônoma do projeto de vida das vítimas, a Corte IDH ainda não estabeleceu a origem de sua especificidade como uma compensação diferente ou complementar às demais reparações que fazem parte do conceito de “reparação integral”, mas os considerou incluídos nisso.¹⁵⁵ Nesse sentido, a Corte IDH indicou que “o projeto de vida se expressa nas expectativas de desenvolvimento pessoal, profissional e familiar, possíveis em condições normais”.¹⁵⁶ E indicou que “a reparação integral dos danos ao ‘projeto de vida’ geralmente requer medidas corretivas que vão além da mera compensação monetária, consistindo em medidas de reabilitação, satisfação e não repetição”.¹⁵⁷

151 Por exemplo, no caso de pessoas sem-teto, idosos, pessoas com deficiência ou os efeitos nas condições de vida devido a desastres naturais, entre outras situações.

152 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. RC. 1998, par. 147.

153 *Ibidem*, par. 150.

154 *Ibidem*, par. 149.

155 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. RC. 1998, par. 153-154. Nesse sentido, recomenda-se ver o comentário ao artigo 63 (reparações e Medidas Provisórias) de autoria de Correa.

156 Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 285. (notas omitidas)

157 *Idem*.

Artigo 5. Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a reabilitação social dos condenados.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C n.º 4. Doravante: Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. 1988.

Corte IDH. Caso *Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. Reparações e Custas. Sentença de 10 de setembro de 1993. Série C n.º 15. Doravante: Corte IDH. Caso *Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. Reparações e Custas. 1993.

Corte IDH. Caso *Loayza Tamayo vs. Peru*. Mérito. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C n.º 33. Doravante: Corte IDH. Caso *Loayza Tamayo vs. Peru*. Mérito. 1997.

Corte IDH. Caso *Castillo Páez vs. Peru*. Mérito. Sentença de 3 de novembro de 1997. Série C n.º 34. Doravante: Corte IDH. Caso *Castillo Páez vs. Peru*. Mérito. 1997.

Corte IDH. Caso *Suárez Rosero vs. Equador*. Mérito. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C n.º 35. Doravante: Corte IDH. Caso *Suárez Rosero vs. Equador*. Mérito. 1997.

Corte IDH. Caso *Blake vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 24 de janeiro de 1998. Série C n.º 36. Doravante: Corte IDH. Caso *Blake vs. Guatemala*. Mérito. 1998.

Corte IDH. Caso *das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C n.º 63. Doravante: Corte IDH. Caso *das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. 1999.

Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C n.º 70. Doravante: Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Mérito. 2000.

Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Peru*. Mérito. Sentença de 14 de março de 2001. Série C n.º 75. Doravante: Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Peru*. Mérito. 2001.

Corte IDH. Caso *Bulacio vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C n.º 100. Doravante: Corte IDH. Caso *Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003.

Corte IDH. Caso *19 Comerciantes vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C n.º 109. Doravante: Corte IDH. Caso *19 Comerciantes vs. Colômbia*. FRC. 2004.

Corte IDH. Caso *“Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C n.º 112. Doravante: Corte IDH. Caso *“Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguai*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. Caso *Tibi vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C n.º 114. Doravante: Corte IDH. Caso *Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2004. Série C n.º 119. Doravante: Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença 11 de março 2005. Série C n.º 123. Doravante: Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença 17 de junho de 2005. Série C n.º 125. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru*. Sentença de 25 de novembro de 2005. Série C n.º 137. Doravante: Corte IDH. *Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C n.º 140. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. Série C n.º 141. Doravante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. 2006.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C n.º 146. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. Sentença de 1 de julho de 2006. Série C n.º 148. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C n.º 149. Doravante: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catta) vs. Venezuela*. Sentença de 5 de julho de 2006, Série C n.º 150. Doravante: Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. Sentença de 21 de setembro de 2006. Série C n.º 152. Doravante: Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C n.º 153. Doravante: Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C n.º 154. Doravante: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C n.º 160. Doravante: Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso do Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C n.º 163. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C n.º 164. Doravante: Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haiti*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de maio de 2008. Série C n.º 180. Doravante: Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haiti*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C n.º 186. Doravante: Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2008. Série C n.º 190. Doravante: Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C n.º 192. Doravante: Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de abril de 2009. Série C n.º 196. Doravante: Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C n.º 202. Doravante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C n.º 205. Doravante: Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C n.º 209. Doravante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C n.º 212. Doravante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C n.º 213. Doravante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPFRC. 2010.

- Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C n.º 214. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010.
- Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C n.º 215. Doravante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPFRC. 2010.
- Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C n.º 216. Doravante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPFRC. 2010.
- Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2010. Série C n.º 217. Doravante: Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. FRC. 2010.
- Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C n.º 218. Doravante: Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010.
- Corte IDH. *Caso Fleury e outros vs. Haiti*. Mérito e Reparações. Sentença de 23 de novembro de 2011. Série C n.º 236. Doravante: Corte IDH. *Caso Fleury e outros vs. Haiti*. Mérito e Reparações. 2011.
- Corte IDH. *Caso família Barrios vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C n.º 237. Doravante: Corte IDH. *Caso família Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011.
- Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C n.º 241. Doravante: Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. FRC. 2012.
- Corte IDH. *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de junho de 2012. Série C n.º 244. Doravante: Corte IDH. *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*. EPFRC. 2012.
- Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C n.º 246. Doravante: Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012.
- Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C n.º 248. Doravante: Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. EPFRC. 2012.
- Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C n.º 250. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.
- Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de outubro de 2012. Série C n.º 251. Doravante: Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012.
- Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C n.º 252. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. FRC. 2012.
- Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 novembro de 2012. Série C n.º 253. Doravante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012.
- Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 novembro de 2012. Série C n.º 258. Doravante: Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012.
- Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 30 de novembro de 2012. Série C n.º 259. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPFR. 2012.
- Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 14 de maio de 2013. Série C n.º 260. Doravante: Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. EPFR. 2013.
- Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de maio de 2013. Série C n.º 261. Doravante: Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Equador*. EPFRC. 2013.
- Corte IDH. *Caso García Lucero e outras vs. Chile*. Exceção Preliminar, Mérito e Reparações. Sentença de 28 de agosto de 2013. Série C n.º 267. Doravante: Corte IDH. *Caso García Lucero e outras vs. Chile*. EPFR. 2013.
- Corte IDH. *Caso das comunidades afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operación Génesis) vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2013. Série C n.º 270. Doravante: Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colômbia*. EPFRC. 2013.
- Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2013. Série C n.º 272. Doravante: Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPFRC. 2013.
- Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2013. Série C n.º 274. Doravante: Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPFRC. 2013.
- Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2013. Série C n.º 275. Doravante: Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013.
- Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de

- 19 de maio de 2014. Série C n.º 277. Doravante: Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.
- Corte IDH. *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de maio de 2014. Série C n.º 279. Doravante: Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.
- Corte IDH. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de agosto de 2014. Série C n.º 281. Doravante: Corte IDH. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014.
- Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 283. Doravante: Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.
- Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta e outros vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de outubro de 2014. Série C n.º 286. Doravante: Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta e outros vs. Peru*. EPFRC. 2014.
- Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de novembro de 2014. Série C n.º 287. Doravante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPFRC. 2014.
- Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C n.º 289. Doravante: Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPFRC. 2014.
- Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de abril de 2015. Série C n.º 292. Doravante: Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. EPFRC. 2015.
- Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de junho de 2015. Série C n.º 297. Doravante: Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015.
- Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C n.º 298. Doravante: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015.
- Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2015. Série C n.º 300. Doravante: Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. FRC. 2015.
- Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C n.º 303. Doravante: Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015.
- Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2015. Série C n.º 308. Doravante: Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPFRC. 2015.
- Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de fevereiro de 2016. Série C n.º 310. Doravante: Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPFRC. 2016.
- Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de fevereiro de 2016. Série C n.º 312. Doravante: Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016.
- Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de junho de 2016. Série C n.º 314. Doravante: Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016.

Pareceres consultivos

- Corte IDH. *Condição jurídica e direitos da criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A n.º 17. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. Condição jurídica e direitos da criança. 2002.
- Corte IDH. Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Série A n.º 21. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14. Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. 2014.

Resoluções e decisões

- Corte IDH. *Caso Internado Judicial de Monagas (“La Pica”)*. Medidas Provisórias. Resolução de 6 de julho de 2004.
- Corte IDH. *Caso das Penitenciárias de Mendoza*. Medidas Provisórias. Resolução de 18 de junho de 2005.
- Corte IDH. *Caso das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no “Complexo do Tatuapé” ae FEBEM*. Medidas Provisórias. Resolução de 30 de novembro de 2005.
- Corte IDH. *Caso do Centro Penitenciário Región Capital Yare I e Yare II (Cárcel de Yare)*. Medidas Provisórias. Resolução de 30 de março de 2006.
- Corte IDH. *Caso Assunto do Centro Penitenciário de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana)*. Medidas Provisórias. Resolução de 2 de fevereiro de 2007.
- Resolução da Corte IDH de 27 de janeiro de 2009 sobre o pedido de Parecer Consultivo apresentado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos: *Castigo Corporal a Crianças e Adolescentes*.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. *Relatório n.º 1/95, Caso 11.006 Peru*, 7 de fevereiro de 1995, publicado no Relatório Anual 1994.

CIDH. *Relatório n.º 5/96*, Caso n.º 10.970, 1 de março de 1996.

CIDH. Princípios e boas práticas sobre a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas. Adotados durante o 131º Período Ordinário de Sessões, celebrado de 3 a 14 de março de 2008.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TEDH. *Caso Irlanda vs. Reino Unido*. Sentença de 18 de janeiro de 1978, Série A, n.º 25.

TEDH. *Campbell and Cosans*. Sentença de 25 de fevereiro de 1982, Série A, n.º 48. TEDH. *Caso Tyrer vs. Reino Unido*. Sentença de 25 de abril de 1978.

TEDH. *Caso Aydın vs. Turquia*. Sentença de 25 de setembro de 1997.

TEDH. *Caso Kilic vs. Turquia*. Sentença de 28 de março de 2000.

TEDH. *Caso I.I vs. Bulgária*. Sentença de 9 de junho de 2005. Denúncia n.º 44082/98.

TEDH. *Caso Poltoratskiy vs. Ucrânia*. Sentença de 29 de abril de 2003. Denúncia n.º 38812/97.

Sentenças e decisões proferidas por outros tribunais internacionais

CIJ. *East Timor (Portugal vs. Australia)*. Judgment, I. C. J. Reports 1995, p. 90.

TPIR. *Caso Prosecutor vs. Akayesu*. Sentença de 2 de setembro de 1998.

TPIEY. *Caso Celebici. n.º IT-96-21-T*, Sentença de 16 de novembro de 1998.

Documentos adotados por organizações internacionais

Organização das Nações Unidas

ONU. Regras mínimas das Nações Unidas para administração da justiça de menores (Regras de Beijing), adotadas pela Resolução n.º 40/33 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 28 de novembro de 1985. Doravante: Regras de Beijing.

Comitê DHONU. Observação Geral n.º 21 do Comitê de Direitos Humanos. 10 de abril de 1992. A/47/40/(SUPP), Substitui a Observação Geral n.º 9, Tratamento humano das pessoas privadas de liberdade (Art. 10), 44º sessão 1992.

Comissão DHONU. Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias. “Contemporary Forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Armed Conflict”; Final Report Ms. Gay J. McDougall, Relatora Especial, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junho de 1998.

Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, Naciones Unidas, Ginebra, 2001

Referências Acadêmicas

BARQUIN SANZ, J. *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*. Edersa, Madrid, 1992.

CEBADA ROMERO, A. “Los conceptos de obligaciones erga omnes, ius cogens y violación grave, a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos”, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002.

LANGBEIN, J. “The legal history of torture”, in SANFORD, L. *Torture. A Collection*. Oxford University Press, 2004.

Mc GOLDRICK, D. *The Human Rights Committee. Its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Clarendon Press – Oxford, 1994.

MEDINA, C. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*. Centro de Derechos Humanos, 2003.

NASH, C. *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. 2a ed., Centro de Derechos Humanos - Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2009.

RODLEY, N. *The Treatment of Prisoners under International Law*. 2a ed., Oxford University Press, 2002.

SCHWELB, E. “Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission”, in *American Journal of International Law*, Vol 61, 1967, pp. 946-975.

VAN DIJK, P, e VAN HOOFF, G. J. H. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 4a ed., SIM, Kluwer Law International, Haia - Londres - Boston, 2006.

Outras referências

Protocolo de Istambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 2004. Presentado a la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos el 9 de agosto de 1999 por diversas organizaciones e instituciones. Doravante: Protocolo de Istambul.

Asociación para la Prevención de la Tortura (APT). *Guía sobre la Legislación contra la Tortura*. Disponível em: http://www.aprt.ch/content/files_res/anti-torture-guide-es.pdf [último acesso 15/12/2016].

Sumário

1. Introdução	157
2. O Direito à Integridade Pessoal	158
2.1. O direito à integridade pessoas e sua relação com a dignidade humana.....	158
2.2. Conteúdo e Alcance.....	159
2.3. Os mecanismos de proteção do direito à integridade pessoal	163
3. A proibição de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes	164
3.1. A necessidade de distinguir entre tortura e outros atos que violam a integridade pessoal	165
3.2. Jurisprudência sobre a definição de tortura.....	167
3.3. Outras formas de violação da integridade pessoal.....	173
4. As obrigações do Estado em relação ao direito à integridade pessoal	174
4.1. Violação da obrigação de investigar como uma violação do direito à integridade pessoal	175
4.2. Dever de cooperação internacional	177
4.3. O direito à saúde e sua relação com a integridade pessoal.....	177
4.4. A situação das pessoas em deslocamento forçado	179
4.5. Abster-se de expulsar para países onde há risco de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante	179
4.6. Obrigações Institucionais (tipificação).....	181
5. Pessoas privadas da liberdade	182
5.1. Considerações gerais sobre o alcance das obrigações do Estado	182
5.2. Questões específicas sobre pessoas privadas de liberdade	185
6. A pena não pode ir além da pessoa do delinquente	189
7. Os réus devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a um tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas	190
7.1. A separação entre réus e condenados.....	190
7.2. Migrantes privados da liberdade.....	190
8. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento	191
8.1. Sistema Especializado	191
8.2. Separação entre crianças e adultos privados de liberdade	192
9. A privação da liberdade terá como objetivo essencial a reforma e readaptação social dos condenados	193
10. A título de síntese	193

1. Introdução

O sistema internacional de Direitos Humanos, em geral, e o SIDH, em particular, são construídos sobre alguns pilares básicos ligados à proteção da dignidade do ser humano. Um desses pilares é o direito de toda pessoa a que sua integridade pessoal seja respeitada.

O anterior parece ser uma questão amplamente reconhecida e aceita, mas não foi assim ao longo da história. A perspectiva atual corresponde a uma conquista após um longo processo de limitação de poder e, em particular, em sua expressão mais dramática, proibir todas as formas de aplicação deliberada de tormentos a uma pessoa sujeita à sua jurisdição. Esse processo evoluiu do uso constante de tais práticas como uma forma de punição, passando para o uso regulamentado como uma maneira de obter confissões, o que, por si só, representou um avanço; para tentativas de controlar as maneiras pelas quais um sofrimento deliberado era infligido a uma pessoa no o processo da inquisição, também como expressão de um meio de controlar tais práticas; e, finalmente, as ideias de proibição absoluta ou abolicionista, que são de data recente.¹

No DIHH, a proibição absoluta de tortura é um imperativo moral e não admite um debate do ponto de vista utilitário. Sobre esse tema a Corte IDH declarou que:

[...]a tortura e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes estão estritamente proibidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. A proibição absoluta da tortura, tanto física como psicológica, pertence hoje ao domínio do *jus cogens* internacional. Essa proibição subsiste mesmo nas circunstâncias mais difíceis, tais como guerra, ameaça de guerra, combate ao terrorismo e quaisquer outros crimes, Estado de Sítio ou de emergência, comoção ou conflito interno, suspensão de garantias constitucionais, instabilidade política interna ou outras emergências ou calamidades públicas.²

Assim, hoje o direito à integridade pessoal e, em particular, a proibição de sua violação ilegítima, é reconhecido, aceito e protegido. O que é expressamente proibido é uma afetação ilegítima, uma vez que existem certos atos que podem ser considerados afetações à integridade pessoal, mas que não são necessariamente uma violação desse direito pois são considerados afetações legítimas, como tratamentos médicos, tatuagens, entre outros.³

No âmbito da regulamentação internacional e da jurisprudência da Corte IDH sobre integridade pessoal, surgem uma série de questões relevantes para sua efetiva proteção. É importante especificar corretamente o que é integridade pessoal, quais são os atos que serão considerados proibidos, as consequências de considerar a tortura como ato proibido e sua caracterização como norma *jus cogens* do ponto de vista substantivo e processual, as formas de violação desse direito e as vítimas. Essas questões foram sendo gradualmente desenvolvidas na jurisprudência da Corte IDH. Neste comentário, nos concentraremos nas questões que têm um impacto especial no exercício da aplicação prática da jurisprudência em nível nacional.

1 Langbein, J. "The legal history of torture", in Sanford, L. *Torture. A Collection*. Oxford University Press, 2004.

2 Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006, par. 271. No mesmo sentido, no ano 2015, ver: Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 126.

3 Nesse sentido, no Sistema Europeu de Direitos Humanos, ver Van Dijk, P, e Van Hoof, G. J. H. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 4a ed., SIM, Kluwer Law International, Haia - Londres - Boston, 2006. pp. 316-317. Sobre o Comitê DHONU, ver Mc Goldrick, D. *The Human Rights Committee. Its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Clarendon Press - Oxford. 1994, p. 366. No SIDH, ver Medina, C. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*. Centro de Derechos Humanos, 2003. pp. 154-155.

2. O Direito à Integridade Pessoal

2.1. O direito à integridade pessoas e sua relação com a dignidade humana

Devido ao vínculo direto entre o direito à integridade pessoal e a dignidade humana, as formas de violação do direito são variadas e muitas delas não são tão evidentes quanto as mais graves. Foi assim que a Corte IDH o entendeu, pois desde seus primeiros casos estabeleceu uma visão ampla sobre o vínculo entre dignidade humana e integridade pessoal:

A Corte considera como comprovado pelas declarações das testemunhas oculares que o Sr. Castillo Páez, depois de detido por policiais, foi colocado no porta-malas do veículo oficial. O acima exposto constitui uma violação do artigo 5 da Convenção que protege a integridade pessoal, uma vez que, mesmo que não tenha havido outros maus tratos físicos, psicológicos ou morais, essa ação por si só deve ser considerada claramente contrária ao respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.⁴

Posteriormente, a Corte IDH expandiu essa ideia:

Já foi estabelecido que “a violação do direito à integridade física e mental das pessoas é um tipo de violação que tem conotações de vários graus e que varia da tortura a outros tipos de assédio ou tratamento cruel, desumano ou degradante, cujas consequências físicas e psicológicas variam em intensidade de acordo com fatores endógenos e exógenos que devem ser demonstrados em cada situação específica”. Em outras palavras, as características pessoais de uma suposta vítima de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante devem ser levadas em consideração ao determinar se a integridade pessoal foi violada e, portanto, aumentam o sofrimento e o sentimento de humilhação quando submetidos a certos tratamentos. Além disso, a Corte indicou que qualquer uso da força que não seja estritamente necessário devido ao comportamento do próprio detido constitui um ataque à dignidade humana, violando o artigo 5 da Convenção Americana.⁵

A violação da dignidade por meio da integridade pessoal pode assumir várias formas e ser realizada por diferentes entidades.⁶ Existem violações à integridade pessoal em suas facetas físicas, psicológicas e morais e em atos expressamente proibidos. A Corte IDH determinou que qualquer violação do artigo 5.2 implicará necessariamente a violação do artigo 5.1 da mesma⁷, mas não vice-versa.

Além disso, em relação a esse direito, uma série de discussões foi realizada sobre o conteúdo e o escopo das obrigações: o que é integridade?, o que é tortura?, quais são outras formas de violação do direito? e sobre obrigações garantia e não discriminação a ele associadas.

O direito à integridade pessoal pode ser violado por diferentes atos,⁸ os mais graves são a tortura, que são atos específicos, e uma forma de violação da integridade pessoal que causa maior rejeição e outros tipos são os tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes, que são atos mais genéricos.⁹ Em geral, os instrumentos internacionais se concentram na proibição desses últimos

4 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. Mérito. 1997, par. 66.

5 Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011, par. 52.

6 Sobre a violação do direito à integridade pessoal das vítimas de um atentado a bomba no qual a Corte IDH interpretou as disposições da CADH à luz do DIH, a saber, o princípio da distinção, proporcionalidade e precaução, ver Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPFR. 2012. Seção B.1 da Sentença.

7 Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 118.

8 No *Caso do Povo do Povo Indígena Mapuche vs Chile*, a Corte IDH concluiu que não obstante as distintas violações à integridade pessoal que gerou a greve de fome dos membros do povo, que protestavam pela detenção e processamento das supostas vítimas e a aplicação da Lei Antiterrorista do Estado, este ato não poderia ser imputado ao Estado. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 392.

9 Ver Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. FRC. 2012, par. 162.

comportamentos e, embora a CADH não preveja explicitamente um direito à integridade pessoal,¹⁰ todos os atos proibidos são formas de afetação deste direito.

2.2. Conteúdo e Alcance

2.2.1 Diferença entre violações físicas, psíquica e morais

Ao iniciar o estudo sobre o conteúdo e o alcance do direito à integridade pessoal, a primeira coisa a ser abordada são as várias manifestações em seus diferentes campos físicos, psicológicos e morais.

No caso *Pacheco Tineo vs. Bolívia*, a Corte IDH observou que a expulsão da família Pacheco Tineo para o Peru como consequência da rejeição de um pedido de reconhecimento do status de refugiado, sem a possibilidade de interpor recursos contra essa decisão, e após o governo chileno autorizá-los a entrar no país gerou medo e falta de proteção nos membros da família, o que constituiu uma violação à integridade psíquica e moral contrária ao artigo 5.1 da CADH.¹¹

Outro exemplo da utilidade da distinção entre integridade física, psíquica e moral, é o caso da *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*, no qual a Corte considerou que, embora não fosse apropriado se pronunciar sobre uma suposta violação da 'integridade cultural' da comunidade,¹² considerou que a falta de restituição de suas terras tradicionais constituía uma violação da integridade pessoal de seus membros, devido aos efeitos psíquicos e morais que sofreram como resultado:

No presente caso, várias das supostas vítimas que declararam perante a Corte expressaram o pesar que elas e os membros da Comunidade sentem pela falta da restituição de suas terras tradicionais, a perda paulatina de sua cultura e a longa espera que suportaram no transcurso do ineficiente procedimento administrativo. Além disso, as condições de vida miseráveis em que vivem os membros da Comunidade, a morte de vários de seus membros e o estado geral de abandono em que estão geram sofrimentos que necessariamente afetam a integridade psíquica e moral de todos os membros da Comunidade. Tudo isso constitui uma violação do artigo 5.1 da Convenção, em detrimento dos membros da Comunidade Xákmok Kásek [...].¹³

Da mesma forma, a Corte IDH indicou que as condições de abandono sofridas por uma comunidade podem constituir uma forma de violação da integridade mental e moral dos membros da referida comunidade:

[...] As más condições de vida sofridas pelos membros de uma comunidade e o estado geral de abandono em que se encontram geram sofrimentos que afetam necessariamente a integridade mental e moral dos membros da referida comunidade. É o caso das vítimas sobreviventes dos massacres que atualmente residem no bairro de Pacux.¹⁴

Em um caso em que cidadãos haitianos em situação irregular perderam a vida com tiros de militares da República Dominicana em sua perseguição após entrar naquele país, a Corte IDH concluiu que o tratamento dado aos corpos das pessoas que morreram após o incidente, "ao serem enterrados em fossas comuns, sem serem claramente identificados nem entregues a seus familiares, manifesta um tratamento degradante, em violação do artigo 5.1 [...] em detrimento das pessoas falecidas e de seus familiares."¹⁵

No caso de ameaças de violação dos Direitos Humanos, a Corte IDH indicou que:

10 Medina C., *op. cit.*, pp. 154 e ss.

11 Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPFRC. 2013, par. 207-208.

12 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010, par. 242.

13 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010, par. 244.

14 Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, par. 164.

15 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 117.

A Corte se remete a essas considerações sobre os fatores que repercutem na gravidade dos fatos. É claro que o uso dessa força pelos agentes estatais contra os internos implicou a violação de sua integridade física.

Este Tribunal sustentou que a mera ameaça de que ocorra uma conduta proibida pelo artigo 5 da Convenção Americana, quando seja suficientemente real e iminente, pode constituir em si mesma uma transgressão à norma em questão. Para determinar a violação do artigo 5 da Convenção, deve-se levar em conta não só o sofrimento físico, mas também a angústia psíquica e moral. A ameaça de sofrer uma grave lesão física pode chegar a configurar uma “tortura psicológica”.¹⁶

No caso dos *Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*, a Corte IDH concluiu que a situação de privação ilegal da liberdade de uma das vítimas, em ausência de controle judicial, aliada à situação de risco trazida à atenção das autoridades, bem como a morte de seu irmão nas mãos da mesma força policial, gerou sofrimento e angústia e levou à sua morte. Ao também tomar em consideração sua condição de menor, a Corte evidenciou a falta de garantia e respeito, por parte do Estado, do direito à integridade psíquica e moral, reconhecido no artigo 5.1 da CADH.¹⁷

No caso *Vélez Restrepo e Familiares vs. Colômbia*, a Corte IDH determinou a violação do artigo 5.1 da CADH uma vez que, com base em um relatório de especialistas em psiquiatria, foi determinado que as vítimas sofriram de transtorno de estresse pós-traumático crônico e depressão aguda, que se devia tanto aos “atos de agressão ao Sr. Vélez [...], às ameaças, intimidação e tentativa de privação de liberdade, mas também estava amplamente relacionada às consequências de ter que deixar a Colômbia para viver nos Estados Unidos da América como asilado.”¹⁸

Por fim, é importante destacar as maneiras de afetar a integridade mental e moral ligada à violência sexual. A esse respeito, a Corte indicou no *caso Miguel Castro Castro vs. Peru*:

O fato de as internas terem sido forçadas a permanecer despidas no hospital, vigiadas por homens armados, no estado precário de saúde em que se encontravam, constituiu violência sexual nos termos anteriormente descritos, que lhes provocou constante temor ante a possibilidade de que essa violência se extremasse mais ainda por parte dos agentes de segurança, o que lhes ocasionou grave sofrimento psicológico e moral, que se junta ao sofrimento físico pelo qual já passavam em função de ferimentos. Esses atos de violência sexual atentaram diretamente contra a dignidade dessas mulheres. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5.2 da Convenção Americana [...].¹⁹

2.2.2. Membros da família como vítimas da violação do direito à integridade pessoal

É claro que os instrumentos de Direitos Humanos projetam uma visão integral da pessoa humana. Uma consequência importante dessa amplitude é a maneira pela qual a jurisprudência da Corte IDH tratou as famílias das vítimas de violações, reconhecendo que elas também têm o direito de ter sua integridade mental e moral respeitada.

16 Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006, par. 278 e 279, respectivamente. No mesmo sentido, ver: Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. FRC. 2012, par. 147. No *caso das crianças de rua (Villagrán Morales et al.) vs. Guatemala*, a Corte IDH, citando a CEDH no caso *Campbell e Cosans*, sentença de 25 de fevereiro de 1982, série A, nº 48, p. 12, § 26, afirmou que: “a mera ameaça de conduta proibida [...] quando é suficientemente real e iminente, pode ela própria entrar em conflito com a norma em questão. Em outras palavras: criar uma situação ameaçadora ou ameaçar torturar um indivíduo pode constituir, em algumas circunstâncias, pelo menos tratamento desumano”. Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. 1999, par. 165.

17 Corte IDH. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, par. 202-203.

18 Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. EPFRC. 2012, par. 180.

19 Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006, par. 308.

A Corte IDH considerou que certas violações de Direitos Humanos têm um impacto direto sobre os familiares das vítimas.²⁰ Em particular nos casos de graves violações de Direitos Humanos, como o desaparecimento forçado de pessoas, os familiares se tornam vítimas diretas de violação de seu direito à integridade pessoal. Um exemplo do raciocínio do Tribunal a este respeito encontra-se no caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, no qual o Tribunal distingue duas categorias de pessoas próximas às vítimas que também podem ser consideradas vítimas pela violação de seu direito à integridade pessoal. Na primeira categoria, correspondente aos familiares imediatos das vítimas, o Tribunal observou:

Em várias ocasiões, a Corte IDH declarou a violação do direito à assistência humanitária aos familiares de vítimas de certos Direitos Humanos ou outras pessoas com laços estreitos com eles. Nesse sentido, no caso *Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*, este Tribunal considerou que o direito à integridade psíquica e moral de familiares diretos de vítimas de certas violações de Direitos Humanos pode ser declarado aplicando uma presunção *iuris tantum* em relação a mães e pais, filhas e filhos, maridos e esposas, companheiros permanentes masculinos e femininos (a seguir “familiares diretos”), desde que isso esteja de acordo com as circunstâncias particulares do caso. No caso desses familiares diretos, cabe ao Estado rebater a presunção.²¹

Da mesma forma, esse reconhecimento foi feito aos filhos de vítimas que não nasceram no momento do desaparecimento forçado de seus pais:

a Corte observa que dois dos filhos das vítimas desaparecidas não haviam nascido no início do desaparecimento de seus pais [...]. Nesse sentido, como a Corte já fez em outros casos [...], e levando em consideração os termos do reconhecimento de responsabilidade do Estado, a Corte considera que eles também sofreram uma violação de sua integridade psíquica e moral, uma vez que o fato de viver em um ambiente de sofrimento, somado à incerteza devido à falta de determinação do paradeiro das vítimas desaparecidas, causou danos à integridade das crianças que nasceram e viviam neste ambiente.²²

No caso *Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala*, a Corte IDH estendeu a presunção *iuris tantum* às irmãs e irmãos das vítimas desaparecidas “a menos que se prove o contrário pelas circunstâncias específicas do caso”.²³

A segunda categoria é composta pelas pessoas que têm uma relação particularmente próxima com a vítima, conforme indicado pela Corte IDH:

EM outros casos, a Corte analisou se as provas constantes do processo comprovam a violação do direito à integridade pessoal da suposta vítima, se ele é ou não parente de outra vítima no caso. No que diz respeito às pessoas sobre as quais o Tribunal não presumirá violado o direito

20 O exemplo mais claro desse raciocínio é Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. Reparações e Custas. 1993.

21 Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009, par. 128. Nesse mesmo sentido, ver Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 249. A corte IDH declarou que a violação da integridade pessoal dos membros da família não é presumida em todos os tipos de casos, nem com relação a todos os membros da família: “embora a Corte IDH tenha determinado que a mencionada violação pode ser declarada em prejuízo do parente imediato de vítimas de certas violações dos Direitos Humanos, aplicando uma presunção *iuris tantum* em relação a mães e pais, filhas e filhos, maridos e esposas, companheiros permanentes masculinos e femininos, essa seria uma possibilidade, desde que respondesse às circunstâncias particulares da caso, como aconteceu, por exemplo, em alguns casos de massacres, desaparecimentos forçados de pessoas ou execuções extrajudiciais [...]. Portanto, a violação da integridade pessoal dos membros da família não é presumida em todos os tipos de casos, nem no que diz respeito a todos os membros da família.” Ver Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta e outros vs. Peru*. EPFRC. 2014, par. 145.

22 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, par. 287, no mesmo sentido ver Corte IDH. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, par. 258.

23 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, par. 286. Ver também Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 227. Em relação à violação da integridade pessoal do irmão da vítima devido ao sofrimento sofrido em conexão com a execução extrajudicial de seu parente e a ausência de investigações eficazes, consulte Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 450.

à integridade pessoal porque não são membros imediatos da família, o Tribunal avaliará, por exemplo, se existe um vínculo particularmente próximo entre eles e as vítimas do caso que permita ao Tribunal declarar a violação do direito à integridade pessoal. A Corte também poderá avaliar se as supostas vítimas estiveram envolvidas na busca por justiça no caso específico ou se sofreram como resultado dos fatos do caso ou devido às ações ou omissões subsequentes das autoridades estatais em relação aos fatos.²⁴

A sentença em *Blake vs. Guatemala* constitui um antecedente dessa linha jurisprudencial:

Esta questão levantada pela Comissão só pode ser examinada em relação aos familiares do Sr. Nicholas Blake, uma vez que a violação da integridade psicológica e moral desses familiares é uma consequência direta de seu desaparecimento forçado. As circunstâncias desse desaparecimento geram sofrimento e angústia, além de um sentimento de insegurança, frustração e desamparo diante da abstenção das autoridades públicas em investigar os fatos.²⁵

2.2.3. Desaparecimentos forçados

A jurisprudência da Corte IDH também estabeleceu uma relação especial entre o direito à integridade pessoal e o desaparecimento forçado de pessoas, este último classificado como uma forma pluri ofensiva de violação dos Direitos Humanos.²⁶

A Corte IDH considerou que a figura do desaparecimento forçado é contrária não apenas ao direito da vítima à liberdade pessoal, mas também ao direito à integridade pessoal, ao direito à vida e ao reconhecimento da personalidade jurídica. No caso *Radilla Pacheco vs. México*,²⁷ a Corte IDH afirmou que os desaparecimentos forçados, realizados em um contexto de violações massivas e sistemáticas dos Direitos Humanos, pressupõem a violação do direito à integridade pessoal nos seguintes termos:

[...] O desaparecimento do Sr. *Radilla Pacheco* não é apenas contrário ao direito à liberdade pessoal, mas, além disso, é enquadrado dentro de um padrão de prisões em massa e desaparecimentos forçados [...], o que nos permite concluir que isso o colocou em uma grave situação de risco de danos irreparáveis à sua integridade pessoal e vida.

[...] este Tribunal considerou que o desaparecimento forçado viola o direito à integridade pessoal porque “o fato do isolamento prolongado e de não comunicação coercitiva por si só representa um tratamento cruel e desumano, em contradição com o [...] parágrafos 1 e 2 do artigo 5 da Convenção”.²⁸

No caso *Tenorio Roca e outros vs. Peru*, a Corte IDH determinou que:

Em relação ao artigo 5 da CADH, em primeiro lugar, a Corte considera que, desde que o senhor Tenorio Roca foi privado de sua liberdade em um contexto de desaparecimentos forçados realizados de maneira geral entre os anos de 1983 e 1984, o Estado o colocou em uma situação de especial vulnerabilidade e risco de sofrer danos à sua integridade pessoal e vida. Da mesma forma, o Tribunal considera evidente que as vítimas dessa prática têm sua integridade pessoal violada em todas as suas dimensões [...]. Em particular, de acordo com a declaração da senhora Cipriana Huamaní Anampa, o Sr. Tenorio Roca foi submetido a abusos físicos no momento de sua prisão e transferência no comboio militar. Além disso, a Corte considera que o sofrimento físico e mental inerente a um desaparecimento forçado devido ao isolamento prolongado, ao

24 Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. FRC. 2009, par. 129.

25 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Mérito. 1998, par. 114. Este critério foi posteriormente reiterado, ver Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. 1999, par. 174. O tema foi sem dúvida desenvolvido na sentença Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Mérito. 2000, par. 162-164.

26 Esta linha jurisprudencial inicia desde a primeira sentença de mérito proferida pelo Tribunal Interamericano, ver Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. 1988, par. 155 e ss.

27 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, par. 139.

28 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, par. 152 e 153.

confinamento solitário coercitivo e à incerteza sobre o que aconteceria, gerou no Sr. Tenorio Roca sentimentos de profundo medo e ansiedade. Da mesma forma, este Tribunal considerou que, após sua prisão, o Sr. Tenorio Roca foi levado para a Base Militar da Marinha, estabelecida no Estádio Municipal de Huanta, um local que funcionava como um centro de detenção onde foi provado que a tortura das pessoas detidas era praticada [...]. Com base no exposto, o Tribunal conclui que atos de violência deliberados foram perpetrados contra a vítima, os quais constituíram atos de tortura. Portanto, o Estado é responsável pela violação do artigo 5.1 e 5.2 da Convenção Americana.²⁹

2.3. Os mecanismos de proteção do direito à integridade pessoal

Finalmente, um terceiro tópico geral são os mecanismos de proteção desse direito. Do ponto de vista processual, é interessante ver a extensão que foi feita na jurisprudência da Corte IDH em relação aos objetivos da instituição do habeas corpus. A Corte IDH determinou que esse remédio é um instrumento eficaz para a proteção da integridade pessoal e ampliou seu alcance além da proteção da liberdade pessoal:

em situações de privação de liberdade, como as do presente caso, o habeas corpus representa, dentro das garantias judiciais indispensáveis, o meio ideal para garantir a liberdade da pessoa e controlar o respeito pela vida e proteger a integridade pessoal do indivíduo, para garantir que o detido seja levado ao órgão judicial encarregado de estabelecer a legalidade da detenção, bem como impedir seu desaparecimento ou a indeterminação de seu local de detenção e protegê-lo contra tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Esses critérios estão refletidos nos artigos X e XI do CIDFP, especificamente no que diz respeito ao desaparecimento forçado de pessoas.³⁰

Em resumo, a CADH consagra um princípio geral: o direito à integridade pessoal possui facetas diferentes (físico, psíquico e moral). Esse direito pode ser violado de diferentes maneiras, algumas das quais são expressamente proibidas (tortura e outros tratamentos e punições cruéis, desumanos e degradantes). Além disso, surgem outros problemas vinculados à integridade pessoal, como violações pluri ofensivas de direitos (desaparecimento forçado) e medidas efetivas de proteção judicial desse direito no contexto de violações de outros direitos relacionados (*habeas corpus*).

29 Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 158.

30 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009, par. 72.

3. A proibição de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes

O lugar primordial que a proibição da tortura ocupa no direito internacional é um reflexo do número de tratados e instrumentos internacionais especificamente dedicados a ela,³¹ bem como sua natureza de norma imperativa do direito internacional ou *jus cogens*.³²

Isso significa que, diferente da grande maioria dos Direitos Humanos reconhecidos internacionalmente, a proibição da tortura não pode ser restringida ou suspensa sob nenhuma circunstância.³³ Da mesma forma, nenhum Estado pode se retirar dessa proibição, por exemplo, mediante uma reserva no momento de assinar um tratado internacional.³⁴

Segundo a Corte IDH,³⁵ a natureza especial da proibição da tortura tem efeitos em relação às obrigações do Estado, principalmente a de garantia:

[...] os fatos do presente caso violaram normas inderrogáveis de Direito Internacional (jus cogens), em particular as proibições da tortura e dos desaparecimentos forçados de pessoas. Estas proibições são contempladas na definição de condutas que se considera que afetam valores ou bens transcendentais da comunidade internacional, e fazem necessária a ativação de meios, instrumentos e mecanismos nacionais e internacionais para a persecução efetiva de tais condutas e a punição de seus autores, com o fim de preveni-las e evitar que permaneçam na impunidade. É assim que, diante da gravidade de determinados delitos, as normas de Direito Internacional consuetudinário e convencional estabelecem o dever de julgar seus responsáveis. Em casos como o presente, isto adquire especial relevância, pois os fatos se deram em um contexto de violação sistemática de Direitos Humanos –constituindo ambos crimes contra a

31 *Ver* Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1975 [resolução nº 3452 (XXX)]; Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CAT), aprovada em 10 de dezembro de 1984 (resolução nº 39/46) Doc. A / 39/51 (1984) da ONU, celebrada em 26 de junho de 1987; Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, aprovada em 9 de dezembro de 1985, entrou em vigor em 28 de fevereiro de 1987; Convenção Europeia para Prevenir a Tortura e os Tratamentos ou Penas Desumanos ou Degradantes, aprovada no âmbito do Conselho da Europa em 26 de novembro de 1987, entrou em vigor em 1º de fevereiro de 1989. Outros instrumentos internacionais que se referem à tortura são: as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção e Tratamento de Criminosos, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social em suas resoluções n. 663C (XXIV) de 31 de julho de 1957 e no. 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977; o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujetas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, adotado pela Assembleia Geral da ONU em sua resolução nº 43/173, de 9 de dezembro de 1988; os Princípios de Ética Médica aplicáveis ao papel do Pessoal de Saúde, especialmente Médicos, na Proteção de Prisioneiros e Detidos contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotados pela Assembleia Geral da ONU em sua resolução nº 37/194, de 18 de dezembro de 1982; a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral da ONU em sua resolução nº 3452 (XXX), de 9 de dezembro de 1975; os Princípios Básicos sobre o Uso da Força e de Armas de Fogo por Autoridades Policiais, adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção e Tratamento de Criminosos, realizado em Havana (Cuba) de 27 agosto a 7 de setembro de 1990.

32 *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I. C. J. Reports 1995, p. 90, par. 29. International Law Commission, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, Genebra, 2001, pp. 208 e 284 (comentários sobre os arts. 26 e 40).

33 Art. 27 de la CADH y art. 4 del PIDCP.

34 *Ver* Schwelb, E. “Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission”, in *American Journal of International Law*. Vol 61, 1967, pp. 946-975. Cebada Romero, A. “Los conceptos de obligaciones erga omnes, ius cogens y violación grave, a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos”, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002.

35 A título de exemplo, *ver* Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*: FRC. 2012, par. 147.

humanidade— o que gera para os Estados a obrigação de assegurar que estas condutas sejam perseguidas penalmente e seus autores punidos.³⁶

Todas essas características particulares da proibição da tortura deram origem à discussão sobre o que exatamente é um ato de tortura e como podemos distingui-lo de outras formas de dano à integridade pessoal que também são especialmente proibidas.

3.1. A necessidade de distinguir entre tortura e outros atos que violam a integridade pessoal

A distinção entre as várias formas de violação do direito à integridade pessoal é complexa. Embora algumas vezes a violação do direito seja feita sem diferenciar os atos em si,³⁷ o objetivo de fazer essa distinção é, em particular, destacar a tortura em vista da seriedade desse ato.

A partir da leitura dos instrumentos gerais de Direitos Humanos adotados em nível internacional e interamericano, é possível concluir que eles se limitaram a estabelecer a proibição de diferentes maneiras pelas quais a integridade pessoal pode ser afetada: tortura ou tratamento cruel, desumano e degradante, sem fazer qualquer distinção adicional entre eles.³⁸ Um esforço específico para definir a tortura teve lugar nos instrumentos específicos sobre o assunto adotados tanto no âmbito das Nações Unidas como no SIDH. Ambos os instrumentos partem de uma definição de tortura e, embora sejam similares, eles têm certas diferenças. A seguir, analisaremos cada um deles:

A CCTONU declara em seu artigo 1:

1. Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

Por sua parte, o artigo 2 da CIPST declara:

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. Não estarão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam

36 Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. FRC. 2006, par. 128.

37 Asociación para la Prevención de la Tortura (APT). *Guía sobre la Legislación contra la Tortura*. Disponível em: http://www.appt.ch/content/files_res/anti-torture-guide-es.pdf [último acesso 15/12/2016].

38 O artigo 3 da CEDH dispõe: “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.” O PIDCP, em seu artigo 7, declara: “Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas.” O artigo 5 da CADH dispõe: “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. 3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.”

consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo.

Dessa maneira, a partir dos elementos comuns e das diferenças entre as duas definições, podemos tirar as seguintes conclusões. Primeiro, a tortura deve ser um ato intencional. Segundo, o elemento determinante será sofrimento ou dor, física ou mental. É interessante, por um lado, ressaltar que, com relação a esse requisito, os dois instrumentos diferem em um elemento central: a CCTONU exige que a condição seja ‘grave’, uma questão que não é exigida pela CADH. Este é um ponto muito relevante ao fazer uma distinção entre tortura e outros atos que afetam a integridade pessoal, uma vez que se poderia pensar, como a CEDH em algum momento, que esse seria o elemento chave da distinção. Por outro lado, encontramos um segundo aspecto diferenciador. No SIDH foi adicionado um elemento que amplia a noção de sofrimento, no sentido de que a tortura também será considerada um ato que, sem causar essa dor ou sofrimento, visa anular a personalidade da vítima ou diminuir sua capacidade física ou mental.

Terceiro, o ato deve ter um propósito. Aqui está um ponto interessante de distanciamento entre os dois sistemas: no caso do SIDH, esse requisito é praticamente inútil, pois está estabelecido que ‘qualquer outro objetivo’, além daqueles expressamente mencionados no texto, pode ser considerado suficiente para ser considerado cumprido com a exigência da finalidade. Por outro lado, no sistema universal da ONU, o objetivo é mais restrito, e ao abordar o assunto o faz da seguinte forma: “ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza”. Dessa forma, continua sendo uma abertura limitada, pois essa finalidade deve se basear em algum tipo de discriminação.

Quarto, em relação aos sujeitos ativos, ambos os instrumentos mantêm um vínculo com uma atividade (ação ou omissão) de um agente estatal. No entanto, no art. 3.2 da CIPST, há um esforço para vincular os particulares de maneira mais categórica.

Não há dúvida de que o ato ilícito de tortura é um dos crimes mais repudiados, tanto nacional quanto internacionalmente.³⁹ Nesse sentido, é relevante que os atos de tortura sejam classificados como tal, tanto para os propósitos das vítimas quanto para que os processos que podem ser gerados a partir desses eventos não permanecem em terreno incerto, como a violação genérica da integridade pessoal. Com isso, justifica-se fazer a distinção entre tortura e outros atos que violam a integridade pessoal e reservar essa maior rejeição às ações mais graves de violação ao princípio geral protegido.

A tortura gera diferentes obrigações para o Estado no tocante a reparações e é relevante para a ativação de mecanismos de proteção no âmbito da CCTONU.

Existe consenso sobre a obrigação de investigar atos de tortura por parte do Estado, independentemente das ações que as vítimas ou seus representantes possam realizar. No entanto, no âmbito interamericano, onde esse assunto foi extensivamente desenvolvido, ainda não foi estabelecido claramente se todos os danos à integridade pessoal são considerados um “crime grave” ou se apenas a tortura. Nesse sentido, é relevante a distinção entre as várias formas de violação do direito à integridade pessoal, de acordo com a obrigação de garantia expressa na obrigação de investigar e punir criminalmente esses crimes.

Outra questão cuja distinção também é relevante são as reparações. A Corte IDH endossou o raciocínio da Comissão DHONU ao estabelecer que a reparação nesses casos deve ser “suficiente, efetiva e completa”.⁴⁰ Na medida em que as indenizações no âmbito internacional, particularmente a indenização

39 Nesse sentido, veja a redação do artigo 19 do projeto sobre responsabilidade internacional dos Estados por atos internacionalmente ilícitos da Comissão de Direito Internacional em 1996, que foi finalmente removido da versão final apresentada à Assembleia Geral da ONU. Sem prejuízo disso, na jurisprudência interamericana é uma qualificação de certas violações graves dos Direitos Humanos que podem ter relevância no campo da conceptualização da tortura, ver Corte IDH. *Goiburú e outros Paraguai*. FRC. 2006. Em particular, os votos dos juizes Sergio García Ramirez e Antonio A. Cançado Trindade.

40 Ver Corte IDH. *Caso García Lucero e outras vs. Chile*. EPFR. 2013, par. 187-192.

por danos materiais, estão intimamente ligadas à ideia de sofrimento, é relevante determinar se a vítima de uma violação do direito à integridade pessoal foi vítima de tortura.⁴¹

Outro aspecto no qual também é importante fazer uma distinção apropriada são os procedimentos de controle e de proteção internacional. Em particular, a CCTONU projetou um procedimento destinado especialmente a lidar com casos de tortura.⁴² Este procedimento especial referido no artigo 20 refere-se, em seu parágrafo 1, a ‘práticas sistemáticas de tortura’. Embora se possa pensar que este seja um mecanismo projetado exclusivamente para enfrentar a forma mais questionada de violação da integridade pessoal, seria relevante fazer a distinção entre tortura e outras formas de violação na esfera de proteção oferecida por esta Convenção.

3.2. Jurisprudência sobre a definição de tortura

3.2.1. Elementos na jurisprudência do TEDH

Ao longo de sua jurisprudência, o Tribunal Europeu fez uma série de distinções conceituais, classificando certos casos como tortura, outros como tratamento desumano e outros como tratamento degradante.⁴³ Um caso paradigmático das dificuldades de distinção nesse assunto é a sentença proferida no caso processo *Irlanda vs. Reino Unido*, quando foi estabelecido que um tratamento degradante era capaz de “criar nas vítimas sentimentos de medo, angústia e inferioridade, capazes de humilhá-las, degradá-las e romper sua resistência física ou moral”.⁴⁴

Nesse mesmo caso, o TEDH considerou que as “cinco técnicas” aplicadas na Irlanda do Norte, a saber: manter os indivíduos na ponta dos pés por longas horas, cobrir a cabeça com capuzes, submetê-los a ruído intenso e constante e privá-los de sono, comida e bebida em quantidade suficiente, não chegava a constituir tortura, mas tratamento desumano, uma vez que o termo tortura foi atribuído a um estigma particular que denotava “tratamento desumano deliberado que causa sofrimento muito severo e cruel”.⁴⁵

41 Ver Nash, C. *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. 2a. ed., Centro de Derechos Humanos - Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2009.

42 Artigo 20: “1. O Comitê, se receber informações confiáveis que, em sua opinião, parece indicar de maneira bem fundamentada que a tortura é praticada sistematicamente no território de um Estado Parte, convidará esse Estado Parte a cooperar no exame das informações e a apresentar observações a respeito. às informações em questão. 2. Levando em consideração todas as observações apresentadas pelo Estado Parte interessado, bem como qualquer outra informação pertinente à sua disposição, o Comitê poderá, se decidir que isso se justifique, designar um ou mais de seus membros para proceder a uma investigação confidencial e que informe urgentemente o Comitê. 3. Se for realizada uma investigação nos termos do parágrafo 2 deste artigo, o Comitê buscará a cooperação do Estado Parte interessado; Segundo esse Estado Parte, essa investigação pode incluir uma visita ao seu território. 4. Após examinar as conclusões apresentadas pelo membro ou membros nos termos do parágrafo 2 deste artigo, o Comitê transmitirá as conclusões ao Estado Parte interessado, juntamente com quaisquer observações ou sugestões que considerar pertinentes à luz da situação. 5. Todas as ações do Comitê a que se referem os parágrafos 1 a 4 deste artigo serão confidenciais e a cooperação do Estado Parte será buscada em todas as etapas do processo. Quando as ações relacionadas a uma investigação realizada de acordo com o parágrafo 2 forem concluídas, o Comitê poderá, após consultar o Estado Parte interessado, decidir incluir um resumo dos resultados da investigação no relatório anual que enviar de acordo com o artigo 24”.

43 Van Dijk, P, y Van Hoof, G. J. H. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 4a. ed., SIM, Kluwer Law International, Haia - Londres - Boston, 2006. pp. 406 e ss.

44 TEDH. *Irlanda vs. Reino Unido*, sentença de 18 de janeiro de 1978, Serie A n.º 25, par. 167, citada por Barquin Sanz, J. *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Edersa, Madri, 1992, p. 89.

45 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. FRC. 2007, par. 78. O artigo 2 da CIPST dispõe: “Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. [...]”. Este não é o primeiro caso em que o Tribunal reivindica jurisdição e aplica a CIPST. Na mesma sentença, a Corte Interamericana refere-se às seguintes sentenças: Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 156. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005, par. 126. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 144.

Conclui-se desse julgamento que o elemento central para delimitar os dois tipos de comportamento é a gravidade do dano. A dificuldade na prática está em estabelecer esse parâmetro com base nos elementos considerados pela Corte IDH.

3.2.2. Elementos da jurisprudência da Corte IDH

No caso de *Bueno Alves vs. Argentina*, a Corte IDH determinou os elementos constitutivos da tortura. Embora a Corte IDH tenha tido a oportunidade de rever violações do direito à integridade pessoal em casos anteriores,⁴⁶ no referido julgamento, os critérios e requisitos que constituem esse crime foram sistematizados pela primeira vez. Em particular, os elementos de tortura e os atos cometidos por agentes do Estado que moldaram a conduta ilícita.⁴⁷ Para esses fins, a Corte IDH utilizou como fonte de interpretação o artigo 5 da CADH e as disposições do artigo 2 do CIPST,⁴⁸ e declarou:

[...] os elementos constitutivos da tortura são os seguintes: a) um ato intencional; b) que causa severo sofrimento físico ou mental, e c) cometido com um objetivo ou propósito específico.⁴⁹

Esses requisitos são aqueles que são geralmente citados pela doutrina e jurisprudência internacional com o objetivo de conceituar a tortura e distingui-la do tratamento cruel, desumano e degradante.⁵⁰ No entanto, algumas dúvidas surgem sobre a análise.

3.2.2.1 Intencionalidade

Em relação ao primeiro elemento de intencionalidade, a Corte IDH observou que “[...] os atos cometidos foram deliberadamente infligidos contra a vítima e não produto de uma conduta imprudente, acidente ou de caso fortuito”.⁵¹ Embora esse seja um requisito amplamente aceito, é pertinente analisar o impacto que isso pode ter no exercício das reivindicações das vítimas perante o SIDH.

Para satisfazer esse requisito, a Corte IDH exige que, após a conduta lesiva, exista uma intenção ou ânimo do agente do Estado, e exclui a possibilidade de considerar como tortura um ato resultante de negligência grave ou evento fortuito, o que impacta na esfera probatória.

A rigorosidade em um julgamento de atribuição de responsabilidade de um indivíduo não é apenas desejável, mas exigível em virtude do princípio da legalidade. Entretanto, na determinação de responsabilidade ao Estado o critério é diferente e não deve ser confundido. Neste segundo caso, uma resposta efetiva do Estado deve ser exigida em vista da gravidade do sofrimento padecido pela vítima, causado

46 Em nosso continente, os governos autoritários do final do século XX desenvolveram e implementaram políticas e práticas anti-Direitos Humanos a fim de neutralizar a população ou grupos civis que eles consideravam perigosos para seus interesses. Essas práticas incluíam as mais formas diversas e graves de tortura e tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes. v.g. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. 1988. Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito. 2001. Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPFRC. 2006

47 Até a sentença do caso *Bueno Alves vs. Argentina*, a Corte IDH não distinguiu com precisão os elementos constitutivos da tortura ou do tratamento cruel, desumano ou degradante, mas usou em seu argumento os elementos ou categorias de outros sistemas de proteção. Sobre isso ver Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 149. Corte IDH. *Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 221.

48 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. FRC. 2007, par. 78. O artigo 2 da CIPST dispõe: “Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. [...]”. Este não é o primeiro caso em que o Tribunal reivindica jurisdição e aplica a CIPST. Na mesma sentença, a Corte Interamericana refere-se às seguintes sentenças: Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 156. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yaky Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005, par. 126. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 144.

49 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. FRC. 2007, par. 79. Este caso trata de ataques à integridade do Sr. Bueno Alves em um interrogatório conduzido por agentes estatais no âmbito de um processo civil.

50 Ver Rodley, N. *The Treatment of Prisoners under International Law*. 2a ed., Oxford University Press, 2002, pp. 75-106. Medina, C., *op. cit.*, pp. 138-210.

51 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. FRC. 2007, par. 81.

por um agente do Estado ou com seu consentimento, bem como nas ações adotadas pelo Estado para reparar a referida violação, e não na intenção do autor específico da conduta. Uma interpretação estrita desse requisito pode afetar negativamente a proteção efetiva e eficiente das vítimas.

Assim, a questão pode ser resolvida através das regras de atribuição de responsabilidade e não como um requisito específico da tortura.

3.2.2.2. *Sofrimentos físicos e mentais severos*

Em relação ao sofrimentos físicos e mentais severos, é interessante destacar a maneira como esse segundo elemento é abordado:

[...] ao apreciar a severidade do sofrimento padecido, a Corte deve considerar as circunstâncias específicas de cada caso, tendo em conta fatores endógenos e exógenos. Os primeiros se referem às características do tratamento, tais como a duração, o método utilizado ou o modo em que foram infligidos os padecimentos, assim como os efeitos físicos e mentais que estes tendem a causar. Os segundos se referem às condições da pessoa que padece estes sofrimentos, entre elas, a idade, o sexo, o estado de saúde, assim como qualquer outra circunstância pessoal.⁵²

Para analisar o limiar de sofrimento da vítima, a Corte IDH atende primeiro a critérios objetivos que determinam os fatos do caso e, segundo, a critérios subjetivos, característicos da condição da vítima.⁵³ Essa maneira de analisar a intensidade da dor deixa clara as diferenças legítimas que existem entre cada pessoa e abandona a ideia de um padrão abstrato ou neutro que não as reconheça.

Em particular, a análise da situação do titular do direito concreto permite o respeito e a garantia adequados dos direitos estabelecidos na CADH. Uma classificação que se concentra apenas nos elementos objetivos do ato é problemática, pois ignora particularidades individuais e estabelece padrões vinculados a elementos objetivos, nos quais o parâmetro é definido com base em um paradigma que permite formas de tratamento desigual e discriminatório com base no preconceito ou estereótipos que surgem das visões predominantes em um determinado momento histórico.⁵⁴

3.2.2.3 *Finalidade*

Com relação ao objetivo como terceiro elemento, a Corte IDH indicou que “os maus-tratos tiveram como finalidade específica forçar a confissão do senhor Bueno Alves”.⁵⁵ Com base nisso, a Corte

52 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. FRC. 2007, par. 83. (grifo do autor). No mesmo sentido, ver: Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

53 Essa forma de ponderação foi desenvolvida a partir do caso Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Mérito, Reparações e Custas]. 2006. Um resumo do atual raciocínio da Corte Interamericana é: “da mesma forma, [...] a violação do direito à integridade física e mental das pessoas tem conotações em vários graus e [...] varia de tortura a outros tipos de maus-tratos ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, cujas consequências físicas e psicológicas variam em intensidade de acordo com fatores endógenos e exógenos (duração do tratamento, idade, sexo, saúde, contexto, vulnerabilidade, entre outros) que devem ser analisados em cada situação específica. Em outras palavras, as características pessoais de uma suposta vítima de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante devem ser levadas em consideração ao determinar se a integridade pessoal foi violada, pois essas características podem alterar a percepção da realidade do indivíduo, e, portanto, aumentam o sofrimento e a sensação de humilhação quando são submetidos a certos tratamentos”. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 127. Este critério foi posteriormente reiterado Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPFRC. 2014, par. 381.

54 O melhor exemplo desse perigo é o caso grego, no qual a Comissão Europeia de Direitos Humanos declarou que: “um certo tratamento severo dos detidos, tanto pela polícia quanto pelas autoridades militares, é tolerado pela maioria dos detidos e até mesmo esperado por eles. Essa dureza pode ser na forma de tapas ou pancadas na cabeça ou no rosto. Isso ressalta o fato de que o grau em que os presos e o público aceitam a violência física como não necessariamente cruel ou excessiva varia entre as diferentes sociedades e até entre os diferentes grupos dentro dela”, citado em Van Dijk P. y Van Hoof, G. J. H., *op. cit.*, pp. 412-413. O TEDH aplicou esse critério no processo *Tyler v. Reino Unido*, sentença de 25 de abril de 1978.

55 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. FRC. 2007, par. 82.

IDH estabelece um limiar de exigência, no qual deve haver uma orientação clara das ações do Estado, porque se não existir um propósito - como obter uma confissão - não enfrentaremos tortura. Nesse sentido, é importante destacar que, de acordo com o disposto no artigo 2 da CIPST, os ataques perpetrados podem ser realizados “com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim”. Essa última razão é formulada em termos tão amplos que parece inútil insistir nesse elemento ao determinar um caso como a tortura.

Entre os elementos mencionados pela Corte IDH, nenhuma referência é feita à qualidade do autor da tortura. Isso pode se dar em função do fato de a CIPST não se referir a esse elemento na definição de tortura, mas em seu artigo 3, ao se referir àqueles que podem ser responsáveis pela tortura.⁵⁶ No caso em questão, os autores da tortura foram funcionários do Estado, por isso não houve grandes problemas para estabelecer a responsabilidade internacional do Estado.⁵⁷

3.2.2.4. Tortura e Violência Sexual

A Corte IDH analisou pela primeira vez o estupro de uma mulher como possível tortura no caso *Loayza Tamayo vs. Peru*, mas se recusou a fazê-lo depois de considerar que o estupro da vítima não havia sido suficientemente provado.⁵⁸ O critério foi posteriormente revertido no caso da penitenciária *Miguel Castro Castro vs. Peru*, quando a Corte IDH deu um passo notável, não apenas ao afirmar que o estupro de uma mulher poderia constituir tortura, mas também ao admitir um amplo conceito de estupro:⁵⁹

[...] levando em conta o que dispõe o artigo 2 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, este Tribunal conclui que os atos de violência sexual a que foi submetida uma interna em virtude de uma suposta “inspeção” vaginal digital [...] constituíram uma violação sexual que, por seus efeitos, constitui tortura.⁶⁰

Posteriormente, o caso *Fernández Ortega e outros vs. México* é um precedente de grande importância na jurisprudência da Corte IDH sobre questões de gênero e seu vínculo com a proibição da tortura. Este julgamento confirma e desenvolve os critérios do caso da penitenciária de *Miguel Castro Castro vs. Peru*. É também uma expressão clara do escopo da obrigação geral de não discriminação que também se aplica a esse direito. Nesse julgamento, a Corte IDH determina que um estupro, em determinadas circunstâncias, constitui tortura:

56 Artigo 3: “Serão responsáveis pelo delito de tortura: a. Os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam; b. As pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua comissão, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices”.

57 Na sentença do caso *Ximenes Lopes*, a Corte IDH condenou o Estado pela violação do artigo 5 cometido por funcionários de um hospital particular contra um de seus pacientes que sofria de esquizofrenia, relativizando esse requisito do art. 3 CIPST. Esse critério baseia a responsabilidade do Estado no descumprimento da obrigação de garantia: “por ter falhado em seus deveres de respeito, prevenção e proteção, em relação à morte e tratamento cruel, desumano e degradante sofrido pelo senhor Damião Ximenes Lopes, o Estado é responsável pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal, consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção, em relação ao artigo 1.1. do referido tratado, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes”, ver Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Mérito, Reparações e Custas]. 2006, par. 150.

58 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Mérito, par. 58.

59 No julgamento do caso da penitenciária de *Miguel Castro Castro*, a Corte IDH considerou “[...] que estupro não implica necessariamente uma relação sexual sem consentimento, por via vaginal, como tradicionalmente considerado. O estupro também deve ser entendido como atos de penetração vaginal ou anal, sem o consentimento da vítima, através do uso de outras partes do corpo do agressor ou objetos, bem como penetração oral através do membro viril”. Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006, par. 310.

60 Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006, par. 312. Este critério foi posteriormente reiterado no caso Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 359.

[...] esta Corte considera que um estupro pode constituir tortura, ainda que consista em um único fato ou aconteça fora de instalações estatais, como pode ser o domicílio da vítima. Isto é assim, já que os elementos objetivos e subjetivos que qualificam um fato como tortura não se referem nem à acumulação de fatos nem ao lugar onde o ato é realizado, mas à intencionalidade, à severidade do sofrimento e à finalidade do ato, requisitos que no presente caso se encontram cumpridos. [...].⁶¹

Neste último precedente, a Corte IDH avança mais alguns passos em relação ao caso Miguel Castro Castro vs. Peru, uma vez que desenvolve os elementos que compõem a prática da tortura⁶² e os aplica ao estupro da senhora Fernández Ortega, fundamentando assim sua qualificação jurídica. Por outro lado, é importante destacar que o precedente adquire valor adicional ao explicar que o estupro viola o direito à privacidade e constitui violência de gênero nos termos da Convenção de Belém do Pará:

[...]a Corte conclui que o Estado é responsável pela violação dos direitos à integridade pessoal, à dignidade e à vida privada, consagrados, respectivamente, nos artigos 5.2, 11.1 e 11.2 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 do mesmo tratado e 1, 2 e 6 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, bem como pelo descumprimento do dever estabelecido no artigo 7.a da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em detrimento da senhora Fernández Ortega.⁶³

Em decisões subsequentes, a Corte IDH tratou de maneira particular os efeitos do estupro na integridade pessoal:

Além disso, a Corte reconheceu que o estupro é uma experiência altamente traumática que tem graves consequências e causa grandes danos físicos e psicológicos e que deixa a vítima “humilhada física e emocionalmente”, situação difícil de superar com o passar do tempo, diferente do que acontece em outras experiências traumáticas. Disso resulta que o grave sofrimento da vítima é inerente ao estupro, mesmo quando não há evidências de ferimentos ou doenças. De fato, não em todos os casos as consequências de um estupro serão doenças ou lesões corporais. As mulheres vítimas de estupro também sofrem graves danos e consequências psicológicas e até sociais.⁶⁴

Do ponto de vista de gênero, é relevante dar uma conotação especial ao estupro de mulheres como uma grave violação dos Direitos Humanos e distingui-lo de outras violações à integridade pessoal.⁶⁵ O

61 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPFRC. 2010, par. 128.

62 De acordo com os critérios estabelecidos pela própria Corte Interamericana desde a sentença no caso *Bueno Alves vs. Argentina*. FRC. 2007, par. 79.

63 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPFRC. 2010, par. 131.

64 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPFRC. 2014, par. 195.

65 Nesse mesmo sentido, no caso dos *Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*, a Corte IDH estabeleceu que: “[...] a violação sexual é um tipo particular de agressão que, em geral, se caracteriza por ocorrer sem a presença de outras pessoas além da vítima e do agressor ou os agressores [...]. Neste sentido, o Tribunal observa o contexto no qual foram perpetradas as violações sexuais reconhecidas pelo Estado, isto é, no transcurso de uma operação militar na qual as mulheres estavam sujeitas ao completo controle do poder de agentes do Estado e em uma situação de absoluta vulnerabilidade. Ademais, chegar a uma conclusão distinta permitiria ao Estado amparar-se na impunidade em que se encontra a investigação penal dos fatos do presente caso para eximir-se de sua responsabilidade pela violação do artigo 5 da Convenção [...]. A Corte considera que o sofrimento severo da vítima é inerente à violação sexual, e em termos gerais, a violação sexual, assim como a tortura, persegue, entre outros, os fins de intimidar, degradar, humilhar, castigar ou controlar a pessoa que a sofre. Para qualificar uma violação sexual como tortura deverá ater-se à intencionalidade, à severidade do sofrimento e à finalidade do ato, tomando em consideração as circunstâncias específicas de cada caso. Neste sentido, foi reconhecido por diversos órgãos internacionais que durante os conflitos armados as mulheres e crianças enfrentam situações específicas de dano a seus Direitos Humanos, como os atos de violência sexual, que são utilizados em muitas ocasiões como um meio simbólico para humilhar a parte contrária ou como um meio de castigo e repressão. A utilização do poder estatal para violar os direitos das mulheres em um conflito interno, além de afetá-las de forma direta, pode ter o objetivo de causar um efeito na sociedade por meio dessas violações e de transmitir uma mensagem ou lição [...].” Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. FRC. 2012, par. 164-165. (sem grifo no original). Ademais, ver Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 358

reconhecimento dessa necessidade por parte dos órgãos de proteção internacional não é inteiramente novo. A classificação do estupro como tortura no direito internacional é antiga. Organizações internacionais como a CIDH,⁶⁶ o TEDH,⁶⁷ a Relatoria Especial da ONU sobre Formas Contemporâneas de Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Relacionada,⁶⁸ e Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*,⁶⁹ por mais de uma década consideraram que o estupro, especialmente em contextos de conflito armado ou violência doméstica, poderia constituir tortura.⁷⁰

3.2.2.5. Falta de proporcionalidade das penas

Recentemente, a Corte IDH determinou que as sanções consideradas radicalmente desproporcionais podem ser contrárias à proibição de tortura e tratamento cruel, desumano e degradante:

No campo do direito internacional dos Direitos Humanos, a maioria dos tratados a esse respeito, apenas estabelecem, através de fórmulas mais ou menos semelhantes, que “ninguém deve ser torturado ou submetido a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes” [...]. No entanto, a natureza dinâmica da interpretação e aplicação desse ramo do direito internacional levou ao surgimento de um requisito de proporcionalidade de normas que não faz menção expressa a esse elemento. A preocupação inicial nesse assunto, centrada na proibição da tortura como forma de perseguição e punição, bem como em outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, tem se espalhado para outros campos, incluindo os das sanções estatais contra o cometimento de crimes. A punição corporal, a pena de morte e a prisão perpétua são as principais sanções que causam preocupação do ponto de vista do [DIDH]. Portanto, essa área não aborda apenas os modos de punição, mas também a proporcionalidade das sanções [...]. Por esse motivo, as penas consideradas radicalmente desproporcionais, bem como aquelas que podem ser descritas como atozes, estão no escopo das cláusulas que contêm a proibição de tortura e tratamento cruel, desumano e degradante [...]. A esse respeito, a Corte observa que, na sentença *Harkins e Edwards vs. Reino Unido*, o TEDH estabeleceu que a imposição de uma sentença que sofre desproporcionalidade grave pode constituir tratamento cruel e, portanto, pode violar o artigo 3 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que corresponde ao artigo 5 da Convenção Americana [...].⁷¹

e ss. e Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPFRC. 2014, par. 194 e ss.

66 CIDH. Relatório n.º 5/96, Caso n.º 10.970, 1 de março de 1996.

67 TEDH. *Aydin vs. Turquia*, Sentença de 25 de setembro de 1997, par. 80 e ss.

68 Comissão DHONU. Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. “Contemporary Forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Armed Conflict”; Reporte Final de Ms. Gay J. McDougall, Relatora Especial, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junho de 1998, par. 55.

69 TPIEY. *Caso Celebici*, n.º IT-96-21-T, Sentença de 16 de novembro de 1998, par. 495-497. TPIR. *Caso Prosecutor vs. Akayesu*, sentença de 2 de setembro de 1998, neste último caso o Tribunal considerou o estupro como um ato constitutivo de genocídio.

70 No Estatuto da TPI, foi decidido reconhecer a gravidade especial do estupro sexual tipificando-o, dentro dos crimes de lesa humanidade, explícita e separadamente do crime de tortura. Veja o artigo 7 do Estatuto de Roma.

71 Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. EPFR. 2013, par. 174. No caso em questão, a Corte IDH determinou que a falta de proporcionalidade das penas impostas aos adolescentes e o alto impacto psicológico produzido pelas considerações indicadas pela própria Corte IDH constituíam apenas tratamento cruel e desumano, porque “o artigo 13 do Código Penal da Nação Argentina aplicável ao caso [...] indicava que as pessoas condenadas à prisão e reclusão perpétua podiam obter a liberdade depois de cumprirem vinte anos de sua sentença, “por decisão judicial antecedida de relatório prévio da administração do estabelecimento de acordo com as seguintes condições [...]” [...]. O Tribunal [...] determinou que esse termo fixo impedia a análise das circunstâncias particulares de cada criança e seu progresso, o que, eventualmente, permitiria obter libertação antecipada a qualquer momento. Especificamente, a disposição não permitia uma revisão periódica constante da necessidade de manter a pessoa privada de liberdade. Além disso, [...] que a imposição de prisão perpétua e prisão por crimes cometidos por menores de 18 anos de idade não considerou os princípios especiais aplicáveis ao tratamento dos direitos da criança, incluindo a privação de liberdade como medida de último recurso e pelo período mais curto possível. O Tribunal estabeleceu ainda que a prisão perpétua para menores não cumpria o objetivo de reinserção social previsto no artigo 5.6 da Convenção [...]. Em suma, este Tribunal considerou que a prisão e reclusão perpétua não eram proporcionais ao objetivo de sanção penal contra menores”, par. 175 e 183.

3.3. Outras formas de violação da integridade pessoal

A Corte IDH seguiu um critério casuístico para determinar quais atos constituem tratamento cruel, desumano e degradante.

No caso de *Loayza Tamayo vs. Peru*, a Corte IDH estabelece uma abordagem geral nos seguintes termos:

A violação do direito à integridade física e psíquica das pessoas é uma categoria de violação que tem conotações em vários graus e que varia de tortura a outros tipos de abuso ou tratamento cruel, desumano ou degradante, cujas consequências físicas e psicológicas variam em intensidade, dependendo dos fatores endógenos e exógenos que devem ser demonstrados em cada situação específica. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos declarou que, mesmo na ausência de lesões, o sofrimento no plano físico e moral, acompanhado de distúrbios psíquicos durante os interrogatórios, pode ser considerado um tratamento desumano. O caráter degradante é expresso em um sentimento de medo, ansiedade e inferioridade, a fim de humilhar, degradar e quebrar a resistência física e moral da vítima (*cf. Case of Ireland v. the United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978, Séries A n.º 25, par. 1677). Esta situação é agravada pela vulnerabilidade de uma pessoa detida ilegalmente (*cf. Case Ribitsch v. Austria*, Judgment of 4 December 1995, Séries A n.º 336, par. 36). Qualquer uso de força que não seja estritamente necessário devido ao comportamento do próprio detido constitui um ataque à dignidade humana (*cf. Ibid.*, par. 38), violando o artigo 5 da Convenção Americana. As necessidades de investigação e as inegáveis dificuldades no combate ao terrorismo não devem levar a restrições à proteção da integridade física da pessoa.⁷²

Mais recentemente, a Corte IDH desenvolveu um critério para a avaliação do sofrimento:

Para analisar a gravidade do sofrimento experimentado, o Tribunal deve levar em consideração as circunstâncias específicas de cada caso. Para isso, devem ser consideradas as características do tratamento, como a duração, o método utilizado ou a maneira como as sevícias foram infligidas, os efeitos físicos e mentais que podem causar, bem como as condições da pessoa que sofre as referidas condições, entre eles, idade, sexo e estado de saúde, entre outras circunstâncias pessoais.⁷³

Como exemplos de tratamento cruel, desumano ou degradante, se destacam os casos de (i) violações praticadas em um contexto extremamente sério com efeitos sobre as vítimas que se estendem ao longo do tempo,⁷⁴ (ii) as vítimas são tratadas de uma maneira que as fez temer e prever que seriam arbitrariamente e violentamente privadas de vida ou sujeitas a tortura,⁷⁵ (iii) existiu uma privação contínua da verdade sobre o destino de um familiar desaparecido,⁷⁶ (vi) os familiares da vítima sofreram por um impacto à sua integridade pessoal como resultado do tratamento dado aos restos mortais da vítima,⁷⁷ (v) pessoas privadas de toda a comunicação com o mundo exterior por um longo tempo, e particularmente com sua família,⁷⁸ (vi) uma vítima experimentou uma situação de “temor e tensão constantes e uma ‘uma ansiedade avassaladora’” que o afetou psiquicamente,⁷⁹ e atos de violência contra a mulher.⁸⁰

72 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Mérito. 1997, par. 57.

73 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPFRC. 2010, par. 112.

74 Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. FRC. 2012, par. 174.

75 Corte IDH. *Caso dos Massacres de Iuango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 256. Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia*. FRC. 2004, par. 149.

76 Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia*. FRC. 2004, par. 267. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. FRC. 2010, par. 130. Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, par. 221. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, par. 166.

77 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. 1999, par. 174. Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Mérito. 2000, par. 161.

78 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. Mérito. 1997, par. 91.

79 Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. EPFRC. 2012, par. 178.

80 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPFRC. 2014,

Como mencionado anteriormente, as ‘ameaças e o perigo real’ de serem expostas a lesões físicas graves, em determinadas circunstâncias, podem constituir, na opinião da Corte IDH, uma violação do direito à integridade pessoal.⁸¹

No que diz respeito às penas aplicadas pelas autoridades, parte-se do critério de que qualquer sanção implica, de certa forma, uma restrição legítima à integridade pessoal, porém deve haver um limite substantivo para a imposição de sanções. Um exemplo dessa avaliação é o caso de *Caesar vs. Trinidad e Tobago*, no qual a Corte IDH determinou o seguinte:

A jurisprudência deste Tribunal, bem como de outros tribunais e autoridades internacionais, leva a Corte concluir que existe uma proibição universal de tortura e de outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, independentemente de qualquer codificação ou declaração, por serem estas condutas todas violações de normas peremptórias do direito internacional. Além disso, a Corte está ciente da tendência crescente, internacional e internamente, no sentido do reconhecimento da natureza inadmissível da punição corporal, devido à sua natureza inerentemente cruel, desumana e degradante. Consequentemente, um Estado Parte na Convenção Americana, em cumprimento de suas obrigações derivadas dos artigos 1.1, 5.1 e 5.2 da referida Convenção, tem a obrigação erga omnes de abster-se de impor castigos corporais e de impedir sua imposição, uma vez que constitui, em qualquer circunstância, tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante.⁸²

Em resumo, podemos afirmar que, assim como a tortura, a proibição de tratamentos e penas desumanas ou degradantes é uma forma especial de proteção da integridade pessoal. Embora essas diferentes condutas tenham sido tratadas muitas vezes de maneira diferenciada, a jurisprudência da Corte IDH aplicou os critérios da CIPST para conceituar a tortura com base nos elementos de intencionalidade, gravidade do sofrimento e o objetivo perseguido. Finalmente, analisamos alguns comportamentos que foram considerados pela jurisprudência como outras formas de violação da integridade pessoal que também são especialmente proibidas: tratamento e punição cruel, desumana ou degradante.

4.As obrigações do Estado em relação ao direito à integridade pessoal

A especial regulamentação internacional da proibição da prática de tortura forçou certos desenvolvimentos jurisprudenciais interessantes em relação às obrigações do Estado, particularmente a obrigação de garantia.

Por um lado, é evidente que, de acordo com o mandato normativo, o Estado não pode cometer atos que possam ser considerados violadores da integridade pessoal, qualquer que seja a faceta do referido direito. Por outro lado, o escopo da obrigação de garantia em relação ao direito à integridade pessoal deve ser considerado.

Neste comentário, focalizaremos os principais aspectos desenvolvidos pela jurisprudência da Corte IDH, incluindo a obrigação de investigar sob um padrão mais diligente, o dever de colaboração internacional, a o acesso à saúde e sua relação com a integridade pessoal, situação das pessoas deslocadas, abstenção de deportação para países onde existe o risco de sofrer tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante e obrigações institucionais (tipificação).

par. 427. Nesse caso, a Corte IDH determinou que o corte de cabelo forçado, ou a ameaça de fazê-lo, implicava uma mudança na aparência da pessoa sem o seu consentimento; portanto, dependendo das circunstâncias do caso, poderia constituir tratamento contrário ao artigo 5.2 da CADH.

81 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, par. 292. Inclusive, a Corte IDH determinou que isso pode constituir uma forma de “tortura psicológica”. Nesse sentido, ver Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. FRC. 2012, par. 147. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPFRC. 2014, par. 185.

82 Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. FRC. 2005, par. 70.

4.1. Violação da obrigação de investigar como uma violação do direito à integridade pessoal

A Corte IDH reiterou a obrigação do Estado de investigar graves violações de Direitos Humanos como parte de seu dever de garantia.⁸³ Desde sua primeira sentença contenciosa, a Corte IDH indicou que, como consequência da obrigação geral de garantia, os Estados devem investigar e punir qualquer violação dos direitos reconhecidos pela Convenção, e também devem ser adotadas medidas preventivas.⁸⁴

De acordo com a jurisprudência da Corte IDH, esse dever de impedir constitui uma obrigação de meios ou comportamentos que abrangem todas as medidas legais, políticas, administrativas e culturais que promovam a salvaguarda dos Direitos Humanos.⁸⁵ Em virtude desse dever de prevenção, foi afirmado que, em alguns casos, cabe aos Estados conceder proteção especial e mais personalizada, no sentido de evitar possíveis violações dirigidas a pessoas específicas expostas a um perigo claro e individualizado respeito do qual o Estado tem conhecimento, especialmente quando é enquadrado em um contexto generalizado de violações de Direitos Humanos.⁸⁶

No caso de *González e outros* (“*Campo Algodoeiro*”) vs. *México*, a Corte IDH observou que, embora a falta de prevenção do desaparecimento das vítimas não representava per se a responsabilidade internacional do Estado, uma vez que não foi estabelecido que as autoridades tinham conhecimento de um risco real e imediato,⁸⁷ quando o desaparecimento foi relatado, a situação passou a ser diferente. A partir desse momento, surgiu para o Estado um “dever de devida diligência estrita” de investigação, prevenção e proteção, uma vez que tomou conhecimento da existência de um perigo certo e iminente de que as vítimas sofreram ataques a suas vidas e integridade pessoal:

[...] A Corte considera que, ante tal contexto, surge um dever de devida diligência estrita frente a denúncias de desaparecimento de mulheres, em relação à sua busca durante as primeiras horas e os primeiros dias. Esta obrigação de meio, ao ser mais estrita, exige a realização exaustiva de atividades de busca. Em particular, é imprescindível a atuação rápida e imediata das autoridades policiais, do Ministério Público e judiciais, ordenando medidas oportunas e necessárias dirigidas à determinação do paradeiro das vítimas ou do local onde possam se encontrar privadas de liberdade. [...].⁸⁸

Além do exposto, a Corte IDH indicou que deficiências na investigação, na adoção de medidas adequadas de prevenção e proteção ou impunidade por atos que constituem violações dos Direitos Humanos,⁸⁹ podem importar uma violação do direito à integridade pessoal, na medida em que tais deveres decorrem da obrigação de garantir efetivamente esse direito:

[...] em caso de não cumprimento das obrigações de prevenção, proteção e investigação relacionadas à execução extrajudicial cometida, a Corte declara a responsabilidade agravada do

83 Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 124-125.

84 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. 1988, par. 166.

85 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. 1988, par. 175.

86 Ver Corte IDH. *Caso González e outras* (“*Campo Algodoeiro*”) vs. *México*. EPFRC. 2009, par. 280. Corte IDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 123. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. FRC. 2006, par. 155. Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. FRC. 2008, par. 78. No mesmo sentido: Medina, C., *op. cit.*, 2003, p. 96.

87 Corte IDH. *Caso González e outras* (“*Campo Algodoeiro*”) vs. *México*. EPFRC. 2009, par. 283. Ademais, ver Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, par. 159.

88 Corte IDH. *Caso González e outras* (“*Campo Algodoeiro*”) vs. *México*. EPFRC. 2009, par. 283.

89 No caso dos massacres de Río Negro vs. Guatemala, a Corte IDH concluiu que o Estado havia violado o artigo 5.1 em detrimento dos sobreviventes do massacre, uma vez que estes “[...] sofreram um profundo sofrimento e dor como resultado da impunidade em que os eventos foram encontrados, enquadrados em uma política estadual de “Terra arrasada” direcionada à destruição total da referida comunidade “. Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, par. 244.

Estado pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal [...] em relação ao artigo 1.1 do mesmo modo, em detrimento do senador Manuel Cepeda Vargas.⁹⁰

Um aspecto central desse desenvolvimento foi esclarecer que a obrigação de iniciar a investigação nesses casos pertence ao Estado e não às vítimas. A obrigação de investigar, na opinião da Corte IDH, é de natureza processual, uma vez que a investigação deve ser ativada, e substantiva, uma vez que deve atender a certos requisitos para ser compatível com as obrigações internacionais:

Em casos de execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e outras graves violações dos Direitos Humanos, o Tribunal considerou que a realização de uma investigação *ex officio*, sem demora, séria, imparcial e eficaz, é um elemento fundamental e condicionante para a proteção de certos direitos violados ou anulados por essas situações, como os direitos à liberdade pessoal, à integridade pessoal e à vida.⁹¹

A Corte IDH afirmou que a obrigação de investigar violações dos direitos reconhecidos na CADH deve ser levada a sério e não como uma simples formalidade condenada de antemão a não ter êxito.⁹² Além disso, no caso de *Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*, a Corte IDH explicou que, quando se trata de investigar as ameaças direcionadas às pessoas expostas a um contexto de violência e denunciadas perante as autoridades estaduais, o dever de investigar adquire características especiais que impõem ao Estado as exigências reforçadas de prevenção e proteção, por meio de ações particularmente diligentes, imediatas e eficazes:

[...] Com efeito, dado o contexto de violência que a UP e o PCC estavam enfrentando na Colômbia na época dos fatos, o dever de diligência contra denúncias de ameaças de morte adquiriu um caráter especial e mais rigoroso, pois exigia que o Estado impedisse a violação dos direitos do senador Cepeda Vargas. Essa obrigação de meios, sendo mais rigorosa, exigia a ação pronta e imediata das autoridades policiais, do ministério público e judiciais, ordenando medidas oportunas e necessárias para determinar os responsáveis pelas ameaças e crimes que ocorreram no mesmo contexto.⁹³

Em várias ocasiões, a Corte IDH indicou que, para que uma investigação seja considerada diligente e eficaz, as autoridades responsáveis devem avaliar os padrões sistemáticos que permitiram a prática de graves violações de Direitos Humanos.⁹⁴ No caso *Veliz Franco vs. Guatemala* observou:

[...] Assim, em relação à suposta falha do Estado em impedir o que aconteceu com Maria Isabel Veliz Franco [...], a consideração da informação contextual contribuirá (juntamente com os elementos factuais do caso) para a precisão do grau em que o Estado era obrigado a considerar a existência de um risco para a menina e agir em conformidade. Da mesma forma, no aspecto indicado, bem como em relação à ação estatal na investigação dos fatos, permitirá uma melhor compreensão das supostas violações, e sobre a procedência de certas medidas de reparação.⁹⁵

90 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPFRC. 2010, par. 126. No mesmo sentido, veja o caso de *Vélez Restrepo e família vs. Colômbia*, no qual o tribunal interamericano declarou que: “[...] a falta de uma investigação diligente sobre as ameaças e assédio também representou uma violação da obrigação de garantir o direito à integridade pessoal do Sr. Vélez Restrepo, sua esposa e filhos, e por sua vez, constituiu uma violação do dever de prevenir, uma vez que, no [...] caso, a investigação poderia constituir um meio de prevenção para impedir a continuação e a escalada das ameaças que levaram à tentativa de privação de liberdade do Sr. Vélez Restrepo, que o fez ter que deixar o país para proteger sua vida e integridade e a de sua família.” Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. EPFRC. 2012, par. 180.

91 Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. FRC. 2006, par. 88. No mesmo sentido, ver Corte IDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 143. Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006, par. 256.

92 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. 1988, par. 177.

93 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPFRC. 2010, par. 101.

94 Corte IDH. *Caso Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. FRC. 2007, par. 156. Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. FRC. 2008, par. 78. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009, par. 154.

95 Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, par. 65.

Logo, percebe-se o papel relevante do Protocolo de Istambul sobre a investigação de atos de tortura,⁹⁶ e o desenvolvimento de protocolos de ação em nível nacional.⁹⁷ Nesse mesmo sentido, a Corte IDH indicou certos critérios que devem orientar as investigações quando uma pessoa acusar foi submetida a tortura para obter declaração ou confissão:

Não obstante o exposto, a Corte recorda que, nos casos em que a pessoa alega no processo que sua declaração ou confissão foi obtida por meio de coação, os Estados têm a obrigação de verificar, antes de tudo, a veracidade da referida queixa através de uma investigação realizada com a devida diligência. Da mesma forma, o ônus da prova não pode recair sobre o reclamante, mas o Estado deve demonstrar que a confissão foi voluntária. Da mesma forma, de acordo com as disposições do Protocolo de Istambul, com relação à investigação de casos de tortura e à realização de um exame médico, isso “deve ser realizado independentemente do tempo decorrido desde o momento da tortura”⁹⁸, as “declarações de testemunhas e sobreviventes são componentes necessários da documentação da tortura” e as “evidências físicas, na medida em que existem, são informações importantes que confirmam que a pessoa foi torturada. De qualquer forma, em nenhum caso a ausência de sinais físicos deve ser considerada para indicar que a tortura não ocorreu, pois é frequente que esses atos de violência contra pessoas não deixem marcas ou cicatrizes permanentes.”⁹⁹

4.2. Dever de cooperação internacional

Outra consequência da proibição da tortura é o papel da comunidade internacional como beneficiária de uma obrigação de garantia dos Direitos Humanos. De acordo com a Corte IDH, nos casos de graves violações dos Direitos Humanos – quando são violadas normas inderrogáveis do direito internacional (*jus cogens*), em particular as proibições de tortura e desaparecimento forçado de pessoas -, todos os meios nacionais e internacionais devem ser ativados para buscar a responsabilidade penal dos responsáveis. A base para essa atividade internacional estaria no fato de que esse tipo de crime “afeta valores ou bens transcendentais da comunidade internacional”.¹⁰⁰ A Corte IDH indicou que, diante de graves violações de Direitos Humanos envolvidas, “surge a necessidade de erradicar a impunidade” e “um dever de cooperação interestatal é apresentado à comunidade internacional [...] para esses fins”.¹⁰¹

4.3. O direito à saúde e sua relação com a integridade pessoal

Em casos recentes, a Corte IDH desenvolveu algumas normas sobre a relação entre o direito à saúde e a integridade pessoal.¹⁰² Como o primeiro desses direitos não é reconhecido na CADH, no âmbito de sua jurisdição, a Corte IDH o declarou uma violação do direito a tratamento humano para problemas de saúde.

Em termos gerais, a Corte IDH indicou que, de acordo com o dever de garantia, o direito à integridade pessoal está intimamente ligado aos cuidados de saúde e que sua falta pode levar à violação

96 Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. FRC. 2015, par. 86. Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. EPFR. 2013, par. 208.

97 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPFRC. 2014, par. 322.

98 Cf. Protocolo de Istambul, par. 104. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPFRC. 2014, par. 255.

99 Cf. Protocolo de Istambul, par. 161. Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. FRC. 2015, par. 86.

100 Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. FRC. 2006, par. 128.

101 Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. FRC. 2006, par. 131

102 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015, par. 171.

do art. 5.1¹⁰³, portanto, o Estado deve adotar uma série de medidas para efetivar esse direito,¹⁰⁴ as mesmas que estão ligadas à possibilidade de um exercício real através do acesso à justiça em igualdade de condições,¹⁰⁵ sem o que pode ser afetada não apenas a vítima direta, mas também o seu entorno familiar.¹⁰⁶

O respeito e a garantia do direito à saúde estão intimamente relacionados ao direito à vida e à integridade pessoal e, em alguns casos, o dano à saúde resultará na violação de ambos os direitos. No caso *Gonzáles Lluy e outros vs. Equador*, no qual a vítima foi infectada pelo HIV quando tinha três anos de idade após uma transfusão de sangue em uma instituição privada, a Corte IDH declarou que:

o dano à saúde, devido à gravidade da doença envolvida e ao risco que a vítima pode enfrentar em vários momentos de sua vida, constitui uma violação do direito à vida [...]. Com efeito, no presente caso, a obrigação negativa de não afetar a vida foi violada devido à contaminação do

103 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Equador*. EPFRC. 2013, par. 130. No caso de *Nadège Dorzema e outros vs. República Dominicana* acreditou-se que o Estado havia transferido um número de haitianos para um hospital depois de terem se ferido na perseguição após a entrada ilegal no país. A Corte IDH declarou que o atendimento médico em casos de emergência: “deve ser sempre prestado aos migrantes em situação irregular, para que os Estados prestem assistência médica integral, levando em consideração as necessidades dos grupos vulneráveis [...]. Nesse sentido, o Estado deve garantir que os bens e serviços de saúde sejam acessíveis a todos, especialmente aos setores mais vulneráveis e marginalizados da população, sem discriminação devido às condições proibidas no artigo 1.1 da Convenção [...] No presente caso [...] a falta de registro de admissão e alta no centro de saúde, a falta de atendimento médico às cinco vítimas gravemente feridas e a omissão de um diagnóstico sobre sua situação e prescrição de seu tratamento, denotam omissões nos cuidados que deveriam ter sido prestados aos feridos para respeitar e garantir seu direito à integridade pessoal, contrariando o artigo 5.1. em relação ao artigo 1.1. da Convenção”. Corte IDH. *Caso Nadège Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 108-109.

104 Nesse sentido, a Corte IDH indicou que “[...] para cumprir a obrigação de garantir o direito à integridade pessoal no contexto da saúde, os Estados devem estabelecer um marco regulatório adequado que regule a prestação de serviços de saúde, estabelecendo padrões de qualidade para instituições públicas e privadas, para evitar qualquer ameaça de violação da integridade pessoal dessas prestações. Da mesma forma, o Estado deve fornecer mecanismos de supervisão e supervisão estatal das instituições de saúde, bem como procedimentos de proteção administrativa e judicial para a vítima, cuja eficácia dependerá, em última instância, da implementação que a administração competente realizar a esse respeito”. Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Equador*. EPFRC. 2013, par. 132. Nessa mesma ordem de ideias, é importante destacar a conclusão da Corte IDH no caso *Duque vs. Colômbia*, no qual a vítima teve a possibilidade de obter uma pensão de sobrevivência após a morte de seu parceiro e, portanto, foi excluída do benefício do regime contributivo de saúde, que, segundo os representantes da vítima, representaram uma violação do seu direito à integridade pessoal. A Corte IDH concluiu que não decorreu dos fatos que o regime subsidiado (do qual era beneficiário) lhe proporcionou proteção de menor qualidade do que o regime contributivo, para o qual não havia tal afetação do direito à integridade pessoal. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPFRC. 2013, par. 191.

105 “A Corte se referiu à situação agravada de vulnerabilidade de Sebastián Furlan, por ser menor de idade com deficiência e vivendo em uma família de baixos recursos econômicos, razão pela qual o Estado tinha o dever de adotar todas as medidas apropriadas e necessárias para enfrentar tal situação. Com efeito, foi especificado o dever de rapidez nos processos civis analisados, dos quais dependia uma maior oportunidade de reabilitação. Além disso, a corte concluiu que era necessária a devida intervenção do consultor para menores e pessoas incapacitadas ou uma aplicação diferenciada da lei que regulava as condições de execução da sentença, como medidas que permitiriam, de alguma maneira, remediar as situações desvantajosas em que Sebastián Furlan se encontrava. Esses elementos demonstram que houve discriminação de fato associada às violações de garantias judiciais, proteção judicial e direitos de propriedade já declarados. Além disso, levando em conta os fatos descritos no capítulo sobre a afetação jurídica produzida a Sebastián Furlan no âmbito do processo civil [...], bem como o impacto que a negação do acesso à justiça teve na possibilidade de acessar uma adequada reabilitação e assistência médica [...], o Tribunal considera que, por sua vez, foi comprovada a violação do direito à integridade pessoal. Consequentemente, a Corte declara que o Estado não cumpriu sua obrigação de garantir, sem discriminação, o direito de acesso à justiça e o direito à integridade pessoal nos termos dos artigos 5.1, 8.1, 21 e 25.1. e 25.2.c, em relação aos artigos 1.1. e 19 da Convenção Americana em detrimento de Sebastián Claus Furlan”. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 269.

106 “Portanto, a Corte constatou que o acidente sofrido por Sebastián Furlan, bem como o andamento do processo civil, teve um impacto no núcleo familiar formado por Danilo Furlan, Susana Fernández, Claudio Furlan e Sabina Furlan. Esse impacto gerou um estado permanente de angústia e desespero na família, que acabou rompendo os laços familiares e gerando outros tipos de consequências. Além disso, a família Furlan Fernández não teve assistência para desenvolver um melhor apoio a Sebastián Furlan, o que desencadeou uma série de efeitos negativos no desenvolvimento e funcionamento normal da família.” Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 256

sangue de Talía Gonzales Lluy em uma entidade privada. Por outro lado, em alguns momentos de deterioração de suas defesas, associadas ao acesso aos antirretrovirais, o que aconteceu com a transfusão de sangue nesse caso se refletiu em ameaças à vida e possíveis riscos de morte que podem até reaparecer no futuro. [...] Dado que o tipo de negligência é atribuível ao Estado, que conduziu à infecção pelo HIV de Talía Gonzales Lluy, o Equador é responsável pela violação da obrigação de controle e supervisão da prestação de serviços de saúde, no âmbito da direito à integridade pessoal e obrigação de não pôr em risco a vida, o que viola os artigos 4 e 5 da Convenção Americana em relação ao artigo 1.1 desta.¹⁰⁷

Outro aspecto interessante abordado pela Corte IDH é a responsabilidade do Estado por não adotar uma série de medidas relacionadas ao registro e atendimento médico em ambiente hospitalar:

[...] Do exposto decorre que a falta de registro de ingresso e de alta do centro de saúde, a falta de atenção médica às cinco vítimas gravemente feridas, a omissão de um diagnóstico sobre sua situação e a prescrição de um tratamento denotam omissões na atenção que se deveria oferecer aos feridos para respeitar e garantir seu direito à integridade pessoal, em violação do artigo 5.1 em relação ao artigo 1.1 da Convenção.¹⁰⁸

4.4. A situação das pessoas em deslocamento forçado

Recentemente, a Corte IDH abordou a questão da relação entre o deslocamento de pessoas e a integridade pessoal. Quanto às condições gerais em que a situação de deslocamento ocorre, a Corte IDH indicou que:

As medidas básicas de assistência prestadas pelo Estado durante o período de deslocamento foram insuficientes, uma vez que as condições físicas e mentais que eles enfrentaram por quase quatro anos não estão de acordo com os padrões mínimos exigidos nesse tipo de caso. Superlotação, alimentação, abastecimento e gestão da água, bem como a falta de adoção de medidas de saúde, evidenciam o descumprimento das obrigações de proteção do Estado após o deslocamento, com a consequência direta da violação do direito à integridade pessoal daqueles que sofreram deslocamentos forçados.¹⁰⁹

4.5. Abster-se de expulsar para países onde há risco de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante

A obrigação de garantia também foi desenvolvida na obrigação do Estado de abster-se de deportar ou expulsar uma pessoa para outro Estado onde exista o risco de que sua integridade pessoal seja afetada. Esse critério foi tratado especificamente pela Corte IDH em seu Parecer Consultivo sobre os *direitos e garantias de crianças* no contexto da migração, onde a Corte IDH declarou que:

Desde suas primeiras sentenças, a Corte se pronunciou sobre a intrínseca conexão existente entre as obrigações gerais de respeito e garantia indicadas no artigo 1.1 da Convenção e os direitos específicos protegidos por este instrumento que impõe, a respeito de cada um dos direitos e liberdades reconhecidos, deveres concretos que devem ser determinados caso a caso e segundo o direito ou liberdade em questão. Uma das obrigações internacionais associadas à proibição da tortura é o princípio de não devolução, ou *non refoulement*. Este princípio busca, de maneira primordial, assegurar a efetividade da proibição da tortura em todas as circunstâncias e a respeito de todas as pessoas, sem discriminação alguma. Sendo uma obrigação derivada da

107 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015, par. 190-191.

108 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 109.

109 Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colômbia*. EPFRC. 2013, par. 323. Nessa mesma sentença, a Corte IDH determinou a violação do artigo 5.2 da CADH, uma vez que o Estado não cumpriu a obrigação de garantir os direitos à integridade pessoal e a não ser forçado a deslocar, em detrimento de uma parte dos membros das Comunidades que estava presente no momento das incursões paramilitares, par. 209.

proibição de tortura, o princípio de não devolução neste âmbito é absoluto e adquire também o caráter de norma imperativa de Direito Internacional Consuetudinário, isto é, de jus cogens. Assim, a partir do artigo 5 da Convenção Americana, lido em conjunto com as obrigações erga omnes de respeitar e fazer respeitar as normas de proteção dos Direitos Humanos, decorre o dever do Estado de não deportar, devolver, expulsar, extraditar ou remover de outro modo uma pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição para outro Estado, ou para um terceiro Estado que não seja seguro, quando exista presunção fundada para crer que estaria em perigo de ser submetida a tortura, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.¹¹⁰

No caso de *Wong Ho Wing vs. Peru*, a Corte IDH analisou a atitude do Estado em relação a um pedido de extradição da vítima, solicitada pelas autoridades judiciais de Hong Kong, República Popular da China, pelo crime de contrabando. No momento em que foi solicitado internacionalmente, o Código Penal Chinês estabelecia a possibilidade de pena de morte pelo crime de qual havia sido acusado. Nesse caso, a Corte IDH indicou que, quando uma pessoa sujeita a um processo de extradição alega o risco de sofrer tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, os Estados Partes na CADH têm a obrigação de avaliar efetivamente essa possibilidade a estrutura de seus processos de extradição.¹¹¹ Isso inclui a obrigação de examinar o máximo de informação possível¹¹² e “se, uma vez examinadas as informações apresentadas, o Estado determina que as alegações carecem de comprovação adequada ou evidência necessária, então a situação de risco alegada pela suposta vítima pode ser descartada.”¹¹³

Devido à natureza mista do processo de extradição no Peru, que incluía uma fase judicial e uma fase política, a Corte IDH determinou que: “o direito de ser ouvido da pessoa extraditável é garantido por sua participação na fase judicial do processo, é nesta fase que as objeções à sua extradição devem

110 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14. Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. 2014, par. 225-226. No mesmo sentido, ver Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 127-165.

111 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 163. A Corte IDH faz extensas referências ao Comitê DHONU, ver nota 218 da sentença.

112 No caso em estudo, a Corte IDH analisou as garantias diplomáticas concedidas pela República Popular da China ao governo do Peru e concluiu que estas são apenas um elemento adicional para avaliar a situação de risco dos extraditáveis, os quais devem ser “valorizados” e considerado com prudência em atenção a todas as circunstâncias do caso, em uma avaliação caso a caso [...]”. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 179- 180. A Corte IDH mencionou os fatores relevantes apontados pela CEDH no *caso Othman (Abu Qatada) vs. Reino Unido*, no momento de avaliar a qualidade e a confiabilidade das garantias diplomáticas, o Reino Unido: “(i) o fato de os termos das garantias que foram comunicadas ou não ao Tribunal [...], (ii) o caráter, precisamente, gerais ou vagas das garantias diplomáticas [...], (iii) o autor das garantias e sua capacidade ou não de comprometer o Estado anfitrião [...], (iv) nos casos em que as garantias diplomáticas foram oferecidas pelo governo central do Estado anfitrião, a probabilidade de que as autoridades locais as cumpram [...], (v) a natureza legal ou ilegal no Estado anfitrião dos tratamentos para os quais o Garantias diplomáticas foram dadas [...], (vi) o fato de serem provenientes ou não de um Estado Contratante [...], (vii) a duração e a força das relações bilaterais entre o Estado remetente e o Estado de acolhimento, incluindo a atitude anterior do Estado anfitrião em relação a garantias semelhantes [...], (viii) a possibilidade, ou não, de verificar objetivamente o cumprimento das garantias oferecidas por meio de mecanismos diplomáticos ou outros mecanismos de controle, incluindo a possibilidade ilimitada de se encontrar com os advogados do demandante [...], (ix) a existência ou não de um verdadeiro sistema de proteção contra a tortura no Estado anfitrião e a disposição deste Estado para cooperar com mecanismos internacionais de controle (incluindo organizações não-governamentais para a defesa dos Direitos Humanos) , investigar alegações de tortura e punir os autores de tais atos [...], (x) se o autor foi ou não maltratado no Estado anfitrião [...], (xi) o exame ou a ausência de exame pelos tribunais internos do Estado de partida e/ou do Estado Contratante da confiabilidade das garantias diplomáticas [...]”. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC, par. 180, citando ao TEDH.

113 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC, par. 164. Analisando a mais recente garantia do governo chinês, a Corte IDH determinou que era suficiente permitir a entrega, pois se referia especificamente à pessoa passível de expulsão, era confiável e poderia ser verificada após a entrega. No entanto, tanto o representante da vítima quanto a CIDH se opuseram por considerá-la extemporânea. Nesse sentido, a Corte IDH alertou que “não há limite no direito internacional quanto ao número de garantias que podem ser oferecidas pelo Estado requerente ou solicitadas pelo Estado requerido. Também não há impedimento para que garantias suficientes sejam concedidas de maneira escalonada ou progressiva.” Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 184-185.

ser resolvidas, devido à situação contextual de possível violação dos Direitos Humanos no Estado solicitante.”¹¹⁴

Quanto ao exame da situação de risco no país solicitante, a Corte IDH estabeleceu critérios próprios, com base em referências ao TEDH, e declarou que:

Para examinar a possível situação de risco para os Direitos Humanos de uma pessoa sob a jurisdição de um Estado Parte da CADH em um país de destino, é possível usar fontes nacionais e relatórios de organizações internacionais ou não-governamentais [...] No exame de uma possível situação de risco para os extraditáveis no país de destino, as condições reais desse país devem ser levadas em consideração e não apenas as formais, motivo pelo qual a mera ratificação de tratados não é suficiente para garantir que não será submetido a tortura [...]. Da mesma forma, a existência de normas internas que garantam o respeito aos Direitos Humanos ou a proibição de tortura e outras formas de tratamento cruel, desumano ou degradante, não é suficiente por si só para garantir proteção adequada contra tratamentos contrários à Convenção [...] No entanto, o TEDH indicou que: “ao avaliar se existe um risco de maus-tratos no país solicitante, o Tribunal avalia a situação geral no país, levando em consideração qualquer indicação de melhoria ou agravamento da situação dos Direitos Humanos em geral ou em relação a um grupo ou área em particular que possam ser relevantes à luz das circunstâncias particulares do peticionário [...]”. A Corte IDH alerta que, na análise de uma possível situação de risco no país de destino, a referência às condições gerais de Direitos Humanos do respectivo Estado não é suficiente, *mas é necessário demonstrar as circunstâncias particulares da extradição que, nessas condições, o exporiam a um risco real, previsível e pessoal de ser submetido a tratamento contrário à proibição de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante se for extraditado, como pertencer a um grupo perseguido, experiência anterior de tortura ou maus-tratos no Estado requerente, o tipo de crime pelo qual é solicitado, entre outros, dependendo das circunstâncias particulares do país de destino.*¹¹⁵

4.6. Obrigações Institucionais (tipificação)

A Corte IDH estabeleceu a obrigação de tipificar os atos de tortura na esfera doméstica de acordo com as normas internacionais, mediante garantias de não repetição:

Em conformidade com o disposto no Capítulo X desta Sentença, a Corte considera pertinente ordenar ao Estado que adapte sua legislação interna dentro de um prazo razoável e, nesse sentido, criminalize os crimes de desaparecimento forçado e tortura, nos termos e em conformidade com os compromissos assumidos em relação à Convenção sobre Desaparecimento Forçado e Convenção contra a Tortura, de 28 de março de 1996 e 28 de agosto de 1991, respectivamente.¹¹⁶

Em resumo, podemos afirmar que as obrigações de respeito e garantia do Estado adquirem certas características particulares em casos de tortura e outros tratamentos e punições penas cruéis, desumanos e degradantes. Nesses casos, além do alcance normal das obrigações gerais, é necessário que o Estado adote medidas especiais que deem plena efetividade a esse direito. Assim, revisamos as medidas relacionadas à investigação e punição de atos de tortura que são realizados de maneira massiva e sistemática,

114 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 165.

115 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 171-173 (grifo do autor). Na mesma sentença, a Corte IDH ressaltou que, de acordo com o TEDH, “a referência a um problema geral sobre a situação dos Direitos Humanos em um determinado país não pode, por si só, servir de base para a negação da extradição. Quando as fontes disponíveis para o Tribunal descrevem uma situação geral, as alegações específicas de um peticionário em um caso específico precisam ser corroboradas por outras evidências, com referência às circunstâncias individuais que demonstram seu medo de maus-tratos. O Tribunal não exigirá provas de tais circunstâncias individuais apenas nos casos mais extremos em que a situação geral de violência no país de destino seja de tal intensidade que crie um risco real, de modo que qualquer retorno a esse país viole necessariamente o Artigo 3. da CEDH [...]”, par. 173.

116 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008, par. 259.

tanto em aspectos processuais quanto substantivos. Da mesma forma, a necessidade de adotar medidas preventivas efetivas, particularmente a obrigação de tipificar esse crime na esfera doméstica.

5. Pessoas privadas da liberdade

5.1. Considerações gerais sobre o alcance das obrigações do Estado

A CADH não lida diretamente com questões relacionadas a pessoas privadas de liberdade no artigo 7 relacionado à liberdade pessoal, mas sim no artigo 5, que é decisivo sobre o risco de privação da liberdade e da integridade física e mental das pessoas.

A partir da leitura do texto do artigo 5, parece evidente que a Corte IDH focaliza sua análise no inciso 2, que se refere explicitamente ao assunto; no entanto, aplicou os incisos 1 e 2 (no que diz respeito à proibição de tortura ou tratamento e/ou pena cruel, desumano ou degradante) para estabelecer o escopo dos direitos e obrigações do Estado.

Assim, o vínculo entre as condições das prisões e o artigo 5 foi desenvolvido pela Corte IDH nos seguintes termos:

Nos termos do artigo 5 da Convenção, toda pessoa privada de liberdade tem o direito de viver em uma situação de detenção compatível com sua dignidade pessoal. Em outras ocasiões, este Tribunal indicou que a detenção em condições de superlotação, o isolamento em uma cela reduzida, com falta de ventilação e luz natural, sem leito para descanso ou condições adequadas de higiene, isolamento ou restrições inadequadas ao regime de visitas constituem uma violação da integridade pessoal.¹¹⁷

A Corte IDH indicou a obrigação do Estado de garantir os direitos das pessoas privadas de liberdade, principalmente porque estão em uma situação vulnerável:

o Estado está em uma posição especial como garante em relação às pessoas privadas de liberdade em centros penitenciários ou de detenção, uma vez que as autoridades penitenciárias exercem controle total sobre elas. Além disso, “uma das obrigações que o Estado deve inevitavelmente assumir em sua posição de garantidor, com o objetivo de proteger e garantir o direito à vida e à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade, é buscar prover essas condições mínimas compatíveis com sua dignidade enquanto permanecem em centros de detenção.”¹¹⁸

Em particular, a Corte IDH mencionou a proibição de manter centros de detenção clandestinos:

a privação de liberdade em centros legalmente reconhecidos e a existência de registros de detidos constituem salvaguardas fundamentais, entre outros, contra o desaparecimento forçado [...]. *Ao contrário*, o comissionamento e manutenção de centros de detenção clandestinos constitui per se uma violação da obrigação de garantia, por violar diretamente os direitos à liberdade pessoal, integridade pessoal, vida e personalidade jurídica [...]. Esse princípio,

117 Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. FRC. 2004, par. 102.

118 Corte IDH. *Assunto do Centro Penitenciário de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana)*, Medidas Provisórias. Resolução de 2 de fevereiro de 2007, par. 7. No mesmo sentido, *ver*: Corte IDH. *Caso Internado Judicial de Monagas (“La Pica”)*. Medidas Provisórias. Resolução de 6 de julho de 2004, par. 11; Corte IDH. *Caso do Centro Penitenciário Región Capital Yare I e Yare II (Cárcel de Yare)*. Medidas Provisórias. Resolução de 30 de março de 2006, par. 9; Corte IDH. *Caso das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no “Complexo do Tatuapé” da FEBEM*. Medidas Provisórias. Resolução de 30 de novembro de 2005, par. 7; *Caso das Penitenciárias de Mendoza*. Medidas Provisórias. Resolução de 18 de junho de 2005, par. 7 e 11; Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguai*. EPFRC. 2004, par. 159.

constantemente reiterado pela Corte, está codificado no artigo XI da Convenção Interamericana sobre Desaparecimentos Forçados.¹¹⁹

O Estado, em vista de sua condição de garante das condições de vida de pessoas privadas de liberdade e como responsável último pelos centros de detenção, deve garantir aos reclusos a existência de condições que salvaguardem seus direitos, levando em conta as particularidades da condição prisional:

Por outro lado, o Estado se encontra em uma posição especial de garante frente às pessoas privadas de liberdade, visto que as autoridades penitenciárias exercem um forte controle ou domínio sobre as pessoas que se encontram sujeitas à sua custódia. Deste modo, produz-se uma relação e interação especial de sujeição entre a pessoa privada de liberdade e o Estado, caracterizada pela particular intensidade com que o Estado pode regulamentar seus direitos e obrigações e pelas circunstâncias próprias do encarceramento, onde impede o preso de satisfazer por sua própria conta uma série de necessidades básicas que são essenciais para o desenvolvimento de uma vida digna.¹²⁰

Isso implica, inclusive para o Estado, um dever de prevenção em relação às pessoas sujeitas ao seu controle:

[...] A jurisprudência constante desta Corte reconhece que as pessoas submetidas à privação de liberdade que se encontrem sob custódia de corpos repressivos oficiais, agentes estatais ou particulares que atuem com sua aquiescência ou tolerância, que impunemente pratiquem a tortura e o assassinato, representa, por si mesmo, uma infração do dever de prevenção de violações do direito à integridade pessoal.¹²¹

Da mesma forma, refere-se a vários aspectos relacionados a pessoas privadas de liberdade, resumidos no julgamento de *Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*:

Este Tribunal incorporou em sua jurisprudência os principais padrões sobre as condições carcerárias e o dever de prevenção que o Estado deve garantir a favor das pessoas privadas de liberdade.¹²² Em particular, conforme estabelecido por este Tribunal: a) a superlotação constitui uma violação da integridade pessoal;¹²³ da mesma forma, dificulta o desempenho normal de funções essenciais nos centros penitenciários;¹²⁴ b) a separação por categorias deve ser realizada entre acusados e condenados e entre menores de idade e adultos, com o objetivo de que

119 Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, par. 102.

120 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, par. 87. No mesmo sentido, ver Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006, par. 314 e ss. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 150. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 168.

121 Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. FRC. 2012, par. 149.

122 Cf. ONU, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones n.º 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y n.º 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977; ONU, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución n.º 43/173, de 9 de dezembro de 1988; ONU, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución n.º 45/113 de 14 de dezembro de 1990. Ver também: ONU, Observação Geral n.º 21 do Comitê de Direitos Humanos. 10 de abril de 1992. A/47/40/(SUPP). e CIDH, Principios e boas práticas sobre a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas. Adotados durante o 131º Período Ordinário de Sessões, celebrado de 3 a 14 de março de 2008. Citado em Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. FRC. 2012.

123 Cf. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 150. Corte IDH. *Caso Fleury e outros vs. Haiti*. Mérito e Reparaciones. 2011, par. 85. Fontes citadas em Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. FRC. 2012.

124 Cf. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, par. 20. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 204. Fontes citadas em Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. FRC. 2012.

aqueles privados de liberdade recebam tratamento adequado de acordo com sua condição;¹²⁵ c) todos os privados de liberdade terão acesso à água potável para consumo e à água para higiene pessoal; a falta de abastecimento de água potável constitui uma falha grave do Estado em cumprir seus deveres de garantia para com as pessoas sob sua custódia;¹²⁶ d) os alimentos que são fornecidos nos centros penitenciários devem ser de boa qualidade e devem fornecer valor nutricional suficiente;¹²⁷ e) o atendimento médico deve ser proporcionado regularmente, fornecendo tratamento adequado conforme necessário¹²⁸ e por pessoal médico qualificado quando necessário; f) educação, trabalho e recreação são funções essenciais dos centros penitenciários,¹²⁹ que devem ser fornecidos a todas as pessoas privadas de liberdade, a fim de promover a reabilitação e a reabilitação social dos reclusos; g) As visitas devem ser garantidas nas prisões. O confinamento sob regime de visitação restrita pode ser contrário à integridade pessoal em determinadas circunstâncias;¹³⁰ h) todas as celas devem ter luz natural ou artificial suficiente, ventilação e condições adequadas de higiene;¹³¹ i) os serviços sanitários devem contar com condições de higiene e privacidade;¹³² j) Os Estados não podem alegar dificuldades econômicas para justificar condições de detenção que não cumpram os padrões internacionais mínimos no assunto e que não respeitem a dignidade inerente ao ser humano;¹³³ e k) as medidas disciplinares que constituem tratamento cruel, desumano ou degradante, incluindo penas corporais,¹³⁴ reclusão em isolamento prolongado, bem como qualquer outra medida que possa comprometer seriamente a saúde física ou mental do recluso são estritamente proibida¹³⁵ [...].¹³⁶

Segundo a Corte IDH, as más condições dos centros de detenção podem, por si só, levar à violação do artigo 5.¹³⁷Especificamente na sentença do caso do “Instituto de Reeducação Juvenil” vs. Paraguai, a

125 Cf. Artículo 5.4. da CADH. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 263. Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 200. Fontes citadas em Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. FRC. 2012.

126 Cf. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 216. Fonte citada na Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. FRC. 2012.

127 Cf. Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. 2006, par. 209. Fonte citada na Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. FRC. 2012.

128 Cf. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 156. Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. 2006. FRC, par. 301. Fontes citadas na Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. FRC. 2012.

129 Cf. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, par. 146. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 204. Fontes citadas em Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. FRC. 2012.

130 Cf. Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Mérito. 1998, par. 58. Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006, par. 315. Fontes citadas em Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. FRC. 2012.

131 Cf. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, par. 146. Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006, par. 315. Fontes citadas em Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. FRC. 2012.

132 Cf. Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. 2006. Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006, par. 319. Fontes citadas em Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. FRC. 2012.

133 Cf. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, par. 85. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 198. Fontes citadas em Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. FRC. 2012.

134 Cf. Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. FRC. 2005, par. 70. Resolução da Corte IDH de 27 de janeiro de 2009 sobre o pedido de Parecer Consultivo apresentado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Castigo Corporal a Crianças e Adolescentes, considerando 14.

135 Cf. Corte IDH. *Caso das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no “Complexo do Tatuapé” da FEBEM*. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução de 30 de novembro de 2005, considerando 13, e Corte IDH. Assunto da Unidade de Internação Socioeducativa. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução de 1 de setembro de 2011, considerando 21.

136 Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. FRC. 2012.

137 Nessa sentença a Corte Interamericana determinou que isso dependerá de sua intensidade, duração e das características

Corte IDH estabeleceu que, se as condições materiais de vida não atenderem a certos padrões mínimos, podem afetar a saúde mental das pessoas detidas e, assim, provocar a responsabilidade internacional do Estado por violar a integridade mental.¹³⁸ No caso *Tibi vs. Equador* a Corte IDH reiterou esse raciocínio e destacou que a situação pessoal das pessoas privadas de liberdade se enquadra no escopo do artigo 5.2 da CADH e, portanto, o direito de cada pessoa “de viver em uma situação de detenção compatível com sua dignidade pessoal”,¹³⁹ que está intimamente ligada às condições de vida do detento.¹⁴⁰

5.2 Questões específicas sobre pessoas privadas de liberdade

Agora é hora de analisar questões específicas sobre as quais a Corte IDH se pronunciou, como a proibição de certas punições, o direito à assistência médica a pessoas privadas de liberdade e a obrigação de investigar em caso de queixa de maus-tratos ou tortura sofrida pelos detidos.

A Corte IDH indicou a proibição de certos tipos de punições, como isolamento, maus tratos e incommunicabilidade, e que o mero fato de estar sob grave ameaça de sofrer tais formas de punição constitui uma violação do Artigo 5.¹⁴¹ Desta maneira, a Corte IDH expandiu o alcance de proteção.

Quanto à obrigação do Estado de prestar assistência médica aos detidos, no julgamento do caso *Tibi vs. Equador*, a Corte IDH estabeleceu algumas peculiaridades desse direito. De acordo com o disposto no artigo 5, “o Estado tem o dever de fornecer aos detidos exames médicos regulares e atendimento e tratamento adequados quando exigidos e garantir que os detidos sejam atendidos por um médico escolhido por eles ou por aqueles que exercem sua representação ou custódia legal.”¹⁴² Em sua análise, a Corte IDH vai além e declara expressamente que a atenção médica deficiente de um detido, no caso de exigir tratamento ou atenção médica adequada e oportuna, representou uma violação do Artigo 5 da CADH.¹⁴³ No caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala* aprofundou esse critério observando que:

Consequentemente, de acordo com o artigo 5.1 e 5.2 da C[ADH], toda pessoa privada de liberdade tem o direito de viver em condições de detenção compatíveis com sua dignidade pessoal. Isso implica o dever do Estado de salvaguardar a saúde e o bem-estar das pessoas privadas de liberdade e garantir que a maneira e o método de privação de liberdade não excedam o nível inevitável de sofrimento inerente a ela.

[...]

Portanto, com base no princípio da não discriminação, o direito à vida das pessoas privadas de liberdade configura também a obrigação do Estado de garantir sua saúde física e mental, especificamente mediante a realização de exames médicos regulares e, quando necessário, tratamento médico adequado, oportuno e, quando apropriado, especializado, de acordo com as necessidades de cuidados especiais dos detidos em questão.

O T[EDH] também identificou a obrigação dos Estados de prestar assistência médica aos privados de liberdade e de prestar cuidados especiais em situações de emergência ou devido atendimento em caso de doença grave ou terminal. Da mesma forma, o Comitê DHONU estabeleceu que, quando os Estados detêm uma pessoa, eles assumem uma responsabilidade especial por sua vida, motivo pelo qual é necessário garantir a proteção desse direito, incluindo

da pessoa que as sofre. Corte IDH. *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*. EPFRC. 2012, par. 135.

138 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguai*. EPFRC. 2004, par. 168

139 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 150, esta sentença está relacionada à detenção de um cidadão francês acusado de tráfico de drogas.

140 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 150.

141 Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006, par. 279. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguai*. EPFRC. 2004, par. 167.

142 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 156. Ver também Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. EPFR. 2013, par. 193.

143 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 157.

cuidados médicos adequados, que devem ser oferecidos oficiosamente, sem a necessidade de que a pessoa sob custódia faça uma solicitação especial.¹⁴⁴

No caso mencionado, *Sandoval Chinchilla vs. Guatemala*, a Corte IDH analisou as ações e omissões do Estado em relação à situação de saúde da Sra. Chinchilla durante seu internamento no Centro de Orientação Feminina para cumprir uma sentença criminal e concluiu que o Estado havia violado o artigo 5.1 da CADH. Os fatos do caso estão relacionados ao estado de saúde da vítima, que sofria de diabetes no momento de sua detenção, o que piorou, resultando na amputação de uma das pernas, entre outras doenças, culminando em sua morte após sofrer queda da cadeira de rodas sem receber atendimento médico adequado ou tratamento hospitalar necessário em situações de emergência. Nesse contexto, a Corte IDH observou que as obrigações do Estado de proteger a saúde aumentam em relação às pessoas que sofrem de doenças graves ou crônicas:

A Corte considera que a necessidade de proteção da saúde, como parte da obrigação do Estado de garantir os direitos à integridade pessoal e à vida, aumenta em relação a uma pessoa que sofre de doenças graves ou crônicas quando sua saúde pode deteriorar-se progressivamente. De acordo com o princípio de não discriminação (art. 1.1 da Convenção), essa obrigação adquire particular relevância em relação às pessoas privadas de liberdade. Essa obrigação pode ser condicionada, acentuada ou especificada de acordo com o tipo de doença, principalmente se for terminal ou, mesmo que não seja, se puder ser complicada ou agravada pelas circunstâncias da pessoa, pelas condições da doença, detenção ou devido às capacidades reais de assistência médica do estabelecimento prisional ou das autoridades responsáveis. Essa obrigação recai sobre as autoridades penitenciárias e, eventualmente e indiretamente, sobre as autoridades judiciais que, oficiosamente ou a pedido do interessado, devem exercer controle judicial sobre as garantias para as pessoas privadas de liberdade.

As autoridades devem garantir que, quando exigida pela natureza de uma condição médica, a supervisão seja regular e sistemática, com o objetivo de curar as doenças do detento ou impedir seu agravamento, em vez de tratá-las apenas de forma sintomática. O T[EDH] levou em consideração o princípio da equivalência dos cuidados médicos, indicado pelo Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e dos Tratamentos Cruéis ou Degradantes, com base nos quais o serviço de saúde em locais de privação de liberdade deve ser capaz de fornecer tratamento médico e de enfermagem, além de dietas, fisioterapia, reabilitação e outras instalações especializadas em condições comparáveis às usufruídas pelos pacientes na comunidade externa. A falta e/ou deficiência na prestação desses cuidados médicos, ou tratamento médico negligente ou inadequado, não está de acordo com a obrigação de proteger o direito à vida das pessoas privadas de liberdade.¹⁴⁵

Nessa situação, a Corte IDH concluiu que não havia sido verificado que o Estado:

mantinha um registro ou arquivo do estado de saúde e dos tratamentos dados à suposta vítima desde a sua entrada no COF, no local ou nos hospitais ou centros de atendimento onde ela foi tratada [...]. Diante da deterioração progressiva de sua saúde, os médicos que a examinaram indicaram que havia uma situação de risco latente para sua vida e integridade pessoal, uma vez que ela sofria de uma doença grave, crônica e eventualmente fatal. No entanto, não havia registro de que as autoridades tivessem assegurado que, dada a natureza do estado de saúde da vítima, a supervisão médica fosse periódica, adequada e sistemática, com o objetivo de tratar suas doenças e deficiências e impedir o seu agravamento, em especial através do fornecimento de dietas adequadas, reabilitação e outras instalações necessárias. De acordo com a Corte IDH, se o Estado não podia garantir esse cuidado e tratamento na prisão onde estava localizada, era obrigado a estabelecer um mecanismo e protocolo de atendimento imediato e eficaz, a fim

144 Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 169, 171-172.

145 Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 188-189.

de garantir que a supervisão médica fosse oportuna e sistemática, particularmente em uma situação de emergência. Nesse caso, os procedimentos estabelecidos para a consulta ambulatorial nos hospitais não foram ágeis o suficiente para permitir efetivamente o tratamento médico oportuno.¹⁴⁶

Em relação à resposta do Estado à deficiência da senhora Chinchilla, a Corte IDH enfatizou as seguintes obrigações, levando em consideração os critérios do Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência:

8.5 [...] Os Estados Partes devem adotar todas as medidas pertinentes, incluindo a identificação e eliminação de obstáculos e barreiras de acesso, para que as pessoas com deficiência privada de liberdade possam viver independentemente e participar plenamente de todas as atividades e aspectos da vida cotidiana do local de detenção, entre outros, garantindo seu acesso, em igualdade de condições com outras pessoas privadas de liberdade, aos diversos ambientes e serviços físicos, como banheiros, pátios, bibliotecas, oficinas de estudo ou trabalho, serviços médicos, psicológicos, sociais e jurídicos [...]¹⁴⁷

Por outro lado, para determinar se a falta de atenção médica pode ser considerada uma violação aos incisos 1 ou 2 do artigo 5, deve-se verificar as circunstâncias específicas da pessoa, entre as quais “seu estado de saúde ou o tipo de doença que sofre, o lapso de tempo sem cuidados, seus efeitos físicos e mentais cumulativos e, em alguns casos, sexo e idade, entre outros.”¹⁴⁸ Da mesma forma, segundo a Corte IDH, é claro que :

Devido ao controle que o Estado exerce sobre a pessoa em situação de detenção e ao consequente controle dos meios de prova sobre sua condição física, condições de detenção e eventuais cuidados médicos, o Estado tem o ônus da prova para verificar se respeitou e garantiu adequadamente os direitos da pessoa privada de liberdade no caso de uma condição de saúde que exija a prestação adequada e eficiente de serviços médicos.¹⁴⁹

146 Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 199.

147 Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 213, citando o Comitê da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Também na sentença em questão, a Corte IDH declarou: “o dever de ajustar um ambiente em que um sujeito com alguma limitação possa funcionar e gozar da maior independência possível, a fim de participar plenamente de todos os aspectos da vida em que se encontra igualdade de condições com os outros. No caso de pessoas com dificuldades de mobilidade física, o conteúdo do direito à liberdade de circulação implica o dever dos Estados de identificar obstáculos e barreiras de acesso e, conseqüentemente, proceder para eliminá-los ou adaptá-los, garantindo Acessibilidade de pessoas com deficiência a instalações ou serviços, para que desfrutem de mobilidade pessoal com a maior independência possível. [...] O Estado tinha a obrigação de garantir o acesso às pessoas com deficiência privadas de liberdade, no caso a suposta vítima, de acordo com o princípio da não discriminação e com os elementos inter-relacionados de proteção da liberdade, ou seja, disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade, inclusive fazendo ajustes razoáveis necessários na prisão, para permitir que ele viva da maneira mais independente possível e em igualdade de condições com outras pessoas em situações de privação de liberdade. Da mesma forma, deveria ter facilitado que ele pudesse acessar, de acordo com o princípio da equivalência, meios que ele poderia razoavelmente ter tido acesso a alcançar sua reabilitação se não estivesse sob custódia estatal, assim como impedir a aquisição de novas deficiências. Nesse sentido, a testemunha perita Carlos Ríos Espinosa, membro do Comitê da ONU para os Direitos das Pessoas com Deficiência, referiu-se à importância de o Estado ter tomado certas medidas, como conceder uma prótese ou garantir que ela tivesse suporte de profissionais que permitem entender e aceitar sua nova condição. Além disso, ele ressaltou que os Estados têm o ônus de provar que adotaram as medidas necessárias para eliminar as barreiras que enfrentam e garantir condições iguais no gozo de seus direitos”. par. 214-216.

148 Corte IDH. *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*. EPFRC. 2012, par. 137.

149 Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 173. Nessa mesma sentença, a Corte IDH declarou que “várias decisões de organizações internacionais invocam as Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para o Tratamento de presos, a fim de interpretar o conteúdo do direito das pessoas privadas de liberdade a tratamento digno e humano, como regras básicas sobre acomodação, higiene, tratamento médico e exercício físico, entre outros”, par. 174.

No que diz respeito à obrigação do Estado de investigar os casos em que possa se deparar com uma situação de tratamento que afeta a integridade pessoal,¹⁵⁰ a jurisprudência constante da Corte IDH afirma que, sempre que uma pessoa é privada de liberdade, em estado normal de saúde e mais tarde aparece com problemas de saúde, “cabe ao Estado fornecer uma explicação satisfatória e convincente dessa situação e [...] responder as alegações sobre sua responsabilidade, por meio de elementos probatórios adequados [...] a falta de tal explicação leva à presunção de responsabilidade pelos ferimentos sofridos por uma pessoa que esteve sob custódia de agentes do estado [...]”.¹⁵¹

O Estado tem o dever de iniciar, oficiosamente e imediatamente, uma investigação efetiva para identificar, processar e punir os responsáveis “quando houver uma queixa ou motivo para acreditar que um ato de tortura tenha sido cometido em violação ao artigo 5 da Convenção Americana.”¹⁵² A base desta obrigação é o artigo 1.1 da CADH, em conexão com o artigo 5. O mero fato de a pessoa privada de liberdade apresentar lesões no período em que esteve sob custódia direta do Estado é “motivo suficiente para que as autoridades competentes iniciem, oficiosamente, uma investigação sobre o que aconteceu [...]”.¹⁵³

No *caso J. vs. Peru*, a Corte IDH estabeleceu um importante critério jurisprudencial ao afirmar que, com o dever de garantir os direitos do detido, o Estado deve obter e garantir qualquer evidência que possa provar atos contrários à sua integridade pessoal:

A Corte considera que as provas obtidas durante os exames médicos desempenham um papel crucial durante as investigações realizadas contra os detidos e nos casos em que este último alega maus tratos [...]. Nesse sentido, as alegações de maus tratos ocorridos sob custódia policial são extremamente difíceis para a vítima comprovar se estava isolada do mundo exterior, sem acesso a médicos, advogados, familiares ou amigos que poderiam apoiar e reunir as evidências necessárias [...]. Portanto, as autoridades judiciais têm o dever de garantir os direitos do detido, o que significa obter e garantir qualquer evidência que possa provar atos de tortura, incluindo exames médicos [...]. Além disso, é importante enfatizar que, nos casos em que há alegações de tortura ou maus-tratos, o tempo decorrido para a realização dos exames médicos correspondentes é essencial para determinar com segurança a existência do dano, principalmente quando não há testemunhas além dos autores e das próprias vítimas e, conseqüentemente, as provas podem ser escassas. Do anterior resulta que, para que uma investigação sobre atos de tortura seja eficaz, ela deve ser realizada imediatamente [...]. Portanto, a falha na realização de um exame médico de uma pessoa que estava sob custódia do Estado, ou na sua realização sem cumprir as normas aplicáveis, não pode ser usada para questionar a veracidade das alegações de maus-tratos à suposta vítima [...]. No mesmo sentido, nos casos em que são denunciadas agressões sexuais, a falta de evidências médicas não diminui a veracidade da declaração da suposta vítima [...].¹⁵⁴

Um ponto relevante para nossa análise é a maneira através da qual a Corte IDH trata da questão da falta de recursos para respeitar a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade ao determinar as obrigações do Estado. No caso de *Montero Aranguren e outros (Reten de Catia) vs. Venezuela* a Corte declarou:

150 Sobre maus tratos e tortura, ver Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006, par. 343- 348. No caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, a Corte IDH estabeleceu que “os Estados devem, entre outros, criar mecanismos adequados para inspecionar as instituições, apresentar, investigar e resolver reclamações e estabelecer procedimentos disciplinares ou judiciais adequados para casos de má conduta profissional ou violação dos direitos de pessoas privadas de liberdade”. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 179.

151 Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. EPFR. 2013, par. 203.

152 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 159.

153 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 159. Da mesma forma, a Corte IDH considerou que a falta de uma investigação *ex officio* da morte de uma pessoa em custódia constitui uma violação do direito à integridade da pessoa. Corte IDH. *Caso Irmãos Landaeta Mejias e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, par. 271.

154 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 333

O artigo 5 da Convenção consagra um dos valores mais fundamentais em uma sociedade democrática: o direito à integridade pessoal, segundo o qual “[t]oda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”, e são expressamente proibidos a tortura e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. No que se refere às pessoas privadas da liberdade, o próprio artigo 5.2 da Convenção estabelece que serão tratadas com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. Em conformidade com o artigo 27.2 da Convenção, este direito faz parte do núcleo inderrogável, pois se encontra consagrado como um dos que não podem ser suspensos em casos de guerra, perigo público ou outras ameaças à independência ou segurança dos Estados Partes. Nesse sentido, os Estados não podem alegar dificuldades econômicas para justificar condições de detenção que sejam tão precárias que não respeitem a dignidade inerente do ser humano.¹⁵⁵

De acordo com esse cenário, na opinião da Corte IDH, o Estado tem obrigações aumentadas no caso de pessoas privadas de liberdade que estão sob sua proteção completa e, condições particulares de vida, sujeitas ao controle estatal. Além disso, é importante destacar que a Corte IDH declara expressamente que as condições econômicas não são uma desculpa para o não cumprimento das obrigações mínimas de Direitos Humanos do Estado. Nesse sentido, a norma pela qual o controle internacional é produzido é relevante. A Corte IDH parte dos atos proibidos da primeira parte do artigo 5.2 convencional, uma vez que as medidas que pode prever para o Estado são mais intensas do que se o fizessem apenas a partir da segunda parte do mesmo preceito ou do direito genérico contemplado no artigo 5.1 do mesmo instrumento.

6. A pena não pode ir além da pessoa do delincente

De acordo com o terceiro inciso do artigo 5, a pena não pode ser transferida da pessoa do infrator. Esta é uma consequência clara da restrição imposta ao poder punitivo do Estado, que só poderá punir a pessoa que foi julgada de acordo com o devido processo que determinou sua responsabilidade pessoal por um crime.

Até o momento, a Corte IDH não examinou casos nos quais foi alegado descumprimento desta norma, no entanto, ainda que indiretamente, no caso de Alan García contra o Peru, a CIDH estabeleceu que a casa de Alan García fora invadida por militares peruanos e a esposa e os filhos menores do ex-presidente do Peru foram colocados em prisão domiciliar por essas mesmas forças. Também observou que:

[...] No âmbito dos direitos consagrados na Convenção supracitada, a extensão de sanções à família do suposto autor de um crime é especialmente proibida. Assim, deve-se observar que, se o Governo do Peru entendeu que o Dr. García Pérez deveria ser detida por ter cometido uma infração estabelecida por lei penal, a impossibilidade de sua captura não justificava que as sanções contra ele fossem aplicadas contra sua esposa e filhos.¹⁵⁶

155 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPFRC. 2006, par. 85. Quanto à sentença final usada na sentença sobre as dificuldades econômicas de cumprimento, a Corte IDH cita os seguintes casos do TEDH: *Caso I.I vs Bulgária*. Sentença de 9 de junho de 2005. Petição n.º 44082/98, par. 77; *Caso Poltoratskiy vs. Ucrânia*. Sentença de 29 de abril de 2003. Petição n.º 38812/97, par. 148.

156 CIDH. Informe n.º 1/95, Caso 11.006 Peru, 7 de fevereiro de 1995, publicado no Relatório Anual 1994.

7. Os réus devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas

7.1. A separação entre réus e condenados

Embora a razão pela qual esse direito tenha sido consagrado dentro das normas relacionadas à integridade pessoal possa ser incerta, é evidente que isso tem uma relação direta com a dignidade dos indivíduos como “corolário do direito de uma pessoa processada por presumir-se sua inocência enquanto sua culpa não estiver legalmente estabelecida”,¹⁵⁷ e o tratamento que essa situação merece. Em particular, a Corte IDH destacou a necessidade dos estabelecimentos prisionais possuírem um ‘sistema de classificação para detidos’ que permita a aplicação desse direito de separação.¹⁵⁸

Em relação à base material desta medida, a Corte IDH indicou no caso *Tibi vs. Equador* que a falta de um sistema de classificação para os detidos na prisão onde o Sr. Tibi havia sido detido o forçou a conviver com pessoas condenadas e o expôs a maior violência, o que representou uma violação do artigo 5.4 da CADH.¹⁵⁹

Por fim, em relação às circunstâncias específicas da separação, a Corte IDH indicou que “a separação do acusado e do condenado exige não apenas mantê-los em celas diferentes, mas também que essas celas estejam localizadas em áreas diferentes dentro de um centro de detenção ou em estabelecimentos diferentes, se possível.”¹⁶⁰

7.2. Migrantes privados da liberdade

Uma questão analisada pela Corte IDH com referência aos incisos 1 e 2 do artigo 5, mas que mantém claramente uma relação com o terceiro inciso analisado nesta seção, é a situação das pessoas indocumentadas que estão sujeitas a um processo de sanção em virtude de seu status migratório.

A Corte IDH indicou que a situação de vulnerabilidade particular dos migrantes aumenta “quando, em virtude de sua situação migratória irregular, são privadas de liberdade em centros penitenciários nos quais são presos com pessoas processadas ou punidas pela prática de crimes”. A base dessa avaliação está no fato de que “essa situação faz com que os migrantes sejam mais propensos a sofrer tratamentos abusivos, pois acarreta uma condição individual de facto de desproteção em relação ao restante dos detidos”.¹⁶¹

De acordo com a Corte IDH, nos casos em que seja estritamente necessário privar uma pessoa da liberdade com base em seu status de imigração, “os migrantes devem ser detidos em estabelecimentos especificamente destinados para essa finalidade, e que sejam apropriados à sua situação legal, e não em prisões comuns, cuja finalidade é incompatível com a natureza de uma possível detenção de uma pessoa por sua situação migratória, ou em outros lugares onde possam estar ao lado de pessoas acusadas ou condenadas por delitos penais. Esse princípio de separação atende, certamente, às diferentes finalidades

157 Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haiti*. FRC. 2008, par. 146.

158 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 158. Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haiti*. FRC. 2008, par. 146.

159 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 158.

160 Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haiti*. FRC. 2008. 147. Nesse sentido, em um caso individual, o Comitê DHONU estabeleceu que o fato do acusado e do condenado estarem no mesmo prédio, mas em seções separadas, o acusado tendo contato com o condenado porque alguns deles serviam refeições ou limpavam as seções onde os réus estavam, não constituiu uma violação do artigo 10.2.a do PIDCP, que é semelhante ao artigo 5.4. da CADH. Comitê DHONU, *Larry James Pinkney vs. Canada*, Comunicação n.º R./27 de 25 de novembro de 1977 (UN Doc. Supp. n.º 40 (A/37/40), (1982), p. 101.

161 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC, par. 207.

da privação de liberdade.”¹⁶² Dessa forma, a necessidade de separação se torna mais intensa e não será mais apenas entre o acusado e o condenado, mas em relação a qualquer tipo de população carcerária.

8. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento

O inciso 5 do artigo 5 regula não apenas a separação entre menores e adultos, mas também estabelece a obrigação de uma justiça especializada para crianças, onde eles devem ser levados o mais rápido possível para seu tratamento. A formulação desta subseção pode ser ambígua. O termo tratamento tem uma raiz tutelar clara, onde os ‘menores’ são ‘tratados’ e não julgados. A experiência histórica mostra que isso envolve processos nos quais os adolescentes que entram em contato com a justiça criminal não são tratados como sujeitos de direito lei e, portanto, há um comprometimento significativo no exercício e no desfrute de seus Direitos Humanos.¹⁶³

8.1. Sistema Especializado

A CADH exige a criação de tribunais especiais para processar crianças que violam a lei. Com a entrada em vigor da Convenção sobre os Direitos da criança, as crianças e adolescentes precisam não apenas de tribunais especiais, mas também de regras especiais e de pessoal treinado para se comunicar com elas, uma vez que o processo de um delito criminal deve terminar com sanções e medidas que promovam a reintegração da criança e visem “assumir um papel construtivo na sociedade”.¹⁶⁴

No caso *Servellón García e outros vs. Honduras*, a Corte IDH mencionou os propósitos que a intervenção criminal deve buscar “[...] a devida proteção dos direitos da criança deve levar em conta suas próprias características e a necessidade de promover seu desenvolvimento e oferecer-lhe as condições necessárias para que a criança viva e desenvolva suas habilidades com o pleno uso de seu potencial”.¹⁶⁵ A pena não pode ter outro propósito senão o de reintegrar os jovens na sociedade, e para isso é essencial que seja proporcional.¹⁶⁶

Da mesma forma, n *Parecer Consultivo sobre a situação jurídica e os Direitos Humanos da criança*, a Corte IDH estabeleceu critérios gerais:

a consequência clara da pertinência de atender de maneira diferenciada e específica às questões relacionadas às crianças, e particularmente às relacionadas a condutas ilegais, é o estabelecimento de órgãos jurisdicionais especializados para o conhecimento de condutas tipicamente criminais atribuídas àquelas. [...] Consequentemente, os menores de 18 anos a quem é atribuída a prática de condutas previstas como criminais pelo direito penal, devem estar sujeitos, para os fins dos respectivos conhecimentos e a adoção das medidas pertinentes, somente aos órgãos jurisdicionais específicos que não sejam os correspondentes aos adultos. Assim, a Convenção sobre os Direitos da Criança contempla o “estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças que supostamente violaram leis penais ou que são acusadas ou consideradas culpadas de terem violado essas leis” (art. .40.3).

162 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC, par. 208

163 Ver artigo 40 da CDN e artigo 7 das Regras de Beijing.

164 Artigo 40 da CDN.

165 Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 113

166 Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. EPFR. 2013, par. 165.

As características da intervenção que o Estado deve ter no caso de menores infratores devem refletir-se na integração e operação desses tribunais, bem como na natureza das medidas que eles podem adotar.¹⁶⁷

No caso do “*Instituto de Reeducação do Menor*” vs. *Paraguai*, a Corte IDH estabeleceu normas específicas:

À luz das normas internacionais pertinentes à matéria, a referida jurisdição especial para crianças em conflito com a lei no Paraguai, bem como suas leis e procedimentos correspondentes, devem se caracterizar, inter alia, pelos seguintes elementos: 1) em primeiro lugar, a possibilidade de adotar medidas para tratar essas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais; 2) caso um processo judicial seja necessário, este Tribunal disporá de diversas medidas, tais como assessoramento psicológico para a criança durante o procedimento, controle em relação à maneira de tomar o testemunho da criança e regulamentação da publicidade do processo; 3) disporá também de uma margem suficiente para o exercício de faculdades discricionárias nas diferentes etapas dos processos e nas distintas etapas da administração de justiça de crianças; e 4) os que exerçam estas faculdades deverão estar especialmente preparados e capacitados sobre os Direitos Humanos da criança e em psicologia infantil para evitar qualquer abuso da discricionariedade e para assegurar que as medidas ordenadas em cada caso sejam idôneas e proporcionais.¹⁶⁸

Em resumo, como a Corte IDH declarou recentemente:

[...] Por conseguinte, aqueles com menos de 18 anos de idade a quem é atribuída a prática de condutas previstas como criminais pelo direito penal, caso não seja possível evitar a intervenção judicial, devem estar sujeitos, para os fins dos respectivos conhecimentos e a adoção das medidas pertinentes, somente aos órgãos jurisdicionais específicos distintos daqueles correspondentes aos maiores de idade.¹⁶⁹

8.2. Separação entre crianças e adultos privados de liberdade

Quanto ao direito das crianças a serem separadas dos adultos privados de liberdade, a Corte IDH observou no caso *Bulacio vs. Argentina*:

Para salvaguardar os direitos das crianças detidas, especialmente o seu direito à integridade pessoal, é essencial que elas sejam separadas dos presos adultos. E, conforme estabelecido por este Tribunal, as pessoas encarregadas dos centros de detenção de infratores ou crianças acusadas devem ser devidamente treinadas para desempenhar suas funções. Finalmente, o direito dos detidos de estabelecer comunicação com terceiros, que prestam assistência e defesa, corresponde à obrigação dos agentes estatais de comunicar imediatamente a detenção do menor a essas pessoas, mesmo quando este não tenha solicitado.¹⁷⁰

Sobre o mesmo assunto, no caso mencionado “*Instituto de Reeducação do Menor*” vs. *Paraguai*, a Corte IDH declarou:

Em relação ao cumprimento da disposição do artigo 5.5 da Convenção, foi estabelecido (par. 134.16 supra) que em diversas oportunidades alguns internos foram transferidos do Instituto, como castigo ou por necessidade, a penitenciárias de adultos e compartilhavam espaço físico com estes, situação que expunha os meninos a circunstâncias que são altamente prejudiciais

167 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002, par.109-111. No último parágrafo, a Corte IDH estabelece um critério geral.

168 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguai*. EPFRC. 2004, par. 211.

169 Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. EPFR. 2013, par. 147.

170 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, par. 136.

para seu desenvolvimento e os torna vulneráveis em relação a terceiros que, por sua qualidade de adultos, podem abusar de sua superioridade.¹⁷¹

Por esse motivo, a Corte IDH concluiu no dispositivo da mesma sentença:

Além disso, foi estabelecido que os internos do Instituto processados sem sentença não estavam separados dos condenados e, portanto, todos os internos eram submetidos ao mesmo tratamento sem distinção alguma [...]. Esta situação contribuiu para que existisse um clima de insegurança, tensão e violência no Instituto. O próprio Estado reconheceu a falta de separação entre processados e condenados e afirmou que esta existia no Instituto “pela falta de disponibilidade de meios”. Finalmente, não existiam oportunidades efetivas para que os internos se reformassem e se reintegrassem à sociedade [...]. Estas circunstâncias, atribuíveis ao Estado, são constitutivas de uma violação ao artigo 5 da Convenção Americana, em relação a todos os internos que permaneceram no Instituto.¹⁷²

Em uma resolução sobre medidas provisórias, no caso de crianças e adolescentes privados de liberdade no “Complexo do Tatuapé”, solicitada pela CIDH a respeito da Febem no Brasil, a Corte IDH estabeleceu critérios mais específicos: [...] para proteger a vida e a integridade pessoal de crianças residentes no Complexo do Tatuapé, deve haver, no mínimo, uma separação por categorias de idade, natureza do delito cometido e entre os jovens processados e aqueles cuja situação já foi resolvida.

9. A privação da liberdade terá como objetivo essencial a reforma e readaptação social dos condenados

Sem dúvida, uma das questões mais discutidas no direito penal é determinar qual é o significado da pena, que se torna ainda mais complexa se observarmos a realidade do sistema penitenciário na América Latina. Nesse sentido, o inciso 6 do artigo 5 estabelece que as sentenças de custódia terão como objetivo a reforma e a readaptação social dos condenados. A Corte IDH decidiu sobre esta questão no sentido de reafirmar o propósito da sentença como uma medida de readaptação social.¹⁷³

No caso de *Lori Berenson Mejía vs. Peru*, a Corte Interamericana destacou que as condições em que se encontravam os presos impediam o cumprimento dos objetivos da privação de liberdade e destacou que essa é uma questão que deve ser observada pelos juízes na hora de definir a sentença, bem como no momento de avaliar seu cumprimento:

As situações descritas são contrárias ao “objetivo essencial” das penas que envolvem privação de liberdade, conforme estabelecido no item 6 do artigo mencionado anteriormente, ou seja, “a reforma e a readaptação social das pessoas condenadas”. As autoridades judiciais devem levar em conta essas circunstâncias ao aplicar ou avaliar as penas estabelecidas.”¹⁷⁴

10. A título de síntese

O direito à integridade pessoal é hoje um ponto central no sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, refletido tanto nas normas que buscam sua proteção quanto no acervo jurisprudencial que a Corte IDH desenvolveu.

171 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguai*. EPFRC. 2004, par. 175.

172 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguai*. EPFRC. 2004, par. 169-171.

173 Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. EPFR. 2013, par. 156.

174 Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. FRC. 2004, par. 101. No mesmo sentido se pronuncia em Corte IDH. *Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 223

A CADH consagra um princípio geral de proteção da integridade pessoal em suas facetas física, psíquica e moral. Também estabelece certas proibições específicas, como à tortura e outros tratamentos e penas cruéis, desumanos e degradantes.

Como consequência da natureza especial da proibição da tortura, tornou-se necessário que a Corte IDH não apenas distinguisse essa prática de outras formas de violação à integridade pessoal, mas que também detalhasse as várias consequências de uma violação desse direito.

Dentre as obrigações do Estado nesta matéria, destaca-se as obrigações de prevenção (orgânica, normativa e processual), como as formas de proteção contra ameaças a esse direito (habeas corpus) e as obrigações de resposta em caso de violação do direito (investigar e sancionar). Isso é especialmente relevante em casos de violência institucionalizada e casos de violações graves e sistemáticas.

Além disso, a jurisprudência da Corte IDH abordou uma série de questões relacionadas à integridade pessoal, como os direitos das pessoas privadas de liberdade, migrantes, crianças, entre outros grupos em condições de vulnerabilidade especial no gozo e no exercício de seus direitos.

Artigo 6. Proibição da escravidão e da servidão

1. Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.
2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso.
3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo:
 - a. os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;
 - b. o serviço militar e, nos países onde se admite a isenção por motivos de consciência, o serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele;
 - c. o serviço imposto em casos de perigo ou calamidade que ameace a existência ou o bem-estar da comunidade; e
 - d. o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C n.º 52. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. Mérito. Sentença de 29 de setembro de 1999. Série C n.º 56. Doravante: Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C n.º 69. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2004. Série C n.º 119. Doravante: Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C n.º 135. Doravante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. Sentença de 1 de julho de 2006. Série C n.º 148. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009. Série C n.º 207. Doravante: Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C n.º 318. Doravante: Corte IDH. *Caso Trabalhadores da Fazenda da Brasil Verde vs. Brasil*. EPFRC. 2016.

Comissão Interamericana dos Direitos Humanos

CIDH. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos 1968*, Washington, 1973.

CIDH. *Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos na Colômbia*, OEA/Ser.L/V/II.53 Doc. 22, de 30 de junho

de 1981.

CIDH. *Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Chile*, OEA/Ser.L/V/II.77 rev.1, de 8 de maio de 1985.

CIDH. *Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil*, OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev.1, de 29 setembro de 1997.

CIDH. *Relatório Anual da CIDH 1999*. OEA/ Ser.L/V/II.106 Doc. 3, de 13 de abril de 2000.

CIDH. *Segundo Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Peru*. Capítulo II “Administración de justicia y estado de derecho”. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 59 rev., de 2 junho de 2000.

CIDH. *Relatório Terrorismo e Direitos Humanos*. OEA/ Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de outubro de 2002.

CIDH. Petição 12.219, *Caso Cristián Daniel Sahlin Vera e outros vs. Chile*, Relatório n.º 43/05, de 10 de março de 2005.

CIDH. Petição 712-03, *Caso Elena Téllez Blanco vs. Costa Rica*. Relatório de Admissibilidade n.º 29/07, de 26 de abril de 2007.

CIDH. Petição n.º 844/05, *Caso Comunidade de Río Negro del Pueblo Indígena Maya e seus membros vs. Guatemala*. Relatório de Admissibilidade n.º 13/08, de 5 de março de 2008.

CIDH. Petição n.º 1/06, *Caso Massacre e deslocamento forçado dos Montes de María vs. Colômbia*. Relatório de Admissibilidade n.º 15/09, de 19 de março de 2009.

CIDH. *Relatório de Acompanhamento- Acceso a la Justicia e inclusión social: el Camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. OEA/Ser.L/V/II.135 Doc. 40, de 7 de agosto de 2009.

CIDH. *Comunidades cautivas: Situación del Pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*. OEA/ Ser.L/V/II Doc. 58, de 24 de dezembro de 2009.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TEDH. *Caso Van der Musselle vs. Bélgica* (Caso n.º 8919/80). Sentença de 23 de novembro de 1983.

Sentenças, resoluções e decisões proferidas de outros tribunais internacionais

ICJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgement*, ICJ Rep. 1970, p. 3.

ICJ. *East Timor (Portugal vs. Australia), Judgement*, ICJ Rep. 1995, p. 90.

Documentos adotados por organizações internacionais

Organização dos Estados Americanos

OEA. *Conferência Especializada em Direitos Humanos*, San José, Costa Rica, 7 al 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Organização das Nações Unidas

Assembleia Geral

ONU. *Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos*. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social de la ONU en sus resoluciones n.º 663C (XXIV), de 31 de julho de 1957, e n.º 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977.

ONU. Assembleia Geral, Resolução n.º 40/33, de 28 de novembro de 1985. ONU. Assembleia Geral, Resolução n.º 45/113, de 14 de dezembro de 1990.

Comitê DHONU

Comitê DHONU. *Caso Henricus Antonius Godefriedus Maria Brinkof vs. Países Baixos*, Comunicação n.º 402/1990, decisão de 11 de abril de 1990.

Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 22. El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18). CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 27 de setembro de 1993.

Comitê DHONU. *Observações finais – Espanha*, CCPR/C/79/Add.61, 3 de abril de 1996. Comitê DHONU. *Observações finais – França*, CCPR/C/79/ Add.80, 4 de agosto de 1997.

Comitê DHONU. *Caso Frédéric Foin vs. França*, Comunicação n.º 666/1995, Decisão de 3 de novembro de 1999.

Comitê DHONU. *Observações finais, República Popular Democrática da Coreia*, CCPR/ CO/72/PRK, de 27 de agosto de 2001.

Comitê DHONU. *Caso Bernadette Faure vs. França*, Comunicação n.º 1036/2001, Decisão de 31 de outubro de 2005.

Relator Especial sobre as formas contemporâneas de escravidão, incluindo suas causas e consequências

ONU. Relatório da Relatora Especial sobre as formas contemporâneas de escravidão, incluindo suas causas e consequên-

cias, Sra. Gulnara Shahinian. A/HRC/15/20, de 28 de junho de 2010.

ONU. Relatório da Relatora Especial sobre as formas contemporâneas de escravidão, incluindo suas causas e consequências, Sra. Gulnara Shahinian. A/HRC/18/30, de 4 de julho de 2011.

ONU. Relatório da Relatora Especial sobre as formas contemporâneas de escravidão, incluindo suas causas e consequências, Sra. Gulnara Shahinian. *Informe temático sobre o matrimônio forçado*. A/HRC/21/41, de 10 de julho de 2012.

Secretaria

ONU. *Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la objeción de conciencia al servicio militar*. E/CN.4/1997/99, de 16 de janeiro de 1997.

Referências acadêmicas

GONZÁLEZ-HONTORIA e FERNÁNDEZ LADREDA, M. *Tratado de Derecho Internacional Público, Parte Primera – Libro III, Parte Segunda – Libros IV y V*, Talleres Voluntad, Madrid, 1928.

HENCKAERTS, J.-M. e, DOSWALD-BECK, L. *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*. Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, Buenos Aires, 2007. Disponível em: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf (último acesso 05/10/2017).

MOYANO BONILLA, C. “Soberanía y Derechos Humanos”, in *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio. Vol. II*, Ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos-Unión Europea, Costa Rica, 1998.

O’DONNELL, D. *Derecho internacional de los derechos humanos – Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid, 1995.

Outras fontes bibliográficas sugeridas

Documentos adotados na Organização dos Estados Americanos

OEA. Proyecto de Convención sobre derechos humanos, aprobado por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Acta final, Santiago de Chile, setembro de 1959, documento OEA CIJ-43.

OEA. Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proyecto de Convención sobre derechos humanos. Documento OEA/Ser.L/V/II.15/doc.26.

Documentos adotados no seio da Organização das Nações Unidas

Relator Especial sobre tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças

ONU. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños. E/CN.4/2005/71, de 22 de dezembro de 2004.

ONU. Informe de la Sra. Sigma Huda, Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños. E/CN.4/2006/62, de 20 de fevereiro de 2006.

ONU. Informe de la Sra. Sigma Huda, Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños. A/HRC/4/23, de 24 de janeiro de 2007.

ONU. Informe de la Sra. Joy Ngozi Ezeilo, Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños. A/HRC/10/16, de 20 de fevereiro de 2009.

Sumário

1. Introdução.....	198
2. A CADH e o direito internacional	199
3. Natureza jurídica da proibição	201
3.1. Inderrogabilidade e caráter da norma <i>jus cogens</i>	201
3.2. Crimes contra a humanidade e de guerra	201
3.3. Relação com outros Direitos Humanos e/ou com outras proibições no direito internacional	202

4. Da escravidão e da servidão.....	203
4.1. Marco jurídico de referência	203
4.2. Desenvolvimento jurídico e doutrinário	205
5. Os trabalhos forçados	208
5.1. Marco jurídico de referência	208
5.2. Desenvolvimentos jurisprudenciais interamericanos.....	209
5.3. Das exceções	210

1. Introdução

As primeiras iniciativas internacionais para proibir a escravidão e o comércio de escravos e mulheres foram registradas a partir do século XIX;¹ apenas na segunda década desse século os primeiros avanços nessa direção foram feitos com o Tratado de Paris e o Congresso de Viena de 1814, destinados a proibir mais o tráfico de escravos do que a própria escravidão. O processo se cristalizou com a chamada “Conferência Anti-Escravidão” em Bruxelas, realizada entre 1889 e 1890, e no final da qual o Tratado de Bruxelas de 1890 seria adotado, facultando os Estados partes a reprimir o comércio de escravos em alto-mar.

Já no século XX, por meio da Convenção de Saint-Germain-en-Laye de 1919, os Estados Partes afirmaram sua intenção de alcançar a completa repressão ao comércio de escravos por terra e por mar. Anteriormente, em 1904, o Acordo Internacional para a Repressão do “Tráfico de Mulheres Brancas” havia sido assinado em Paris e, em 1910, a Convenção Internacional relativa à Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas havia sido aprovada.

Na esfera americana, vale ressaltar o Código de Direito Internacional Privado, ou o Código Bustamante, assinado em Havana em 13 de fevereiro de 1928,² que habilitou os Estados partes a exercer sua jurisdição criminal extraterritorialmente por uma série de crimes como “o comércio de negros e o comércio de escravos, [assim como] o comércio de mulheres brancas.”³

Com a criação da Liga das Nações, em 1919, seriam tomadas medidas para preparar o primeiro tratado com uma vocação universal contra a escravidão. De fato, em 1924, por mandato do Conselho da Liga das Nações, a Comissão Temporária de Escravidão começaria o trabalho de redação e, em 1926, o primeiro tratado universal seria adotado: a Convenção sobre a Escravatura. Esta Convenção, que foi complementada por tratados sucessivos,⁴ é a pedra angular de toda a normatividade sobre o assunto. Da mesma forma, no campo do direito de guerra, essa proibição foi incorporada desde cedo ao Código de Lieber de 1863.⁵

Quanto à proibição do trabalho forçado, começou a se cristalizar no âmbito da proteção dos prisioneiros de guerra, com a Convenção de Genebra de 1929 relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra, e também no âmbito do OIT, com a Convenção nº 29 sobre trabalho forçado. Posteriormente, em 1957, a Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado seria adotada pela OIT. No campo do Direito Internacional Humanitário, a proibição seria mais tarde desenvolvida com as Convenções de Genebra de 1949 e seus dois protocolos adicionais de 1977.

1 Quintano Ripollés, A. *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid, 1955, pp. 338 e ss.

2 O Código foi assinado na VI Conferência Internacional Americana pelos Presidentes do Peru, Uruguai, Panamá, Equador, México, El Salvador, Guatemala, Nicarágua, Bolívia, Venezuela, Colômbia, Honduras, Costa Rica, Chile, Brasil, Argentina e Paraguai, Haiti, República Dominicana, Estados Unidos da América e Cuba.

3 Artigo 308.

4 Por exemplo, o Protocolo para Modificar a Convenção sobre Escravidão, assinado em Genebra em 25 de setembro de 1926, e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravidão, o Comércio de Escravos e as Instituições e Práticas Similares à Escravidão, de setembro de 1956.

5 Artigo 23.

2. A CADH e o direito internacional

A CADH regulamenta as questões da escravidão, servidão e trabalho forçado em uma dupla dimensão: por um lado, como um direito a não ser submetido a elas e, por outro, como uma proibição de cometimento dessa conduta. Apesar de uma leitura do título “Proibição da escravidão e da servidão”, sugerir que o artigo se refere apenas à escravidão e servidão, na verdade contém três proibições: 1. escravidão; 2. servidão; e 3. trabalho forçado ou obrigatório. Essa norma foi incluída nos primeiros projetos da CADH.⁶ De fato, mesmo que o DADDH não tenha estabelecido expressamente essas proibições, durante o processo de redação da CADH, os Estados decidiram incluí-las, levando em consideração as propostas feitas pela delegação da OIT.⁷

Hoje, a proibição de escravidão, servidão e trabalho forçado está consagrada em vários instrumentos internacionais. Isso é de especial importância, uma vez que há pouca jurisprudência interamericana sobre essas questões, portanto, a jurisprudência produzida por tribunais ou órgãos internacionais de Direitos Humanos é muito útil.

Dentro da normativa internacional que regulamenta essa proibição, destaca-se os seguintes instrumentos internacionais: DUDH,⁸ o PIDCP,⁹ a CEDAW,¹⁰ a CDC,¹¹ o Protocolo Facultativo à CDN sobre venda de crianças, prostituição infantil e uso de crianças na pornografia,¹² o Protocolo Facultativo à CDN sobre a participação de crianças em conflitos armados,¹³ Convenção nº 182 da OIT de 1999 sobre as piores formas de trabalho infantil,¹⁴ a Convenção Internacional sobre a Proteção dos trabalhadores

6 CIDH. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos 1968*, Washington, 1973, p. 102.

7 OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA /Ser.K/XVI/1.2, p. 296.

8 Artigo 4: “Ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos”.

9 Artigo 8: “1. Ninguém poderá ser submetido à escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos. 2. Ninguém poderá ser submetido à servidão. 3. a) Ninguém poderá ser obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios; b) A alínea a) do presente parágrafo não poderá ser interpretada no sentido de proibir, nos países em que certos crimes sejam punidos com prisão e trabalhos forçados, o cumprimento de uma pena de trabalhos forçados, imposta por um tribunal competente; c) Para os efeitos do presente parágrafo, não serão considerados “trabalhos forçados ou obrigatórios”: i) qualquer trabalho ou serviço, não previsto na alínea b) normalmente exigido de um indivíduo que tenha sido encarcerado em cumprimento de decisão judicial ou que, tendo sido objeto de tal decisão, ache-se em liberdade condicional; ii) qualquer serviço de caráter militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei venha a exigir daqueles que se oponham ao serviço militar por motivo de consciência; iii) qualquer serviço exigido em casos de emergência ou de calamidade que ameacem o bem-estar da comunidade; iv) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.”

10 Artigo 6: “Os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração da prostituição da mulher.”

11 Artigo 34: “Os Estados Partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados Partes tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir: a) o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal; b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais; c) a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos. [...] Artigo 35: Os Estados Partes tomarão todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma.”

12 Artigo 1: “Os Estados Partes deverão proibir a venda de crianças, a prostituição infantil e a pornografia infantil, conforme disposto no presente Protocolo. Artigo 2: Para os fins do presente Protocolo: a) Venda de crianças significa qualquer ato ou transação pelo qual uma criança seja transferida por qualquer pessoa ou grupo de pessoas para outra pessoa ou grupo mediante remuneração ou qualquer outra retribuição; b) Prostituição infantil significa a utilização de uma criança em atividades sexuais mediante remuneração ou qualquer outra retribuição; c) Pornografia infantil significa qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de atividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais.”

13 O preâmbulo do Protocolo lembra que, de acordo com a Convenção nº 182 da OIT sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil, o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para uso em conflitos armados constitui uma forma proibida de trabalho infantil.

14 Artigo 3: “Para os fins desta Convenção, a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende: a) todas as

migrantes e suas famílias,¹⁵ a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência¹⁶, a CEDH,¹⁷ a CADHP ou Carta de Banjul,¹⁸ e a Carta Americana Internacional de Garantias Sociais (adotada pela OEA no Rio de Janeiro em 1947).¹⁹

Vários autores apontaram a dificuldade prática em diferenciar escravidão, servidão e trabalho forçado. Assim, por exemplo, O'Donnell argumenta que “as fronteiras entre as diferentes formas de exploração da pessoa não são muito definidas [...]. Embora a escravidão não seja confundida com trabalho forçado, existe uma área cinza entre escravidão e servidão e outra entre servidão e trabalho forçado.”²⁰ A CIDH considerou que “o trabalho forçado se distingue do conceito de escravidão por não incluir o elemento de propriedade; no entanto, existe um certo grau de restrição de liberdade individual semelhante à escravidão, que em alguns casos pode ser através do uso da violência.”²¹

formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de pornografia ou atuações pornográficas; c) utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes; d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança.”

- 15 Artigo 11: “ 1. Nenhum trabalhador migrante ou membro da sua família será mantido em regime escravo ou sob servidão. 2. Nenhum trabalhador migrante ou membro da sua família pode ser obrigado a realizar um trabalho forçado ou obrigatório. 3. O parágrafo 2 deste artigo não será interpretado no sentido de proibir, nos Estados onde determinados crimes podem ser punidos com pena de prisão acompanhada de trabalho forçado, o cumprimento de uma pena de trabalhos forçados imposta por um tribunal competente. 4. Para os fins do presente artigo, a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” não inclui: a) qualquer trabalho ou serviço não mencionado no parágrafo 3 do presente artigo, exigido normalmente a uma pessoa que, em virtude de uma decisão judicial ordinária, se encontra detida ou tenha sido colocada em liberdade condicional posteriormente; b) qualquer serviço exigido no caso de emergência ou de calamidade que ameacem a vida ou o bem-estar da comunidade; c) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais, desde que exigível também a cidadãos do Estado interessado.”
- 16 Artigo 27.2. “ Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência não serão mantidas em escravidão ou servidão e que serão protegidas, em igualdade de condições com as demais pessoas, contra o trabalho forçado ou compulsório.”
- 17 Artigo 4: “1. Ninguém pode ser mantido em escravidão ou servidão. 2. Ninguém pode ser constrangido a realizar um trabalho forçado ou obrigatório. 3. Não será considerado “trabalho forçado ou obrigatório” no sentido do presente artigo: a) Qualquer trabalho exigido normalmente a uma pessoa submetida a detenção nas condições previstas pelo artigo 5º da presente Convenção, ou enquanto estiver em liberdade condicional; b) Qualquer serviço de carácter militar ou, no caso de objectores de consciência, nos países em que a objecção de consciência for reconhecida como legítima, qualquer outro serviço que substitua o serviço militar obrigatório; c) Qualquer serviço exigido no caso de crise ou de calamidade que ameacem a vida ou o bem - estar da comunidade; d) Qualquer trabalho ou serviço que fizer parte das obrigações cívicas normais.”
- 18 Artigo 4.
- 19 Artigo 16. “os menores de 14 anos e aqueles que atingiram essa idade, continuam a frequentar o ensino obrigatório nos termos da legislação nacional, não podem ser empregados em nenhum tipo de trabalho. As autoridades encarregadas de supervisionar o trabalho desses menores podem autorizar sua ocupação quando considerarem essencial para sua subsistência, ou a de seus pais ou irmãos, desde que isso não os impeça de cumprir o mínimo de escolaridade obrigatória. O dia útil dos menores de 16 anos não pode ser superior a 6 horas por dia ou 36 horas por semana, em qualquer tipo de trabalho. Artigo 17. “É proibido o trabalho noturno e em trabalhos prejudiciais ou perigosos para menores de 18 anos; as exceções referentes ao descanso hebdomadário contidas na legislação de cada país não podem ser aplicadas a esses trabalhadores”.
- 20 O'Donnell, D. *Derecho internacional de los derechos humanos - Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, p. 241.
- 21 CIDH. *Comunidades cautivas: Situación del Pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*. OEA/ Ser.L/V/II, Doc. 58, de 24 de dezembro de 2009, par. 52.

3. Natureza jurídica da proibição

3.1 Inderrogabilidade e caráter da norma *jus cogens*

O Artigo 27.2 da CADH estabelece que o direito a não ser submetido a escravidão, servidão ou trabalho forçado é um direito humano fundamental que não pode ser suspenso pelos Estados sob nenhuma circunstância, inclusive em “caso de guerra, perigo público ou outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte”. Nesse sentido, a Corte IDH indicou que:

O direito a não ser submetido a escravidão, servidão, trabalho forçado ou tráfico de escravos e mulheres possui um caráter essencial CADH e [...] forma parte do núcleo inderrogável de direitos, pois não pode ser suspenso em casos de guerra, perigo público ou outras ameaças.²²

Da mesma forma, à luz do desenvolvimento do direito internacional, a Corte IDH concluiu que:

a proibição absoluta da escravidão tradicional e sua interpretação evoluíram de modo a compreender também determinadas formas análogas desse fenômeno, o qual se manifesta de diversas formas nos dias atuais, mas mantendo determinadas características essenciais comuns à escravidão tradicional, como o exercício do controle sobre uma pessoa mediante coação física ou psicológica de maneira que signifique a perda de sua autonomia individual e a exploração contra sua vontade.²³

Esse caráter de direitos intangíveis deve ser valorizado com o tratamento que o direito internacional concede a escravidão, servidão e trabalho forçado. De fato, deve-se lembrar que a proibição da escravidão e da servidão - e em particular do comércio de escravos e mulheres -, bem como o trabalho forçado, são normas do direito das gentes.²⁴

A CIJ, em seu julgamento no caso *Barcelona Traction*, reconheceu a proibição da escravidão como parte do direito internacional geral ou costumeiro que vincula todos os membros da comunidade internacional.²⁵ A CIDH também confirmou que “a proibição de escravidão e práticas semelhantes fazem parte do direito internacional consuetudinário e *jus cogens*.”²⁶

3.2 Crimes contra a humanidade e de guerra

As proibições de escravidão - em todas as suas formas - servidão e trabalho forçado não se limitam ao direito internacional dos Direitos Humanos. Vários ramos do direito público internacional tratam e regulam essas questões e constituem uma referência legal indispensável no assunto.²⁷ Essas proibições também se refletem no direito penal internacional. Como bem assinalou a CIDH:

[...] A escravidão e o trabalho forçado praticados por funcionários públicos ou indivíduos contra qualquer pessoa, constituem não apenas uma violação dos Direitos Humanos, mas também representam um crime internacional [...] independentemente de que um Estado tenha ratificado ou não as convenções internacionais que proíbem essas práticas.²⁸

22 Corte IDH. *Caso Trabajadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. EPFRC. 2016, par. 243.

23 *Ibidem*, par. 276.

24 *Ver*, entre outros, González-Hontoria e Fernández Ladreda, M. *Tratado de Derecho Internacional Público*, Parte Primera - Libro III, Parte Segunda - Libros IV y V, Talleres Voluntad, Madri, 1928, p. 362 e ss. Moyano Bonilla, C. “Soberanía y Derechos Humanos”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Liber Amicorum*, Héctor Fix-Zamudio. Vol. II, Ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos-Unión Europea, Costa Rica, 1998, pp. 1139 e 1143.

25 ICJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgement, ICJ Rep. 1970, p. 3, par. 34-35. No mesmo sentido, *ver* ICJ. *East Timor (Portugal vs. Australia)*, Judgement, ICJ Rep. 1995, p. 90, par. 102.

26 CIDH. *Comunidades cautivas: Situación del Pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, *op. cit.*, par. 54.

27 Não se deve esquecer aqui que o artigo 29 da CADH se refere a outros instrumentos internacionais para a interpretação dos direitos e obrigações estipuladas no Pacto de San José.

28 *Idem*.

Nesse contexto, deve-se notar que a prática maciça, em larga escala ou sistemática de escravidão, escravidão sexual e tráfico de seres humanos constituem crimes contra a humanidade.²⁹ Da mesma forma, a escravidão e o comércio de escravos foram declarados como tal pela Conferência Regional das Américas, realizada pelos Estados da região em Santiago do Chile, de 5 a 7 de dezembro de 2000, e a Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Relacionada, realizada em Durban, África do Sul, de 31 de agosto a 7 de setembro de 2001.

A escravidão, o tráfico de escravos, a escravidão sexual cometida na ocasião de um conflito armado, seja internacional ou interno, constituem crimes de guerra. Assim, deve-se notar que, no campo do Direito Internacional Humanitário, o Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra estipula a proibição da “escravidão e do comércio de escravos em todas as suas formas” como garantia fundamental para civis e indivíduos fora de combate.³⁰ O Comitê Internacional da Cruz Vermelha concluiu que a proibição da escravidão e do tráfico de escravos “funciona como uma norma do Direito Internacional Consuetudinário aplicável tanto nos conflitos armados internacionais como nos não internacionais”.³¹

3.3 Relação com outros Direitos Humanos e/ou com outras proibições no direito internacional

Os direitos a não ser submetido a escravidão, servidão e trabalho forçado estão intimamente relacionados a outros Direitos Humanos estabelecidos e protegidos pela CADH, e/ou a proibições estabelecidas pelo direito internacional. Assim, a CIDH destacou que:

a escravidão, a servidão e o trabalho forçado muitas vezes levam a violações de outros Direitos Humanos fundamentais sob a CADH e outros instrumentos do sistema universal de Direitos Humanos, como o direito à liberdade, a não ser submetido a tratamento cruel, desumano ou degradante, liberdade de movimento, acesso à justiça, liberdade de expressão e associação e identidade.³²

A escravidão e a servidão estão intimamente ligadas ao direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, consagrado e protegido nos artigos 3 da CADH e XVII da DADDH. Esse direito, de importância transcendental, significa a capacidade de todo ser humano “ser sujeito de direitos e obrigações e gozar de direitos civis fundamentais”.³³ A servidão e, *a fortiori*, a escravidão levam a uma violação inerente desse direito fundamental.

Da mesma forma, a imposição de trabalho forçado – com exceção das formas previstas nos parágrafos 2 e 3 do artigo 6 da CADH e no direito internacional - está intimamente relacionada ao direito a não ser submetido a tratamento ou pena cruel, desumana ou degradante, previsto e protegido pelo artigo 5.2 do Pacto de San José. Além disso, em certas circunstâncias, e além da violação do artigo 6

29 Ademais dos diferentes tratados proibindo a escravidão e outras formas análogas (ver nota de rodapé acima) - incluindo o Protocolo para Prevenir, Reprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças, que complementa a Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional – cabe mencionar os seguintes instrumentos: Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (art. 6.c); Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Tóquio (art. 5. c); Projeto de Código de Crimes contra a paz e a segurança da humanidade, aprovado pela Comissão de Direito Internacional da ONU (1996); Estatuto do Tribunal Penal Internacional para antiga Iugoslávia (art. 5.c); Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (art. 3.c); Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa (art. 2.c e g); Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional (art. 7.1.c e g); Regulamento n.º 2000/15 de 6 de junho de 2000 sobre o Estabelecimento de Grupos de Expertos cum Jurisdição Exclusiva em matéria de Delitos Graves, da Administração de Transação das Nações Unidas para Timor Oriental (art. 5.1.c e g).

30 Artigo 4 (2.f) do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas de conflitos armados não internacionais (Protocolo II).

31 Henckaerts, J.-M. e Doswald-Beck, L. *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*. Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, Buenos Aires, 2007, p. 372. (Norma 94: “quedan prohibidas la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas”).

32 CIDH. *Comunidades cautivas: Situación do Povo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia, op. cit.*, par. 58.

33 Artigo XVII da DADDH.

da CADH, a imposição ilegal de trabalho forçado pode constituir tortura, de acordo com o artigo 2.1 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.³⁴

4. Da escravidão e da servidão

Embora a CADH proíba a escravidão e a servidão, o texto não fornece uma definição dessas práticas. Na definição de escravidão, tráfico de seres humanos e servidão, a CIDH baseou-se essencialmente nas definições fornecidas pela Convenção sobre a Escravatura de 1926 e pela Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do tráfico de Escravos e das Instituições e práticas análogas à Escravatura, de 1956, bem como em instrumentos internacionais subsequentes.³⁵ Nesse sentido, a CIDH concluiu que a escravidão é caracterizada pelo exercício da propriedade sobre um indivíduo e “pode ter as seguintes três dimensões fundamentais: (i) controle por outra pessoa, (ii) apropriação da força de trabalho e (iii) uso ou ameaça de uso de violência.”³⁶

4.1. Marco jurídico de referência

Assim, para determinar se um comportamento constitui uma forma de escravidão, servidão ou outra prática semelhante, é necessário recorrer a outros instrumentos internacionais. Entre eles, a Convenção sobre a Escravatura de 1926; o Protocolo para modificar a Convenção sobre a Escravatura, assinada em Genebra em 25 de setembro de 1926 e que entrou em vigor em 1953; a Convenção Suplementar de 1956 sobre a Abolição da Escravatura, do tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura; o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Protocolo de Palermo); a Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio; e a Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores.

Em seu artigo 1, a Convenção sobre a Escravatura de 1926 estabelece as seguintes definições:

1. A escravidão é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade.
2. O tráfico de escravos compreende todo ato de captura, aquisição ou cessão de um indivíduo com o propósito de escravizá-lo; todo ato de aquisição de um escravo com o propósito de vendê-lo ou trocá-lo; todo ato de cessão, por meio de venda ou troca, de um escravo adquirido para ser vendido ou trocado; assim como, em geral, todo ato de comércio ou de transporte de escravos..

Por sua vez, a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, estabelece as seguintes *definições gerais de práticas análogas à escravidão*:

‘Escravidão’, tal como foi definida na Convenção sobre a Escravidão de 1926, é o estado ou a condição de um indivíduo sobre o qual se exercem todos ou parte dos poderes atribuídos ao direito de propriedade e “escravo” é o indivíduo em tal estado ou condição;

34 Artigo 2.1 prescreve que “[...]entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.”

35 CIDH. *Comunidades cautivas: Situación do Povo indígena guarani y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, op. cit., par. 47 e 48.

36 *Ibidem*, par. 50.

A expressão “Pessoa de condição servil” é a que se encontra no estado ou condição que resulta de alguma das instituições ou práticas mencionadas no artigo primeiro da presente Convenção;

“Tráfico de escravos” significa e compreende todo ato de captura, aquisição ou cessão de uma pessoa com a intenção de escravizá-lo; todo ato de um escravo para vendê-lo ou trocá-lo; todo ato de cessão por venda ou troca, de uma pessoa adquirida para ser vendida ou trocada, assim como, em geral todo ato de comércio ou transporte de escravos, seja qual for o meio de transporte empregado.³⁷

Em relação às práticas semelhantes à escravidão, a Convenção identifica o seguinte:

Servidão por dívidas, isto é, o estado ou a condição resultante do fato de que um devedor se haja comprometido a fornecer, em garantia de uma dívida, seus serviços pessoais ou os de alguém sobre o qual tenha autoridade, se o valor desses serviços não for equitativamente avaliado no ato da liquidação de dívida ou se a duração desses serviços não for limitada nem sua natureza definida;

A servidão isto é, a condição de qualquer um que seja obrigado pela lei, pelo costume ou por um acordo, a viver e trabalhar numa terra pertencente a outra pessoa e a fornecer a essa outra pessoa, contra remuneração ou gratuitamente, determinados serviços, sem poder mudar sua condição;

Qualquer instituição ou prática em virtude da qual:

- i) Uma mulher é, sem que tenha o direito de recusa prometida ou dada em casamento, mediante remuneração em dinheiro ou espécie entregue a seus pais, tutor, família ou a qualquer outra pessoa ou grupo de pessoas;
- ii) O marido de uma mulher, a família ou o clã deste tem o direito de cedê-la a um terceiro, a título oneroso ou não;
- iii) A mulher pode, por morte do marido ser transmitida por sucessão a outra pessoa;
- iv) Toda instituição ou prática em virtude da qual uma criança ou um adolescente de menos de dezoito anos é entregue, quer por seu pai ou um deles, quer por seu tutor, a um terceiro, mediante remuneração ou sem ela, com o fim da exploração da pessoa ou do trabalho da referida criança ou adolescente..

O Protocolo de Palermo, em seu artigo 3, indica como modalidades de tráfico de pessoas: a exploração da prostituição de terceiros ou outras formas de exploração sexual; trabalho forçado ou serviços; escravidão ou práticas semelhantes à escravidão; servidão; e remoção de órgãos. O próprio artigo 3 define “tráfico de pessoas” como:

[...]o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

A Convenção Interamericana sobre o tráfico internacional de menores, ao reprimir essa prática, estabelece que “tráfico internacional de menores” significa: a subtração, a transferência ou retenção, ou a tentativa de subtração, transferência ou retenção de um menor, com propósitos ou por meios ilícitos. Esta Convenção estabelece que: “‘para fins ilícitos’ incluem, entre outros, prostituição, exploração

37 Artigo 7.

sexual, servidão ou qualquer outro [...]” e que os ‘meios ilícitos’ incluem, entre outros, o sequestro, o consentimento mediante coação ou fraude, a entrega ou o recebimento de pagamentos ou benefícios ilícitos com vistas a obter o consentimento dos pais, das pessoas ou da instituição responsáveis pelo menor, ou qualquer outro meio ilícito”.³⁸

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional define escravidão como “o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças.”³⁹ É importante observar que o Tribunal de Nuremberg especificou que “a servidão involuntária, mesmo que atenuada por tratamento humano, continua sendo escravidão”.⁴⁰

4.2. Desenvolvimento jurídico e doutrinário

A jurisprudência e a doutrina interamericanas não são muito prolíficas nesse assunto. De fato, apesar de em alguns casos esse problema ter sido debatido tangencialmente, somente em 2016 a Corte IDH proferiu sua primeira sentença em um caso contencioso substancialmente relacionado ao artigo 6 da CADH.⁴¹ Por sua vez, em relatórios sobre a situação dos Direitos Humanos em vários países, a CIDH desenvolveu uma importante doutrina interpretativa sobre a questão da proibição da escravidão, servidão, tráfico de pessoas e trabalho forçado.

4.2.1. Doutrina interpretativa desenvolvida pela CIDH

Embora os instrumentos internacionais citados acima forneçam definições de escravidão, tráfico de seres humanos, servidão e outras práticas semelhantes, a CIDH identificou vários critérios para determinar se um comportamento se enquadra nessas condutas proibidas. Dessa maneira, especificou que:

Ao analisar as características das formas contemporâneas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, vários fatores devem ser considerados, tais como: i) o grau de restrição do direito de liberdade de movimento inerente à pessoa; ii) o grau de controle da pessoa sobre seus pertences pessoais; e iii) a existência de consentimento informado e plena compreensão da natureza do relacionamento entre as partes.⁴²

Assim, em um relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Brasil, a CIDH qualificou como escravidão a prática de forçar peões a trabalhar sem remuneração, através de violência, tortura e ameaças de morte.⁴³ Em outro relatório sobre a situação dos Direitos Humanos na Bolívia, a CIDH considerou que a situação de várias famílias indígenas que viviam em fazendas onde tinham que trabalhar em troca de pequenas quantias de dinheiro como contrapartida e que, para atender às suas necessidades básicas, tinham de se endividar ‘com seus empregadores, constituiu um “caso de servidão por dívida análoga à escravidão proibida pelo Direito Internacional”’.⁴⁴

Em uma decisão de admissibilidade em um caso relacionado a um massacre no qual camponeses foram forçados por membros de um grupo paramilitar a “tocar seus instrumentos musicais e pastar o gado roubado enquanto os paramilitares mataram outros habitantes da região”, a CIDH considerou *prima facie* que isso poderia constituir uma violação da proibição da escravidão e da servidão.⁴⁵ Em

38 Artigo 2.

39 Artigo 7 (2.c).

40 *Pohl case*. Tribunal Militar de Nuremberg, citado em Henckaerts, J.-M. e Doswald-Beck, L., *op. cit.*, p. 376.

41 Corte IDH. *Caso Trabajadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. EPFRC. 2016.

42 CIDH. *Comunidades cautivas: Situación del Pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, *op. cit.*, par. 51.

43 CIDH. *Informe sobre la situación de derechos humanos en Brasil*, OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev.1, de 29 de setembro de 1997, par. 39.

44 CIDH. *Relatório de Acompanhamento- Acceso a la Justicia e inclusión social: el Camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Boivia*. OEA/Ser.L/V/II.135 Doc.40, de 7 de agosto de 2009, par. 166.

45 CIDH. Petição n.º 1/06, *Caso Massacre e deslocamento forçado dos Montes de María vs. Colômbia*. Relatório de Admissibilidade n.º 15/09 de 19 de março de 2009, par. 65.

outra decisão de admissibilidade, relacionada a um massacre em que 17 menores sobreviventes foram forçados pelos agressores a viver e trabalhar por quase dois anos, a CIDH considerou *prima facie* que isso poderia constituir uma violação da proibição da escravidão e da servidão.⁴⁶ Da mesma forma, em um voto fundamentado em outra decisão de admissibilidade, vários membros da CIDH consideraram que as condições extremas de trabalho que causam danos à integridade física, psíquica ou moral de uma pessoa podem constituir uma forma de “servidão involuntária.”⁴⁷ Finalmente, em um estudo especial, a CIDH considerou que o recrutamento militar obrigatório de menores de idade, praticado por forças governamentais e grupos armados dissidentes, constitui-se, “pura e simplesmente, em situações semelhantes à escravidão e à servidão forçada.”⁴⁸

4.2.2. Jurisprudência da Corte IDH

Em sua sentença sobre o caso *Trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, em 2016, a Corte IDH estabelecerá as bases interpretativas do artigo 6 da CADH. Nesse julgamento, a Corte IDH observou que o conceito de escravidão “evoluiu e não se limita mais à propriedade sobre a pessoa”.⁴⁹ Assim, a Corte Interamericana considerou que:

[...] os dois elementos fundamentais para definir uma situação como escravidão são: 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.⁵⁰

A Corte IDH caracterizou o primeiro elemento como a situação *de jure* ou *de facto* em que o indivíduo se encontra. Em relação ao segundo elemento (atributos do direito de propriedade), a Corte especificou que isso deve ser entendido “[...] como o controle exercido sobre uma pessoa que lhe restrinja ou prive significativamente de sua liberdade individual, com intenção de exploração mediante o uso, a gestão, o benefício, a transferência ou o despojamento de uma pessoa”.

Para determinar se uma situação de escravidão está configurada, a Corte IDH estabeleceu os seguintes critérios:

a) restrição ou controle da autonomia individual; b) perda ou restrição da liberdade de movimento de uma pessoa; c) obtenção de um benefício por parte do perpetrador; d) ausência de consentimento ou de livre arbítrio da vítima, ou sua impossibilidade ou irrelevância devido à ameaça de uso da violência ou outras formas de coerção, o medo de violência, fraude ou falsas promessas; e) uso de violência física ou psicológica; f) posição de vulnerabilidade da vítima; g) detenção ou cativeiro, i) exploração.⁵¹

Com relação ao conceito de servidão, a Corte Interamericana considerou que isso deve ser interpretado como: “a obrigação de realizar trabalho para outros, imposto por meio de coerção, e a obrigação de viver na propriedade de outra pessoa, sem a possibilidade de alterar essa condição”.⁵²

Com relação ao tráfico de escravos e ao tráfico de mulheres “em todas as suas formas”, proibido pelo artigo 6 da CADH, a Corte IDH considerou que essa proibição deveria ser interpretada de maneira ampla e sujeita às precisões de sua definição de acordo com seu desenvolvimento no direito

46 CIDH. Petição n.º 844/05, *Caso Comunidad de Río Negro do Povo Indígena Maya e seus membros vs. Guatemala*. Relatório de Admissibilidade n.º 13/08 de 5 de março de 2008, par. 96.

47 CIDH. Petição 712-03, *Caso Elena Téllez Blanco vs. Costa Rica*. Relatório de Admissibilidade n.º 29/07 de 26 de abril de 2007. Voto fundamentado dos membros da CIDH Paolo G. Carroza, Evelio Fernández Arévalo, e Clare K. Roberts.

48 CIDH. *Relatório Anual da CIDH 1999*. OEA/ Ser.L/V/II.106 Doc. 3, de 13 de abril de 2000. Capítulo VI “Estudios especiales”, “Recomendación General sobre la erradicación del reclutamiento y de la participación de niños en conflictos armados”.

49 Corte IDH. *Caso Trabajadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. EPFRC. 2016, par. 269

50 *Idem*. (grifo do autor)

51 *Ibidem*, par. 272.

52 *Ibidem*, par. 280.

internacional. Ao sistematizar normas internacionais, bem como jurisprudência e doutrina internacionais, a Corte IDH concluiu que o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são caracterizados pelo controle exercido pelos autores sobre as vítimas durante o transporte ou a transferência para fins de exploração. A Corte IDH identificou como elementos comuns a essas duas práticas: “i) o controle de movimento ou do ambiente físico da pessoa; ii) o controle psicológico; iii) a adoção de medidas para impedir a fuga e iv) o trabalho forçado ou obrigatório, incluindo a prostituição.”⁵³

Assim, a Corte IDH concluiu que a proibição do tráfico de escravos e de mulheres está relacionada a:

- i) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas; ii) Recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à uma situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios, para obter o consentimento de uma pessoa a fim de que se tenha autoridade sobre ela. Para os menores de 18 anos estes requisitos não são condição necessária para a caracterização de tráfico; iii) Com qualquer fim de exploração.⁵⁴

4.2.3 Outros desenvolvimentos

As definições de escravidão, servidão e tráfico de seres humanos evoluíram com o desenvolvimento do direito internacional e a adoção de novos instrumentos internacionais. Essa evolução foi caracterizada pela ampliação do espectro de conduta proibida, a fim de aumentar o limiar de proteção internacional para seres humanos. Nessa ordem de ideias, o trabalho da Relatora Especial da ONU sobre formas contemporâneas de escravidão, incluindo suas causas e consequências, é muito útil na identificação de comportamentos que se encaixam como proibidos.

Assim, ao examinar a prática da servidão doméstica, a Relator Especial especificou que:

a escravidão e a servidão têm em comum que a vítima é economicamente explorada, totalmente dependente de outras pessoas e não pode terminar o relacionamento por vontade própria. Nos casos de escravidão, de acordo com a definição clássica da Convenção sobre a Escravatura de 1926, quem a pratica afirma ter um ‘direito de propriedade’ sobre a vítima com base em costumes, prática social ou legislação nacional, ainda que isso viole o direito internacional. Nos casos de servidão e práticas semelhantes à escravidão, não existe essa reivindicação de propriedade formal. Isso não significa que a servidão constitua um grau menor de violação dos Direitos Humanos: a humilhação, a exploração e o sofrimento podem ser tão intensos ou mais, dependendo da natureza de cada caso. [...] A servidão doméstica e a escravidão doméstica podem ser distinguidas pelo fato de que a exploração ocorre principalmente dentro ou ao redor da casa daqueles que a praticam. Em muitos casos, esses fenômenos são acompanhados por outras formas de servidão e escravidão. Além de ter que cuidar das tarefas domésticas, por exemplo, uma vítima pode ser forçada a trabalhar em tarefas agrícolas ou de mercado ou a se prostituir.⁵⁵

Da mesma forma, a Relatora Especial identificou modalidades de serviço ou trabalho doméstico que constituem formas de servidão ou escravidão doméstica, incluindo: serviço doméstico em condições de trabalho subumanas; servidão doméstica como pagamento de dívidas, ou “trabalho cativo”; a exploração de crianças no trabalho doméstico; servidão doméstica em casamentos forçados e casamentos de crianças; a servidão doméstica dos migrantes, quando seu status de imigração ou residência é precário e essa situação é explorada pelos empregadores; e a servidão resultante da exploração econômica altamente dependente, isto é, situações de exploração econômica nas quais a vítima depende tanto do vitimário que não pode abandonar essa situação de exploração.

53 *Ibidem*, par. 288.

54 *Ibidem*, par. 290.

55 ONU. Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian. A/HRC/15/20 de 28 de junho de 2010, par. 25-26.

Em relação à última modalidade - serviço resultante da exploração econômica de forte dependência -, a Relatora Especial especificou que:

a dependência nesse contexto pode ser o resultado de uma série de fatores físicos, econômicos, sociais, culturais e jurídicos. Embora cada um desses fatores possa não ser suficientemente poderoso por si só para criar a dependência aguda que caracteriza a servidão, eles podem se reforçar criando uma rede de fatores de dependência que a vítima não pode superar.⁵⁶

No que diz respeito à exploração infantil, a Relatora Especial especificou que, embora o Direito Internacional não a defina claramente, essa prática deve ser examinada à luz dos artigos 32 e 36 da CDN. O artigo 32 deste instrumento estabelece o direito da criança: “de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social”. O artigo 36 estabelece que os Estados partes na CDN “protegerão a criança contra todas as demais formas de exploração que sejam prejudiciais para qualquer aspecto de seu bem-estar”. Assim, a Relator Especial especificou que constituem exploração infantil:

o trabalho que coloca um fardo pesado demais para a criança, trabalho que põe em risco a segurança, a saúde ou o bem-estar da criança, trabalho que se beneficia do desamparo da criança, o trabalho que explora a criança como um substituto de baixo custo ao trabalho adulto, trabalho que utiliza os esforços da criança, mas que não contribui em nada para o seu desenvolvimento, e trabalho que dificulta sua educação ou formação e, portanto, prejudica seu futuro.⁵⁷

A Relatora Especial também apontou, como uma das práticas análogas à escravidão, a de “casamento servil”, isto é, “as formas de casamento forçado nas quais um dos cônjuges é reduzido ao status de pessoa sobre a qual parte ou todos os poderes atribuídos aos direitos de propriedade são exercidos.”⁵⁸

5. Os trabalhos forçados

Assim como na escravidão e na servidão, o artigo 6 da CADH não define trabalho forçado ou obrigatório. No entanto, pode-se afirmar que a disposição contém uma definição por negação, ao estabelecer o que não constitui trabalho forçado ou obrigatório. Assim, para determinar se um comportamento constitui uma forma de trabalho forçado ou compulsório proibido pelo Direito Internacional, é necessário recorrer a outros instrumentos internacionais, conforme indica a prática da Corte IDH e da CIDH.⁵⁹

5.1. Marco jurídico de referência

Ao examinar o artigo 6.2. da CADH, a Corte IDH especificou que:

ao analisar o conteúdo e o escopo do referido artigo deve ser levado em consideração, à luz das regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da Convenção, o significado da proibição do trabalho forçado ou obrigatório. [...] Os tratados de Direitos Humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e das condições

56 *Ibidem*, par. 47.

57 ONU. Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian. A/HRC/18/30 de 4 de julho de 2011, par. 24.

58 ONU. Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Sra. Gulnara Shahinian. *Informe temático sobre el casamento forçado*. A/HRC/21/41 de 10 de julho de 2012, par. 13.

59 Essa prática não é exclusiva da CIDH, pois outros instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos - universais e regionais - também não contêm uma definição de trabalho forçado ou obrigatório. Assim, por exemplo, o TEDH recorreu às definições fornecidas pelas Convenções da OIT - e, em particular, pela Convenção nº 105 - ao examinar se uma situação pode ser caracterizada como trabalho forçado. Veja por exemplo TEDH. Caso Van der Mussel vs. Bélgica (Caso n.º 8919/80). Sentença de 23 de novembro de 1983.

atuais de vida. Essa interpretação evolutiva é consistente com as regras gerais de interpretação consagradas no artigo 29 da CADH, bem como com as estabelecidas pela CVDT.⁶⁰

Nessa ordem de ideias, a Corte IDH considerou:

[...] Útil e apropriado usar outros tratados internacionais que não a CADH, como a Convenção nº 29 da OIT sobre Trabalho Forçado, para interpretar suas disposições de acordo com a evolução do SIDH, levando em consideração o desenvolvimento ocorrido neste assunto no DIDH

⁶¹

Entre os instrumentos internacionais mais relevantes estão: Convenção nº 29 da OIT sobre trabalho forçado; Convenção 105 da OIT sobre a Abolição do Trabalho Forçado; a CDN;⁶² a Convenção nº 182 da OIT, sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil; Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas; os Princípios e Boas Práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas; as Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Reclusos;⁶³ as Regras Padrão da ONU para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade;⁶⁴ as Regras Mínimas Padrão da ONU para a Administração da Justiça Juvenil;⁶⁵ ‘Uma Aliança Contra o Trabalho Forçado’, Relatório global em seguimento à Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, Conferência Internacional do Trabalho, 93ª Sessão, 2005.

Em particular, o trabalho forçado ou obrigatório é definido no artigo 2.1. da Convenção nº 29 da OIT como: “todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade.”. Por sua vez, a Convenção nº 169 da OIT sobre os povos indígenas prescreve que “os trabalhadores pertencentes a esses povos não sejam submetidos a sistemas de contratação coercitivos, incluindo-se todas as formas de servidão por dívidas”.⁶⁶

5.2 Desenvolvimentos jurisprudenciais interamericanos

Nos casos *Massacres de Ituango vs Colômbia* e *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, de 2006 e 2016, respectivamente, a Corte IDH tratou da questão do trabalho forçado ou obrigatório.

Na primeira dessas sentenças, no *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*, a Corte IDH examinou uma situação em que, após cometer um massacre contra a população, um grupo paramilitar forçou, por aproximadamente 17 dias, “contra sua vontade e correndo o risco de perder suas vidas em caso de oposição”, um grupo de camponeses a coletar e transportar um cavalo, mula e gado roubados. Nesse caso, foi estabelecido que as autoridades militares locais não estavam apenas envolvidas no massacre, mas também tinham conhecimento do roubo de gado, e também foi estabelecido que eles não impediram os paramilitares de forçar os moradores a realizar trabalho forçado, e também favoreceram a imposição destes. A Corte IDH concluiu que o Estado violou “o direito de não ser obrigado a realizar trabalho forçado ou obrigatório, consagrado no artigo 6.2. da CADH.”⁶⁷

No segundo caso, *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, a Corte IDH examinou a prática de trabalho forçado e servidão por dívida em uma fazenda, na qual os trabalhadores eram submetidos a extenuantes horas de trabalho sob ameaças e violência, eram monitorados permanentemente por homens armados e sem a possibilidade de deixar a fazenda sem pagamento da dívida adquirida. A

60 Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 154-155.

61 *Ibidem*, par. 157

62 Artigo 32.

63 ONU. *Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos*. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social de la ONU en sus resoluciones n.º 663C (XXIV) de 31 de julho de 1957 e no. 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977.

64 ONU. Assembleia Geral, Resolução 45/113, de 14 de dezembro de 1990.

65 ONU. Assembleia Geral, Resolução 40/33, de 28 de novembro de 1985.

66 Artigo 20 (3).

67 Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, ponto resolutivo 4.

Corte IDH considerou que os trabalhadores estavam em situação de trabalho forçado, violando o artigo 6 da CADH, que descreveu como escravidão contemporânea, e concluiu que o Estado era responsável por não ter tomado as medidas necessárias para impedir que essa situação ocorresse e investigar e punir os autores.

Nos dois casos, ao considerar a definição de trabalho forçado na Convenção nº 29 da OIT, a Corte IDH concluiu que ela consiste em dois elementos básicos: “em primeiro lugar, é necessário trabalho ou serviço ‘sob ameaça de penalidade.’” Segundo, “são realizadas involuntariamente”.⁶⁸ Em relação ao primeiro elemento, a “ameaça de penalidade”, a Corte IDH declarou que:

[...] Pode consistir na presença real e presente de intimidação, que pode assumir formas e gradações heterogêneas, das quais as mais extremas são aquelas que envolvem coação, violência física, isolamento ou confinamento, bem como a ameaça de morte direcionada a vítima ou parentes próximos.⁶⁹

Quanto ao segundo elemento, a Corte IDH considerou que:

a “falta de vontade de executar o trabalho ou serviço” consiste na ausência de consentimento ou livre escolha no início ou na continuação da situação de trabalho forçado. Isso pode ocorrer por diferentes razões, como privação ilegal de liberdade, engano ou coação psicológica.⁷⁰

Além desses critérios, a Corte IDH considerou inicialmente que, para constituir uma violação do artigo 6.2. da CADH, era necessário que a suposta violação fosse atribuída a agentes do Estado, seja por sua participação direta nos eventos ou por sua aquiescência neles;⁷¹ porém, descartou posteriormente esse critério. De fato, no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, a Corte IDH considerou que:

[...] Em relação ao vínculo com agentes do Estado, [...] esse critério está restrito à obrigação de respeitar a proibição do trabalho forçado [...] e esse critério não pode ser sustentado quando a violação alegada se refere às obrigações de prevenção e garantia de um direito humano estabelecido na Convenção Americana, de modo que não resulta necessária a atribuição do ato a agentes do Estado para a configuração do trabalho forçado.⁷²

5.3. Das exceções

Os parágrafos 2 e 3 do artigo 6 da CADH especificam que certos tipos de trabalho impostos a indivíduos não constituem trabalho forçado ou obrigatório e, portanto, podem ser legitimamente impostos de acordo com o Direito Internacional. Nesse contexto, é relevante observar que o artigo 2.2 da Convenção nº 29 da OIT especifica que as seguintes formas não constituem formas proibidas de trabalho forçado ou obrigatório:

- a) qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude das leis sobre o serviço militar obrigatório e que só compreenda trabalhos de caráter puramente militar;
- b) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais dos cidadãos de um país plenamente autônomo;
- c) qualquer trabalho ou serviço exigido de um indivíduo como consequência de condenação pronunciada por decisão judiciária, contanto que esse trabalho ou serviço seja executado

68 Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 160. Nesse sentido, ver Corte IDH. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. EPFRC. 2016, par. 291.

69 Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 161.

70 *Ibidem*, par. 164.

71 *Ibidem*, par. 160 e 166.

72 Corte IDH. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. EPFRC. 2016, par. 293.

- sob a fiscalização e o controle das autoridades públicas e que dito indivíduo não seja posto à disposição de particulares, companhias ou pessoas privadas;
- d) qualquer trabalho ou serviço exigido nos casos de força maior, isto é, em caso de guerra, de sinistro ou ameaças de sinistro, tais como incêndios, inundações, fome, tremores de terra, epidemias, e epizootias, invasões de animais, de insetos ou de parasitas vegetais daninhos e em geral todas as circunstâncias que ponham em perigo a vida ou as condições normais de existência de toda ou de parte da população;
 - e) pequenos trabalhos de uma comunidade, isto é, trabalhos executados no interesse direto da coletividade pelos membros desta, trabalhos que, como tais, podem ser considerados obrigações cívicas normais dos membros da coletividade, contanto, que a própria população ou seus representantes diretos tenham o direito de se pronunciar sobre a necessidade desse trabalho.

No entanto, para isso, deve-se ter em mente que o artigo 1 da Convenção nº 29 da OIT sobre trabalho forçado proíbe todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório:

- a) Como meio de coação ou educação política ou como castigo por ter ou expressar certas opiniões políticas ou por expressar oposição ideológica à ordem política, social ou econômica estabelecida;
- b) Como método de mobilização e uso da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico;
- c) Como medida de disciplina no trabalho;
- d) Como castigo por ter participado de greves;
- e) Como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.⁷³

5.3.1 Trabalho forçado como penalidade acessória à pena privativa de liberdade

A primeira exceção é a sentença de custódia acompanhada de trabalho forçado imposto por um juiz ou tribunal competente, previsto no parágrafo 2 do artigo 6 da CADH. Por sua própria definição, essa exceção faz parte da esfera do direito penal e, portanto, implica uma referência obrigatória aos artigos 5, 8 e 9 da CADH, e requer precisões quanto ao seu escopo e conteúdo.

Em primeiro lugar, a exceção é limitada a pessoas condenadas por crimes que “têm sentença de pena privativa de liberdade acompanhada de trabalho forçado”. Por um lado, isso tem uma primeira consequência: esse trabalho forçado não pode ser imposto a pessoas detidas sob prisão preventiva e que não foram condenadas. Por outro lado, essa exceção implica necessariamente referir-se ao princípio de legalidade dos crimes e penas, consagrado e protegido pelo artigo 9 da CADH e pelo Direito Internacional.⁷⁴ Deve-se lembrar que a imposição de penas por analogia a condutas não estabelecidas como crimes no direito penal é incompatível com o princípio de legalidade dos crimes.⁷⁵ Assim, o trabalho forçado como pena deve ser previsto no direito penal para o crime em relação ao qual a pessoa foi condenada. Caso contrário, estaríamos na esfera da proibição do trabalho forçado.

Em segundo lugar, essa penal só pode ser imposta por um tribunal independente, imparcial e competente, após um processo no qual as garantias do devido processo do artigo 8 da CADH foram

⁷³ Artigo 1.

⁷⁴ O artigo 11 da DUDH, o artigo 15 do PIDCP, o artigo 7 da CEDH, o artigo 75 (4.c) do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 sobre a proteção das vítimas de conflitos armados internacionais (Protocolo I) e Artigo 6 (2.c) do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Não Internacionais (Protocolo II).

⁷⁵ Comitê DHONU. *Observações finais: República Popular Democrática da Coreia, CCPR/ CO/72/PRK*, de 27 de agosto de 2001, par. 14.

observadas. Assim, por exemplo, a imposição de trabalho forçado a civis por tribunais militares constitui uma violação do artigo 6.2. da CADH, uma vez que - como a jurisprudência da Corte IDH afirmou repetidamente - a jurisdição penal militar não tem competência para julgar e punir civis:⁷⁶

[...] A jurisdição militar foi estabelecida em várias legislações para manter a ordem e a disciplina dentro das forças armadas. Inclusive, essa jurisdição funcional reserva sua aplicação aos militares que cometeram um crime ou contravenção no exercício de suas funções e sob certas circunstâncias [...] A transferência de competência da justiça comum para a justiça militar e a subsequente acusação de civis [...] perante este foro, significa excluir o juiz natural de ouvir esses casos. [...] Quando a justiça militar assume jurisdição sobre um assunto que a justiça comum deve ouvir, o direito ao juiz natural é violado e, *a fortiori*, o devido processo, que, por sua vez, está intimamente ligado ao direito de acesso à justiça.⁷⁷

Além disso, a Corte Interamericana declarou que:

Em um estado democrático de direito, a jurisdição penal militar deve ter um escopo restritivo e excepcional e ter como objetivo a proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções que a lei atribui às forças militares. Assim, a acusação de civis deve ser excluída do escopo da jurisdição militar e os militares devem ser julgados apenas pela prática de crimes ou delitos que, por sua própria natureza, infringem bens jurídicos próprios da ordem militar.⁷⁸

O precedente é igualmente previsível de aplicação no trabalho forçado a ex-militares condenados por tribunais militares por crimes cometidos quando não possuíam o status de militar. Com efeito, a Corte IDH concluiu repetidamente que o julgamento por tribunais militares de ex-militares por crimes cometidos quando já não tinham status militar, viola o princípio do juiz natural e o direito de ser julgado por um tribunal independente, imparcial e competente.⁷⁹ A Corte IDH reiterou que “a aplicação da justiça militar deve ser estritamente reservada para militares em serviço ativo e, portanto, civis e militares aposentados não podem ser julgados por tribunais militares.”⁸⁰

Finalmente, além dos requisitos anteriores, a exceção só é admissível se esse trabalho forçado não afetar a dignidade ou a capacidade física e intelectual do recluso, conforme prescrito no parágrafo 2 do artigo 6 da CADH. Nesse sentido, deve-se avaliar em cada caso específico se o trabalho imposto constitui ou não uma forma de punição cruel, desumana ou degradante, proibida pelo Direito Internacional e, em particular, pelo artigo 5.2. da CADH, ou que ameace a integridade física, psíquica ou moral do preso. Nessa ordem de ideias, é de primordial importância que sejam observados padrões internacionais de trabalho e salvaguardas nas prisões para proteger a integridade das pessoas privadas de liberdade, em particular: as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos⁸¹, as Regras das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade,⁸² as Regras Mínimas da ONU para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing),⁸³ e os Princípios e Boas Práticas de Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas.

76 Ver, entre outros, Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. FRC. 1999. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000. Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. FRC. 2004. No mesmo sentido, ver CIDH. *Segundo Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Peru*. Capítulo II “Administración de justicia y estado de derecho”. OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 59 rev., de 2 de junho de 2000. CIDH. *Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos na Colômbia*, documento OEA/Ser.L/V/II.53, doc. 22, de 30 de junho de 1981. CIDH. *Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Chile*, OEA/Ser.L/V/II.77.rev.1, de 8 de maio de 1985. CIDH. *Informe Terrorismo y Derechos Humanos*. OEA/ Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de outubro de 2002.

77 Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 128.

78 *Ibidem*, par. 113.

79 Ver, entre outros, Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. F. 1999. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

80 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 111.

81 Ver regras n.º 24, 65, 70-76 e 81.

82 Ver regras n.º 17(b), 44, 45, 46 e 67.

83 Ver regras n.º 11 e 27, bem como os comentários correspondentes.

5.3.2. Trabalho ou serviços normalmente exigíveis dos presos

A exceção prevista na alínea a) do parágrafo 3 do artigo 6.º da CADH refere-se “aos trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente”. Essa é uma hipótese diferente da exceção prevista no parágrafo 2 do mesmo artigo, na medida em que este último se refere ao trabalho forçado como uma pena acessória a uma sentença de privação de liberdade. Certamente, essa exceção pode ser exigida tanto a pessoas condenadas quanto a detenções preventivas, uma vez que a lei interamericana se refere a “uma sentença ou resolução formal”. De fato, nos trabalhos preparatórios da CADH, ao redigir esta cláusula, enfatizou-se que essa exceção também abrangia “pessoas detidas mesmo que nenhuma sentença tivesse sido pronunciada”.⁸⁴

No entanto, para que essa imposição de trabalho ou serviço obrigatório seja legítima, ela deve provir de uma “autoridade judicial competente”. Isso implica uma referência ao conceito de juiz ou tribunal independente, imparcial e competente. Nesse sentido, aplicam-se as considerações acima mencionadas, com exceção do parágrafo 2.

Da mesma forma, é importante destacar que a alínea a) do parágrafo 3 do artigo 6 da CADH se refere a “trabalhos e serviços *normalmente exigidos de pessoa reclusa*” (grifo do autor). Essa condição requer uma referência aos instrumentos internacionais que regulam o trabalho de prisioneiros e detidos. Nesse contexto, são relevantes as Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Reclusos,⁸⁵ e os Princípios e Boas práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas.⁸⁶ Assim, é importante destacar que esse trabalho ou serviço não pode ser de natureza afluiva ou violar a dignidade ou a capacidade física e intelectual do preso, tampouco pode ter natureza punitiva.⁸⁷

Finalmente, para que esses trabalhos ou serviços não sejam considerados como trabalho forçado proibido, é necessário que sejam executados sob a supervisão e controle das autoridades públicas, e é proibido que os presos sejam colocados à disposição de “particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado.” Esta última salvaguarda, incorporada na Convenção nº 29 da OIT, visa impedir o trabalho forçado de prisioneiros para empresas privadas, uma prática proibida e amplamente utilizada pelo Terceiro Reich e mesmo em alguns países como Mianmar. A Convenção nº 29 da OIT sobre o trabalho forçado estipula que “as autoridades competentes não deverão impor ou deixar de impor o trabalho forçado ou obrigatório em proveito de particulares, de companhias, ou de pessoas jurídicas de direito privado.”⁸⁸

5.3.3. O serviço militar e o serviço alternativo ao serviço militar obrigatório

A alínea b) do parágrafo 3 do Artigo 6 da CADH prevê uma terceira exceção: “serviço militar e, nos países onde se admite a isenção por motivos de consciência, o serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele”. Por um lado, essa exceção está intimamente relacionada ao artigo XXXIV do DADDH,⁸⁹ e, por outro, ao direito à objeção de consciência.⁹⁰

84 OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XXVI/1.2.

85 Ver regras n.º 70-76.

86 Ver princípio XIV.

87 Ver ONU. *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, op. cit., Regla n.º 71. Princípios e boas práticas sobre a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas, Princípio XIV.

88 Artigo 4 (1).

89 O Artigo XXXIV prescreve que “[t]oda pessoa devidamente habilitada tem o dever de prestar os serviços civis e militares que a pátria exija para a sua defesa e conservação, e, no caso de calamidade pública, os serviços civis que estiverem dentro de suas possibilidades”.

90 Sobre a “objeção de consciência”, ver o comentário ao artículo 12 (liberdade de consciência e de religião) de autoria de Huaco.

Embora o direito à objeção de consciência esteja implicitamente consagrado no artigo 12 do Pacto de San José, o Direito Internacional o reconhece de forma autônoma e o protege.⁹¹ Por meio de uma leitura conjunta dos artigos 12 e 6.3.b da CADH, a CIDH concluiu que o instrumento convencional protege o direito à objeção de consciência ao serviço militar.⁹²

Para que essa exceção seja válida contra o serviço civil ou alternativo ao serviço militar obrigatório, ela deve ser regulamentada por lei e não deve estar ao arbítrio das autoridades militares; do mesmo modo, não pode ser imposta em condições que a tornem punitiva em retaliação pelo exercício legítimo do direito à objeção de consciência. Assim, a natureza do serviço alternativo imposto, as condições sob as quais ele deve ser prestado e sua duração são fatores relevantes para determinar se a exceção está configurada ou se a proibição do trabalho forçado está em vigor. O serviço alternativo deve ser compatível com os motivos de objeção de consciência, de natureza civil, no interesse público e não de natureza punitiva.

Quanto à duração, o Comitê de Direitos Humanos especificou que, embora

[...] a lei e a prática possam estabelecer diferenças entre o serviço militar e o serviço nacional substituto, e que essas diferenças possam, em casos particulares, justificar um período de serviço por mais tempo, isso será válido desde que a diferenciação seja baseada em critérios razoáveis e objetivos, como a natureza do serviço em questão ou a necessidade de treinamento especial para realizá-lo.⁹³

O Comitê de Direitos Humanos considerou que quando a duração do serviço é estendida como uma “maneira de testar a sinceridade das convicções do indivíduo”, a pessoa está na presença de uma violação do direito de não ser discriminado com base na convicção de consciência.⁹⁴ Nesses contextos, a proibição do artigo 6 da CADH também é violada.

5.3.4. Trabalho ou serviço que faz parte das obrigações cívicas normais

Esta quarta exceção, prevista no parágrafo d) do inciso 3 do artigo 6 da CADH, foi pouco desenvolvida na jurisprudência internacional. Para estabelecer seu escopo, são ilustrativos os trabalhos de redação da CADH,⁹⁵ durante os quais foi feita referência à Convenção nº 29 da OIT e, em particular, às conclusões gerais sobre trabalho forçado formuladas em 1962 pelo Comitê de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT. Assim, “obrigações cívicas normais” foram entendidas como aquelas listadas na Convenção nº 29, ou seja:

pequenos trabalhos de uma comunidade, isto é, trabalhos executados no interesse direto da coletividade pelos membros desta, trabalhos que, como tais, podem ser considerados obrigações cívicas normais dos membros da coletividade, contanto, que a própria população ou seus representantes diretos tenham o direito de se pronunciar sobre a necessidade desse trabalho..⁹⁶

91 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 22. El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18). CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 27 de setembro de 1993, p. 44. Comitê DHONU. Comunicação n.º 402/1990, *Caso Henricus Antonius Godefriedus Maria Brinkof vs. Holanda*, decisão de 11 de abril de 1990. Comitê DHONU. *Observações finais – Espanha*, CCPR/C/79/Add.61, 3 de abril de 1996, par. 15. Comitê DHONU. *Observações finais – França*, CCPR/C/79/Add.80, 4 de agosto de 1997, par. 19. ONU. *Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la objeción de conciencia al servicio militar*. E/CN.4/1997/99, 16 de janeiro de 1997).

92 CIDH. Petição 12.219, *Caso Cristián Daniel Sahlín Vera e outros vs. Chile*, Relatório n.º 43/05, de 10 de março de 2005, par. 86.

93 Comitê DHONU. *Caso Frédéric Foin vs. França*, Comunicação n.º 666/1995, Decisão de 3 de novembro de 1999, par. 10.3.

94 *Idem*.

95 OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, *op. cit.*, p. 129.

96 Artigo 2 (2).

Da mesma forma, durante a elaboração da CADH, eles foram apontados como algumas modalidades de “obrigações cívicas normais”: participação em um júri, a obrigação de ajudar uma pessoa em perigo, a obrigação de ajudar um representante da ordem.

Embora, como observado acima, essa exceção tenha sido pouco desenvolvida pela jurisprudência internacional de Direitos Humanos, é útil um parecer emitido pelo Comitê de Direitos Humanos em um caso individual, no qual considerou que:

[...] O termo ‘trabalho forçado ou compulsório’ abrange uma gama de comportamentos que variam do trabalho imposto a uma pessoa como sanção penal, particularmente sob condições especiais de coação ou exploração ou inaceitável por qualquer outro motivo, ao trabalho menos importante em circunstâncias em que a punição é ameaçada como uma sanção comparável se o trabalho necessário não for realizado.⁹⁷

Ao decidir sobre o escopo da noção de “obrigações cívicas normais” - contidas na CADH e no PIDCP, como uma exceção à proibição do trabalho forçado-, o Comitê de Direitos Humanos considerou que “para qualificar como uma obrigação cívica normal, o trabalho em questão não deve ser, no mínimo, uma medida excepcional; não deve ter um objetivo ou efeito punitivo; e deve ser previsto por lei para que tenha um propósito legítimo sob o Pacto.”⁹⁸

Assim, no caso em que uma pessoa era obrigada a participar de um programa de trabalho em troca da provisão de seguro-desemprego, o Comitê de Direitos Humanos considerou que a proibição do trabalho forçado não havia sido violada, dada “a ausência de um aspecto degradante ou desumanizante do trabalho concreto que foi realizado.”⁹⁹

5.3.5. O serviço imposto em casos de perigo ou calamidade que ameace a existência ou o bem-estar da comunidade

Esta última exceção, prevista na alínea c) do parágrafo 3 do Artigo 6 da CADH, também foi pouco desenvolvida na jurisprudência internacional, e o trabalho de redação da CADH é escasso sobre o assunto.

Entretanto, para avaliar o seu alcance faz-se relevante voltar à Convenção nº 29 da OIT sobre trabalho forçado. De fato, seu artigo 2 (2.d) lista várias situações que foram abordadas de maneira genérica na fórmula usada pelo Pacto de San José, referindo-se a

qualquer trabalho ou serviço exigido nos casos de força maior, isto é, em caso de guerra, de sinistro ou ameaças de sinistro, tais como incêndios, inundações, fome, tremores de terra, epidemias, e epizootias, invasões de animais, de insetos ou de parasitas vegetais daninhos e em geral todas as circunstâncias que ponham em perigo a vida ou as condições normais de existência de toda ou de parte da população.

O artigo 9 da Convenção nº 29 estipula que:

[...] A autoridade que tiver o direito de impor trabalho forçado ou obrigatório não deverá permitir recurso a essa forma de trabalho a não ser que tenha sido assegurado o seguinte : a) que o serviço ou trabalho a executar é de interesse direto e importante para a coletividade chamada a executá-lo; b) que esse serviço ou trabalho é de necessidade atual e presente; c) que foi impossível encontrar mão-de-obra voluntária para a execução desse serviço ou trabalho, apesar do oferecimento de salários e condições de trabalho ao menos iguais aos que são usuais no território interessado para trabalhos ou serviços análogos, e d) que não resultará do trabalho ou

97 Comitê DHONU. *Caso Bernadette Faure vs. França*, Comunicação n.º 1036/2001, Decisão de 31 de outubro de 2005, par. 7.5.

98 *Idem*.

99 *Idem*.

serviço ônus muito grande para a população atual, considerando-se a mão-de-obra disponível e sua aptidão para o desempenho do trabalho..

Da mesma forma, o artigo 11.1 da Convenção nº 29 da OIT prescreve que “somente os adultos válidos do sexo masculino, cuja idade presumível não seja inferior a 18 anos nem superior a 45”. O parágrafo 2 deste artigo declara que:

[...]Fixando essa proporção, as autoridades competentes deverão ter em conta a densidade da população, o desenvolvimento social e físico dessa população, a época do ano e os trabalhos que devem ser executados pelos interessados no lugar e por sua própria conta; de modo geral, elas deverão respeitar as necessidades econômicas e sociais da vida normal da coletividade interessada.

Da mesma forma, a Convenção nº 29 regulamenta outros aspectos relacionados às condições materiais e temporárias em que o trabalho forçado pode ser realizado.

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade

Bibliografia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos Contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C n.º 4. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Suriname*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de janeiro de 1994. Série C n.º 16. Doravante: Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Suriname*. FCR. 1994.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Mérito. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C n.º 33. Doravante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. Mérito. Sentença de 3 de novembro de 1997. Série C n.º 34. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Mérito. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C n.º 35. Doravante: Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997.

Corte IDH. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 8 de março de 1998. Série C n.º 37. Doravante: Corte IDH. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C n.º 52. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999.

Corte IDH. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C n.º 63. Doravante: Corte IDH. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. Mérito. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C n.º 68. Doravante: Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C n.º 69. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C n.º 70. Doravan-

- te: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000.
- Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C n.º 99. Doravante: Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003.
- Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C n.º 100. Doravante: Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003.
- Corte IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C n.º 110. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. FRC. 2004.
- Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C n.º 111. Doravante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. FRC. 2004.
- Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C n.º 112. Doravante: Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguai*. EPFRC. 2004.
- Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C n.º 114. Doravante: Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004.
- Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Equador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de junho de 2005. Série C n.º 129. Doravante: Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Equador*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C n.º 134. Doravante: Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005.
- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C n.º 135. Doravante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru*. Sentença de 25 de novembro de 2005. Série C n.º 137. Doravante: Corte IDH. *Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005.
- Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. Série C n.º 141. Doravante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C n.º 147. Doravante: Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C n.º 149. Doravante: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.
- Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. Sentença de 21 de setembro de 2006. Série C n.º 152. Doravante: Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.
- Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C n.º 162. Doravante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñiquez vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C n.º 170. Doravante: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñiquez vs. Equador*. EPFRC. 2007.
- Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de maio de 2008. Série C n.º 177. Doravante: Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008.
- Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haiti*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de maio de 2008. Série C n.º 180. Doravante: Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haiti*. FRC. 2008.
- Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de outubro de 2008. Série C n.º 187. Doravante: Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008.
- Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C n.º 202. Doravante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2009. Série C n.º 206. Doravante: Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009. Série C n.º 207. Doravante: Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C n.º 218. Doravante: Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010.
- Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C n.º 220. Doravante: Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010.
- Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C n.º 221. Doravante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso Torres Millacura e outros vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de agosto de 2011. Série C n.º 229. Doravante: Corte IDH. *Caso Torres Millacura e outros vs. Argentina*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C n.º 240. Doravante: Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C n.º 250. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de outubro de 2012. Série C n.º 251. Doravante: Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C n.º 252. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 novembro de 2012. Série C n.º 253. Doravante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. Pedido de Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de novembro de 2012. Série C n.º 254. Doravante: Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. Pedido de Interpretação da Sentença de FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 novembro de 2012. Série C n.º 257. Doravante: Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 14 de maio de 2013. Série C n.º 260. Doravante: Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. EPFR. 2013.

Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2013. Série C n.º 274. Doravante: Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2013. Série C n.º 275. Doravante: Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán e outros (dirigentes, membros e ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de maio de 2014. Série C n.º 279. Doravante: Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Irmãos Landaeta Mejias e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de agosto de 2014. Série C n.º 281. Doravante: Corte IDH. *Caso Irmãos Landaeta Mejias e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 282. Doravante: Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C n.º 285. Doravante: Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de novembro de 2014. Série C n.º 287. Doravante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C n.º 288. Doravante: Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C n.º 289. Doravante: Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. EPFRC. 2014.

Pareceres consultivos

Corte IDH. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A n.º 6. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1986.

Corte IDH. *O habeas corpus sob suspensão de garantias (Arts. 27.2, 25.1 e 7.6 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-8/87 de 30 de janeiro de 1987. Série A n.º 8. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87. *O habeas corpus sob suspensão de garantias*. 1987.

Corte IDH. *Garantias judiciais em estados de emergência (Arts. 27.2, 25 e 8 Convenção Americana sobre Direitos Hu-*

manos s). Parecer Consultivo OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A n.º 9. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87. *Garantias judiciais em estados de emergência*. 1987.

Corte IDH. *O direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1 de outubro de 1999. Série A n.º 16. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC16/99. *O direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal*. 1999.

Corte IDH. *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Série A n.º 21. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14. *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. 2014.

Comissão Interamericana dos Direitos Humanos

CIDH. Relatório n.º 35/07, *Caso Jorge y José Dante Peirano Basso vs. República Oriental do Uruguai*, Caso 12.553, 1 de maio de 2007.

Documentos adotados por organizações internacionais

Organização das Nações Unidas

Comitê DHONU. *Caso Delgado Páez vs. Colômbia*, n.º 195/85, Decisão de 12 de julho de 1990.

Referências acadêmicas

CASAL H., J. M. *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*. CEPC, Madri, 1998.

MODOLELL GONZÁLEZ, J. L. “Breves notas sobre la detención preventiva en el sistema interamericano”, in ELSNER G. et al. (coords.) *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. KAS, Montevideo, t. II, 2013.

Sumário

1. Introdução	221
2. Significado geral do direito e âmbito protegido	221
3. Titularidade	225
4. Conteúdo geral do direito e possíveis limitações legislativas	225
5. A proibição de privações arbitrárias da liberdade	228
5.1. Detenções massivas ou coletivas.....	232
5.2. Detenções em controles migratórios.....	232
6. Direito de toda pessoa detida ou retida de saber as razões da privação de liberdade e as acusações contra si	233
7. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais	237
7.1. Controle judicial da detenção durante estados de exceção	237
7.2. Exigibilidade do controle judicial em toda privação da liberdade	238
7.3. A autoridade que exerce o controle deve ter o poder de decidir sobre a liberdade da pessoa detida.....	239
8. Direito de toda pessoa detida ou retida a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser colocada em liberdade	241
8.1. Prazo razoável.....	241
8.2. Prisão Preventiva	242
9. Direito de recorrer perante um tribunal para se pronunciar sobre a legalidade da privação de liberdade	245

10. Proibição de prisão por dívidas e garantias complementares da liberdade pessoal	248
11. Proibição de detenção clandestina e registro de detidos.....	248

1. Introdução

Este comentário inclui os critérios fundamentais estabelecidos pela Corte IDH em relação ao direito à liberdade pessoal, reconhecidos no artigo 7 da CADH. Esse é um dos direitos amplamente abordados na jurisprudência da Corte IDH, pois um número significativo de casos em que esse direito foi considerado relacionado a situações de sequestro ou detenção que levaram a um desaparecimento forçado ou, diretamente, na privação da vida. O exame desse tipo de violação da liberdade pessoal tem sido frequentemente vinculado a contextos de violência generalizada e graves violações dos Direitos Humanos. Juntamente com o estudo desse tipo de caso - que infelizmente persiste -, a Corte IDH conheceu, com mais frequência nos últimos cinco anos, outros que se referem à privação de liberdade que ocorre em um processo criminal, geralmente sob o manto da legislação interna, mas sem cumprir os requisitos substantivos ou adjetivos da CADH. Esse aspecto da jurisprudência interamericana foi bastante influenciado pelos critérios estabelecidos pelo TEDH, que começou cedo a estabelecer parâmetros sobre o assunto, especialmente no que diz respeito à detenção provisória ou preventiva.

2. Significado geral do direito e âmbito protegido

A Corte IDH inscreveu o direito à liberdade pessoal na liberdade geral do ser humano. Ao definir o bem protegido pelo artigo 7 da CADH, a Corte IDH indicou que os Direitos Humanos garantidos no Pacto de San José - inclusive o previsto neste artigo - são manifestações específicas dessa liberdade geral, pois:

Em um sentido amplo, a liberdade seria a capacidade de fazer e não fazer tudo o que seja lícitamente permitido. Em outras palavras, constitui o direito de toda pessoa de organizar, de acordo com a lei, sua vida individual e social conforme suas próprias opções e convicções. A segurança, por sua vez, seria a ausência de perturbações que restrinjam ou limitem a liberdade além do razoável. A liberdade, definida assim, é um direito humano básico, próprio dos atributos da pessoa, que se projeta em toda a Convenção Americana. Com efeito, do Preâmbulo se infere o propósito dos Estados Americanos de consolidar “um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”, e o reconhecimento de que “só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento de temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos”. Dessa forma, cada um dos Direitos Humanos protege um aspecto da liberdade do indivíduo.¹

Em relação ao artigo 7 da CADH, a Corte IDH esclareceu que “protege exclusivamente o direito à liberdade física...”², o que não tira a relevância desse direito, mas o destaca, uma vez que essa liberdade é o estado natural da pessoa, aquele em que ela pode, sem obstáculos ou barreiras físicas, “organizar, de acordo com a lei, sua vida individual e social de acordo com suas próprias opções e convicções”. As pessoas privadas de liberdade continuam sendo detentoras de Direitos Humanos, mas não podem usufruir de todos eles como resultado das limitações vinculadas à situação de confinamento.

Além disso, a Corte IDH sublinhou a importância do direito à liberdade pessoal, observando que: “quando o direito à liberdade pessoal é violado, gera um risco de violação de outros direitos, como a

1 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 52 (grifo do autor)

2 *Ibidem*, par. 53.

integridade pessoal e, em alguns casos, a vida.”³ Para a Corte IDH, *a detenção implica em si mesma uma situação de vulnerabilidade, que “piora quando a detenção é ilegal ou arbitrária”*.⁴ Por essa razão, em grande parte, observamos as precauções especiais com que a CADH envolve a privação de liberdade, inclusive os meios de controle previstos para impedir a privação ilegal ou arbitrária da liberdade e, portanto, também os critérios de garantia que a Corte IDH estabeleceu a esse respeito em sua jurisprudência. Nesse sentido, a Corte IDH declarou que: “o artigo 7 da Convenção Americana protege contra toda interferência ilegal ou arbitrária na liberdade física”,⁵ sendo esse o “conteúdo essencial” do direito.⁶

No caso *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*, a Corte IDH quis delinear a área protegida pelo direito à liberdade pessoal, já amplamente considerado em sua jurisprudência. Depois de especificar que o artigo 7 da CADH protege apenas a liberdade física, acrescentou que esse direito: “e abrange os comportamentos corporais que pressupõem a presença física do titular do direito e que se expressam normalmente no movimento físico”.⁷

Essa abordagem do conceito de liberdade pessoal sofre de alguma imprecisão, uma vez que a liberdade de movimento prevista no artigo 22 da CADH também abrange “comportamentos corporais que pressupõem a presença física do titular do direito e que normalmente são expressos em movimento físico”.⁸ Assim, algumas linhas depois, a Corte IDH acrescentou alguns esclarecimentos sobre o direito à liberdade pessoal:

[...]esse direito pode ser exercido de múltiplas formas e o que a Convenção Americana regula são os limites ou restrições que o Estado pode impor. É desse modo que se explica que o artigo 7.1 consagre em termos gerais o direito à liberdade e à segurança e os demais parágrafos se encarreguem das diversas garantias que devem ser observadas no momento de privar alguém de sua liberdade. Desse modo também se explica que a forma pela qual a legislação interna afeta o direito à liberdade é notadamente negativa, quando permite que se prive ou restrinja a liberdade. *A liberdade, portanto, será sempre a regra e a limitação ou restrição sempre a exceção.*⁹

Essas considerações ajudam a delimitar a esfera do direito, mas introduzem um critério de diferenciação confuso, pois, para muitos direitos, pode-se dizer que a CADH regula suas possíveis restrições. No entanto, o que essas declarações da Corte IDH explicam é que o direito à liberdade pessoal não protege adequadamente uma liberdade de ação, entendida como liberdade de movimento, mas o estado de liberdade física ou corporal do ser humano, o que resulta afetado por imobilização, retenção, isolamento ou outras medidas semelhantes que o impedem de deixar o local onde está.¹⁰ As garantias estabelecidas no artigo 7 da CADH referem-se precisamente a esse tipo de interferência, uma vez que a pessoa está protegida contra medidas que se dirijam a privá-la do estado ou situação de liberdade física.

Esta é a doutrina jurisprudencial consolidada da Corte IDH no campo do direito à liberdade pessoal. No entanto, no caso de *Artavia Murillo e outros (“Fertilização in vitro”) vs. Costa Rica*, a Corte IDH adotou um conceito mais amplo de liberdade pessoal, sustentando que:

3 Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 87.

4 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, par. 127. (grifo do autor)

5 Corte IDH. *Torres Millacura e outros vs. Argentina*. FRC. 2011, par. 76.

6 Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, par. 114.

7 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 53.

8 Ver o comentário ao artigo 22 (direito de circulação e residência) de autoria de Uprimny e Sánchez.

9 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 53. (grifo do autor)

10 Casal H., J. M. *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*. CEPC, Madri, 1998, pp. 204 e ss.

[...] o conceito de liberdade e a possibilidade de todo ser humano de se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, em conformidade com suas próprias opções e convicções.¹¹

Como se vê, a Corte IDH afirma que esta leitura do artigo 7 da CADH é a interpretação que habitualmente se dá ao direito à liberdade pessoal ali reconhecido, o que não é inteiramente correto. De fato, no caso da “fertilização in vitro”, foi feita uma tentativa de introduzir uma noção mais ampla de liberdade que proteja este artigo 7 do que a tradicional na jurisprudência do Tribunal, o que é confirmado ao consultar referências a casos anteriores mencionados neste ponto da sentença, uma vez que se refere ao caso *Atala Riffo e crianças vs. Chile*,¹² que, ao afirmar um amplo conceito de liberdade, o fez no contexto do artigo 11 da CADH, relativo ao direito à vida privada e familiar, e ao caso de *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*, que, como vimos, distingue entre liberdade geral e aquela garantida pelo artigo 7º. Os julgamentos subsequentes da Corte IDH mantêm a interpretação usual do direito.

Nesse sentido, é pertinente referir-se ao Parecer Consultivo da Corte IDH sobre os direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou necessidade de proteção internacional, a partir do qual se estabelece que o conceito-chave para delimitar o âmbito protegido pelo artigo 7 da CADH é a privação de liberdade, que deve ser entendida forma ampla. De acordo com a Corte IDH:

o componente particular que permite individualizar uma medida como privativa de liberdade, além da denominação específica que receba no âmbito local, é o fato de que a pessoa, neste caso a criança, não pode ou não tem a possibilidade de sair ou abandonar por sua própria vontade o recinto ou estabelecimento no qual se encontra ou foi alojada.¹³

O Parecer Consultivo também utiliza a expressão “restrição” da liberdade, mas, ao explicar seu alcance, acaba equiparando-a ao amplo conceito de privação de liberdade já reproduzido.¹⁴ Nessa ocasião, a Corte IDH especificou que a noção de privação de liberdade é um conceito autônomo da CADH, que, portanto, não depende, para sua delimitação, do que seja estabelecido na legislação nacional ou da terminologia utilizada.¹⁵

Outro conteúdo protegido pelo mencionado artigo 7 da CADH é o direito à segurança. O primeiro inciso deste preceito reconhece a todas as pessoas o “direito à liberdade e segurança da pessoa”. Essa alusão à segurança poderia nos levar a acreditar que um direito substancialmente diferente ou separado à liberdade pessoal está sendo consagrado, talvez atribuindo um significado associado à garantia da segurança pública. No entanto, seguindo a jurisprudência do TEDH em relação à interpretação desta cláusula no artigo 5 da CEDH,¹⁶ a Corte IDH considerou que “a segurança também deve entender-se como a proteção contra toda interferência ilegal ou arbitrária da liberdade física”.¹⁷ A Corte IDH não especifica o alcance dessa segurança pessoal, mas, com essa formulação esparsa, refere-se tacitamente aos critérios expressos no sistema europeu de Direitos Humanos, no qual a segurança “deve ser entendida no contexto da liberdade”,¹⁸ como um conceito que visa reforçar as garantias prestadas, a fim de evitar a privação ilegal ou arbitrária da liberdade e proteger a pessoa afetada por detenção, retenção

11 Corte IDH. Caso *Artavia Murillo e outros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, par. 142. No caso *Gelman vs. Uruguai*, a Corte IDH levantou a ideia de que a liberdade pessoal protegida pelo Artigo 7 incluiria a faculdade da pessoa de autodeterminação e “escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência”, mas, no caso particular, examinou uma privação de liberdade no sentido estrito. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, par. 129.

12 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. Pedido de Interpretação da Sentença de FRC. 2012, par. 136.

13 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14. *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. 2014, par. 145.

14 *Ibidem*, par. 186-187.

15 *Ibidem*, par. 145.

16 Casal H., J. M. *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, op. cit., pp.53 e ss.

17 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 53.

18 Casal H., J. M., op. cit., p.54.

ou prisão. Além disso, a segurança pessoal inclui a proteção da pessoa contra ameaças fundadas na privação indevida da liberdade.

O Comitê de Direitos Humanos afirmou que o artigo 9 do PIDCP, que reconhece o direito à “liberdade e segurança da pessoa”, inclui proteção contra ameaças de morte. Nesse sentido, em um caso relacionado a ameaças contra a vida de uma pessoa, considerou que: “uma interpretação do artigo 9 que permitiria que um Estado Parte ignorasse uma ameaça à segurança de pessoas não detidas ou prisioneiros dentro de sua jurisdição tornaria as garantias do Pacto totalmente ineficazes.”¹⁹ Essa avaliação merece em nossa opinião a objeção de que a proteção contra ameaças à vida de uma pessoa deriva do artigo 6 do Pacto, que reconhece o direito à vida e especifica que: “o seu direito será protegido por lei. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da vida”.

Lembre-se de que a Corte IDH insistiu, desde o início de sua jurisprudência,²⁰ na importância das obrigações que incumbem ao Estado em virtude do dever de garantir os Direitos Humanos estabelecido no artigo 1.1 da CADH. A garantia desses direitos inclui a obrigação de evitar violações dos Direitos Humanos, o que obviamente tem consequências em termos de segurança pública e proteção do direito à vida (art. 4 da CADH) contra ameaças que o coloque em risco, independentemente de as pessoas afetadas estarem ou não privadas de liberdade. Como o argumentou:

A Corte indicou em sua jurisprudência que o cumprimento das obrigações impostas pelo artigo 4 da Convenção Americana, relacionadas ao artigo 1.1 da mesma, pressupõe não apenas que nenhuma pessoa seja arbitrariamente privada de sua vida (obrigação negativa), mas também exige, à luz de sua obrigação de garantir o exercício pleno e livre dos Direitos Humanos, que os Estados adotem todas as medidas apropriadas para proteger e preservar o direito à vida (obrigação positiva) daqueles sob sua jurisdição.²¹

Assim, delimitada a área protegida pelo direito à liberdade e segurança pessoal, reconhecido no artigo 7 da CADH, deve-se acrescentar que protege contra todo tipo de privação de liberdade, mesmo quando de curta duração. A Corte IDH teve a oportunidade de estabelecer que o referido artigo se aplica mesmo no caso de controles de identidade que envolvam “atraso” ou retenção por algumas horas de um indivíduo para fins de identificação. Nesse sentido, sustentou que:

[...] Para os fins do artigo 7 da Convenção, uma “retenção”, mesmo com o único objetivo de identificar a pessoa, constitui uma privação da liberdade física da pessoa e, portanto, qualquer limitação à mesma deve cumprir rigorosamente o que a Convenção Americana e a legislação doméstica estabelecem para esse efeito, desde que seja compatível com a Convenção.²²

Este critério foi ratificado no caso *Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*, em cujo julgamento a Corte IDH, entretanto, introduziu uma ambiguidade ao se referir, tangencialmente, à aplicabilidade ou não do artigo 7 da CADH à privação de liberdade praticada nos postos de controle de fronteiras para fins de identificação. Os fatos examinados pela Corte IDH no presente caso referem-se a pessoas que já haviam entrado no território dominicano, razão pela qual a Corte IDH contrastou essa situação com a daqueles que são submetidos a verificações de identidade nos postos de segurança localizados na região fronteira:

[...]dado que a detenção foi realizada dentro do território dominicano e não no ingresso através da fronteira (par. 151 infra), momento no qual se poderia, em princípio, reter os migrantes para realizar um controle de identificação, a Corte analisará a alegada detenção à luz dos requisitos de excepcionalidade do artigo 7 da Convenção Americana, e não como uma privação de liberdade por razões de verificação de identidade e/ou de controle fronteira.²³

19 Comitê DHONU. *Caso Delgado Páez vs. Colômbia*, n.º 195/85. Decisão de 12 de julho de 1990, par. 5.5.

20 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 166 e ss.

21 Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. FRC. 2006, par. 84.

22 Corte IDH. *Caso Torres Millacura e outros vs. Argentina*. FRC. 2011, par. 76.

23 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 124. (grifo do autor)

De modo que as privações de liberdade realizadas nos postos de controle de fronteiras estão sujeitas, seja qual for a sua finalidade, ao artigo 7 da CADH e ao critério de natureza excepcional. Uma questão diferente é que os controles nas fronteiras podem ter certas restrições à livre circulação ou movimento, ou levar a situações de imobilização breve, mas o que excede esse limite e representa uma privação de liberdade deve desencadear todas as consequências da proteção da liberdade pessoal, de acordo com o artigo 7 da CADH.²⁴

3. Titularidade

O direito à liberdade pessoal é o direito de toda pessoa, conforme expresso no artigo 7 da CADH. O assunto é tão claro que não mereceria uma análise mais aprofundada. De qualquer forma, é pertinente lembrar que crianças ou adolescentes são igualmente titulares desse direito e que ele pode ser invocado, em determinadas circunstâncias, mesmo diante de medidas acordadas com o consentimento de seus pais ou representantes legais ou a seu pedido.²⁵

Os estrangeiros também são titulares do direito à liberdade pessoal. Não faz falta dizer, mas as práticas discriminatórias que alguns Estados adotaram nesta área tornam o esclarecimento pertinente. Além disso, a evolução do Direito Internacional e do Direito Público em geral nesta matéria aconselha mencionar as mudanças que ocorreram, pelo menos normativamente, na posição jurídica do estrangeiro, mesmo que este esteja ilegalmente em qualquer Estado. Esse fato levou à introdução de medidas corretivas segundo as quais qualquer estrangeiro que não puder provar sua permanência legal em um país poderia ser automaticamente privado de liberdade enquanto sua situação de imigração fosse resolvida. A Corte IDH teve a oportunidade de salientar que o estrangeiro não é apenas o titular do direito à liberdade pessoal, mas também pode estar, especialmente se for um imigrante sem documentos, em uma situação vulnerável que requer proteção especial; nas palavras da Corte IDH: “migrantes indocumentados ou irregulares foram identificados como um grupo em situação vulnerável”.²⁶

Também é desnecessário dizer que as pessoas com deficiência mental são portadoras desse direito, embora a práxis institucional predominante em certos contextos torne aconselhável enfatizar que a privação de liberdade daqueles que sofrem de uma deficiência mental deve ser um recurso extremo, cada vez mais extrema devido aos avanços da ciência e do conhecimento sobre os abusos que essas pessoas geralmente sofrem durante a internação.²⁷

4. Conteúdo geral do direito e possíveis limitações legislativas

O artigo 7 da CADH contém princípios e regras que definem o escopo jurídico do direito à liberdade pessoal. O artigo 7.1 formula o direito de maneira geral, reconhecendo o “direito à liberdade e segurança pessoal” a todas as pessoas, o que se traduz na exigência normativa de buscar, tanto quanto possível, a preservação do estado de liberdade física de cada ser humano.

O inciso 1 do artigo 7 estabelece o conteúdo geral do direito à liberdade pessoal e os demais parágrafos desse mesmo artigo estabelecem suas garantias específicas. Nas palavras da Corte IDH:

O artigo 7 da Convenção apresenta regulamentações de dois tipos, bem diferenciadas entre si: uma geral e outra específica. A geral se encontra no primeiro parágrafo: “[t]oda pessoa tem o direito à liberdade e à segurança pessoais”. A específica é composta por uma série de garantias

24 Casal H., J. M., *op. cit.*, pp. 50 e ss.

25 Casal H., J. M., *op. cit.*, pp. 35 e 36.

26 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 98 e ss.

27 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006. Nesse sentido, *ver* o voto do juiz Sergio García Ramírez.

que protegem o direito a não ser privado da liberdade ilegalmente (art. 7.2) ou arbitrariamente (art. 7.3), a conhecer as razões da detenção e as acusações formuladas contra o detido (art. 7.4), ao controle judicial da privação da liberdade e à razoabilidade do prazo da prisão preventiva (art. 7.5), a impugnar a legalidade da detenção (art. 7.6) e a não ser detido por dívidas (art. 7.7).²⁸

A conexão entre o direito e suas garantias determina que qualquer violação dos parágrafos 2 a 7 do artigo 7 da CADH também inclui uma violação de seu inciso 1:

[...] A Corte ressalta que qualquer violação dos parágrafos 2 a 7 do artigo 7 da Convenção implicará necessariamente a violação do artigo 7.1 desse Tratado, uma vez que a falta de respeito às garantias da pessoa privada da liberdade redundará, em suma, na falta de proteção do próprio direito à liberdade dessa pessoa.²⁹

Às vezes, a Corte IDH declara a violação direta do inciso 1 do artigo 7 sem examinar a possível violação das demais subseções. Assim, o artigo 7.1 é violado quando o tribunal que decide sobre uma sentença de custódia manifestamente não possui competência e imparcialidade para julgar o acusado, nos termos do artigo 8.1 da CADH. Conforme estabelecido pela Corte IDH no *caso de Usón Ramírez vs. Venezuela*:

[...] Este Tribunal concluiu que o tribunal que julgou o Sr. Usón Ramírez não possuía competência e imparcialidade, pressupostos essenciais do devido processo legal. Essa situação projeta seus efeitos em todo o procedimento, alterando-o desde sua origem, bem como as consequências dele derivadas. Nesse sentido, qualquer ação de um tribunal manifestamente incompetente que resulte em restrição ou privação de liberdade pessoal, como as que ocorreram no presente caso em detrimento do senhor Usón Ramírez, determina a consequente violação do artigo 7.1 da Convenção Americana.³⁰

O direito à liberdade pessoal admite restrições, que devem obedecer aos artigos 30 e 32.2. da CADH. Nesse sentido, o artigo 7.2. do mesmo texto convencional estabelece, como princípio, que ninguém pode ser privado de sua liberdade física, mas salvaguarda a possibilidade de adotar interferências nesse direito, “pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”. Isso implica uma referência ao poder dos Estados partes de emitir normas que contemplem casos de privação de liberdade, mas essa referência não é indeterminada, pois contém certos parâmetros, além da necessidade de que essas normas sejam incluídas na constituição ou em leis consoantes com a constituição, é necessário que especifiquem as “causas” e as “condições” segundo as quais a privação de liberdade pode ser ordenada.

Este parágrafo 2 do artigo 7 da CADH inclui, como sustentou a Corte IDH, “a garantia primária do direito à liberdade física: a reserva de lei, segundo a qual o direito à liberdade pessoal só pode ser afetado por meio de uma lei.”³¹ Esse preceito certamente formula uma reserva de lei, determinando que somente as leis podem estabelecer privações de liberdade. E as leis promulgadas para tanto devem indicar os casos em que a privação de liberdade é admissível e as condições para sua adoção, para que essas normas especifiquem os supostos fáticos nos quais cabe aplicar essa medida e os requisitos formais ou processuais que devem ser cumpridos para sua legalidade. Nesse sentido, a Corte IDH afirmou que: “ninguém pode ser privado de liberdade pessoal, exceto em razão das causas, casos ou circunstâncias expressamente definidos na lei (aspecto material), mas, também, com estrita sujeição aos procedimentos definidos objetivamente na mesma (aspecto formal).”³² Esse aspecto da reserva legal que a Corte

28 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*: EPFRC. 2007. Igualmente, ver Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 124.

29 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*: EPFRC. 2007, par. 54.

30 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 148.

31 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*: EPFRC. 2007, par. 56.

32 Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Suriname*. FCR. 1994, par. 47.

IDH chama de material refere-se à previsão normativa das causas da privação de liberdade -em contraste com os requisitos de natureza processual- que, na realidade, é mais uma questão formal-normativa do que material ou substantiva, que será examinada quando comentarmos o inciso 3 do artigo 7.

A partir do artigo 7.2. e da reserva legal que prescreve se depreende “o direito de não ser ilegalmente privado da liberdade”.³³ O conceito de lei a partir do qual se deve partir para interpretar esta disposição é um assunto que foi esclarecido pela jurisprudência da Corte IDH em relação à limitação de qualquer direito,³⁴ o que foi aplicado ao campo da liberdade pessoal.³⁵ Uma singularidade do artigo 7.2 é que se refere expressamente não apenas à base jurídica da privação de liberdade, mas também à conformidade das leis correspondentes com a constituição. Pode-se afirmar que essa conformidade é um pressuposto de legalidade, portanto esse requisito se aplica de maneira geral e não apenas ao artigo 7.2. Mas, quando o artigo 7.2 incorpora expressamente a alusão à conformidade necessária das respectivas leis com a constituição, esse requisito se torna diretamente convencional e os órgãos do SIDH devem garantir rigorosamente essa conformidade.

A Corte IDH declarou que:

Desse modo, o artigo 7.2 da Convenção refere-se automaticamente à legislação interna. Por isso, qualquer requisito estabelecido na lei nacional que não seja cumprido ao privar uma pessoa de liberdade implicará em que tal privação seja ilegal e contrária à Convenção Americana.³⁶

O mencionado acima também ocorre quando o requisito constitucional ou legal omitido coincide com o exigido pelo próprio artigo 7, caso em que se declara a violação tanto do artigo 7.2 como também do outro inciso do artigo 7 descumprido.³⁷ Assim, pois, o desconhecimento da normativa interna levará a uma violação da CADH, que se estende à contradição que pode existir entre a lei que prevê a privação de liberdade e a Constituição.

Como exemplo da relevância da normativa interna ao examinar a conformidade de uma privação de liberdade com a CADH, os casos *Castillo Páez vs. Peru e Suárez Rosero vs. Equador*, nos quais a Corte IDH declarou a violação dos parágrafos 2 e 3 do artigo 7 da CADH, devido ao fato de a prisão das respectivas vítimas ter ocorrido sem ordem judicial e sem flagrante delito, contrariando o disposto no Constituição e legislação interna.³⁸ É bastante ilustrativo que a Corte IDH, ao se referir à base normativa para a violação da liberdade pessoal, afirmou, no primeiro desses casos, que: “o anterior, se baseia no artigos 7, parágrafos 2 e 3, da CADH e 2º, inciso 20, letra g), da Carta Política”,³⁹ deixando assim clara a importância da Constituição peruana ao examinar a violação da CADH.

Não obstante o exposto, nem sempre é fácil para a Corte IDH realizar um exame próprio sobre o cumprimento da normativa interna por parte das autoridades nacionais, ao ordenar ou praticar uma privação de liberdade. Às vezes, a Corte IDH se apoia no reconhecimento de responsabilidade pelo Estado ou na manifesta ilegalidade da privação de liberdade, o que simplifica a análise de sua conformidade com a normativa interna. De acordo com os critérios estabelecidos nos casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras e Gangaram Panday vs. Suriname*, a relutância do Estado em mostrar as fontes normativas que permitiriam avaliar a legalidade da privação de liberdade é favorável à alegação de violação dos Direitos Humanos apresentada à Corte IDH e pode ser suficiente para declarar a violação do artigo 7.2 da CADH.⁴⁰ Em relação à verificação dos fatos referentes à observância das condições estabelecidas na

33 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFR. 2009, par. 143.

34 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1986, par. 38.

35 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPFR. 2007, par. 56.

36 *Ibidem*, par. 57.

37 *Ibidem*, par. 69.

38 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. F. 1997, par. 56. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. F. 1997, par. 44.

39 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. F. 1997, par. 56.

40 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 135. Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Suri-*

norma nacional para a adoção de uma privação de liberdade, a Corte IDH decidiu que cabe ao Estado demonstrar que estas foram cumpridas. Isso foi afirmado em casos relacionados à existência necessária de delito em flagrante para realizar uma prisão sem ordem judicial.⁴¹

Ao verificar a existência de uma prisão contrária à constituição ou às leis internas, a Corte IDH pode também afirmar que é arbitrária, de modo que declara a violação dos parágrafos 2 e 3 do artigo 7 da CADH, especialmente no contexto de privações de liberdade evidentemente ilegítimas, que carecem de base legal ou são adotadas em violação da normativa interna e podem ser adicionalmente rotuladas como arbitrárias.⁴² Embora isso não signifique que a ilegalidade de uma privação de liberdade equivale à sua arbitrariedade, como explicaremos a seguir ao comentar o inciso 3 do artigo 7.

Em algumas sentenças da Corte IDH, sustentou-se que o requisito da legalidade da privação de liberdade inclui a tipicidade que o preceito correspondente deve satisfazer. Nesse sentido, apontou-se que:

A reserva de lei deve forçosamente ser acompanhada pelo princípio da tipicidade, que obriga os Estados a estabelecer, tão concretamente quanto seja possível e “com anterioridade”, as “causas” e “condições” da privação da liberdade física.⁴³

Esse pronunciamento foi proferido em um caso em que a violação dos direitos que estavam sendo examinados estava relacionada à legalidade de medidas processuais, como detenção provisória ou preventiva, adotadas durante um julgamento criminal, não com a tipificação da conduta delitiva propriamente dita. Isso reforça a ideia de que a Corte IDH entende que a tipicidade é uma exigência geral decorrente do artigo 7.2. da CADH, aplicável além do âmbito da previsão de conduta considerada delitiva e das respectivas sanções.

O Artigo 7.2 da CADH certamente aponta nessa direção, ao estabelecer que as causas e condições de qualquer privação de liberdade deve ter sido estabelecida “antecipadamente” por lei, o que pressupõe previsibilidade associada à precisão da regulamentação legislativa, com a decorrente mensurabilidade da ação do Estado que visa afetar a liberdade pessoal. Embora a Corte IDH nem sempre tenha sido consistente com essa ideia, uma vez que às vezes a examina sob a perspectiva do artigo 7.3 (proibição de prisões arbitrárias), e não no âmbito do artigo 7.2, a falta de previsibilidade da conduta que pode dar origem a uma privação de liberdade, em virtude da indeterminação da norma correspondente.⁴⁴

De qualquer forma, o exame da tipicidade certamente será acompanhado de um escrutínio mais severo quando se trata da configuração normativa do ato punível como tal, um pressuposto a respeito do qual o Artigo 9 da CADH se aplicaria.

Juntamente com esta condição formal para a previsão da privação de liberdade, existem requisitos materiais de validade que devem ser cumpridos, que são analisados pela jurisprudência no âmbito da proibição de privação arbitrária de liberdade ou garantias específicas da liberdade pessoal, como o direito de ser julgado dentro de um prazo razoável ou de ser libertado.

5. A proibição de privações arbitrárias da liberdade

O artigo 7 da CADH, além de exigir no inciso 2, que toda privação de liberdade seja ordenada nos casos e de acordo com as condições estabelecidas em lei, dispõe que: “ninguém pode estar sujeito a detenção ou encarceramento arbitrários” (art. 7.3). A partir desse preceito, segue-se o direito de não

name. FCR. 1994, par. 49-51.

41 Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 118.

42 Corte IDH. *Caso Torres Millacura e outros vs. Argentina*. FRC. 2011, par. 76 e 80.

43 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 57.

44 Corte IDH. *Caso Torres Millacura e outros vs. Argentina*. FRC. 2011, par. 80.

ser arbitrariamente privado de liberdade,⁴⁵ o que complementa o direito acima mencionado de não ser ilegalmente privado de liberdade (art. 7.2).

A proibição da privação ilegal da liberdade atende a um critério formal e processual, enquanto a *proibição da privação arbitrária da liberdade responde a um critério fundamentalmente material ou substantivo*. Não basta que uma prisão esteja de acordo com a constituição e as leis de um país para considerá-la lícita ou legítima, uma vez que, além disso, é necessário que *esta norma esteja em conformidade com os princípios materiais de razoabilidade ou proporcionalidade*. Ao examinar a proibição de arbitrariedade no artigo 7.3 da CADH, deve-se levar em consideração que:

[...] se está na presença de uma condição segundo a qual ninguém pode ser sujeito a detenção ou prisão por causas e métodos que - mesmo descritos como legais - podem ser considerados incompatíveis com o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo por ser, entre outras coisas, irracionais, imprevisíveis ou desproporcionais.⁴⁶

Essa alusão ao respeito necessário aos direitos fundamentais do indivíduo aponta principalmente para o direito à liberdade pessoal como elemento material ou substantivo, nos termos do artigo 7.1, o que implica que a legislação interna deve regular esse direito de forma que não seja lesado. A lesão ocorre, do ponto de vista material, quando a privação de liberdade carece de justificativa. A falta de razoabilidade ou proporcionalidade a que a sentença se refere consiste precisamente no fato de que a privação da liberdade, mesmo tendo fundamento na lei, não é realmente necessária no caso em que foi adotada ou é excessiva.

A alusão à imprevisibilidade contida no parágrafo citado corresponde conceitualmente, a rigor, ao requisito de legalidade do artigo 7.2 da CADH, conforme explicado. No entanto, a Corte IDH a invocou no contexto da proibição de arbitrariedade quando a generalidade ou indeterminação de uma norma permite que os policiais ajam em qualquer circunstância, de maneira imprevisível, o que pressupõe ter quebrantado os critérios materiais relacionados à natureza excepcional da privação de liberdade. A Corte IDH declarou que “uma restrição à liberdade que não se baseie em uma causa ou motivo específico pode ser arbitrária e, portanto, violar o artigo 7.3 da Convenção.”⁴⁷

As condições materiais de razoabilidade ou proporcionalidade também estão normalmente contidas em constituições ou leis nacionais, de modo que uma privação arbitrária da liberdade, no sentido agora explicado, também seria geralmente ilegal à luz do artigo 7.2. Mas o artigo 7.3 incorpora os próprios parâmetros da CADH para controlar a privação de liberdade de tal maneira que, independentemente do que é fornecido pela legislação nacional, a CADH rejeita a privação de liberdade que não atende a esses requisitos.

Em geral, as privações de liberdade são consideradas arbitrárias quando não respondem a causas específicas ou razões objetivas e concretas, mas são adotadas com base em suposições indeterminadas, como mera suspeita, ou em suposições ou simples conjecturas. Da mesma forma, as detenções que não são baseadas em motivos razoáveis, em particular as que envolvem discriminação com base na nacionalidade, raça ou outra condição, são arbitrárias. A privação de liberdade por tempo indeterminado ou prolongada excessivamente também merece essa classificação.⁴⁸

A jurisprudência da Corte IDH delineou esses parâmetros materiais ou substantivos, especialmente no que diz respeito à privação de liberdade do acusado ordenado, como medida provisória, no processo criminal. No caso *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador* refletiu a doutrina fundamental sobre esse assunto, construída com base em decisões anteriores:

45 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 143.

46 Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Suriname*. FCR. 1994, par. 47.

47 Corte IDH. *Caso Torres Millacura e outros vs. Argentina*. FRC. 2011, par. 78.

48 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPFRC. 2014, par. 408. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 320 e 326. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, *op. cit.*, par. 193-194.

Em suma, não é suficiente que toda causa de privação ou restrição do direito à liberdade esteja consagrada na lei, mas é necessário que essa lei e sua aplicação respeitem os requisitos que se detalham a seguir, para que essa medida não seja arbitrária: i) que a finalidade das medidas que privem ou restrinjam a liberdade seja compatível com a Convenção. Cumpre salientar que este Tribunal reconheceu como fins legítimos assegurar que o acusado não impeça o desenvolvimento do processo nem se esquive da ação da justiça; ii) que as medidas adotadas sejam idôneas para cumprir o fim a que se visa; iii) que sejam necessárias, no sentido de que sejam absolutamente indispensáveis para conseguir o fim desejado, e que não exista uma medida menos gravosa em relação ao direito afetado entre todas aquelas que sejam igualmente idôneas para alcançar o objetivo proposto. Por essa razão o Tribunal salientou que o direito à liberdade pessoal supõe que toda limitação a este deva ser excepcional; e iv) que sejam medidas estritamente proporcionais, de tal forma que o sacrifício inerente à restrição do direito à liberdade não seja exagerado ou desmedido frente às vantagens que se obtêm mediante tal restrição e o cumprimento da finalidade visada. Qualquer restrição à liberdade que não disponha de motivação suficiente que permita avaliar se se ajusta às condições mencionadas será arbitrária e, portanto, violará o artigo 7.3 da Convenção.⁴⁹

Este parágrafo inclui os requisitos que toda privação de liberdade deve cumprir para não ser arbitrária, a partir dos quais se extraem os elementos do princípio da proporcionalidade, adotado em várias áreas pela jurisprudência interamericana.⁵⁰ Trata-se das exigências de *idoneidade, necessidade e proporcionalidade* em sentido estrito, cuja aplicação pressupõe a determinação do fim da medida restritiva e a verificação de sua compatibilidade com a CADH.

Essas exigências estão ligadas à natureza excepcional da privação de liberdade, que foi invocada especialmente no processo criminal, embora se aplique de forma geral, e a Corte IDH o justificou, argumentando que:

[...] As medidas cautelares que afetam a liberdade pessoal do acusado, entre outras, são excepcionais, uma vez que são limitadas pelo direito à presunção de inocência e pelos princípios de legalidade, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis em uma sociedade democrática.⁵¹

Quanto ao objetivo de privação de liberdade do réu ou acusado, decidida provisoriamente no processo penal, a Corte IDH repetidamente vinculou a proibição de arbitrariedade contida no artigo 7.3 com a determinação dos fins que podem justificar a detenção. A esse respeito, sustentou insistentemente que as duas únicas justificativas admissíveis são as de “garantir que o acusado não impeça o desenvolvimento do procedimento ou iluda a ação da justiça”.⁵² Isso, em virtude da presunção de inocência e do direito de liberdade pessoal, que será discutido mais adiante. A detenção ou prisão provisória do réu ou acusado que obedeça a um objetivo diferente, tipicamente de prevenção policial ou criminal, é classificada como arbitrária e contrária à referida disposição.⁵³

As detenções feitas com base em evidências aparentes de que um crime foi cometido também são arbitrárias e devem ser corroboradas por procedimentos técnicos ou científicos, quando a privação de liberdade é prolongada sem que as autoridades procedam a essas verificações. Basicamente, aqui a arbitrariedade está associada à desconsideração ou completa ignorância do direito afetado.⁵⁴

49 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñíguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 93.

50 Cf., entre outros, Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. FRC. 2004, par. 96 e 129. Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008, par. 56 e ss.

51 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 197.

52 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñíguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 93. Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 90. Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Equador*. FRC. 2005, par. 111.

53 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 163.

54 Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Equador*. FRC. 2005, par. 63 e ss.

A proibição da privação arbitrária da liberdade é projetada adicionalmente em aspectos formais relacionados à motivação das decisões que privam a liberdade. A Corte IDH indica que qualquer medida que envolva privação de liberdade deve ser suficientemente motivada, pois, caso contrário, não é possível, ou torna-se extremamente difícil examinar o cumprimento das condições materiais acima mencionadas, ou se ficar evidente que foi ignorado o princípio de proporcionalidade, se estaria violando a proibição de detenção arbitrária do artigo 7.3. da CADH.⁵⁵

Este requisito de motivação não é cumprido simplesmente com as normas pertinentes: “a mera lista de todas as normas que poderiam ser aplicáveis não satisfaz o requisito de motivação suficiente para avaliar se a medida é compatível com a Convenção Americana”.⁵⁶ A Corte IDH geralmente examina o cumprimento desse requisito quando trata de casos relacionados à detenção preventiva ou provisória de um acusado, já que para verificar se foram observados os limites de uma medida estritamente processual ou cautelar - nunca policial ou punitivo - é necessário analisar a fundamentação da decisão judicial, cuja ausência é suficiente para entender que a privação de liberdade era arbitrária.⁵⁷

Na jurisprudência da Corte IDH, duas constelações de casos em que se alega violação do artigo 7.3 podem ser identificadas: 1) por um lado, situações de sequestro ou desaparecimento forçado ou detenções seguidas de assassinatos, frequentemente inscritos em um quadro geral de violência ou conflito armado; e, 2) por outro lado, medidas preventivas de detenção que violam o princípio de proporcionalidade. Os primeiros caracterizaram um estágio inicial da jurisprudência interamericana e, infelizmente, continuam atuais, entre eles as sentenças de *Velásquez Rodríguez vs. Honduras e Benavides Cantoral vs. Peru*,⁵⁸ alcançando posteriormente os casos “*Panel Blanca*” (*Paniagua Morales e outros*) vs. *Guatemala*; *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*; o “*Massacre de Mapiripán*” vs. *Colômbia*; *Massacres de Río Negro vs. Guatemala*; *os massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*; e *Gudiel Álvarez (Diário Militar) vs. Guatemala*.⁵⁹ Nestas circunstâncias, a privação arbitrária da liberdade fez parte de uma violação subsequente e mais grave dos Direitos Humanos, que consistiu em tortura e assassinato ou desaparecimento forçado. Como a Corte IDH afirmou em alguns dos casos citados: “a privação de liberdade com a qual começa um desaparecimento forçado, qualquer que seja sua forma, será contrária ao artigo 7 da Convenção Americana.”⁶⁰ As decisões da Corte IDH sobre a prisão preventiva e a falta de proporcionalidade ao adotá-la, que geralmente tratam de circunstâncias inseridas em um contexto institucional diferente, serão examinadas mais adiante.

Por fim, deve-se notar que, embora a detenção ilegal não deva ser confundida com a detenção arbitrária, elas podem coincidir. A Corte IDH parte, como já estabelecido, da distinção entre ilegalidade e privação arbitrária de liberdade, que se torna especialmente relevante quando uma prisão é adotada em conformidade com a lei, mas violando princípios materiais que a jurisprudência tornou explícita. Portanto, a Corte IDH sustenta que: “a arbitrariedade de que trata o artigo 7.3 convencional possui seu próprio conteúdo jurídico, cuja análise é necessária apenas quando se trata de prisões consideradas legais.”⁶¹ No entanto, às vezes, a violação do direito à liberdade é tão séria em termos formais e materiais que a Corte IDH considera ilegal e arbitrário.

55 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 115-116.

56 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 116.

57 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 216. Corte IDH. *Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 143-144. Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñiquez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 105 e ss.

58 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000.

59 Corte IDH. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1998. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003. Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005. Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012. Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. FRC. 2012. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012.

60 Cf. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, par. 198.

61 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 127.

Uma privação de liberdade de acordo com a lei pode ser arbitrária, mas uma privação de liberdade pode também ser ilegal e arbitrária. Por exemplo, privações de liberdade ligadas a tortura, assassinato ou desaparecimentos forçados, bem como aquelas enquadradas em um quadro geral de abuso de poder, são frequentemente classificadas pela jurisprudência como ilegais e arbitrárias.⁶² Algo semelhante ocorre quando a incompetência do órgão judicial que ordenou a prisão,⁶³ ou quando a ilegalidade está relacionada à ausência de uma razão bem fundamentada para a privação da liberdade⁶⁴ ou, em particular, à existência de padrões discriminatórios de ação policial que motivaram a prisão.⁶⁵

Por outro lado, a violação de qualquer garantia particular de liberdade pessoal contida nos parágrafos 4 a 7 do artigo 7 da CADH pode levar à declaração do caráter arbitrário da detenção, o que pode implicar que a Corte IDH não considere necessário examinar as circunstâncias que levaram à privação da liberdade. Assim, a Corte IDH declarou que: “dada a falta de encaminhamento *imediate* à autoridade competente, a Corte considera que essa irregularidade no controle da detenção a tornou arbitrária e não considera pertinente fazer qualquer tipo de pronunciamento sobre o caso que o originou.”⁶⁶

5.1 Detenções massivas ou coletivas

Um tipo de privação de liberdade que a Corte IDH considerou categoricamente arbitrário são as *razzias* (incursões) ou detenções em massa ou coletivas planejadas. São dignos de nota os casos *Bulacio vs. Argentina e Servellón García e outros vs. Honduras*, nos quais foram censuradas essas detenções, que não respondem à individualização de condutas puníveis, mas a razões genéricas e puramente preventivas. A este respeito, argumentou-se, no primeiro caso, que:

As *razzias* (incursões) são incompatíveis com o respeito pelos direitos fundamentais, entre outros, à presunção de inocência, à existência de uma ordem judicial de prisão - exceto em caso de flagrante delito - e à obrigação de notificar os responsáveis por menores idade.⁶⁷

E no segundo foi especificado que:

o Tribunal entende que a detenção coletiva pode representar um mecanismo para garantir a segurança do cidadão quando o Estado tiver elementos para provar que as ações de cada uma das pessoas afetadas se enquadram em uma das causas de detenção previstas em sua norma interna, em concordância com a Convenção. Em outras palavras, se existirem elementos para individualizar e separar a conduta de cada um dos detidos e, ao mesmo tempo, houver controle por parte da autoridade judicial.

Por esse motivo, uma detenção massiva e programada de pessoas sem causa legal, na qual o Estado detém massivamente pessoas que as autoridades supõem que podem representar um risco ou perigo para a segurança de outras pessoas, sem indicações fundamentadas da prática de um crime, constitui uma detenção ilegal e arbitrária [...].⁶⁸

Essa menção à ausência de ‘causa legal’ não se refere adequadamente ao fato de a medida não ter apoio legal, mas à *falta de individualização de condutas puníveis*, o que levou a Corte IDH a declarar que o Estado não pode realizar essas detenções sob quaisquer circunstâncias.⁶⁹

5.2. Detenções em controles migratórios

62 Ver Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, par. 80.

63 Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haiti*. FRC. 2008, par. 100.

64 Corte IDH. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, par. 164.

65 Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 364.

66 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 102. (grifo do autor)

67 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, par. 137.

68 Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 92-93.

69 *Ibidem*, par. 96.

A Corte IDH também declarou que são inaceitáveis as privações de liberdade adotadas para fins de controle de imigração, quando punitivas, pois contradizem a proibição prevista no artigo 7.3 do Pacto de San José. Em particular, foi examinada a situação das pessoas detidas por serem condenadas criminalmente por violarem normas relacionadas ao controle da migração irregular, e a Corte IDH estabeleceu, seguindo a linha do Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Detenção Arbitrária, “a incompatibilidade com a Convenção Americana de medidas punitivas de custódia para controlar os fluxos migratórios, particularmente os de natureza irregular.”⁷⁰

Admite-se a possibilidade de privação de liberdade destinada a controlar a entrada ou permanência irregular de estrangeiros em um país, mas as respectivas medidas: “apenas deverão ser utilizadas quando for necessário e proporcional no caso específico, fim de assegurar o comparecimento da pessoa ao processo migratório, ou para garantir a aplicação de uma ordem de deportação.”⁷¹ As políticas de controle de imigração e as decisões correspondentes são, portanto, arbitrárias se impuserem a detenção obrigatória nos procedimentos de controle de imigração ou se dispensarem o exame da necessidade de privação de liberdade individualmente. Nesse sentido, foi declarado que o artigo 7.3 é violado *quando a justificativa para a detenção do migrante não tiver sido avaliada antes de praticá-la*.⁷²

Esses padrões são ainda mais rigorosos no que diz respeito à detenção de crianças, pois nesses casos a detenção não é considerada legal durante o curso dos procedimentos de imigração, e outras medidas devem ser previstas.⁷³

As detenções de estrangeiros também são arbitrárias quando ordenadas não para sujeitá-los a um procedimento formal que lhes permita determinar seu status de imigração ou ordenar sua expulsão ou deportação, mas para fins punitivos secretos ou como um meio de alcançar a deportação rapidamente, independentemente dos procedimentos e competências previstos em lei.⁷⁴

No âmbito dos procedimentos de controle migratório, estima-se que o artigo 7.3 é violado quando a lei não estabelece prazos para a privação de liberdade, “o que favorece o prolongamento indevido da detenção de pessoas migrantes, transformando-a em uma medida punitiva”.⁷⁵

6. Direito de toda pessoa detida ou retida de saber as razões da privação de liberdade e as acusações contra si

De acordo com o artigo 7.4 da CADH, qualquer pessoa “detida ou retida” deve ser informada dos motivos de sua prisão e notificada, sem demora, da acusação ou acusações contra ela. Esse direito cumpre uma função importante de garantir a liberdade pessoal, pois permite que a pessoa afetada tenha conhecimento oportuno das razões de sua prisão, com as quais pode ativar mecanismos para defender a liberdade pessoal contra uma medida que considera ilegal ou arbitrária. Isso, por sua vez, facilita o exercício do controle judicial sobre a privação da liberdade.⁷⁶ Além disso, no caso de prisões em processos penais, o detido estará em posição de preparar sua defesa contra as acusações formuladas. Por

70 Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 359. Corte IDH. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 169.

71 Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 359. Corte IDH. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 171.

72 No caso Vélez Loo vs. Panamá, “a ordem de detenção de pessoas migrantes em situação irregular ocorria de maneira automática depois da detenção inicial, sem consideração das circunstâncias individualizadas”. Corte IDH. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 118.

73 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, *op. cit.*, par. 160. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 360.

74 Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 368. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 136.

75 Corte IDH. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 117.

76 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 149.

esse motivo, a Corte IDH afirmou que esse direito representa “um mecanismo para evitar detenções ilegais ou arbitrárias desde o momento da privação da liberdade e, por sua vez, garante o direito à defesa do indivíduo detido”.⁷⁷ À luz da jurisprudência acima mencionada, o significado dessas garantias é evidente, uma vez que reduzem as possibilidades de uma privação ilegal ou arbitrária da liberdade ser cometida ou prolongada, com os riscos que isso acarreta sobre outros direitos fundamentais da pessoa.

O inciso 4 do artigo 7, da mesma forma que os itens 5 e 6, impõe obrigações positivas “tanto aos agentes do Estado quanto a terceiros que agem com a tolerância ou consentimento deste último e são responsáveis pela detenção”.⁷⁸ Quando a CADH estabelece que esse direito corresponde a qualquer pessoa “detida ou retida”, quer enfatizar que pode ser invocada contra qualquer privação de liberdade, independentemente da qualificação ou nome que recebe no sistema jurídico interno. A alusão à retenção é particularmente ilustrativa dessa ideia, uma vez que não é um conceito técnico processual, mas um termo que surgiu em certas polícias para criar ou apropriar-se de espaços vazios de garantias frente a pessoas que são realmente privadas de liberdade, embora não formalmente detidas.

A primeira parte do inciso 4 do artigo 7 refere-se às informações sobre os motivos da privação de liberdade. Estes devem ser comunicados imediatamente, no momento da detenção.⁷⁹ Isso é essencial para que o artigo 7.4 possa cumprir sua função de evitar detenções ilegais ou arbitrárias. Esse direito rege qualquer privação de liberdade, relacionada ou não a um processo ou acusação criminal, e, em relação a este último, inclusive contra detenções feitas em flagrante delito.⁸⁰ A jurisprudência enfatizou, em decisões recentes, que esta garantia e a obrigação correspondente orienta a privação de liberdade adotada para fins de identificação ou controle migratório.⁸¹ Além disso, no caso de um estrangeiro, a comunicação dos motivos da privação de liberdade deve ocorrer em um idioma que este entenda.⁸²

As informações que devem ser fornecidas são necessárias para que a pessoa afetada entenda que está sendo detida e o porquê. Trata-se de comunicar ao detido, verbalmente ou por escrito,⁸³ as razões fundamentais, tanto factuais quanto legais, da privação de liberdade. A primeira refere-se aos fatos que motivam a prisão e, a segunda, à base normativa da mesma, expressa de maneira simples. Nas palavras da Corte IDH:

A informação sobre os motivos e razões da detenção necessariamente supõe informar, em primeiro lugar, sobre a própria detenção. A pessoa detida deve ter claro que está sendo detida. Em segundo lugar, o agente que leva a cabo a detenção deve informar em linguagem simples, livre de tecnicismos, os fatos e as bases jurídicas essenciais nos quais se baseia a detenção. Não se satisfaz o artigo 7.4 da Convenção se apenas se menciona a base jurídica.⁸⁴

A precisão da Corte IDH em relação à importância de a pessoa em questão ter claro que está sendo detida é relevante, uma vez que a polícia pode recorrer, às vezes com base na legislação nacional, a pedidos de transferência para a delegacia ou outros análogos que, sem representar uma detenção clássica ou ser acompanhada por coação equivale a uma privação de liberdade, o que ativa as garantias do artigo 7.

Se o detido for menor de idade, essas informações deverão ser fornecidas à pessoa afetada e àqueles que exercem sua representação ou custódia legal,⁸⁵ critérios que consideramos aplicáveis à privação

77 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 105.

78 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 108.

79 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 227.

80 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, par. 83-84.

81 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, *op. cit.*, par. 160. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 370.

82 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, *op. cit.*, par. 197.

83 As informações referidas na primeira parte do artigo 7.4 podem ser comunicadas verbalmente e não é essencial mostrar o mandado de prisão. Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 76.

84 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 71.

85 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, par. 128.

de liberdade de pessoas portadoras de deficiência mental e que estão sujeitas a interdição ou outro regime civil similar. Em relação às crianças, enfatizou-se que elas têm o direito de ser informadas dos motivos da privação de liberdade por meio de linguagem apropriada ao seu desenvolvimento, maturidade e idade.⁸⁶

A jurisprudência interamericana estabeleceu que o artigo 7.4 inclui o direito do detido “de notificar uma terceira pessoa sobre o que aconteceu, por exemplo, um parente ou um advogado”⁸⁷ e, quando apropriado, um funcionário consular.⁸⁸ A atribuição pretoriana deste direito do artigo 7.4 da CADH pode ser explicada pela íntima conexão com o objetivo deste preceito, uma vez que *a possibilidade de entrar em contato com pessoas próximas, advogados ou agentes consulares contribui para evitar detenções ilegais ou arbitrárias*. Além disso, levando em consideração as inúmeras situações de detenções e desaparecimentos forçados de pessoas submetidas à consideração da Corte IDH, é compreensível que a jurisprudência tenha incorporado esse conteúdo no artigo 7.4, uma vez que o rápido conhecimento por terceiros da privação de liberdade atenua o risco de desaparecimento forçado. O artigo 7.4 também abrange o direito do detido de ser informado, na oportunidade acima mencionada, dos direitos que possui.⁸⁹ Com relação às crianças, a Corte IDH declarou que, ao comunicar seus direitos a elas em razão da privação de liberdade, deve-se mencionar seus direitos, em especial “seu direito de solicitar asilo; seu direito a assistência jurídica; seu direito de ser ouvida; seu direito de acesso a informações sobre assistência consular e, quando apropriado, seu direito de nomear um tutor.”⁹⁰ Na esfera de procedimentos de controle migratório, foi acrescentado que o detido deve ser informado dos recursos ou procedimentos disponíveis para obter controle sobre a legalidade da privação de liberdade.⁹¹

O direito de informar um membro da família sobre a detenção “se torna especialmente importante quando se trata de prisões de menores”,⁹² traduzindo-se até no dever da autoridade de custódia notificar imediatamente a prisão a um membro da família, responsável ou representante do menor, tomando as precauções necessárias para efetivá-lo.⁹³ A Corte IDH também reconheceu, concatenando os direitos consagrados, entre outros, nos artigos 7, 8 (garantias judiciais) e 19 (direitos da criança) da CADH, que as crianças devem ter acesso imediato a assistência jurídica, em qualquer caso de privação de liberdade.

No que diz respeito às detenções realizadas nos procedimentos de controle migratório, foi enfatizado que se deve proporcionar acesso rápido e gratuito a um profissional do direito para prestar essa assistência. O direito de ter um tradutor ou intérprete também deve ser garantido quando a criança não fala nem entende o idioma do país receptor.⁹⁴

No que diz respeito ao direito do estrangeiro detido de informar a um oficial consular sobre a detenção, bem como de ser informado, no momento da privação da liberdade, de que dispõe desse direito, vale ressaltar a conexão íntima com as garantias judiciais previstas no artigo 8 da CADH, uma vez que o direito à informação sobre assistência consular faz parte das garantias mínimas do devido processo legal.⁹⁵ Algo semelhante pode ser dito sobre o direito do detido de comunicar a prisão a um advogado, que afeta diretamente as oportunidades de defesa e está também vinculada ao artigo 8, especialmente no contexto de processos criminais (artigo 8, inciso 2, alínea d).

86 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, *op. cit.*, par. 197.

87 Corte IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. FRC. 2004, par. 93.

88 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 112.

89 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 109.

90 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, *op. cit.*, par. 197.

91 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, *Ibidem*, par. 196.

92 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, par. 130.

93 *Idem*.

94 Corte IDH. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, par. 170. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, *op. cit.*, par. 189, 197 e 204.

95 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99. *O direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal*. 1999, par. 121 e ss.

A jurisprudência insiste em que as informações sobre os motivos da privação de liberdade devem ser fornecidas no momento em que são realizadas. Como afirmado anteriormente, isso é essencial do ponto de vista da eficácia da defesa contra a prisão, qualquer que seja sua natureza. Portanto, foi estabelecido que o artigo 7.4 da CADH é violado quando o detento descobre as razões da privação de liberdade por ocasião do primeiro interrogatório perante a autoridade.⁹⁶ É evidente que, nesses casos, as possibilidades de proteção legal em relação à detenção, e de defesa em relação às imputações ou acusações feitas no processo principal são severamente restringidas. Esse mesmo critério rege a obrigação de informar o detido sobre os direitos que ele possui devido à privação de liberdade. Assim, no campo da assistência consular, foi estabelecido que a notificação correspondente deve ser feita “no momento de privar o acusado de sua liberdade e, em qualquer caso, antes que ele faça sua primeira declaração perante a autoridade”⁹⁷, o que é extensivo às informações que o detido deve receber sobre seu direito de comunicar a privação de liberdade a um parente ou a seu advogado.⁹⁸

A partir da jurisprudência da Corte IDH, pode-se inferir que o ônus de provar que as mencionadas obrigações de informação foram cumpridas recai sobre o Estado. No caso em que o Estado alegou que essas informações foram fornecidas e não apresentou nenhum elemento de prova, a Corte observou-se que:

[...] o Estado não provou que suas autoridades informaram o senhor Chaparro sobre os motivos e razões de sua detenção, o que constitui uma violação do artigo 7.4 da Convenção e, por ser também contrário à legislação interna, do artigo 7.2 do mesmo tratado.⁹⁹

No entanto, em uma decisão posterior, a Corte IDH considerou suficiente que o representante da vítima não tivesse contestado, na audiência, a afirmação do Estado sobre o cumprimento da obrigação de notificação, a fim de rejeitar a alegação de violação do artigo 7.4 da CADH,¹⁰⁰ de modo que o ônus da prova foi relativizado.

Em relação ao direito do detido, consagrado na segunda parte do artigo 7.4, de ser notificado sem demora sobre a acusação ou acusações feitas contra ele, a jurisprudência interamericana estabeleceu que essa *notificação deve ser feita por escrito*.¹⁰¹ Isso está de acordo com a funcionalidade desse direito, que é mais orientado para o exercício da defesa contra uma imputação ou acusação do que contra a privação da liberdade enquanto tal. Portanto, também, em nossa opinião, um alcance maior deve ser exigido no conteúdo das informações fornecidas. A jurisprudência esclareceu que o cumprimento verbal do dever de notificar os motivos da privação de liberdade não isenta as autoridades, no contexto de um processo penal, de sua obrigação de comunicar por escrito as acusações contra o detido, que geralmente é avaliado de acordo com os requisitos do artigo 8.2 da CADH.¹⁰² A oportunidade de fornecer essas informações é, em princípio, a mesma exigida pela primeira parte do artigo 7.4, embora a finalidade, as formas e sua extensão possam, em alguns casos, justificar que sejam fornecidas não no momento da prisão, mas o mais rapidamente possível, sempre “sem demora”, conforme prescrito no artigo 7.4, e sempre antes da primeira declaração perante a autoridade.

96 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. EPFRC. 2014, par. 126-127.

97 *Ibidem*, par. 106.

98 Corte IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. FRC. 2004, par. 93. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 112.

99 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 73.

100 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 150 e 198.

101 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 76.

102 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 198.

7. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais

Artigo 7.5 da CADH reconhece, em sua primeira parte, o direito de cada detido ou retido a ser levado sem demora perante um juiz ou outro funcionário autorizado por lei a exercer funções judiciais. Esse direito constitui outra das garantias de liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado. Seu objetivo também é evitar detenções ilegais ou arbitrárias, que atingem um significado especial neste inciso 5 do artigo 7, uma vez que o direito e a obrigação de levar alguém imediatamente perante uma autoridade judicial responde à ideia de que a essa autoridade corresponde verificar a observância da lei e do conjunto de garantias da liberdade pessoal, incluindo o exame da legalidade da privação de liberdade. Portanto, a Corte IDH alertou que:

[...] O controle judicial imediato é uma medida destinada a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, levando em consideração que em um Estado de Direito cabe ao juiz garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou coercitivas quando for estritamente necessário e, em geral, assegurar que o acusado seja tratado de maneira consistente com a presunção de inocência.¹⁰³

O controle judicial é, portanto, fundamental contra qualquer privação de liberdade praticada pelas autoridades administrativas ou policiais.¹⁰⁴ Nesse sentido, a Corte IDH afirmou que:

Tanto este Tribunal como o Tribunal Europeu consideraram de particular importância o rápido controle judicial das detenções para evitar arbitrariedade. Um indivíduo privado de sua liberdade sem qualquer forma de controle judicial deve ser libertado ou imediatamente levado à presença de um juiz, uma vez que a tarefa essencial do artigo 7 da Convenção é a proteção da liberdade do indivíduo contra interferências do Estado.¹⁰⁵

Esse controle judicial é essencial para a proteção da liberdade pessoal e também para impedir a perpetração de outras violações graves dos Direitos Humanos que às vezes acompanham uma detenção ilegal, arbitrária ou sem garantias, posto que a “[...] pronta intervenção judicial permitiria detectar e prevenir ameaças à vida ou maus-tratos graves [...]”¹⁰⁶

7.1. Controle judicial da detenção durante estados de exceção

A importância da intervenção judicial não cessa durante a declaração de um estado de emergência. A Corte IDH teve a oportunidade de estabelecer que, mesmo que a garantia da pronta apresentação do detido a uma autoridade judicial tenha sido validamente suspensa no contexto de um estado de emergência, *a justificativa para o atraso na realização do traslado correspondente deve ser examinada*. O fator determinante nessas situações não é o período máximo normalmente estabelecido por lei, afetado pela suspensão, mas uma análise da proporcionalidade nas ações das autoridades, para determinar se elas aderiram ao estritamente necessário, de acordo com as disposições no artigo 27 da CADH (suspensão de garantias). Nesse sentido, a Corte IDH declarou que: “a suspensão de certos aspectos do direito à liberdade pessoal não pode significar que as ações estatais possam anular os controles jurisdicionais sobre o modo como as prisões são realizadas”. Assim, em um caso em que transcorreram ao menos 15 dias para que o detento fosse levado perante o juiz, durante um estado de exceção, foi constatada uma violação do artigo 7.5 de acordo com outros artigos da CADH.¹⁰⁷

103 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 93.

104 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, par. 64 e 88.

105 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000, par. 140.

106 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999, par. 135. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 371.

107 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 144.

O direito previsto na primeira parte do artigo 7.5 corresponde a todos os detidos ou retidos. Caberia perguntar se, como na primeira parte do artigo 7.4, a CADH reconhece esse direito a qualquer pessoa privada de liberdade. A literalidade do artigo 7.5 e, acima de tudo, uma leitura sistemática do mesmo, poderia levar a uma resposta negativa.

7.2. Exigibilidade do controle judicial em toda privação da liberdade

O artigo 7.5 refere-se principalmente ou diretamente à situação das pessoas privadas de liberdade, com vistas a um processo criminal ou ação penal. Daí a menção na segunda parte do artigo 7.5 do direito do detido de ser julgado dentro de um prazo razoável ou de ser libertado. De acordo com essa interpretação, se a privação de liberdade de um indivíduo não for enquadrada em uma investigação ou ação penal, o controle judicial deverá ser exercido por meio de uma ação interposta pela pessoa afetada - ou alguém agindo em seu nome -, com base no artigo 7.6 da CADH, o que seria em parte supérfluo se toda privação de liberdade estivesse sujeita ao controle automático ou obrigatório estabelecido no artigo 7.5

No entanto, a evolução dos sistemas constitucionais nacionais e das ideias jurídicas em torno dessas questões, refletida na jurisprudência da Corte IDH, levou à conclusão de que a primeira parte do artigo 7.5, *mutatis mutandis*, é aplicável a toda privação de liberdade, por exemplo, a de um estrangeiro que esteja ilegalmente em um país com o objetivo de determinar sua eventual expulsão, ou de uma pessoa com uma deficiência mental séria, *deixando o artigo 7.6 como forma complementar de controle judicial da privação de liberdade*.

Isso foi determinado pela Corte IDH no caso *Vélez Loor vs. Panamá*, no qual teve que lidar com medidas de custódia que:

não estavam relacionadas ao cometimento de um delito penal, mas eram uma reação a sua situação migratória irregular decorrente do ingresso no Panamá por uma zona não autorizada, sem portar os documentos necessários e infringindo uma ordem prévia de deportação.¹⁰⁸

Em atenção ao princípio *pro homine ou pro persona*, e aludindo a uma diferença relevante entre a CADH e a Convenção Europeia de Direitos Humanos,¹⁰⁹ a Corte Interamericana declarou que:

Diferentemente da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, a Convenção Americana não estabelece uma limitação ao exercício da garantia disposta no artigo 7.5 da Convenção com base nas causas ou circunstâncias pelas quais a pessoa é retida ou detida. Portanto, em virtude do princípio *pro persona*, essa garantia deve ser cumprida sempre que exista uma retenção ou detenção de uma pessoa por causa de sua situação migratória, conforme os princípios de controle judicial e imediação processual.¹¹⁰

A jurisprudência sobre os direitos das pessoas detidas no âmbito dos procedimentos de controle migratório foi precisamente a que mais enfatizou o alcance geral da primeira parte do artigo 7.5 da CADH.¹¹¹

108 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 106. (grifo do autor)

109 Nesse princípio, como explica a Corte IDH: “[...] O direito de ser prontamente apresentado perante um juiz ou outro funcionário, previsto no parágrafo 3 do artigo 5, refere-se exclusivamente à categoria de detidos mencionada no par. 1.c do referido artigo, ou seja, aqueles que aguardam julgamento perante a autoridade judiciária competente, quando houver indícios racionais de que cometeram um crime ou quando for considerado necessário impedi-los de cometer um crime ou fugir após tê-lo cometido”. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013. nota de rodapé no. 106.

110 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 107.

111 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 136. Ademais, ver Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 372.

7.3. A autoridade que exerce o controle deve ter o poder de decidir sobre a liberdade da pessoa detida

A obrigação de levar o detido perante uma autoridade judicial não é considerada cumprida com a apresentação de um relatório a um juiz ou com a colocação formal ou documental do detido à sua disposição. A jurisprudência interamericana exige a transferência e a comparência pessoal perante o juiz (imediatismo processual).¹¹² Isso concorda com o objetivo do artigo 7.5, em sua primeira parte, uma vez que essa aparição permite ao juiz verificar a condição física do detido e facilita o controle judicial imediato sobre o cumprimento das garantias de privação de liberdade. Além disso, como já estabelecido, desaparecimentos forçados também são evitados dessa maneira.

O detido deve ser levado a um juiz ou “outra autoridade autorizada por lei para exercer funções judiciais”. Isso não significa que essa autoridade deva necessariamente ser um juiz ou tribunal em termos de nome ou afiliação orgânica, mas implica que a autoridade possui e está em posição de cumprir funções judiciais ou jurisdicionais e tem poderes para decidir sobre a libertação da pessoa detida. Por outro lado, para cumprir as disposições da referida regra, a autoridade com funções judiciais deve ter examinado efetivamente a legalidade ou licitude da privação de liberdade.¹¹³ Existe uma violação do artigo 7.5 da CADH não apenas quando o respectivo órgão decide sem realizar o referido exame, mas também quando são tomadas medidas inadequadas que impedem a transferência ou a apresentação do detido à autoridade competente. Isso foi estabelecido pela Corte IDH em ações militares de controle migratório que consistiram na expulsão imediata do migrante, independentemente do procedimento que prevê a intervenção judicial.¹¹⁴

A jurisprudência interamericana exige que essa autoridade ou funcionário cumpra os requisitos estabelecidos no artigo 8.1 da CADH, para que *seja competente de acordo com uma lei anterior e ofereça garantias de independência e imparcialidade*. Nesse sentido, a Corte IDH determinou que conduzir um detido a um tribunal militar não é consistente com o artigo 7.5 no caso de um civil julgado por tribunais militares, que além do mais são desprovidos de imparcialidade e independência.¹¹⁵ Da mesma forma, o artigo 7.5 foi considerado violado quando o detido for transferido para um promotor do Ministério Público sem poderes suficientes para salvaguardar a liberdade e a integridade pessoal,¹¹⁶ ou para o promotor da marinha que havia ordenado a detenção preventiva.¹¹⁷ No entanto, como indicado, o autoridade referida no artigo 7.5 não precisa necessariamente ser um juiz ou tribunal. Em um caso referente a controles migratórios, a Corte IDH não descartou que essa disposição fosse observada mediante a apresentação do detido ao diretor do Departamento de Imigração do Ministério de Governo e Justiça.¹¹⁸

A conduta do detido perante o juiz ou outro funcionário com funções judiciais deve ocorrer não apenas para que ele verifique o estado em que se encontra, mas também para que possa ser exercido um controle judicial apropriado sobre a privação de liberdade. Isso significa que o juiz tem a oportunidade de ouvir o detento e decidir sobre a continuação ou cessação da privação de liberdade, eventualmente concordando em substituí-la por medidas cautelares. Portanto, a presença de um juiz no momento da prisão não é considerada suficiente, uma vez que a “autoridade judicial deve ouvir pessoalmente o detido e avaliar todas as explicações fornecidas por este, para decidir se a liberação ou manutenção de privação de liberdade.”¹¹⁹

112 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, par. 118. Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. FRC. 2005, par. 78. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 124.

113 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008, par. 67.

114 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 139.

115 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000, par. 75. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. EPFRC. 2014, par. 133.

116 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004, par. 119.

117 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 223.

118 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 108-109. Ademais, ver Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 137.

119 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, par. 83.

O traslado perante a autoridade judicial deve ocorrer ‘sem demora’. A Corte IDH, seguindo o TEDH, considerou que as circunstâncias do caso específico devem ser avaliadas para determinar se a transferência do detido perante o juiz atende a esse requisito temporal.¹²⁰ Em vários casos relacionados a esse direito e a obrigação de pronto traslado, a Corte IDH declarou uma violação do artigo 7.5 da CADH por ter sido excedido o prazo previsto na legislação nacional para levar o detido perante a autoridade judicial. Esse modo de proceder levanta certas questões, uma vez que o mandato de levar o detido ‘sem demora’ perante uma autoridade judicial deve ser entendido e aplicado como um conceito autônomo da CADH, cujo escopo é determinado à luz de seus parâmetros, e sem subordinação, embora com abertura, aos critérios da legislação nacional.

Logicamente, a violação dos termos estabelecidos na legislação interna resultará na violação do artigo 7.2 da CADH, de acordo com o artigo 7.5¹²¹, mas não uma infração isolada deste, pois esta disposição contém seu próprio requisito normativo que deve ser considerado.

Uma amostra dos riscos da aplicação do requisito temporário da primeira parte do artigo 7.5 com subordinação à legislação interna encontra-se em algumas sentenças da Corte IDH, das quais se deduz que, tangencialmente e implicitamente, o prazo máximo de 15 dias foi estimado de acordo com a CADH para conduzir o detido perante o juiz previsto na legislação antiterrorista peruana.¹²² Nesses casos, a violação do prazo previsto na norma interna foi certamente suficiente para que a Corte IDH declarasse a violação do artigo 7, sem a necessidade de avaliar a convencionalidade das disposições legais aplicáveis. No entanto, para evitar mal-entendidos, é necessário salvaguardar a autonomia dos conceitos utilizados no artigo 7.5 da CADH: um período de 15 dias de detenção policial deve ser considerado contrário ao artigo 7.5, independentemente do prazo estabelecido pela legislação nacional.

De alguma forma, a Corte IDH corrigiu o curso das sentenças anteriores na sentença do caso *Castillo Petruzzi vs. Peru*, na qual, apesar de a legislação nacional ter permitido prorrogar o período mencionado por mais 15 dias e, apesar de ter sido excedido, estabeleceu-se categoricamente que:

[...] Em relação à suposta violação do artigo 7.5 da Convenção por parte do Estado, a legislação peruana, segundo a qual uma pessoa supostamente acusada do crime de traição pode ser mantida em detenção preventiva por um período de 15 dias, prorrogável por igual período, sem ser disponibilizada autoridade judiciária, contradiz as disposições da Convenção no sentido de que “toda pessoa presa ou retida deve ser levada, sem demora, perante um juiz ou outra autoridade autorizada por lei para exercer funções judiciais”.¹²³

Algo semelhante pode ser dito do caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, no qual a Corte IDH considerou excessiva privação de liberdade de cinco dias, já que:

[...] Os Srs. Cabrera e Montiel deveriam ter sido apresentados ao juiz o mais rápido possível e, nesse caso, isso não ocorreu até quase 5 dias após a prisão. Nesse sentido, a Corte observou que os Srs. Cabrera e Montiel foram colocados à disposição da autoridade competente, excedendo o prazo estabelecido na Convenção Americana, que exige claramente o traslado “sem demora” perante o juiz ou funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais sobre o controle da liberdade.¹²⁴

Embora esse período de cinco dias tenha excedido o limite de 48 horas estabelecido na Constituição mexicana, a Corte IDH não fez alusão a isso quando constatou a violação do artigo 7.5 da CADH.

A sentença do caso dos Srs. Cabrera García e Montiel Flores vs. México ilustra a diversidade de circunstâncias que podem ser relevantes para determinar se o traslado do detido ocorreu sem demora.

120 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000, par. 140.

121 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 86.

122 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. F. 1997, par. 57. Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. F. 2000, par. 91.

123 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 110.

124 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 102.

Naquela ocasião, a Corte IDH considerou que: “[...] em áreas de alta presença militar, em que membros da instituição militar assumem o controle da segurança interna, torna-se mais importante o encaminhamento imediato às autoridades judiciais para minimizar qualquer tipo de risco de violação dos direitos da pessoa.”¹²⁵ Isso significa que, em certos contextos, a Corte IDH pode ser mais rigorosa ao avaliar o cumprimento da primeira parte do artigo 7.5 da CADH.

Deve-se observar que a jurisprudência estabeleceu normas especiais em relação à apresentação de menores de idade privados de liberdade perante uma autoridade judicial, exigindo que esta seja competente em questões de menores de idade e que a transferência do detido ocorra o mais rápido possível. Nesse sentido, considerou lapsos excessivos de mais de 24 horas, seguindo os critérios do Comitê dos Direitos da Criança.¹²⁶

Finalmente, os casos de prisões que levam ao desaparecimento forçado ou assassinato geralmente contêm uma condenação ao Estado por violação do artigo 7.5 da CADH, uma vez que tais fatos impedem que o detento seja levado imediatamente perante uma autoridade judicial.¹²⁷

8. Direito de toda pessoa detida ou retida a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser colocada em liberdade

Este direito, previsto na segunda parte do artigo 7.5 da CADH, refere-se principalmente a pessoas que foram detidas dentro de um processo penal e está vinculado ao conteúdo da primeira parte do mesmo artigo. Se alguém é detido sob uma acusação criminal, deve ser levado imediatamente perante um juiz, que deve examinar a legalidade da privação de liberdade e decidir se ela pode continuar. Ao fazê-lo, deve-se avaliar se existem razões convincentes que justificam privar da liberdade uma pessoa que se presume inocente e cuja culpa ou responsabilidade ainda não foi estabelecida.

Se o juiz determinar que essas razões existem, poderá ordenar a privação preventiva da liberdade, mas isso não deve ser prolongado além do razoável. No entanto, a segunda parte do artigo 7.5 também pode ser aplicada a privações de liberdade de outra natureza ou origem, que não se inserem em um processo criminal perante tribunais nacionais, mas sim na tramitação de um procedimento durante o qual uma privação de liberdade pode ser ordenada, como pode ocorrer em matéria de extradição.

8.1. Prazo razoável

O direito de ser julgado dentro de um prazo razoável ou de ser liberado conforme previsto no artigo 7.5 está intimamente relacionado ao direito de ser ouvido dentro de um prazo razoável reconhecido no artigo 8.1 da CADH.¹²⁸

No caso *Suárez Rosero vs. Equador*, a Corte IDH combinou esses requisitos no que chamou de “princípio do prazo razoável” dos artigos 7.5 e 8.1 da CADH, que: “tem como finalidade impedir que os acusados permaneçam um longo tempo sob acusação e assegurar que esta seja decidida rapidamente.”¹²⁹ Dessa forma, a Corte IDH sobrepôs dois requisitos que servem a propósitos que não são idênticos.

O artigo 7.5 visa evitar a privação de liberdade de uma pessoa processada por tempo excessivo, enquanto o objetivo do artigo 8.1 é evitar a duração excessiva de um julgamento, criminal ou de qualquer outra natureza, acompanhada ou não de detenção provisória ou preventiva do acusado. Em outras palavras, o período razoável de um processo criminal - no qual a prisão do acusado não foi ordenada - pode

125 *Idem*.

126 Corte IDH. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2014, par. 177-178.

127 Ver Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, par. 83 e ss.

128 Sobre o prazo razoável, ver o comentário ao artigo 8 (garantias judiciais) de Ibáñez.

129 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. F. 1997, par. 70.

ser maior que o período razoável de detenção provisória ou preventiva de um acusado. O próprio caso *Suárez Rosero vs. Equador* mostra timidamente essa diferença, apesar do princípio do prazo razoável da Corte IDH, uma vez que a sentença examina separadamente a duração da detenção preventiva, por um lado, e do julgamento, por outro, e especifica que a primeira durou mais de três anos e dez meses, o que foi considerado desproporcional porque o limite da pena máxima legalmente estabelecida para o crime praticado havia sido excedido, enquanto o procedimento criminal durou mais de cinquenta meses, classificado como excessivo sem mais argumentos. Porém, a visão unificadora reaparece quando a Corte IDH declara a violação do “direito estabelecido no artigo 7.5 e 8.1 da CADH a ser julgado dentro de um prazo razoável ou ser colocado em liberdade.”¹³⁰

De qualquer forma, a jurisprudência subsequente delineou melhor o escopo específico de cada um desses direitos. No caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, a Corte IDH reiterou a atual doutrina sobre o assunto:

O Tribunal estabeleceu que o artigo 7.5 da Convenção garante o direito de toda pessoa em prisão preventiva a ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser colocada em liberdade, sem prejuízo de que o processo continue. Esta norma impõe limites temporais à duração da prisão preventiva e, em consequência, às faculdades do Estado para assegurar os fins do processo por meio desta medida cautelar. É claro, há de se distinguir entre esta disposição sobre duração da medida cautelar privativa da liberdade e a contida no artigo 8.1, que se refere ao prazo para a conclusão do processo. Mesmo quando se referem a questões diferentes, ambas as normas se encontram informadas por um mesmo objetivo: limitar, na maior medida possível, a violação dos direitos de uma pessoa.¹³¹

Portanto, é reconhecida a especificidade de cada norma da CADH, artigos 7.5 e 8.1, em relação ao prazo razoável, sem negar sua estreita vinculação. Nesse sentido, a Corte IDH indicou que o artigo 7.5, “por sua vez, impõe uma obrigação judicial de processar com maior diligência e prontidão os procedimentos penais nos quais o acusado está privado de sua liberdade”.¹³²

8.2. Prisão Preventiva

8.2.1. Presunção de inocência

A jurisprudência interamericana analisa a possível violação do artigo 7.5 tendo em vista o disposto no artigo 8.2 da CADH, que estabelece a presunção de inocência.¹³³ Essa conexão é essencial, pois deve-se partir da presunção de inocência do acusado e de seu direito à liberdade pessoal para entender o escopo do artigo 7.5 da CADH.

O Artigo 7.5 da CADH, considerado globalmente, protege não apenas contra prisões preventivas prolongadas, mas também inclui o exame da própria justificativa dessa privação de liberdade, independentemente de sua duração. Contudo, a jurisprudência interamericana se inclina a avaliar a justificação da prisão preventiva sob o parâmetro da proibição de prisões arbitrárias no artigo 7.3, De acordo com o artigo 8.2 da CADH.

Nessa ordem de ideias, a Corte IDH declarou que a detenção antes do julgamento é excepcional e deve ser preventiva, nunca punitiva ou antecipatória de uma sentença. A Corte IDH declarou que:

Em ocasiões excepcionais, o Estado poderá ordenar a prisão preventiva quando forem cumpridos os requisitos necessários para restringir o direito à liberdade pessoal, se houver indícios suficientes que permitam supor razoavelmente a culpa da pessoa sujeita a um processo e que seja

130 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. F. 1997, par. 75.

131 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 119.

132 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008, par. 70.

133 Ver Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. F. 1997, par. 77. Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, par. 67.

estritamente necessário para garantir que o acusado não impeça o desenvolvimento eficiente de investigações ou evite a ação da justiça. Desse modo, para que a presunção de inocência seja respeitada ao ordenar medidas restritivas de liberdade, o Estado deve estabelecer e provar a existência, no caso concreto, dos requisitos acima mencionados exigidos pela Convenção.¹³⁴

Portanto, os dois motivos ou fins que podem apoiar a prisão preventiva são “garantir que o acusado não impeça o desenvolvimento do processo ou evite a ação da justiça”, uma vez que somente eles concordam com o princípio da proporcionalidade.¹³⁵

8.2.2. Princípio de proporcionalidade

Ao avaliar a justificativa da detenção preventiva, é preciso levar em conta, por um lado, os requisitos do direito à liberdade pessoal e a presunção de inocência, que por si só excluiriam a privação da liberdade de um simples acusado e, por outro lado, aqueles que resultam do interesse público no julgamento e punição de crimes e, por último, na proteção dos bens jurídicos que eles protegem. Aqui entra em cena o *princípio de proporcionalidade*, impondo uma ponderação racional entre essas demandas concorrentes. A Corte IDH, seguindo as garantias da doutrina jurídica nessa matéria, traduziu o resultado desta ponderação em que a *prisão preventiva só é admissível como medida cautelar*, ou seja, subordinada ao processo penal e aos seus propósitos, o que se traduz em que *o acusado só pode ser privado de liberdade para impedi-lo de obstruir o desenvolvimento do processo, particularmente as investigações, ou de escapar da ação da justiça*. Além disso, a proporcionalidade afeta o exame do grau de conexão do sujeito detido com os fatos puníveis investigados, razão pela qual “para restringir o direito à liberdade pessoal por meio de medidas como a prisão preventiva, *deve haver indícios suficientes para supor razoavelmente que a pessoa sujeita ao processo participou do crime investigado* [...]”.¹³⁶ Essas indicações suficientes de participação no crime investigado referem-se à possível culpabilidade¹³⁷ dessa pessoa.

De acordo com esses critérios, propósitos puramente preventivos e não cautelares, como os relacionados à prevenção da repetição de infrações ou possíveis alterações da ordem pública, não são lícitos. Obviamente, os procedimentos de detenção em massa não têm “individualização de condutas puníveis”¹³⁸, eventualmente baseados na alegada periculosidade de alguns indivíduos. Além disso, as “características pessoais do suposto autor e a gravidade do crime imputado a ele não são, por si só, justificativas suficientes para a detenção preventiva”.¹³⁹ Motivos relacionados à preservação da segurança da sociedade também foram rejeitados.¹⁴⁰ Esta jurisprudência foi consolidada e enfatiza-se que *o objetivo da prisão preventiva deve ser processual, nunca de prevenção geral ou especial*; caso contrário, a privação da liberdade é arbitrária.¹⁴¹ Além disso, o perigo processual não é presumido, mas deve basear-se em circunstâncias objetivas do caso específico.¹⁴²

8.2.3. Excepcionalidade

Da mesma forma, em virtude da natureza excepcional da detenção preventiva, a “regra deve ser a liberdade do acusado ao decidir sobre sua responsabilidade criminal”.¹⁴³ Essa exceção se aplica com

134 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 198. Ver Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Equador*. FRC. 2005, par. 111.

135 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 93. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 121.

136 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 101. (grifo do autor)

137 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 198.

138 Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 96.

139 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008, par. 74.

140 Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 322.

141 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 159, 162-163.

142 Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, par. 127.

143 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 121.

maior rigor quando se trata da privação da liberdade de uma criança.¹⁴⁴ O direito à liberdade pessoal e a presunção de inocência obrigam a uma revisão periódica da subsistência das razões que poderiam justificar a prisão preventiva.¹⁴⁵ Além disso, como já mencionado, a motivação judicial que justifica a prisão preventiva é uma condição de validade da privação da liberdade. Assim, o juiz deve explicar as razões pelas quais nega a revisão da prisão preventiva, bem como as razões pelas quais não considera apropriada uma medida alternativa à privação de liberdade.¹⁴⁶

As disposições legais que excluem as pessoas acusadas de cometer certos crimes da possibilidade de permanecerem em liberdade durante o processo ou de serem libertadas sob prisão preventiva por um determinado período de tempo viola a CADH. Isso fica claro na sentença proferida no caso *Suárez Rosero vs. Equador*, no qual a Corte IDH examinou o artigo 114 bis do Código Penal do Equador, que prescrevia a libertação das pessoas privadas de liberdade durante o processo por um determinado período, mas excluía aquelas que “havia sido indiciadas por crimes puníveis pela Lei sobre Substâncias Estupefacientes e Psicotrópicas”. Nesse sentido, foi determinado que o artigo 2 da CADH havia sido violado, de acordo com 7.5:

98. A Corte considera que essa exceção despoja uma parte da população carcerária de um direito fundamental em virtude do crime atribuído e, deste modo, lesa, de maneira intrínseca, todos os membros desta categoria de acusados. No caso concreto do senhor Suárez Rosero, essa norma foi aplicada e produziu um prejuízo indevido. A Corte faz notar, ademais, que, a seu juízo, essa norma per se viola o artigo 2 da Convenção Americana, independentemente de que tenha sido aplicada no presente caso.¹⁴⁷

A CADH também é violada, em particular seu artigo 7.3, quando a norma jurídica sobre detenção preventiva pressupõe a prisão do acusado como regra geral, exigindo apenas a existência de indicações fundamentadas de culpa para ordenar a prisão preventiva.¹⁴⁸ Além disso, o artigo 7.5 é violado quando a libertação na fase de investigação de processos relacionados à investigação de certos crimes for proibida ou quando o detento for impedido de ter acesso a provas ou à apresentação de provas que possam ser relevantes para desvirtuar a justificativa da detenção preventiva.¹⁴⁹

O princípio de proporcionalidade também deve ser levado em consideração; nesse sentido, a afirmação da Corte IDH pode ser interpretada segundo a qual:

68. A legitimidade da prisão preventiva não provém apenas da permissão legal para aplicá-la em determinadas hipóteses gerais. A adoção dessa medida cautelar requer um juízo de proporcionalidade entre esta, os elementos de convicção para proferi-la e os fatos que se investigam. Se não há proporcionalidade, a medida será arbitrária.¹⁵⁰

Diante de uma certa classe de atos puníveis, de pouca gravidade e penalidade (penalidades pecuniárias, por exemplo), uma prisão preventiva pode ser completamente descartada e, nos casos e dentro dos limites em que é, em princípio, admissível, eles devem examinar as circunstâncias do caso particular para determinar se é justificado. A Corte IDH, no caso *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador* explicou, no parágrafo já reproduzido, as três etapas ou exigências do princípio da proporcionalidade e suas implicações na legalidade da privação de liberdade.¹⁵¹ A sentença proferida mais recentemente no caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, declarou que:

144 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguai*. EPFRC. 2004, par. 229. Ver Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. EPFR. 2013, par. 161-162.

145 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008, par. 76.

146 Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 340-341.

147 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. F. 1997, par. 98.

148 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 115-116.

149 Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 324-325 e 335.

150 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, par. 68.

151 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 93.

O Estado deve evitar que a medida de coerção processual seja igual ou mais onerosa para o acusado que a pena que se espera em caso de condenação. Isso quer dizer que não se deve autorizar a privação cautelar da liberdade em situações nas quais não seria possível aplicar a pena de prisão, e que esta deve cessar quando tenha excedido a duração razoável desta medida. O princípio de proporcionalidade implica também em uma relação racional entre a medida cautelar e o fim perseguido, de tal forma que o sacrifício inerente à restrição do direito à liberdade não resulte exagerado ou desmedido frente às vantagens que se obtêm por meio de tal restrição.¹⁵²

Ao avaliar se a duração da prisão preventiva foi razoável, a Corte IDH considerou as circunstâncias do caso em particular. Nesse sentido, censurou a privação excessiva de liberdade de dois anos e meio,¹⁵³ e também a privação de liberdade que durou um ano e dois meses na primeira fase do processo penal.¹⁵⁴

A Corte IDH não estabeleceu limites abstratos específicos, mas estabeleceu o critério fundamental de que, à luz da presunção de inocência e da liberdade pessoal, *há um momento a partir do qual a prisão preventiva, ainda que necessária na perspectiva das razões admissíveis para ordená-la e mantê-la tornam-se irrazoáveis, desproporcionais*.¹⁵⁵ Ao avaliar a proporcionalidade de sua duração, deve-se levar em conta o limite legalmente estabelecido da pena que pode ser aplicada.¹⁵⁶ A CIDH, por outro lado, após analisar a legislação nos países do sistema interamericano, estabeleceu um critério de ‘orientação’ ou ‘guia’, segundo o qual se deve presumir que são irrazoáveis os prazos de prisão preventiva que alcancem “dois terços do mínimo legal previsto para o crime acusado”.¹⁵⁷ Isso significa que os Estados estão autorizados a prolongar a privação de liberdade até esse limite, apesar de anteriormente sua duração ter estado longe de ser razoável no caso específico; supõe apenas que, quando essa fronteira for excedida, presume-se, *prima facie*, a violação do artigo 7 da CADH.

A Corte IDH estabeleceu a doutrina segundo a qual:

o juiz não precisa esperar até a hora de proferir uma absolvição para que uma pessoa detida recupere sua liberdade, mas deve avaliar periodicamente se as causas, necessidade e proporcionalidade da medida permanecem e se o período de detenção excedeu os limites impostos pela lei e a razão. Sempre que parecer que a prisão preventiva não cumpre essas condições, a liberdade deve ser decretada sem prejuízo da continuação do processo respectivo.¹⁵⁸

Observe que são distinguidos três casos em que a extensão da prisão preventiva se torna ilegal: 1) a cessação das causas legítimas que motivaram sua adoção, 2) quando o limite eventualmente estabelecido por lei for excedido e 3) o período razoável, de acordo com o princípio da proporcionalidade.¹⁵⁹

9. Direito de recorrer perante um tribunal para se pronunciar sobre a legalidade da privação de liberdade

Artigo 7.6 da CADH concede a toda pessoa privada de liberdade o direito de apelar perante um “juiz ou tribunal competente”, para que decida, “sem demora”, sobre a legalidade da medida de custódia

152 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 122.

153 Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, par. 135.

154 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 168.

155 Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, par. 122.

156 Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, par. 135-136.

157 CIDH. Relatório n.º 35/07, caso 12.553, *Jorge y José Dante Peirano Basso vs. República Oriental do Uruguai*, 1 de maio de 2007, par. 136. Em relação a esse relatório, ver Modolell González, J. L.. “Breves notas sobre la detención preventiva en el sistema interamericano”, in Elsner G. et al. (coords.) *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. KAS, Montevideo, t. 2, 2013, pp. 477 e ss.

158 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008.

159 Uma prisão preventiva de treze anos foi qualificada como excessiva “a todas as luzes”. Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008, par. 75.

correspondente e ordene, se for ilegal, a liberação dessa pessoa. Esse direito visa permitir o controle judicial sobre a privação de liberdade e corresponde à ação ou recurso do *habeas corpus*, contemplado em muitos Estados do sistema interamericano, embora contenha requisitos e conceitos autônomos da CADH.

Vale a pena especificar a diferença entre o direito de ser levado sem demora perante uma autoridade judicial previsto no artigo 7.5, e o direito ao recurso judicial reconhecido no artigo 7.6 Já dissemos que qualquer pessoa presa ou detida deve ser levada sem demora perante uma autoridade judicial para garantir o controle judicial, de acordo com o artigo 7.5, o que torna desnecessária a invocação do artigo 7.6, se essa intervenção judicial ocorrer com oportunidade de audiência para os acusados e com observância das demais garantias processuais. No entanto, o remédio contemplado no artigo 7.6 subsiste como instrumento processual para qualquer pessoa privada de liberdade, em face de medidas que não tenham sido sujeitas ao controle automático ou obrigatório do artigo 7.5 ou que tenham sido proferidas judicialmente, mas sem atender aos requisitos desta última disposição, incluindo o do artigo 8.1. Também quando o recurso contra uma privação de liberdade é apresentado, com base em uma ordem judicial, em virtude de alterações nas circunstâncias que poderiam justificá-lo à época.

O “juiz ou tribunal competente” referido no artigo 7.6 deve ser efetivamente uma autoridade judicial ou com funções judiciais, no sentido já explicado ao examinar o artigo 7.5. No entanto, os recursos que podem ser apresentados a prefeitos ou outros funcionários administrativos não atendem a esse requisito, mesmo quando a lei prevê um recurso do detido a um tribunal contra a determinação do prefeito. De acordo com a Corte IDH:

o Estado, ao exigir que os detidos tenham de recorrer das decisões do prefeito para que seu caso seja conhecido por uma autoridade judicial, cria obstáculos para um recurso que deve ser, por sua própria natureza, simples.¹⁶⁰

O artigo 7.6 também é violado quando for necessário esgotar a via administrativa para poder apelar perante um tribunal, uma vez que exige “controle jurisdicional direto dos atos administrativos” que afetam a liberdade pessoal.¹⁶¹

O recurso estabelecido no artigo 7.6 – o qual corresponde ao *habeas corpus* clássico – tem como objetivo principal a proteção da liberdade pessoal contra medidas ilegais ou arbitrárias que a prejudicam, mas a jurisprudência da Corte IDH atribuiu, desde o início, a finalidade complementar de amparar o direito à integridade física e à vida das pessoas privadas de liberdade. Isso em vista do fato de que, como afirmado anteriormente, a situação de detenção apresenta riscos para esses outros direitos, evidenciados por casos de tortura, sequestro, desaparecimento forçado ou assassinato de detidos. Portanto, é necessária a comparência do detido perante o juiz,¹⁶² conforme o artigo 7.5

A Corte IDH declarou que o *habeas corpus*:

[...] Para cumprir seu objetivo de verificação judicial da legalidade da privação de liberdade, é necessária a apresentação do detido perante o juiz ou tribunal competente sob cuja disposição a pessoa afetada se encontre. Nesse sentido, o papel do *habeas corpus* é essencial como forma de controlar o respeito à vida e à integridade da pessoa, para evitar seu desaparecimento ou a indeterminação de seu local de detenção¹⁶³, bem como para protegê-la contra tortura ou outros tratamentos ou castigo cruel, desumano ou degradante.

O *habeas corpus* é uma das garantias judiciais indispensáveis para a proteção de direitos que nunca podem ser suspensos, como a vida e a integridade pessoal, além de ser um instrumento de controle da

160 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*: EPFRC. 2007, par. 129.

161 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 127.

162 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*: EPFRC. 2007, par. 129.

163 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87. *O habeas corpus sob suspensão de garantias*. 1987, par. 35 e 42. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87. *Garantias judiciais em estados de emergência*. 1987, par. 38.

legalidade extraordinária que, em um Estado de Direito, deve vigor durante estados de emergência. Portanto, o direito previsto no artigo 7.6 não pode ser afetado pela declaração de um estado de exceção.¹⁶⁴

A jurisprudência geralmente coloca o artigo 7.6 em conexão com os artigos 25.1 e 8.1 da CADH, visto que o recurso previsto no artigo 7.6 deve atender às características de simplicidade e rapidez do artigo 25.1 e a autoridade que a resolve deve atender aos requisitos prescritos no artigo 8.1.

A Corte IDH também exigiu a eficácia do mecanismo correspondente, em conformidade com o disposto no artigo 25.1 e para os fins aos quais o artigo 7.6 responde. Isso não implica, no entanto, que uma violação do artigo 7.6 deve necessariamente ser alegada ou examinada em conjunto com as de outras normas, uma vez que:

o artigo 7.6 da Convenção tem conteúdo jurídico próprio, que consiste em tutelar de maneira direta a liberdade pessoal ou física, por meio do mandato judicial dirigido às autoridades respectivas, a fim de que se leve o detido à presença do juiz para que este possa examinar a legalidade da privação e, se for o caso, decretar sua liberdade.¹⁶⁵

Além disso, o princípio de efetividade “é transversal à devida proteção de todos os direitos reconhecidos neste instrumento”.¹⁶⁶ A efetividade do remédio pressupõe que ele não deva ser puramente teórico ou ilusório.¹⁶⁷ Deve ser um meio processual acessível para o detido e seus parentes ou outras pessoas próximas,¹⁶⁸ capaz de pôr termo a uma privação ilegal ou arbitrária da liberdade, o que inclui a possibilidade de que a decisão seja prontamente cumprida. A situação de incomunicabilidade do detido pode violar o direito previsto no artigo 7.6.¹⁶⁹ Esse direito é violado quando um migrante é privado de liberdade e sua imediata deportação militar ou policial é realizada sem cumprir os procedimentos legais que exigem a transferência para uma autoridade competente.¹⁷⁰ Por outro lado, esse recurso não pode ser deslocado por mecanismos comuns que não são adequados para acabar com uma privação ilícita da liberdade prontamente e cumprir os outros propósitos do artigo 7.6 indicados anteriormente.¹⁷¹

Ao avaliar a eficácia do recurso, o conjunto de circunstâncias que envolvem a privação da liberdade deve ser levado em consideração, uma vez que, em certos contextos ou práticas repetidas, pode ser negado desde o início. No caso de *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras* declarou que:

quando a prisão arbitrária do senhor Juan Humberto Sánchez ocorreu como parte do padrão predominante de execuções extrajudiciais, ele não teve a possibilidade de apresentar um recurso simples e eficaz por seus próprios meios,¹⁷² que lhe permitiria afirmar seu direito à liberdade pessoal e eventualmente, isso teria impedido a violação de seus direitos à integridade pessoal e à vida.¹⁷³

No mesmo sentido, a Corte IDH considerou que, em certas situações, pode ser relevante verificar se existe um padrão sistemático de desaparecimentos forçados, associado à recusa repetida das autoridades militares em fornecer informações aos tribunais.¹⁷⁴ No âmbito do artigo 7.6 foi estabelecido que o *habeas corpus* é um mecanismo que deve ser eficaz em casos de suposto desaparecimento forçado

164 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. F. 1997, par. 50. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. EPFRC. 2014, par. 136.

165 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 124. Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. FRC. 2014, par. 162.

166 Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. FRC. 2014, par. 123.

167 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. FRC. 2006, par. 112.

168 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009, par. 64.

169 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. F. 1997, par. 53.

170 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 145.

171 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009, par. 73.

172 Corte IDH. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1998, par. 165.

173 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, par. 85.

174 Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. FRC. 2014, par. 167.

e exige que as autoridades nacionais definam o alcance desse recurso em termos consistentes com a CADH.¹⁷⁵

O juiz ou tribunal previsto no artigo 7.6 deve decidir “sem demora” sobre a legalidade da privação da liberdade. A Corte IDH considerou este requisito fundamental, uma vez que o controle judicial rápido da privação de liberdade impede a manutenção de prisões ilegais ou arbitrárias e a prática de atos contrários à integridade física ou à vida do detido. Isso é especialmente importante em vista do risco de desaparecimentos forçados, uma vez que a intervenção judicial imediata contribui para evitá-los. Por exemplo, períodos de nove ou vinte e um dias para resolver o recurso foram classificados como excessivos.¹⁷⁶

Em algumas ocasiões, a Corte IDH vinculou a eficácia do recurso contemplado no artigo 7.6 com a possibilidade de o detido ter um defensor de sua escolha ou um defensor público, em situações de vulnerabilidade especial, como a de crianças,¹⁷⁷ e a de estrangeiros. Assim, a Corte IDH estabeleceu que:

[...] deve-se ressaltar a importância da assistência jurídica em casos [...] que envolve[m] uma pessoa estrangeira, que pode não conhecer o sistema legal do país e que se encontra em uma situação agravada de vulnerabilidade ao encontrar-se privada de liberdade, o que torna necessário que o Estado receptor leve em conta as particularidades de sua situação para que goze de um acesso efetivo à justiça em termos igualitários.¹⁷⁸

No que se refere aos poderes da autoridade judicial que está ouvindo o recurso, foi determinado que deve ter poderes que permitam amplo controle judicial sobre os aspectos fáticos e normativos da privação de liberdade. Além disso, o juiz deve se pronunciar sobre os motivos invocados pelo recorrente e não pode decidir simplesmente com base nas alegações da administração: ele deve ter poderes para verificar os fatos de maneira séria e independente, mesmo em assuntos relacionados à segurança nacional.¹⁷⁹ Em nenhum caso o juiz pode se limitar a solicitar informações e assumir como incontrovertido o que as autoridades disseram, o que é especialmente sério diante de denúncias de desaparecimento forçado.¹⁸⁰

10. Proibição de prisão por dívidas e garantias complementares da liberdade pessoal

O Artigo 7.7 da CADH proíbe a prisão por dívidas e salvaguarda os mandatos de uma autoridade judicial competente proferidos por quebra de deveres alimentícia. Com essa exceção, os casos de prisões coercitivas previstas em alguns sistemas jurídicos são subtraídos da proibição, segundo a qual, em determinadas condições, o responsável pela pensão alimentícia pode ser privado da liberdade para obrigá-lo a cumprir sua obrigação.

11. Proibição de detenção clandestina e registro de detidos

Por fim, é necessário referir-se a outros requisitos destinados a proteger a liberdade pessoal que não estão explícitos no artigo 7 da CADH, mas que a jurisprudência interamericana formulou, em atenção, principalmente, ao dever de garantir os Direitos Humanos, em particular a liberdade pessoal,

175 *Ibidem*, par. 168.

176 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 134.

177 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, *op. cit.*, par. 204.

178 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 132.

179 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, par. 96. Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. FRC. 2006, par. 111.

180 Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. FRC. 2014, par. 166 e 169.

que o artigo 1.1 da CADH - que nem sempre é explicitamente invocado – impõe aos Estados, de acordo com o artigo 7.¹⁸¹ Ao fundamentar essas obrigações implícitas, às vezes também é violado o artigo 2 da CADH, sobre a necessidade de adotar disposições ou medidas de ordem interna para garantir a eficácia dos direitos.¹⁸²

Os Estados são obrigados a que toda privação de liberdade ocorra em “centros legalmente reconhecidos”, nunca em “centros de detenção clandestinos”, bem como a manter um registro das detenções realizadas, o que ajuda a evitar prisões arbitrárias e desaparecimentos forçados de pessoas, pois facilita o controle das privações de liberdade. Nesse sentido, a Corte IDH declarou, no caso *Gudiel Álvarez (“Diário Militar”) vs. Guatemala*, que:

a colocação em funcionamento e a manutenção de centros clandestinos de detenção configuram, per se, uma falta à obrigação de garantia por atentar diretamente contra os direitos à liberdade pessoal, à integridade pessoal, à vida e à personalidade jurídica.¹⁸³

Em relação ao registro de detidos, foi estabelecido que deve ser feito em relação a toda privação de liberdade, independentemente de sua duração,¹⁸⁴ e foi especificado que deve: 1) refletir a identificação dos detidos e de quem realizou a detenção, 2) o motivo da prisão, 3) o dia e a hora da entrada e liberação, 4) as informações sobre o mandado de prisão e 5) as provas de notificação ao juiz competente.¹⁸⁵

Essa doutrina foi ratificada em casos de menores de idade:

deve haver um registro de detidos que permita controlar a legalidade das prisões. Isso supõe a inclusão, entre outros dados, de: identificação dos detidos, motivos da detenção, notificação à autoridade competente e aos representantes, custódios ou defensores do menor, quando apropriado, e, caso de visitas que teriam feito ao detido, anotar o dia e a hora de admissão e liberação, informações ao menor e a outras pessoas sobre os direitos e garantias que lhe são devidos, indicação de marcas de golpes ou doenças mentais, transferências do detido e horários de alimentação. Além disso, o detido deve assinar o registro e, em caso de recusa, deve constar a explicação do motivo. O advogado de defesa deve ter acesso a esse expediente e, em geral, às ações relacionadas à acusação e à detenção.¹⁸⁶

Esse registro desempenha um papel importante na prevenção, investigação e punição da privação ilegal ou arbitrária da liberdade.

181 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, par. 197.

182 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, par. 189.

183 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, par. 200.

184 Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, par. 178.

185 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, par. 189. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, par. 197. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, par. 178.

186 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, par. 132.

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
 - g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
 - h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Exceções Preliminares. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C n.º 1. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C n.º 4. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Série C n.º 30. Doravante: Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. FRC. 1997.

Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. Pedido de Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Resolução da Corte de 13 de setembro de 1997. Série C n.º 45. Doravante: Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. Pedido de Interpretação da Sentença de FRC. 1997.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Mérito. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C n.º 33. Doravante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. F. 1997.

- Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. Mérito. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C n.º 35. Doravante: Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. F. 1997.
- Corte IDH. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 8 de março de 1998. Série C n.º 37. Doravante: Corte IDH. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1998.
- Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Reparações e Custas. Sentença de 22 de janeiro de 1999. Série C n.º 48. Doravante: Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. RC. 1999.
- Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. Exceções Preliminares. Sentença de 26 de janeiro de 1999. Série C n.º 49. Doravante: Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. EP. 1999.
- Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C n.º 52. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. FRC. 1999.
- Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C n.º 55. Doravante: Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. 1999.
- Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C n.º 63. Doravante: Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999.
- Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. Mérito. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C n.º 68. Doravante: Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. F. 2000.
- Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C n.º 69. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000.
- Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C n.º 71. Doravante: Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001.
- Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de fevereiro de 2001. Série C n.º 72. Doravante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. FRC. 2001.
- Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C n.º 74. Doravante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. FRC. 2001.
- Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C n.º 94. Doravante: Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. FRC. 2002.
- Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2002. Série C n.º 97. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002.
- Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C n.º 99. Doravante: Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003.
- Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C n.º 100. Doravante: Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003.
- Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C n.º 101. Doravante: Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003.
- Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C n.º 103. Doravante: Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003.
- Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Competência. Sentença de 28 de novembro de 2003. Série C n.º 104. Doravante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Competência. 2003.
- Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C n.º 107. Doravante: Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004.
- Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C n.º 109. Doravante: Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia*. FRC. 2004.
- Corte IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C n.º 110. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. FRC. 2004.
- Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C n.º 111. Doravante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. FRC. 2004.
- Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C n.º 112. Doravante: Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguai*. EPFRC. 2004.
- Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C n.º 114. Doravante: Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004.
- Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de

2004. Série C n.º 117. Doravante: Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*. FRC. 2004.
- Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2004. Série C n.º 119. Doravante: Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. FRC. 2004.
- Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de março de 2005. Série C n.º 121. Doravante: Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Peru*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C n.º 124. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPFRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de junho de 2005. Série C n.º 126. Doravante: Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C n.º 127. Doravante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Equador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de junho de 2005. Série C n.º 129. Doravante: Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Equador*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mampiripán” vs. Colômbia*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C n.º 134. Doravante: Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mampiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005.
- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C n.º 135. Doravante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C n.º 136. Doravante: Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. FRC. 2005.
- Corte IDH. *Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru*. Sentença de 25 de novembro de 2005. Série C n.º 137. Doravante: Corte IDH. *Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005.
- Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C n.º 140. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.
- Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. Série C n.º 141. Doravante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006. Corte IDH.
- Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de fevereiro de 2006. Série C n.º 144. Doravante: Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. EPFRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C n.º 147. Doravante: Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. Sentença de 1 de julho de 2006. Série C n.º 148. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.
- Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C n.º 151. Doravante: Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C n.º 153. Doravante: Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C n.º 154. Doravante: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPFRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C n.º 162. Doravante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. FRC. 2006.
- Corte IDH. *Caso do Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C n.º 163. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. FRC. 2007.
- Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de julho de 2007. Série C n.º 167. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz vs. Peru*. EPFRC. 2007.
- Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C n.º 170. Doravante: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007.
- Corte IDH. *Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C n.º 171. Doravante: Corte IDH. *Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador*. FRC. 2007.
- Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. Exceção Preliminar e Mérito. Sentença de 6 de maio de 2008. Série C n.º 179. Doravante: Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPF. 2008.
- Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C n.º 182. Doravante: Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008.

- Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de agosto de 2008. Série C n.º 184. Doravante: Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008.
- Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C n.º 186. Doravante: Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008.
- Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de outubro de 2008. Série C n.º 187. Doravante: Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008.
- Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2008. Série C n.º 190. Doravante: Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. FRC. 2008.
- Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C n.º 192. Doravante: Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. FRC. 2008.
- Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C n.º 194. Doravante: Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de junho de 2009. Série C n.º 197. Doravante: Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C n.º 202. Doravante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C n.º 203. Doravante: Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. EPFRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de setembro de 2009. Série C n.º 204. Doravante: Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2009. Série C n.º 206. Doravante: Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009. Série C n.º 207. Doravante: Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C n.º 209. Doravante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.
- Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C n.º 213. Doravante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPFRC. 2010.
- Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C n.º 215. Doravante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPFRC. 2010.
- Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2010. Série C n.º 217. Doravante: Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. FRC. 2010.
- Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C n.º 220. Doravante: Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010.
- Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C n.º 221. Doravante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011.
- Corte IDH. *Caso Vera Vera e outra vs. Equador*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de maio de 2011. Série C n.º 226. Doravante: Corte IDH. *Caso Vera Vera e outra vs. Equador*. EPFRC. 2011.
- Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de julho de 2011. Série C n.º 227. Doravante: Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011.
- Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de julho de 2011. Série C n.º 228. Doravante: Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. EPFRC. 2011.
- Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2011. Série C n.º 233. Doravante: Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011.
- Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 13 de outubro de 2011. Série C n.º 234. Doravante: Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. FRC. 2011.
- Corte IDH. *Caso família Barrios vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C n.º 237. Doravante: Corte IDH. *Caso família Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011.
- Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença del 24 de fevereiro de 2012. Série C n.º 239. Doravante: Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012.
- Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C n.º 240. Doravante: Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C n.º 242. Doravante: Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. Mérito e Reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C n.º 245. Doravante: Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C n.º 246. Doravante: Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Palma Mendoza e outros vs. Equador*. Exceção Preliminar e Mérito. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C n.º 247. Doravante: Corte IDH. *Caso Palma Mendoza e outros vs. Equador*. EPF. 2012.

Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C n.º 248. Doravante: Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. Mérito e Reparações. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C n.º 249. Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de outubro de 2012. Série C n.º 251. Doravante: Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 novembro de 2012. Série C n.º 255. Doravante: Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Castillo González e outros vs. Venezuela*. Mérito. Sentença de 27 de novembro de 2012. Série C n.º 256. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo González e outros vs. Venezuela*. F. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 30 de novembro de 2012. Série C n.º 259. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPFR. 2012.

Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de agosto de 2013. Série C n.º 265. Doravante: Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso da Corte Suprema de Justiça (Quintana Coello e outros) vs. Equador*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de agosto de 2013. Série C n.º 266. Doravante: Corte IDH. *Caso da Corte Suprema de Justiça (Quintana Coello e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2013. Série C n.º 268. Doravante: Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso das comunidades afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operación Génesis) vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2013. Série C n.º 270. Doravante: Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colômbia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2013. Série C n.º 272. Doravante: Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2013. Série C n.º 274. Doravante: Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2013. Série C n.º 275. Doravante: Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de janeiro de 2014. Série C n.º 276. Doravante: Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de maio de 2014. Série C n.º 279. Doravante: Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 282. Doravante: Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta e outros vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de outubro de 2014. Série C n.º 286. Doravante: Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta e outros vs. Peru*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de novembro de 2014. Série C n.º 287. Doravante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C n.º 288. Doravante: Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de abril de 2015. Série C n.º 292. Doravante: Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de junho de 2015. Série C n.º 293. Doravante: Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de junho de 2015. Série C n.º 297. Doravante: Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C n.º 298. Doravante: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C n.º 299. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2015. Série C n.º 300. Doravante: Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de outubro de 2015. Série C n.º 301. Doravante: Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C n.º 302. Doravante: Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C n.º 303. Doravante: Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de outubro de 2015. Série C n.º 305. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2015. Série C n.º 306. Doravante: Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2015. Série C n.º 308. Doravante: Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de fevereiro de 2016. Série C n.º 310. Doravante: Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPFRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de maio de 2016. Série C n.º 311. Doravante: Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de fevereiro de 2016. Série C n.º 312. Doravante: Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de junho de 2016. Série C n.º 314. Doravante: Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016.

Pareceres consultivos

Corte IDH. *Restrições à pena de morte (Arts. 4.2 e 4.4 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A n.º 3. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-3/83. *Restrições à pena de morte*. 1983.

Corte IDH. *Garantias judiciais em estados de emergência (Arts. 27.2, 25 e 8 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A n.º 9. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87. *Garantias judiciais em estados de emergência*. 1987.

Corte IDH. *O direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1 de outubro de 1999. Série A n.º 16. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC16/99. *O direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal*. 1999.

Corte IDH. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A n.º 17. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002.

Corte IDH. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A n.º 18. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003.

Corte IDH. *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Série A n.º 21. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14. *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. 2014.

Resoluções e decisões

Corte IDH. *Assunto das penitenciárias de Mendoza a respeito da Argentina*. Medidas provisórias. Resolução de 27 de novembro de 2007.

Corte IDH. *Caso María Lourdes Afiuni a respeito da Venezuela*. Medidas provisórias. Resolução do Presidente de 10 de dezembro de 2010.

Corte IDH. *Assunto L. M. a respeito do Paraguai*. Medidas provisórias. Resolução de 1 de julho de 2011.

Corte IDH. *Relatórios Anuais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, desde 1980 a 2016, disponível em: <http://corteidh.or.cr/index.php/es/al-dia/informes-anales> (último acesso 30/04/2017).

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco, Fernández Ortega outros, e Rosendo Cantú e outra vs. México*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17 de abril de 2015.

Documentos adotados por organizações internacionais

Organização dos Estados Americanos

OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Referências acadêmicas

MEDINA QUIROGA, C. “Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, in *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, n.º 5, 2009.

SALMÓN, E. e BLANCO, C. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú- Cooperación Alemana al Desarrollo, Lima, 2012.

Sumário

1. Introdução.....	257
2. Considerações gerais sobre o artigo 8 da CADH: as diretrizes do devido processo legal e o direito de acesso à justiça.....	259
3. Titulares do direito às garantias judiciais	261
4. Garantias gerais no marco do direito às garantias judiciais (art. 8.1 da CADH)	262
4.1. Direito de ser ouvido no processo	262
4.2. Direito ao devido processo perante um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior	263
4.3. Direito a que o juiz ou tribunal de decida os casos submetidos à sua consideração dentro de um prazo razoável.....	275
4.4. Dever de motivar as decisões em um processo	279
4.5. Direito à defesa	280
5. Garantias mínimas no âmbito do direito às garantias judiciais (art. 8.2 da CADH)	281
5.1. Direito à presunção de inocência.....	283
5.2. Direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, se não compreende ou fala a língua do órgão jurisdicional.....	286
5.3. Direito do acusado à comunicação prévia e detalhada da acusação.....	287
5.4. Direito do acusado de ter o tempo e os meios adequados para preparar sua defesa	289
5.5. Direito do acusado de se defender pessoalmente, de ser assistido	

por um defensor de sua escolha e de se comunicar de forma livre e privada com seu defensor	289
5.6. Direito de ser assistido por um defensor fornecido pelo Estado, remunerado ou não de acordo com a legislação interna, se o acusado não se defender ou nomear um defensor dentro do prazo estabelecido por lei	292
5.7. Direito de defesa para interrogar as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento de testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam esclarecer os fatos.....	296
5.8. Direito de não ser obrigado a declarar contra si mesmo ou a se declarar culpado	297
5.9. O direito de recorrer da decisão perante um juiz ou tribunal superior	298
5.10. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza (art. 8.3 da CADH)	301
5.11. Direito do acusado absolvido por sentença transitada em julgado a não ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos: princípio <i>ne bis in idem</i> (art. 8.4 da CADH)	303
5.12. Direito a um processo penal público, salvo quando for necessário para preservar os interesses da justiça (art. 8.5 da CADH)	304
6. Considerações especiais sobre o direito às garantias judiciais relativas a certos direitos reconhecidos na CADH	305
6.1. Quanto ao direito à vida e à pena de morte	306
6.2. Quanto ao direito à integridade pessoal.....	306
6.3. Em relação à liberdade de pensamento e de expressão	307
6.4. Em relação aos direitos da criança.....	307
6.5. Em relação ao direito de circulação e de residência	312
7. A obrigação de investigar violações de direitos humanos como materialização do dever de garantir, à luz das exigências de garantias judiciais e proteção judicial	314

1. Introdução

Este comentário sistematiza os padrões estabelecidos pela Corte IDH em relação ao conteúdo, exigências e alcance do direito às garantias judiciais, reconhecidos no artigo 8 da CADH. A extensão e complexidade particular dessa sistematização se devem não apenas ao fato de que a maioria dos casos submetidos à jurisdição contenciosa da Corte IDH inclui controvérsias relacionadas ao devido processo legal, mas também por que, em seu maior percentual, tais litígios representam uma análise das garantias judiciais em relação aos demais direitos reconhecidos na CADH.¹ Sem dúvida, a questão do devido processo “tem sido e continua sendo uma presença permanente nos casos apresentados à Corte IDH”.²

Antes de iniciar a análise dessas normas, é importante deixar em evidência duas afirmações declaradas pela Corte IDH desde seus primeiros julgamentos, que possibilitam compreender sua análise em relação às supostas violações do artigo 8. A primeiro afirma que “esclarecer se um Estado violou ou não suas obrigações internacionais em virtude das ações de seus órgãos judiciais pode levar a Corte IDH a examinar os respectivos processos internos”,³ considerando-os como um todo, inclusive, se necessário no caso, as decisões dos tribunais de apelação,⁴ ou a análise dos procedimentos que estão vinculados e

1 Corte IDH. Relatórios Anuais da Corte IDH, de 1980 a 2015, disponível em: <http://corteidh.or.cr/index.php/es/al-dia/informes-anales> (último acesso 30/04/2017).

2 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. FRC. 2011. Voto individual do juiz Diego García Sayán, par. 3.

3 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999, par. 222. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 175.

4 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999, par. 222.

constituem os pressupostos de um processo judicial,⁵ e chegando a avaliar, em certos casos, se “a incorporação de prova foi ajustada à Convenção.”⁶

A segunda afirmação refere-se ao fato de a Corte IDH ter poderes “para estabelecer a responsabilidade internacional dos Estados pela violação dos Direitos Humanos”, mas “não tem para investigar e punir a conduta individual dos agentes do Estado” ou dos indivíduos que possam ter participado dessas violações,⁷ pois isso “é de responsabilidade dos tribunais penais nacionais ou de outros tribunais internacionais”.⁸ Nesse sentido, como a própria Corte IDH declarou: “na jurisdição internacional, por definição, as partes e o objeto da controvérsia são diferentes da jurisdição nacional.”⁹

Da mesma forma, a linha jurisprudencial da Corte IDH confirma que, embora o artigo 8 da CADH se intitule ‘Garantias judiciais’, sua aplicação não se limita aos processos judiciais em sentido estrito, “mas ao conjunto de requisitos que devem ser observados nas instâncias processuais”,¹⁰ para que as pessoas possam se defender adequadamente de qualquer tipo de ato emanado do Estado que possa afetar seus direitos.¹¹ Essas outras instâncias processuais podem incluir aquelas que determinam os direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outro caráter. De acordo com a Corte IDH, “qualquer ação ou omissão dos órgãos do Estado em um processo, seja uma sanção administrativa ou jurisdicional, deve respeitar o devido processo legal”.¹² O escopo do desenvolvimento do artigo 8 é justificado pelo fato de que as garantias estabelecidas excedem os casos tradicionais de jurisdição criminal e até mesmo processos estritamente judiciais.

Dito isto, vale mencionar o extenso debate decorrente da jurisprudência e da doutrina sobre o vínculo entre os dois direitos convencionais intimamente ligados ao direito de acesso à justiça,¹³ ou seja, o direito às garantias judiciais e o direito à proteção judicial (art. 25 da CADH) e a necessidade ou não de analisá-los em conjunto quando uma violação de Direitos Humanos for alegada em um caso.

Desde sua primeira sentença no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sobre exceções preliminares, a Corte IDH observou que os Estados partes na CADH “são obrigados a fornecer remédios judiciais efetivos para vítimas de violações de Direitos Humanos [artigo 25], remédios que devem ser substanciados de acordo com as regras do devido processo legal [artigo 8.1]”, dentro da obrigação geral de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela CADH a todas as pessoas sob sua jurisdição (art. 1.1.).¹⁴ Da referida decisão e até o momento, é significativo o número de sentenças em que a Corte IDH considerou conjunta e indistintamente as considerações relativas a ambos os direitos.¹⁵

5 Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. EPFRC. 2009, párr. 120. Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. FRC. 2011, par. 181.

6 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999, par. 222. Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 22.

7 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 134. Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPFR. 2012, par. 162. Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015, par. 167.

8 Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz vs. Peru*. EPFRC. 2007, par. 87. Corte IDH. *Caso Vera Vera e outra vs. Equador*. EPFRC. 2011, par. 93 e 119. Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015, par. 167.

9 Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. EP. 1999, par. 47. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, par. 211.

10 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87. *Garantias judiciais em estados de emergência*. 1987, par. 27. Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001, par. 69. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 71.

11 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013, par. 69-70.

12 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. FRC. 2001, par. 124. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 71.

13 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. RC. 1999, par. 61. Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002, par. 52 e 54.

14 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987, par. 91. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 233.

15 Deve-se notar que, recentemente, a própria Corte IDH indicou que outras disposições da CADH, “como os artigos 7 e 25 da Convenção, contêm normas que correspondem materialmente aos componentes substantivos

Sem prejuízo disso, a jurisprudência também apresenta uma série de casos em que a Corte IDH realizou uma avaliação independente dos direitos em questão, sem que a declaração de responsabilidade internacional de um Estado pela violação das garantias judiciais implique necessariamente na violação do direito à proteção judicial ou vice-versa.

Diante disso, encontramos uma posição crítica na doutrina, decorrente inclusive dos votos da ex-Presidente da Corte IDH, Cecilia Medina Quiroga. Segundo a juíza Medina, com base nas disposições da Corte IDH no Parecer Consultivo sobre garantias judiciais em situações de emergência e na sentença de *Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*, os direitos às “garantias judiciais” e à “proteção judicial” são de natureza diferente e sua relação é de substância e forma, “uma vez que o artigo 25 estabelece o direito a um recurso judicial enquanto o artigo 8 estabelece a maneira pela qual isso é processado.”¹⁶ Portanto, “se o artigo 25 for analisado com os parâmetros do artigo 8 [...] o significado do primeiro será desvirtuado.”¹⁷

Além do debate doutrinário sobre o assunto, a análise da jurisprudência permite identificar os padrões que a Corte IDH estabeleceu em relação às garantias gerais e mínimas do devido processo legal reconhecidas no artigo 8 da CADH. Dessa forma, os juízes, os órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis e, em geral, qualquer autoridade pública,¹⁸ podem encontrar abaixo os critérios que, na aplicação do controle de convencionalidade, devem implementar no exercício das suas funções. Da mesma forma, os membros de organizações não-governamentais, defensores, supostas vítimas e, em geral, todos os usuários do SIDH poderão identificar neste texto a interpretação e o alcance dados pela Corte IDH ao direito às garantias judiciais.

2. Considerações gerais sobre o artigo 8 da CADH: as diretrizes do devido processo legal e o direito de acesso à justiça

De acordo com as atas e documentos da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos - que inclui os trabalhos preparatórios da CADH -, o projeto de artigo 8 - identificado na época com o número 7 - não foi modificado significativamente em relação ao projeto preliminar de tratado preparado pela CIDH.¹⁹

A jurisprudência da Corte IDH tem sido consistente em afirmar que as “garantias judiciais” do artigo 8 se referem aos requisitos do devido processo legal, bem como ao direito de acesso à justiça.

Assim, a princípio, em resposta ao desenvolvido no parecer consultivo sobre *garantias judiciais em situações de emergência*, a Corte IDH declarou que o artigo 8 da CADH estabelece as diretrizes do chamado “devido processo legal”,²⁰ entendido como “o conjunto de requisitos que devem ser observados nas instâncias processuais, para que as pessoas possam defender adequadamente seus direitos contra qualquer tipo de ato do Estado que possa afetá-las.”²¹ Dessa forma, para que em um processo

e processuais do devido processo”. Corte IDH. Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador. FRC. 2015, par. 152.

16 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87. *Garantias judiciais em estados de emergência*. 1987, par. 24. Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. FRC. 2002, par. 148.

17 Ver votos da juíza Cecilia Medina Quiroga nos seguintes casos: Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia*. FRC. 2004. Corte IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. FRC. 2004. Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. FRC. 2005. Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPF. 2008.

18 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPFRC. 2006, par. 124. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, par. 193 e 239.

19 OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2., pp. 16-17, 483 e 484.

20 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87. *Garantias judiciais em estados de emergência*. 1987, par. 27. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 73.

21 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87. *Garantias judiciais em estados de emergência*. 1987, par. 27. Corte IDH.

haja garantias verdadeiramente judiciais, também conhecidas como garantias processuais, é necessário observar todos os requisitos que “servem para proteger, garantir ou fazer valer a titularidade ou o exercício de um direito”²², ou seja, “condições que devem ser cumpridas para garantir a defesa adequada daqueles cujos direitos ou obrigações estão sob consideração judicial.”²³ De acordo com a Corte IDH, “os princípios e atos do devido processo legal constituem um conjunto irredutível e estrito que pode ser expandido à luz de novos avanços no direito dos Direitos Humanos”.²⁴

Da mesma forma, a Corte IDH destacou que o artigo 8 estabelece o direito de acesso à justiça que, entendido pela própria Corte IDH como uma “norma obrigatória do Direito Internacional”²⁵, não se esgota devido ao fato de serem tramitados os respectivos processos internos, mas exige que o Estado garanta que possam assegurar, dentro de um prazo razoável, a satisfação dos direitos das partes.²⁶ Dessa forma, segundo a Corte IDH, o devido processo legal, que está intimamente ligado à noção de justiça, deve refletir-se em: “(i) um acesso à justiça não apenas formal, mas que reconheça e resolva os fatores de desigualdade real dos processados, (ii) o desenvolvimento de um julgamento justo e (iii) a resolução das controvérsias de forma tal que a decisão adotada se aproxime do maior nível de correção do direito, isto é, que se assegure, na maior medida possível, sua solução justa.”²⁷ No entanto, a Corte IDH apontou que “o direito de acesso à justiça não é absoluto e, conseqüentemente, pode estar sujeito a algumas limitações discricionárias por parte do Estado, que devem corresponder aos meios utilizados e ao fim perseguido e, por fim, não podem representar a negação desse direito.”²⁸

Conseqüentemente, “os Estados não devem impor obstáculos às pessoas que acodem perante juízes ou tribunais em busca de que seus direitos sejam determinados ou protegidos”. Assim, por exemplo, de acordo com a Corte IDH, “qualquer norma ou medida de ordem interna que imponha custos ou dificulte de qualquer outra maneira o acesso dos indivíduos aos tribunais, e que não se justifique por necessidades razoáveis próprias de administração de justiça”, deve ser considerada contrária ao artigo 8 da CADH.²⁹ No mesmo sentido, o Estado tem a responsabilidade de consagrar normativamente e de assegurar a devida aplicação das garantias do devido processo legal perante as autoridades competentes, que protegem todas as pessoas sob sua jurisdição contra atos que violem seus direitos fundamentais ou que levem à determinação de seus direitos e obrigações.³⁰

Portanto, e de acordo com o exposto na introdução deste comentário, deve ficar evidente que as garantias judiciais “não estabelecem o direito a um recurso”, o que corresponde ao artigo 25 da CADH, mas um amplo direito de acesso à justiça que regula a maneira através da qual essa justiça deve ser prestada.³¹

Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru. FRC. 2001, par. 69. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala.* EPFRC. 2016, par. 71.

22 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago.* FRC. 2002, par. 147. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile.* FRC. 2014, par. 187.

23 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87. *Garantias judiciais em estados de emergência.* 1987, par. 28. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile.* FRC. 2014, par. 187.

24 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança.* 2002, par. 115.

25 Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai.* FRC. 2006, par. 131.

26 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina.* FRC. 2003, par. 114. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile.* FRC. 2005, par. 188.

27 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14. *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional.* 2014, par. 109. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador.* FRC. 2015, par. 151.

28 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina.* FRC. 2002, par. 54. Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina.* EPFRC. 2013, par. 193.

29 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina.* FRC. 2002, par. 50.

30 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá.* Competência. 2003. Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina.* EPFRC. 2012, par. 83.

31 Corte IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru.* FRC. 2004. Voto parcialmente dissidente da juíza Cecilia Medina Quiroga, par. 2.

3. Titulares do direito às garantias judiciais

Quanto aos titulares do direito, uma leitura literal da norma nos permite concluir que as garantias judiciais são executórias em dois casos: 1) para “toda pessoa [...] na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela; e 2) para “toda pessoa [...] para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Dessa maneira, por um lado, garantias judiciais “devem ser observadas nas instâncias processuais, a fim de proteger o direito dos indivíduos” de ter sua culpa ou eventual inocência decidida “com a máxima justiça possível”.³² O artigo 8 da CADH contempla, assim, “um sistema de garantias que condicionam o exercício do *ius puniendi* do Estado e que buscam garantir que o imputado ou acusado não seja submetido a decisões arbitrárias, uma vez que as devidas garantias “devem ser observadas para garantir, de acordo com o procedimento em questão, o direito ao devido processo”.³³ Por outro lado, garantias judiciais devem ser observadas nas “controvérsias que surgem entre duas partes - seja indivíduos ou órgãos do Estado e se referem a questões que estão ou não no campo dos Direitos Humanos-”.³⁴

A Corte de IDH tem sido enfática ao afirmar que “o devido processo legal é um direito que deve ser garantido a todos”,³⁵ por igual,³⁶ independentemente de sua condição como parte acusadora,³⁷ ou acusado,³⁸ ou mesmo de um terceiro dentro da estrutura de um processo. Em 1997, na sentença do caso *Genie Lacayo vs. Nicarágua*, a Corte IDH estabeleceu expressamente que “para determinar a violação do artigo 8 é necessário, antes de tudo, estabelecer se, no processo que visava determinar a responsabilidade dos possíveis autores da morte da jovem Genie Lacayo, foram respeitadas as garantias processuais da parte acusadora.”³⁹ Segundo a juíza Medina, nessa sentença, sem maiores explicações, “foi introduzida a questão de terceiros que poderiam participar do processo criminal e esse direito estava associado ao direito à verdade que certos parentes das vítimas têm e à uma maneira de reparar as vítimas.” Na opinião da juíza Medina, ao analisar o direito às garantias judiciais em relação ao acusador e não ao acusado, levando em consideração o texto literal do artigo 8 da CADH, a Corte IDH precisou fundamentar “as razões jurídicas da fonte internacional que determinava o direito que a pessoa afetada, pai da vítima, tinha de ser ouvida perante o tribunal.”⁴⁰

Apesar deste questionamento, é claro que no SIDH, diante de casos de graves violações dos Direitos Humanos, a Corte IDH ordenou que a suposta violação do direito às garantias judiciais fosse analisada em relação aos familiares próximos da vítima, a quem o Estado deve garantir o direito de acesso à justiça.⁴¹

32 *Idem*.

33 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90. *Exceções ao esgotamento dos recursos internos*. 1990, par. 28. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 258. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 152.

34 Corte IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. FRC. 2004. Voto parcialmente dissidente da juíza Cecilia Medina Quiroga, par. 2.

35 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 143.

36 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguai*. EPFRC. 2004, par. 209.

37 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. FRC. 1997, par. 75.

38 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 146. Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009, par. 84.

39 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. FRC. 1997, par. 75.

40 Medina Quiroga, C. “Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, in *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, n.º 5, 2009, p. 28.

41 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. F. 1998, par. 97. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, par. 207.

4. Garantias gerais no marco do direito às garantias judiciais (art. 8.1 da CADH)

O parágrafo 1º do artigo 8 da CADH refere-se às garantias judiciais gerais exigidas no contexto de um processo, ou seja: o direito de toda pessoa a ser ouvida por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, dentro de um prazo razoável e com as devidas garantias. Segundo o Tribunal, o artigo 8.1 deve ser interpretado de maneira ampla, para que essa interpretação seja apoiada tanto pelo texto literal do padrão quanto pelo seu espírito. Além disso, deve ser apreciado em conformidade com o artigo 29, alínea c) da CADH, que nenhuma disposição do tratado pode ser interpretada para excluir outros direitos e garantias inerentes ao ser humano ou derivados da forma democrática representativa de governo.⁴²

A Corte IDH enfatizou que as garantias gerais do artigo 8 devem estar presentes na determinação dos direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza “e, portanto, nesse tipo de questão, o indivíduo tem direito também ao devido processo que se aplica em matéria penal.”⁴³ Nesse sentido, quando a CADH se refere ao direito de toda pessoa a ser ouvida por um “juiz ou tribunal competente” para a “determinação de seus direitos”. Essa expressão refere-se a qualquer autoridade pública, seja ela administrativa -colegiada ou unipessoal-, legislativa ou judicial, “que através de suas decisões determine os direitos e obrigações dos indivíduos”, ou seja, que “o artigo 8.1 da CADH não se aplica apenas a juizes e tribunais judiciais”, mas também àqueles órgãos que, apesar de não o serem formalmente, agem como tal.⁴⁴ Nesse contexto, a Corte IDH considerou que os requisitos do artigo 8 da CADH “se estendem também aos órgãos não judiciais aos quais corresponde a investigação anterior ao processo judicial [...]”.⁴⁵

No entanto, a Corte IDH destacou que as autoridades públicas que adotam decisões que determinam direitos,⁴⁶ que não são formalmente um juiz ou um tribunal, não são obrigadas a cumprir as garantias de um órgão judicial, mas “devem cumprir as garantias destinadas a assegurar que a decisão não seja arbitrária”.⁴⁷ Consequentemente, as ações dos referidos órgãos e autoridades com funções de natureza materialmente jurisdicional “têm limites intransponíveis, entre os quais o respeito aos Direitos Humanos, para os quais se torna necessário que suas ações sejam reguladas”,⁴⁸ precisamente para evitar qualquer arbitrariedade.⁴⁹ De fato, “qualquer órgão do Estado que exerça funções de natureza materialmente jurisdicional tem a obrigação de adotar resoluções anexadas ao garantias do devido processo legal.”⁵⁰

4.1 Direito de ser ouvido no processo

42 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. F. 1998, par. 96.

43 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90, *op. cit.*, par. 28. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. FRC. 2011, par. 117.

44 Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. FRC. 2006, par. 118. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. FRC. 2011, par. 118. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 208. Ver Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. FRC. 2011. Voto dissidente do juiz Eduardo Vio Grossi, e votos individuais do juiz Diego García Sayán, da juíza Margarette May Macaulay e da juíza Rhady's Abreu Blondet.

45 Corte IDH. *Caso Cantoral Humani e García Santa Cruz vs. Peru*. EPFRC. 2007, par. 133. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 182. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 152.

46 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001, par. 71. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. FRC. 2011, par. 119.

47 Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. FRC. 2006, par. 119. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 207.

48 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. FRC. 2001, par. 126. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, par. 115.

49 Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. FRC. 2006, par. 119. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. FRC. 2011, par. 119.

50 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001, par. 71. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 210.

De acordo com a jurisprudência da Corte IDH, o direito de ser ouvido “exige que todas as pessoas possam ter acesso ao tribunal ou órgão estatal encarregado de determinar seus direitos e obrigações.”⁵¹ Nesse sentido, a Corte IDH estabeleceu que, embora o artigo 8.1 da CADH “não se depreende que o direito de ser ouvido deve necessariamente ser exercido oralmente em todos os procedimentos”, apesar de a Corte IDH considerar que “a oralidade é uma das ‘devidas garantias’ que o Estado deve oferecer aos réus em certos tipos de processos.”⁵²

Ademais, a Corte IDH afirmou que a exigência de que uma pessoa seja ouvida é “comparável ao direito a um ‘julgamento’ ou a ‘procedimentos judiciais justos’”. Sobre esse assunto em particular, seguindo o TEDH nos casos *Kraska vs. Suíça*, *Van de Hurk vs. Holanda*, *Van Kück vs. Alemanha* e *Krasulya vs. Rússia*, a Corte IDH estabeleceu que um procedimento justo pressupõe que o órgão encarregado de administrar a justiça realize “um exame adequado das alegações, argumentos e provas apresentados pelas partes, sem prejuízo de suas avaliações sobre se são relevantes para sua decisão”.⁵³ Consequentemente, o padrão jurisprudencial pressupõe que um julgamento justo seja aquele em que uma pessoa tenha sido ouvida com as devidas garantias.

Segundo a Corte IDH, o direito de ser ouvido compreende então dois âmbitos, o formal e o material. *O âmbito formal ou processual do direito* significa “garantir o acesso ao órgão competente para determinar o direito reivindicado de acordo com as garantias do devido processo (como a apresentação de alegações e de provas)”. Por outro lado, o *âmbito material do direito* pressupõe “que o Estado garanta que a decisão produzida através do procedimento satisfaça o objetivo para o qual foi concebida”. Para a Corte IDH, “isso não significa que ele deve sempre ser aceito, mas que sua capacidade de produzir o resultado a que se destina deve ser garantida”.⁵⁴

Em relação à obrigação do Estado de investigar qualquer violação dos direitos reconhecidos na CADH, a Corte reiterou que é claro no artigo 8 da CADH que “as vítimas de violações dos Direitos Humanos, ou suas famílias, devem ter amplas possibilidades de serem ouvidos e de atuar nos respectivos processos, tanto na busca do esclarecimento dos fatos e na punição dos responsáveis, quanto na devida reparação.”⁵⁵

4.2 Direito ao devido processo perante um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior

Nos termos do artigo 8.1 da CADH, o juiz encarregado de ouvir um caso deve ser competente, independente e imparcial, o que nos remete à consecução da justiça através do juiz natural.⁵⁶ De acordo com o juiz García Ramírez, em seu voto individual no *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, a intervenção de um juiz competente, independente e imparcial constitui “um pressuposto para o devido processo”, pois “na ausência disso, não existe um processo verdadeiro, mas a aparência de tal”. Assim, de acordo com o juiz García Ramírez, se uma pessoa for julgada ou sua disputa for resolvida por qualquer

51 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 172. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. FRC. 2011, par. 120. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 228. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 227.

52 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 75. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. FRC. 2011, par. 120.

53 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. FRC. 2011, par. 121. Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013, par. 182.

54 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. FRC. 2011, par. 122. Corte IDH. *Caso Comunidade Comunitária Garifuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. FRC. 2015, par. 237.

55 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999, par. 225 e 227. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 233.

56 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 130. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 195.

indivíduo ou órgão que não possua os atributos mencionados, o procedimento seguido não merece a qualificação de processo e a decisão a que chega ao final não constitui uma sentença autêntica.⁵⁷

Da mesma forma, a Corte IDH enfatizou que o conceito de juiz natural deve governar “as diferentes etapas de um processo” e, portanto, deve “projetar-se nas várias instâncias processuais”, na medida em que “o processo penal é único, apenas dividido em estágios, a correspondente à primeira instância e as relacionadas às instâncias superiores.”⁵⁸

Portanto, de acordo com a Corte IDH “o juiz, como diretor do processo, deve garantir que as regras do devido processo das partes sejam cumpridas integralmente”, uma vez que o seu não cumprimento “pode acarretar [inclusive] na aplicação de regras de nulidade”.⁵⁹

4.2.1 Direito ao devido processo perante um juiz ou tribunal competente

Esse direito constitui “um princípio básico do devido processo”,⁶⁰ relacionado ao conceito de juiz natural, o que implica que “as pessoas têm o direito a serem julgadas, em geral, por tribunais ordinários, em conformidade com procedimentos legalmente estabelecidos”,⁶¹ com anterioridade aos fatos matéria do julgamento. O referido juiz natural “deriva sua existência e competência da lei, a qual foi definida pela Corte como a “norma jurídica de caráter geral, vinculada ao bem comum, emanada dos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos, e elaborada segundo o procedimento estabelecido pelas constituições dos Estados Partes para a formação das leis”. Consequentemente, em um Estado de Direito “apenas o Poder Legislativo pode regulamentar, através de leis, a competência dos julgadores”.⁶² Assim, por exemplo, a Corte IDH declarou a responsabilidade internacional de um Estado ao criar câmaras e tribunais *ad hoc* e juizes nomeados para integrá-los, no mesmo momento em que os fatos do caso ocorriam.⁶³

Deve-se notar que, em casos de julgamentos por juizes ou tribunais incompetentes, em algumas sentenças a Corte IDH “considerou desnecessário se pronunciar sobre os outros aspectos do processo penal que poderiam ser alegadamente violadores do artigo 8 da Convenção”, na medida que “está enfrentando um procedimento defeituoso desde sua origem, o que implica que a vítima não teve acesso às garantias judiciais”.⁶⁴ Portanto, como o juiz García Ramírez apontou em seu voto individual no caso *Usón Ramírez*, “De certa forma, é uma questão – para usar uma expressão usada em questões probatórias - de ‘frutos de uma árvore envenenada’.”⁶⁵ Essa situação surgiu na maioria dos casos em que a justiça militar interveio quando não era competente, um tópico que desenvolvemos mais adiante.

4.2.1.1 .A jurisdição militar não é competente para julgar civis nem para ouvir casos de violações de Direitos Humanos

Em relação à jurisdição militar,⁶⁶ é particularmente interessante revisar a evolução da jurisprudência da Corte IDH para apresentar os respectivos padrões desenvolvidos.

57 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009. Voto individual do juiz Sergio García Ramírez, par. 6.

58 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. EP. 1998, par. 161. Corte IDH. *Caso Radiilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, par. 280.

59 Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. EPFRC. 2011, par. 77.

60 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. EP. 1998, par. 129. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 109.

61 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 75.

62 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 76.

63 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. FRC. 2001, par. 114.

64 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000, par. 115. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 120 e 124. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 202.

65 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009. Voto individual do juiz Sergio García Ramírez, par. 10.

66 Sobre o assunto da jurisdição militar, recomenda-se a leitura do capítulo do comentário sobre o artigo 2, por Ferrer Mac-Gregory e Pelayo.

A primeira sentença proferida pela Corte IDH sobre um caso que envolvia a aplicação de jurisdição militar foi a de *Genie Lacayo vs. Nicarágua*. Na referida sentença, a Corte IDH observou que “o fato de ser uma jurisdição militar não significa *per se* que se violam os Direitos Humanos que a Convenção garante à parte acusadora”⁶⁷ Nesse sentido, a Corte IDH verificou se nesse processo, independentemente de ter sido tramitado perante o foro militar, as devidas garantias foram respeitadas. A Corte IDH considerou que o pai da vítima “pôde intervir no procedimento militar, apresentar provas, interpor os respectivos recursos e, finalmente, recorrer em cassação ao Supremo Tribunal de Justiça da Nicarágua”, concluindo que “não podia afirmar que a aplicação dos decretos sobre processos militares teria restringido seus direitos processuais protegidos pela Convenção.”⁶⁸

Mais tarde, no caso de *Loayza Tamayo vs. Peru*,⁶⁹ a Corte IDH analisou o fato de que a vítima foi julgada perante a jurisdição militar por ‘juízes sem rosto’, ou seja, por juízes cujas identidades não eram conhecidas, situação que, para a Corte IDH, determinou a impossibilidade de o acusado avaliar sua competência. Naquela ocasião, a Corte IDH considerou que os tribunais militares agiram *ultra vires*, usurparam a jurisdição e invadiram os poderes dos órgãos judiciais ordinários.⁷⁰ A partir disso, concluiu que a vítima “foi processada e condenada por um procedimento excepcional no qual, obviamente, os direitos fundamentais que compõem o devido processo legal são significativamente restritos.”⁷¹

Não foi até o caso *Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*,⁷² e um ano depois, em *Durand e Ugarte vs. Peru*,⁷³ que a Corte IDH determinou padrões mais altos em relação à aplicação da jurisdição militar.

Com base nessa evolução, e levando em consideração a jurisprudência mais recente sobre o assunto, deve-se observar, em primeiro lugar, que a Corte de IDH afirmou que “a jurisdição militar é estabelecida em várias legislações para manter a ordem e a disciplina dentro das forças armadas.”⁷⁴ Na mesma linha, observou que “nos estados democráticos, em tempos de paz”, a jurisdição militar “tende a diminuir e até desaparecer”.⁷⁵ Nesse sentido, a Corte IDH declarou que, no caso de um Estado democrático de direito manter a jurisdição militar, deve cumprir três características: 1) ter um alcance restritivo e excepcional;⁷⁶ 2) “ser inspirada nos princípios e garantias que regem o direito penal moderno”⁷⁷ e, 3) “visar a proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções próprias das forças militares”.⁷⁸

Para materializar o alcance restritivo e excepcional da jurisdição militar, a Corte IDH enfatizou que esta deve ter limitações específicas com base na pessoa e na matéria. No tocante à pessoa, a jurisdição militar deve ser estritamente reservada ao pessoal militar ativo,⁷⁹ para que o julgamento de civis ou militares aposentados, que não podem cometer uma conduta contrária a deveres funcionais dessa natureza, seja excluído do escopo da jurisdição militar.⁸⁰ No que diz respeito à matéria ou ao bem jurídico

67 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. FRC. 1997, par. 84.

68 *Ibidem*, par. 85.

69 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. F. 1997.

70 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. F. 1997, par. 61.

71 *Ibidem*, par. 62.

72 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999.

73 Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. F. 2000.

74 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 128. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 147.

75 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 132. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 108.

76 Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. F. 2000, par. 117. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 194.

77 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 132. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, par. 272.

78 Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. F. 2000, par. 117. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 197. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 194.

79 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 128. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 194.

80 Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. F. 1999, par. 151. Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. F. 2000, par.

envolvido no caso, na jurisdição militar deve-se julgar “pela prática de crimes ou contravenções que, por sua própria natureza, atentem contra bens jurídicos da ordem militar”,⁸¹ cometidos no exercício de suas funções e sob certas circunstâncias.⁸²

Portanto, a Corte IDH estabeleceu que “a jurisdição penal militar não é a jurisdição competente para investigar e, quando apropriado, processar e punir os autores de violações de Direitos Humanos, e o processamento dos autores sempre deve ser atribuído à justiça ordinária”.⁸³ A Corte IDH especificou que “isso se aplica mesmo no caso de crimes nos quais o acusado é membro das forças armadas e não seja um civil o sujeito passivo do crime ou titular do bem jurídico protegido, porque de acordo com sua jurisprudência constante, a jurisdição penal militar deve visar a proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções próprias das forças armadas,⁸⁴ e todas as violações de Direitos Humanos devem ser conhecidas na jurisdição ordinária/comum,⁸⁵ o que inclui “os cometidos por militares contra militares”.⁸⁶ No caso *Vélez Restrepo e família vs. Colômbia*, a Corte IDH declarou que, embora esse padrão tenha sido desenvolvido principalmente através de casos de graves violações de Direitos Humanos, isso ocorre apenas porque os fatos apresentados à jurisdição da Corte IDH tinham esse caráter e não porque a jurisdição para conhecer o caso repousa única e exclusivamente nesses casos.⁸⁷

Consequentemente, em geral, “as vítimas de violações dos Direitos Humanos e os membros de sua família têm o direito de que essas violações sejam conhecidas e solucionadas por um tribunal competente, de acordo com o devido processo e o direito de acesso à justiça.”⁸⁸ Esta norma “é uma garantia do devido processo decorrente das obrigações contidas no artigo 8.1 da Convenção Americana”⁸⁹ e, portanto, deve ser respeitada pelos Estados Partes “a partir do momento em que ratifiquem o tratado”. Assim, o respeito à referida garantia “não depende apenas de o Tribunal ter reafirmado durante toda a sua jurisprudência”.⁹⁰

Com ainda mais razão, a Corte IDH estabeleceu que, quando uma lei outorga competência à jurisdição militar e determina as normas penais militares aplicáveis nessa jurisdição, “deve estabelecer clara e inequivocamente: a) quem é membro das forças armadas, os únicos sujeitos ativos de delitos militares; b) quais são as condutas delitivas típicas em especial no campo militar; c) a conduta ilegal por meio da descrição do dano ou ameaça de bens jurídicos militares severamente atacados que justifiquem o exercício do poder punitivo militar, e d) a sanção correspondente, levando em consideração o princípio da proporcionalidade”. Em troca, as autoridades que exercem jurisdição militar devem ser governadas “pelo princípio da legalidade e, entre outros, verificar a existência de todos os elementos constitutivos

117. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 111.

81 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 128. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 194.

82 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000, par. 112. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 147.

83 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 128. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 194.

84 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000, par. 112. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 147.

85 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, par. 273. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 147.

86 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco, Fernández Ortega e outros, e Rosendo Cantú e outra vs. México. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17 de abril de 2015*. Considerando 20. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 147.

87 Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. EPFRC. 2012, par. 243. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 403.

88 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, par. 275. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 195.

89 Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. EPFRC. 2012, par. 244. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 196.

90 Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. EPFRC. 2012, par. 241. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 196.

do tipo penal militar, bem como a existência ou inexistência de motivos para exclusão do crime”.⁹¹ No mesmo sentido, a Corte IDH indicou que um Estado não deve criar “tribunais que não apliquem normas processuais devidamente estabelecidas para substituir a jurisdição que normalmente corresponde aos tribunais comuns”,⁹² para “impedir que as pessoas sejam julgadas por tribunais especiais, criados para o caso ou *ad hoc*”.⁹³

Assim, quando uma corte militar resolve um caso que não envolve um bem jurídico militar ou em relação a um indivíduo que não faz parte ativa das forças armadas, a Corte IDH declarou categoricamente o processo inválido e ordenou que fosse garantido um novo julgamento com total observância do devido processo legal, ou simplesmente ordenou que os fatos fossem devidamente investigados pelos órgãos e jurisdições competentes, deixando à jurisdição interna a decisão sobre a figura processual para anular o processo que violou a lei de garantia do juiz competente. Seguindo o juiz García Ramírez em seu voto fundamentado na sentença do caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, como é um processo no qual a jurisdição militar não tem competência, a eventual ordem de um novo julgamento “não [...] afeta a coisa julgada - que não ocorreu - nem tampouco [...] a proibição de duplo processo pelos mesmos atos ou pelos mesmos crimes - porque o primeiro procedimento não foi, estritamente falando, um processo verdadeiro à mercê da fórmula *ne bis in idem*”.⁹⁴ Da mesma forma, em relação à estrutura e composição orgânicas dos tribunais militares, a Corte de IDH considerou que lhes falta independência e imparcialidade quando “seus membros são oficiais militares em serviço ativo, estão hierarquicamente subordinados aos superiores por meio da cadeia de comando, sua nomeação não depende de sua competência profissional e aptidão para exercer o cargo e funções judiciais, não possuem garantias suficientes de inamovibilidade e não possuem a formação jurídica necessária para desempenhar o cargo de juiz ou promotor.”⁹⁵

Segundo a Corte IDH, “quando a justiça militar assume jurisdição sobre um assunto que a justiça comum deve ouvir, o direito a um juiz natural e, *a fortiori*, o devido processo” são violados, o que, ao mesmo tempo, está intimamente ligado ao direito de acesso à justiça.⁹⁶ Essa declaração também é aplicável quando o processo está em fase de investigação perante o Ministério Público Militar, já que a incompatibilidade da CADH com a intervenção da jurisdição militar “não se refere apenas ao ato de julgar por um tribunal, mas fundamentalmente à própria investigação”, uma vez que a ação do referido promotor “constitui o começo e o pressuposto necessário para a intervenção subsequente de um tribunal incompetente”.⁹⁷

Além disso, a Corte IDH estabeleceu que “a violação do princípio do juiz natural ocorre durante o período em que as autoridades militares participaram da investigação ou processos que envolvem violações dos Direitos Humanos”. Assim, por exemplo, nas sentenças dos casos *Quispialaya Vilcapoma*,⁹⁸ *Osorio Rivera e Familiares*,⁹⁹ e *La Cantuta*,¹⁰⁰ todos contra o Peru, a Corte IDH declarou a responsabilidade internacional do Estado “por violação do princípio do juiz natural, somente pelo tempo em

91 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 125-126. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 110.

92 Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 129. Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 50.

93 *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 50.

94 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009. Voto individual do juiz Sergio García Ramírez, par. 7.

95 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 155. Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, par. 149.

96 Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 128. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 195.

97 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPFRC. 2010, par. 177. Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. EPFRC. 2012, par. 238.

98 Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 141-152.

99 Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 187-191.

100 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. FRC. 2006, par. 140-142 e 145.

que esses processos estiveram em operação, pois mais tarde a investigação continuou na jurisdição que deveria tê-los conhecido desde o início, ou seja, na jurisdição comum”.¹⁰¹

Por fim, a Corte IDH indicou que o caráter restritivo e excepcional da jurisdição penal militar também se aplica à fase de execução da sentença, por exemplo, se a respectiva reclusão ocorrer em instalações militares.¹⁰² A esse respeito, a Corte IDH alertou que isso “não significa que o confinamento em instalações militares seja por si só uma violação da CADH, nem implica que oficiais militares aposentados ou ativos [...] não possam cumprir sentenças em locais especiais de confinamento, incluindo instalações militares, em virtude de circunstâncias excepcionais que justificam a referida medida”. Nesse sentido, a Corte IDH lembrou que “o Estado é especialmente obrigado a garantir os direitos das pessoas em circunstâncias de privação de liberdade”.¹⁰³ Certamente, a Corte IDH indicou que “devido às funções desempenhadas antes de sua privação de liberdade, o detido pode exigir a adoção de medidas especiais para superar qualquer situação de risco à vida e à integridade física, psíquica ou moral, de modo a garantir totalmente sua segurança dentro da prisão onde está ou para a qual pode ser transferido, ou mesmo através de sua localização em outro centro de detenção onde seus direitos estiverem melhores protegidos.”¹⁰⁴ Para considerar que uma pena imposta viola a CADH, a Corte IDH considerou que “são necessários elementos adicionais que demonstrem que, devido às circunstâncias particulares do caso, a reclusão em uma instalação militar é contrária à legislação em vigor ou a uma ordem judicial; não é justificada por razões válidas, como a proteção da vida e da integridade da pessoa detida; constitui um privilégio ou benefício arbitrário a favor de autoridades militares que cometeram graves violações de Direitos Humanos ou se degenerou em uma situação que não permite a execução da sanção nos termos em que foi imposta pelas autoridades internas ou a torna nula, entre outras razões.”¹⁰⁵

4.2.2 Direito ao devido processo perante um juiz ou tribunal independente

A Corte IDH estabeleceu que os juízes, diferentemente de outros funcionários públicos, têm garantias devido à independência com a qual o Poder Judiciário deve operar, a qual considera como “essencial para o exercício de suas funções”.¹⁰⁶ Assim, “os réus têm o direito, derivado da Convenção Americana, de que os juízes que decidem suas controvérsias sejam e pareçam ser independentes”.¹⁰⁷

Nesse sentido, a Corte IDH afirmou que o exercício independente das funções dos juízes deve ser garantido pelo Estado através de duas facetas, a institucional e a individual.

101 Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 198-200. Note-se que no caso da *Comunidade Camponesa de Santa Bárbara vs. Peru*, “a violação foi considerada um obstáculo às investigações, uma vez que a Corte não possuía informações sobre o que aconteceu posteriormente na jurisdição militar”. Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 244-246. Ao contrário, na sentença do caso *Tarazona Arrieta e outros vs. Peru*: “O artigo 8 da Convenção não foi declarado violado pelas investigações realizadas na jurisdição militar, uma vez que o processo iniciado contra o agressor era conhecido pela jurisdição militar há menos de um ano e que, posteriormente à reabertura do caso, foi conhecido apenas pela jurisdição comum, que finalmente condenou a pessoa responsável. Além disso, nesse caso, a jurisdição comum nunca parou de ouvir as supostas violações porque não respondeu ao pedido feito pelo juiz militar. Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta e outros vs. Peru*. EPFRC. 2014, par. 108-110.

102 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 29. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPFRC. 2010, par. 152. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPFRC. 2014, par. 464.

103 Corte IDH. *Assunto das penitenciárias de Mendoza a respeito da Argentina*. Medidas Provisórias. Resolução de 27 de novembro de 2007. Considerando décimo. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPFRC. 2014, par. 465.

104 Corte IDH. *Caso María Lourdes Afuni a respeito da Venezuela*. Medidas Provisórias. Resolução do Presidente de 10 de dezembro de 2010. Considerando décimo segundo. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPFRC. 2014, par. 465.

105 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPFRC. 2014, par. 469.

106 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, par. 171. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 190.

107 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 114. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 218.

Do ponto de vista institucional, em relação ao Judiciário como sistema, o Estado deve evitar que o sistema judicial em geral e seus membros em particular estejam sujeitos a possíveis restrições indevidas no exercício de sua função por órgãos fora do referido Poder.¹⁰⁸ A Corte IDH considerou, assim, que a dimensão institucional “está relacionada a aspectos essenciais para o Estado de Direito, como o princípio da separação de poderes e o importante papel desempenhado pela função judicial na democracia. Por esse motivo, essa dimensão institucional transcende a figura do juiz e afeta coletivamente toda a sociedade. Da mesma forma, existe uma relação direta entre a dimensão institucional da independência judicial e o direito dos juizes de acessar e permanecer em suas posições em condições gerais de igualdade, como expressão de sua garantia de estabilidade.”¹⁰⁹

Da faceta individual, em relação à pessoa do juiz específico, deve-se evitar que ele ou ela esteja sujeito a restrições ou pressão indevida por parte dos magistrados que exercem funções de revisão ou recurso.¹¹⁰ Veja por exemplo o caso *Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*, no qual a Corte IDH observou que “de acordo com a Lei Orgânica da Justiça Militar, a nomeação dos membros do Conselho Supremo de Justiça Militar, o mais alto órgão do sistema de justiça militar do país, era realizada pelo Ministro do setor pertinente” e que “os membros do Conselho Militar Supremo foram aqueles que, por sua vez, determinaram futuras promoções, incentivos profissionais e atribuição de funções de seus inferiores”. Essa constatação “pôs a independência dos juizes militares em dúvida.”¹¹¹

Nessa mesma linha, e levando em consideração os *Princípios Básicos das Nações Unidas Relativos à Independência da Magistratura*, a Corte IDH destacou que um dos principais objetivos da separação de poderes públicos é, precisamente, a garantia da independência dos juizes e que, para tais propósitos, “os diferentes sistemas políticos criaram procedimentos rigorosos, tanto para a nomeação quanto para a remoção”.¹¹² Consequentemente, com base na jurisprudência do TEDH nos casos *Campbell e Fell vs. Reino Unido* e *Langborger vs. Suécia*, bem como nos mencionados *Princípios Básicos das Nações Unidas*, a Corte IDH estabeleceu que três garantias derivam da independência judicial: um processo adequado de nomeação,¹¹³ a inamovibilidade no cargo¹¹⁴ e a garantia contra a pressão externa.¹¹⁵

Quanto ao processo de nomeação, a Corte IDH indicou que para a implementação de um regime verdadeiramente independente, os Estados devem estabelecer procedimentos que respeitem os parâmetros básicos de objetividade e razoabilidade, a fim de evitar um alto grau de discricão na seleção do pessoal da carreira judicial e promover que as pessoas escolhidas sejam as mais adequadas.¹¹⁶ Quanto ao escopo da inamovibilidade, a Corte IDH tomou como referência os mencionados Princípios Básicos 11 e 12, segundo os quais “a lei garantirá a permanência no cargo de juizes pelos períodos estabelecidos”, tanto os nomeados por decisão administrativa quanto os eleitos, até atingirem a idade da aposentadoria forçada ou o prazo para o qual foram nomeados ou eleitos. A garantia de estabilidade e inamovibilidade dos juizes “não é absoluta”.¹¹⁷ Nesse sentido, com base no Comentário Geral nº 32 do Comitê de

108 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 55. Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 186. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 194 e 218.

109 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 55. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 194.

110 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 55. Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 186. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 194 e 218.

111 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 129-130.

112 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001, par. 73. Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, par. 303.

113 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001, par. 75. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 191.

114 *Idem*.

115 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001, par. 73. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 191.

116 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 74.

117 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013, par. 191-192.

Direitos Humanos, a Corte IDH destacou que “os juízes só podem ser removidos por graves violações disciplinares ou incompetência e de acordo com procedimentos justos que assegurem a objetividade e imparcialidade de acordo com a constituição ou com a lei”, bem como o exercício correspondente do direito de defesa.¹¹⁸ Isso ocorre sempre que a livre remoção de juízes “promove a dúvida objetiva do observador sobre a possibilidade efetiva de quem decide controvérsias específicas sem medo de retaliação.”¹¹⁹ Dessa forma, “a autoridade encarregada do processo de destituição de um juiz deve se comportar de forma independente e imparcial no procedimento estabelecido para esse fim e permitir o exercício do direito de defesa.”¹²⁰

Com relação à garantia contra pressão externa, os mencionados Princípios Básicos 2 e 4 estabelecem que os juízes resolverão os assuntos que conhecem “com base nos fatos e de acordo com a lei, sem qualquer restrição e sem influências, incentivos, pressões, ameaças ou interferência indevida, direta ou indireta, de qualquer setor ou por qualquer motivo.”¹²¹

Dessa maneira, “o Estado deve abster-se de interferir indevidamente no Judiciário ou em seus membros, isto é, em relação à pessoa do juiz específico, e deve impedir tal interferência e investigar e punir aqueles que a cometerem”.¹²²

Com base no anterior, a Corte IDH estabeleceu que “(i) o respeito pelas garantias judiciais implica respeitar a independência judicial; (ii) as dimensões da independência judicial se traduzem no direito subjetivo do juiz de ser separado do cargo exclusivamente devido aos motivos permitidos, seja por meio de um processo que cumpra as garantias judiciais ou porque o prazo foi concluído o prazo ou período de seu mandato, e (iii) quando a permanência dos juízes em seu cargo for arbitrariamente afetada, o direito à independência judicial consagrado no artigo 8.1 da CADH será violado, em conjunto com o direito de acesso e permanência em condições gerais de igualdade em um cargo público, estabelecido no artigo 23.1.c) da Convenção Americana.”¹²³

Nesse ponto, deve-se notar que, embora na sentença do caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, a Corte IDH declarou “que o direito a um juiz independente consagrado no artigo 8.1 da Convenção implicava apenas o direito de um cidadão ser julgado por um juiz independente”,¹²⁴ os casos do Tribunal Constitucional (*Camba Campos e outros*) e do Supremo Tribunal de Justiça (*Quintana Coello e outros*), ambos contra o *Equador*, permitiram especificar esta jurisprudência afirmando que “a independência judicial não deve ser analisada apenas em relação ao réu, uma vez que o juiz deve ter uma série de garantias que possibilitem a independência judicial”, de tal forma que “a violação da garantia de independência judicial, relativas à inamovibilidade e estabilidade de um juiz em seu cargo, devem ser analisadas à luz dos direitos convencionais de um juiz quando ele é afetado por uma decisão do estado que afeta arbitrariamente o período de sua nomeação. Nesse sentido, a garantia institucional da

118 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001, par. 74. Corte IDH. *Caso da Corte Suprema de Justiça (Quintana Coello e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013, par. 118. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 196 e 199-200.

119 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 196 e 200.

120 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001, par. 74. Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013, par. 198. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 196 e 200.

121 Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, par. 100. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 197.

122 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 146. Corte IDH. *Caso Atala Rizzo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 186.

123 Corte IDH. *Caso da Corte Suprema de Justiça (Quintana Coello e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013, par. 155. Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013, par. 199. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 192.

124 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 148.

independência judicial está diretamente relacionada ao direito do juiz de permanecer no cargo, como consequência da garantia da inamovibilidade no cargo.”¹²⁵

A seguir, apresentamos o desenvolvimento jurisprudencial de duas situações específicas nas quais a Corte IDH se referiu à independência judicial: juízes provisórios e julgamentos políticos.

4.2.2.1 *Independência judicial em relação à nomeação, permanência e destituição de juízes provisórios*

A Corte IDH indicou que “o Estado deve oferecer as garantias que emanam do princípio da independência judicial, tanto para os juízes titulares quanto para os provisórios.”¹²⁶ Os juízes provisórios e temporários são, por definição, escolhidos de maneira diferente dos juízes titulares e não têm mandato ilimitado no cargo. Assim, de acordo com a jurisprudência da Corte IDH, “embora as garantias que os juízes titular e provisório devam ter sejam as mesmas [...], elas não implicam a mesma proteção para ambos os tipos de juízes”. No entanto, em relação ao processo de nomeação, a Corte IDH indicou que “isso não significa que os juízes provisórios e temporários não devam ter nenhum procedimento quando forem nomeados, pois de acordo com os já citados Princípios Básicos ‘todo método usado para a seleção de pessoal judiciário garantirá que eles não sejam nomeados por razões impróprias.’”¹²⁷

Da mesma forma, no que diz respeito à inamovibilidade, a Corte IDH declarou que os juízes provisórios podem usufruir de todos os benefícios da permanência até que tenha lugar a condição resolútoría que legalmente termina o seu mandato,¹²⁸ “como o cumprimento do prazo predeterminado ou a celebração e conclusão de um concurso público de oposição e antecedentes que nomeie o substituto do juiz provisório em caráter permanente.”¹²⁹ Portanto, “juízes provisórios e temporários devem ter um certo tipo de estabilidade na posição, essa provisionalidade não é o mesmo que a livre remoção.”¹³⁰

Em relação à garantia contra pressões externas, a Corte IDH destacou sua estreita ligação com a da inamovibilidade do cargo: “Se os juízes provisórios não tiverem a garantia de permanência por um determinado período, estarão vulneráveis a pressões de diferentes setores, principalmente aqueles que têm o poder de decidir sobre demissões ou promoções no Judiciário.”¹³¹

Não obstante o exposto, a Corte IDH considerou que “as nomeações provisórias devem constituir uma situação excepcional e não a regra, já que a prorrogação do status provisório dos juízes ou o fato de a maioria dos juízes encontrar-se nessa situação geram obstáculos significativos à independência judicial.”¹³² Nesse sentido, a Corte IDH especificou que “para que o Judiciário cumpra a função de garantir a melhor adequação de seus membros, nomeações provisórias não podem ser prorrogadas indefinidamente, de forma que se tornem compromissos permanentes”. Isso explica por que a provisionalidade é admissível como uma exceção que deve ter uma duração limitada “para ser compatível com o direito de acesso às funções públicas em igualdade de condições”.¹³³

125 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013, par. 179.

126 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 114. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, par. 103.

127 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 115. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, par. 104.

128 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 116. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, par. 105.

129 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 43. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, par. 105.

130 Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, par. 105 e 117.

131 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 117. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, par. 106.

132 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 43. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, par. 107.

133 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 118. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs.*

4.2.2.2 Independência judicial em relação a julgamentos políticos

No caso do Tribunal Constitucional vs. Peru, referindo-se à demissão arbitrária de três magistrados como resultado da aplicação de uma sanção por parte do Poder Legislativo no âmbito de um julgamento político, a Corte IDH considerou necessário recordar que:

Toda pessoa sujeita a qualquer tipo de julgamento perante um órgão do Estado deve ter a garantia de que esse órgão é competente, independente e imparcial e age de acordo com o procedimento legalmente estabelecido para o conhecimento e resolução do caso a ele submetido.¹³⁴

Nesse sentido, especificou que “qualquer forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção” é ilegal e que isso é mais importante “quando o Estado exerce seu poder sancionador, uma vez que isso não apenas pressupõe a total adesão das ações das autoridades à ordem legal, mas também implica a concessão de garantias mínimas do devido processo a todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição.”¹³⁵

Além disso, a Corte IDH mencionou a necessidade de garantir a independência de qualquer juiz de um Estado sob o Estado de Direito “e, especialmente, o do juiz constitucional”, devido à natureza dos assuntos a ele submetidos.¹³⁶ Isso com atenção às causas que, no caso específico, derivadas do exercício de poderes do Congresso para realizar o impeachment e determinar a responsabilidade dos magistrados do Tribunal Constitucional acima mencionados.

Essa jurisprudência foi ratificada pela Corte IDH nos casos da Corte Constitucional (*Camba Campos e outros*),¹³⁷ e da Suprema Corte de Justiça (*Quintana Coello e outros*),¹³⁸ ambos contra a Equador.

4.2.3 Direito ao devido processo perante um juiz ou tribunal imparcial

A Corte de IDH estabeleceu que uma de suas premissas fundamentais é o devido processo “para que o juiz que intervenha em uma disputa específica deva abordar os fatos do caso de maneira imparcial”.¹³⁹ Isso pressupõe que “o juiz ou tribunal no exercício de sua função tem a maior objetividade para enfrentar o julgamento”,¹⁴⁰ o que, por sua vez, permite que “os tribunais inspirem a confiança necessária nas partes do caso, bem como nos cidadãos de uma sociedade democrática”.¹⁴¹ A falta de imparcialidade não é presumida, mas deve ser avaliada caso a caso.¹⁴²

Nesse sentido, com base na jurisprudência do TEDH no caso *Daktaras vs. Lituânia*, a Corte IDH estabeleceu que a imparcialidade do juiz deve ser analisada sob duas perspectivas, a subjetiva e a objetiva.¹⁴³ A imparcialidade pessoal ou subjetiva pressupõe que “o juiz que intervém em uma determinada disputa aborda os fatos do caso carecendo, subjetivamente, de todo preconceito pessoal.”¹⁴⁴ Essa

Venezuela. EPFRC. 2011, par. 107.

134 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001, par. 68. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. Interpretação de Sentença. EPFRC. 2014, par. 258.

135 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001, par. 68. Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013, par. 166.

136 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001, par. 75. Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013, par. 166.

137 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013, par. 166.

138 Corte IDH. *Caso da Corte Suprema de Justiça (Quintana Coello e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013.

139 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, par. 171. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. FRC. 2010, par. 177. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 233.

140 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, par. 171. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPFRC. 2016, par. 162.

141 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, par. 171. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPFRC. 2016, par. 162.

142 Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, par. 168.

143 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, par. 171. Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 189 e 234.

144 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, par. 171. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPFRC. 2016, par. 162.

imparcialidade “é presumida, a menos que haja evidência do contrário, consistindo, por exemplo, na demonstração de que algum membro de um tribunal ou o juiz tem preconceito ou parcialidade pessoal contra os litigantes.”¹⁴⁵ Quanto ao tipo de evidência necessária para provar a imparcialidade subjetiva, seguindo o TEDH no caso de *Kyprianou vs. Chipre*, a Corte IDH indicou que deve ser feita uma tentativa de determinar “se o juiz manifestou hostilidade ou se o caso lhe foi atribuído por razões pessoais”, o que permite conhecer seus interesses ou motivações pessoais em um determinado assunto.¹⁴⁶

A imparcialidade objetiva se prova oferecendo garantias suficientes que permitem levantar qualquer dúvida que o acusado ou a comunidade possam ter sobre a ausência de imparcialidade.¹⁴⁷ De acordo com o Princípio 2 dos mencionados Princípios Básicos das Nações Unidas, “o juiz deve parecer que age sem estar sujeito a influência, incentivo, pressão, ameaça ou interferência, direta ou indireta, mas apenas e exclusivamente de acordo com - e movido pela - lei”.¹⁴⁸ Dessa forma, seguindo a jurisprudência do TEDH nos casos *Pabla KY vs. Finlândia e Morris vs. Reino Unido*, “é preciso determinar se, além do comportamento pessoal dos juizes, existem fatos verificáveis que podem suscitar dúvidas quanto à sua imparcialidade. Nesse sentido, até as aparências podem ter alguma importância.”¹⁴⁹ Assim, por exemplo, a Corte de IDH declarou que se “as próprias forças armadas, engajadas no combate a [...] grupos insurgentes, estão encarregadas de julgar indivíduos ligados a esses grupos”, a imparcialidade que o juiz deve ter é consideravelmente afetada.¹⁵⁰

Conseqüentemente, a imparcialidade do tribunal implica “que seus membros não tenham interesse direto, posição assumida, preferência por nenhuma das partes e que não estejam envolvidos na controvérsia”.¹⁵¹ Nesse sentido, a Corte IDH destacou que “uma violação do artigo 8.1 da CADH pela suposta falta de imparcialidade judicial dos juizes deve ser estabelecida com base em elementos probatórios específicos e concretos que indiquem que está se efetivamente diante de um caso em que os juizes foram claramente influenciados por aspectos ou critérios fora das normas legais”.¹⁵²

Dito isso, e já que a garantia da imparcialidade judicial deve ser respeitada pelas autoridades judiciais *ex officio*, a Corte IDH, em seguimento à jurisprudência do TEDH nos casos *Micallef vs. Malta e Castillo Algar vs. Espanha* indicou que “se existir uma razão legítima e objetiva para questionar a imparcialidade [...], o juiz deve abster-se de participar da adoção da decisão correspondente.”¹⁵³ No entanto, a Corte IDH considerou que “mesmo quando permitido pela legislação nacional, a inibição não é suficiente para garantir a imparcialidade do órgão julgador, uma vez que deve ser demonstrado que o réu teve a possibilidade de questionar a adequação e competência do juiz, e que este, devendo ter-se inibido não o fez.”¹⁵⁴

Portanto, caso um juiz não seja inibido e exista dúvida sobre sua imparcialidade, a Corte IDH se referiu à figura da recusa, que é uma instituição que “tem um duplo objetivo: por um lado, atua como

145 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”)* vs. Venezuela. EPFRC. 2008, par. 56. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPFRC. 2016, par. 163.

146 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 234. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPFRC. 2016, par. 163.

147 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, par. 171. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 233.

148 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”)* vs. Venezuela. EPFRC. 2008, par. 56. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPFRC. 2016, par. 162.

149 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, par. 170.

150 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 129-130.

151 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 146. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPFRC. 2016, par. 162.

152 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 190. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPFRC. 2016, par. 165.

153 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 147. Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 238.

154 Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 226.

uma garantia para as partes no processo e, por outro lado, procura dar credibilidade à função desempenhada pela jurisdição.”¹⁵⁵

Com base na recusa, “é concedido o direito às partes de exigir a separação de um julgador quando, além de sua conduta pessoal, existem fatos demonstráveis ou elementos convincentes que produzem temores fundados ou suspeitas legítimas de parcialidade sobre sua pessoa, impedindo assim que sua decisão seja vista como motivada por razões alheias ao Direito e que, portanto, o funcionamento do sistema judicial se veja distorcido”.¹⁵⁶ No entanto, embora “a recusa seja um instrumento processual destinado a proteger o direito de ser julgado por um órgão imparcial”, não é um elemento constitutivo ou definidor do referido direito. Em outras palavras, “um juiz que não pode ser contestado não necessariamente é -ou atuará de forma- parcial, do mesmo modo que um juiz que pode ser contestado não necessariamente é -ou atuará de forma- imparcial”.¹⁵⁷ Assim, o desafio “não deve necessariamente ser visto como um julgamento da retidão moral do funcionário contestado, mas como uma ferramenta que provê confiança a quem acode ao Estado solicitando a intervenção de órgãos que devem ser e aparentar ser imparciais”.¹⁵⁸

Quanto ao direito ao devido processo perante um juiz ou tribunal imparcial, apresentamos a jurisprudência da Corte IDH em dois tipos de casos específicos: o órgão legislativo responsável por julgamentos políticos e os órgãos profissionais de supervisão médica.

4.2.3.1 Imparcialidade no órgão legislativo encarregado de julgamentos políticos

No caso do *Tribunal Constitucional vs. Peru*, no âmbito do impeachment realizado pelo Congresso da República em relação a três magistrados daquele órgão, a Corte IDH constatou, *inter alia*, que: 1) “40 congressistas enviaram uma carta ao Tribunal Constitucional solicitando que se pronunciasse sobre a inconstitucionalidade ou não da Lei [...], relacionada a reeleição presidencial”; 2) “alguns dos congressistas que enviaram a referida comunicação participaram posteriormente das diferentes comissões e subcomissões designadas no processo de impeachment” promovidas no Congresso contra o pronunciamento dos três magistrados sobre a referida lei, e 3), apesar da expressa proibição do Regulamento do Congresso, alguns membros da Comissão Permanente participaram da votação da destituição constitucional dos magistrados acima mencionados. Em consequência, a Corte IDH concluiu que “o Congresso, no processo de impeachment, não garantiu aos juízes demitidos a garantia de imparcialidade exigida no artigo 8.1 da Convenção Americana.”¹⁵⁹ Assim, ao mencionar os mencionados *Princípios Básicos das Nações Unidas*, a Corte IDH lembrou que, em relação à possibilidade de destituição de juízes, “a autoridade encarregada do processo [...] deve se conduzir imparcialmente no procedimento estabelecido para esse fim e permitir o exercício do direito de defesa.”¹⁶⁰

4.2.3.2 Imparcialidade nos órgãos de supervisão profissional médica

No caso *Albán Cornejo e outros vs. Equador*, a Corte IDH considerou oportuno expressar algumas considerações sobre a imparcialidade no trabalho realizado pelos órgãos de supervisão dos profissionais médicos, tomando como referência a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, e a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, todas aprovadas pela Conferência Geral da Unesco.

155 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 63. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 224.

156 *Idem*.

157 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 64. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 225.

158 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 64. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, par. 224.

159 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001, par. 78.

160 *Ibidem*, par. 74.

A Corte IDH observou que, “dentro das funções dos tribunais dos colégios profissionais de medicina, há aquelas relacionadas ao dever de supervisionar e garantir o exercício ético da profissão e proteger os bens jurídicos relacionados à prática médica, como a vida, a integridade pessoal e o gerenciamento de informações científicas médicas sobre a saúde dos pacientes.”¹⁶¹

Por esse motivo, a Corte IDH considerou “essencial que os órgãos de supervisão profissional, ao conhecer e exercer controle sobre a prática profissional de médicos e sancioná-los disciplinarmente, o façam de forma imparcial, objetiva e diligente para proteger os bens e valores daqueles que atendem ao desempenho profissional, guiados pelas diretrizes geralmente aceitas de ética, bioética, ciência e técnica.” Isso, acima de tudo, tendo em conta que “as conclusões alcançadas pelos órgãos profissionais podem influenciar significativamente o exame realizado, por sua vez, por parte das autoridades do Estado, mesmo quando não se encontrem formalmente limitadas, condicionadas ou vinculadas por elas”.¹⁶²

4.3 Direito a que o juiz ou tribunal de decida os casos submetidos à sua consideração dentro de um prazo razoável

Reconhecendo que o “prazo razoável” não é um conceito de definição simples,¹⁶³ o Tribunal indicou que o direito de acesso à justiça “deve garantir a determinação dos direitos da pessoa em um prazo razoável”¹⁶⁴, já que uma demora prolongada ou “a falta de razoabilidade do prazo constitui, em princípio, por si mesma, uma violação de garantias judiciais”.¹⁶⁵

Nesse sentido, seguindo o precedente do TEDH no caso *Guincho vs. Portugal*, a Corte IDH estabeleceu que a razoabilidade do prazo deve ser avaliada em relação à duração total do processo, desde o primeiro ato processual até proferir uma sentença definitiva e firme sobre o assunto - incluindo os recursos que eventualmente possam ser apresentados - com o que a jurisdição se esgota.¹⁶⁶ Particularmente em matéria penal, “esse período começa quando o primeiro ato processual contra uma determinada pessoa é apresentado como provável responsável por um determinado crime”, por exemplo, na data da apreensão do indivíduo¹⁶⁷ ou, se isso não ocorrer, a partir do momento em que a autoridade judicial tomar conhecimento do caso.¹⁶⁸ Assim, o princípio do “prazo razoável” visa impedir que o acusado permaneça por longos períodos de tempo sob acusação e garantir que esta seja decidida prontamente.¹⁶⁹

Além disso, deve-se notar que, embora inicialmente a Corte IDH tenha estabelecido que o período de cumprimento de uma sentença corresponde à análise do artigo 25.2.c) da CADH por ter esse “vínculo direto com a proteção judicial efetiva para a execução das sentenças internos”,¹⁷⁰ essa norma foi posteriormente diferenciada, considerando que “a análise da etapa de execução da sentença também pode ser usada para levar em consideração o prazo de duração de um processo, a fim de determinar seu impacto no prolongamento do prazo razoável.¹⁷¹ Além disso, a Corte IDH especificou que, embora seja verdade que “em termos gerais a duração global de um processo deve ser considerada para analisar seu

161 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador*. FRC. 2007, par. 77.

162 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador*. FRC. 2007, par. 78.

163 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. FRC. 1997, par. 77.

164 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. F. 1997, par. 73. Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, par. 152. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 237.

165 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. F. 1997, par. 73. Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, par. 152. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 237.

166 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. F. 1997, par. 71. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 176.

167 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. F. 1997, par. 70.

168 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 168.

169 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. F. 1997, par. 70.

170 Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. EPFRC. 2011, par. 84. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 149.

171 Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 149-150.

prazo razoável, em determinadas situações particulares pode ser pertinente a avaliação específica de suas diferentes etapas.¹⁷²

Dito isso, na mesma linha que a jurisprudência do TEDH no caso *Motta e Ruiz Mateos vs. Espanha*, a Corte IDH estabeleceu que a determinação da razoabilidade do prazo de um processo deve considerar quatro elementos: 1) a complexidade do assunto; 2) a atividade processual da parte interessada; 3) a conduta das autoridades judiciais;¹⁷³ e 4) a afetação gerada pela duração do procedimento na situação jurídica da pessoa envolvida.¹⁷⁴ Deve-se observar que, ao avaliar esse prazo razoável, a Corte IDH observa também a legislação nacional sobre o assunto.¹⁷⁵

Quanto à complexidade do assunto, a Corte IDH levou em consideração vários critérios para determiná-la.¹⁷⁶ Entre eles, “a duração das investigações e a amplitude das provas”, “o número significativo de incidentes e instâncias”,¹⁷⁷ a própria complexidade da prova,¹⁷⁸ a pluralidade de sujeitos processuais,¹⁷⁹ e supostas vítimas,¹⁸⁰ a impossibilidade de detenção dos acusados,¹⁸¹ o tempo decorrido desde a violação,¹⁸² as características do recurso estabelecidas na legislação nacional,¹⁸³ o contexto em que a violação ocorreu,¹⁸⁴ se o assunto envolve discussões técnicas,¹⁸⁵ se trata de assuntos de grande relevância e/ou que requerem cuidados especiais, bem como se envolve processos usuais para os Estados.¹⁸⁶ Nesse sentido, tomando como fonte o TEDH no caso *Milasi vs. Itália*, a Corte IDH estabeleceu que “a complexidade deve ser determinada pela natureza das acusações, pelo número de acusados e pela situação política e social que prevalece no local e tempo da ocorrência dos fatos”.¹⁸⁷ De qualquer forma, também citando o TEDH no caso *Baraona vs. Portugal*, a Corte IDH indicou que “mesmo diante de um caso complexo em seus aspectos fundamentais, os tribunais internos devem agir com a devida prontidão na resolução do caso.”¹⁸⁸

172 Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colômbia*. EPFRC. 2013, par. 403. Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta e outros vs. Peru*. EPFRC. 2014, par. 100.

173 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. FRC. 1997, par. 77. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 238.

174 Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. FRC. 2008, par. 155. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 238.

175 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, par. 130. Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 160.

176 Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 156. Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015, par. 300. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 179.

177 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. FRC. 1997, par. 78. Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPFR. 2012, par. 165.

178 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. FRC. 1997, par. 78. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009, par. 157.

179 *Ver, inter alia*, Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Equador*. FRC. 2005, par. 106. Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, par. 133. Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPFR. 2012, par. 165.

180 *Ver, inter alia*, Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 221. Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPFR. 2012, par. 165.

181 Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. FRC. 2008, par. 156.

182 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPFRC. 2008, par. 150. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, par. 245. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 158.

183 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPF. 2008, par. 83. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 158.

184 Corte IDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 184. Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 293. Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. FRC. 2008, par. 156.

185 Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011, par. 163 e 176. Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPFR. 2012, par. 165.

186 Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. FRC. 2012, par. 67.

187 Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, par. 190. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 179.

188 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, par. 130.

Quanto à atividade processual do interessado, segundo a Corte IDH, os “comportamentos que por ação ou omissão afetam o prolongamento da ação judicial interna”¹⁸⁹ devem ser avaliados para verificar se o expediente disponível perante a Corte IDH indica que as supostas vítimas ou seus parentes impediram ou atrasaram os processos judiciais.¹⁹⁰ Citando a jurisprudência do TEDH nos casos *Guichon vs. França*, *Stoidis vs. Grécia* e *Glaser vs. Reino Unido*, a Corte IDH indicou que “se a conduta processual da pessoa interessada em obter justiça contribuiu até certo ponto para prolongar indevidamente a duração do processo, dificilmente se configura por parte do Estado uma violação à norma sobre o prazo razoável.”¹⁹¹ Assim, a Corte IDH avaliou, *inter alia*, se o interessado obstaculizou o processo interno ou se participou ativamente, fazendo todo o possível para avançar em sua resolução;¹⁹² se havia desinteresse de sua parte ou se limitava a apresentar os meios de impugnação reconhecidos pela legislação do país.¹⁹³ Nesse sentido, a Corte IDH considerou que “a interposição de recursos constitui um fator objetivo, que não deve ser atribuído nem à suposta vítima nem ao Estado demandado, mas deve ser levado em consideração como elemento objetivo para determinar se a duração do procedimento excedeu o período razoável.”¹⁹⁴

No que diz respeito à conduta das autoridades judiciais, são avaliados os comportamentos que, por sua ação ou omissão, afetam o prolongamento da ação judicial interna,¹⁹⁵ assim como todos os processos ou procedimentos não judiciais que, de alguma forma, impactam no caso e que podem deixar entrever o comportamento das autoridades públicas.¹⁹⁶ Assim, por exemplo, o prazo razoável não é respeitado no caso de uma investigação ter sido abandonada sem alcançar a identificação e a punição dos responsáveis,¹⁹⁷ ou quando as autoridades não aceleram o processo sob sua responsabilidade e não levam em consideração os efeitos que o tempo teria sobre os direitos dos envolvidos.¹⁹⁸ Em sua análise, a Corte IDH também avaliou as ações das autoridades do Estado como réu no processo, a fim de determinar se os atrasos poderiam ser atribuídos a eles.¹⁹⁹ Da mesma forma, e vinculada ao elemento anterior, a Corte IDH indicou que “o juiz interno, como autoridade competente para dirigir o processo, tem o dever de dirigi-lo, [...] de modo a restringir o uso desproporcional de ações que possam ter efeitos dilatórios.”²⁰⁰ Assim, a Corte IDH recordou que “o Estado, no exercício de sua função judicial, possui um dever jurídico próprio; de maneira que a conduta das autoridades judiciais não deve depender exclusivamente da iniciativa processual do autor dos processos.”²⁰¹

No que concerne o efeito gerado pela duração do processo na situação jurídica da pessoa envolvida, a Corte IDH indicou que “se a passagem do tempo tem um impacto relevante na situação jurídica do indivíduo, será necessário que o procedimento seja executado com mais diligência para que o caso seja resolvido em um período breve”. Para fazer isso, a matéria objeto da controvérsia deve ser levada em consideração, entre outros elementos.²⁰² Dessa forma, as exigências do prazo razoável não são respeita-

189 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002, par. 57.

190 Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. FRC. 2008, par. 157.

191 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002, par. 57.

192 Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. FRC. 2012. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 169-175. Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. FR. 2012, par. 226.

193 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. FRC. 1997, par. 79.

194 Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013, par. 173-174. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 211.

195 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002, par. 57.

196 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPFRC. 2003, par. 131.

197 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPFRC. 2005, par. 162.

198 Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. FRC. 2012, par. 70. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 179-186. Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. FR. 2012, par. 227.

199 Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 187.

200 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. FRC. 2003, par. 114-115. Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. FRC. 2003, par. 207.

201 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPF. 2008, par. 83. Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, par. 265.

202 Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. FRC. 2008, par. 155. Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. FRC. 2012, par. 75. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 187.

dos quando não são levados em consideração os direitos e interesses em jogo no processo, ou os danos significativos, irreversíveis e irremediáveis que o atraso na decisão judicial pode gerar na situação jurídica e nos direitos das pessoas envolvidas.²⁰³ A partir disso, no caso *Furlan e familia vs. Argentina*, que envolvia uma criança com deficiência, a Corte IDH considerou que:

em casos de pessoas vulneráveis, como é uma pessoa portadora de deficiência, é imperativo tomar as medidas pertinentes, como por exemplo a prioridade na atenção e na resolução do procedimento por parte das autoridades responsáveis, com o fim de evitar atrasos na tramitação dos processos, de maneira que se garanta a pronta resolução e a execução dos mesmos [...] e evitar efeitos negativos irreversíveis.²⁰⁴

Da mesma forma, em *Gonzales Lluy e outros vs. Equador*, a Corte IDH estabeleceu que “é necessário agir com especial celeridade quando, em função do desenho normativo interno, a possibilidade de ativar uma ação civil por danos depende do processo penal. Além disso, citando o TEDH nos casos de *Laudon vs. Alemanha*, *Orzel vs. Iversen vs. Dinamarca*, *X. vs. França* e *F. E. vs. França*, a Corte IDH indicou que é necessária diligência especial nos casos em que a integridade da pessoa está em jogo, como em relação a uma pessoa com HIV.²⁰⁵

No entanto, neste quarto elemento, incluído em 2008 no julgamento do caso *Valle Jaramillo vs. Colômbia*, a Corte IDH proferiu decisões nas quais considerou desnecessário analisá-lo para determinar a razoabilidade ou não do prazo,²⁰⁶ uma situação que gerou questionamentos na doutrina.²⁰⁷

A Corte IDH declarou que a relevância da aplicação dos quatro critérios acima mencionados para determinar a razoabilidade do prazo de um processo depende das circunstâncias particulares de cada caso,²⁰⁸ uma vez que em certos casos “o dever do Estado de satisfazer plenamente as exigências da justiça tem precedência sobre a garantia do prazo razoável.”²⁰⁹ No entanto, em alguns casos também considerou que não é necessário analisar os quatro elementos acima mencionados “uma vez que é evidente que o tempo decorrido excede excessivamente o período que poderia ser considerado razoável” para que o Estado investigue os fatos, “especialmente se for levado em consideração que deve ser acrescentado o tempo tomado para a individualização e identificação dos responsáveis e o tramite do processo penal com suas distintas etapas, até obter uma sentença transitada em julgado.”²¹⁰

Da mesma forma, a Corte IDH estabeleceu que “não é possível alegar obstáculos internos, como a falta de infraestrutura ou de pessoal para conduzir processos judiciais para se eximir de uma obrigação internacional”,²¹¹ ou “uma sobrecarga crônica de casos pendentes”.²¹² O alto número de casos pendentes perante um tribunal “não justifica por si só que o direito do indivíduo de obter uma decisão dentro de um prazo razoável seja afetado”.²¹³ De qualquer forma, a jurisprudência estabelece que “é

203 Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. FRC. 2012, par. 76.

204 Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 196 e 203.

205 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015, par. 312-313.

206 Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. EPFRC. 2009, par. 138. Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPFR. 2012, par. 165. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 187

207 Salmón, E. e Blanco, C. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú- Cooperación Alemana al Desarrollo, Lima, 2012, pp. 204, 222, 223 e 227.

208 Corte IDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 171. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 238.

209 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. FRC. 2006, par. 149. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, par. 244.

210 Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. FRC. 2012, par. 153.

211 Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. EPFRC. 2009, par. 137. Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. FRC. 2012, par. 74.

212 Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. EPFRC. 2009, par. 137. Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. FRC. 2012, par. 74.

213 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 180. Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, par. 270.

responsabilidade do Estado demonstrar as razões pelas quais um processo ou conjunto de processos levou um período determinado que excede os limites do prazo razoável”;²¹⁴ por exemplo, “se expuser e provar que o atraso está diretamente relacionado à complexidade do caso ou à conduta das partes no processo”;²¹⁵ Caso não o prove, a Corte IDH “possui amplos poderes para fazer sua própria estimativa a esse respeito”.²¹⁶

Finalmente, neste ponto - e sem prejuízo do que foi desenvolvido no comentário sobre o “direito à liberdade pessoal”-²¹⁷ é necessário fazer uma precisão na relação entre o conceito de prazo razoável no processo judicial e o direito de toda pessoa em detenção preventiva a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, reconhecido no artigo 7.5 da CADH.

De acordo com a Corte IDH, apesar de que “ambas as normas se encontram informadas por um mesmo objetivo: limitar, na maior medida possível, a violação dos direitos de uma pessoa”, é necessário distinguir entre o artigo 7.5, sobre a medida cautelar envolvendo privação de liberdade, e o artigo 8.1, referente ao prazo para a conclusão do processo.²¹⁸ Sobre esse assunto, a Corte IDH estabeleceu que “quando o prazo da prisão preventiva ultrapassa o limite razoável, o Estado poderá limitar a liberdade do acusado com outras medidas menos lesivas que assegurem seu comparecimento ao julgamento, distintas de privação de liberdade” e “este direito do indivíduo traz consigo, por sua vez, uma obrigação judicial de tramitar com maior diligência e prontidão os processos penais nos quais o acusado se encontra privado de liberdade”.²¹⁹

4.4 Dever de motivar as decisões em um processo

O dever de motivar as decisões é uma das “devidas garantias” vinculadas à correta administração da justiça para salvaguardar o direito ao devido processo,²²⁰ não apenas dos acusados, mas também das vítimas e/ou de suas famílias”, em relação a seus direitos de acesso à justiça e a conhecer a verdade.”²²¹

A Corte IDH estabeleceu que a motivação “é a externalização da justificativa fundamentada que nos permite chegar a uma conclusão”,²²² de uma maneira que “protege o direito dos cidadãos a serem julgados pelas razões expressadas no Direito e dá credibilidade de fato a decisões jurídicas em uma sociedade democrática”.²²³ Assim, “uma exposição clara de uma decisão constitui parte essencial da motivação correta de uma decisão judicial”.²²⁴

Na mesma linha do TEDH no caso *Hadjianastassiou vs. Grécia*, a Corte IDH indicou que “as decisões adotadas pelos órgãos internos que possam afetar os Direitos Humanos devem ser devidamente

214 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. FRC. 2002, par. 145. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 239.

215 Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPFRC. 2012, par. 257. Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. FR. 2012, par. 237.

216 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPFRC. 2009, par. 156. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 239.

217 Sobre o direito de ser julgado dentro de um prazo razoável, consulte o capítulo correspondente ao artigo 7 (direito à liberdade pessoal) de Casal.

218 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 119.

219 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008, par. 70. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 120.

220 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 77. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 248.

221 Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015, par. 151.

222 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 107. Corte IDH. *Caso Palma Mendoza e outros vs. Equador*. EPF. 2012, par. 100. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 248.

223 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 77. Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011, par. 141. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 248.

224 Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015, par. 151.

fundamentadas, caso contrário seriam decisões arbitrárias,²²⁵ uma vez que “a motivação mostra às partes que foram ouvidas”, que suas alegações foram levadas em consideração e que o conjunto de provas foi analisado.²²⁶ Além disso, nos casos em que as decisões são passíveis de recurso, a motivação oferece às partes a possibilidade de criticar a sentença e obter um novo exame da questão perante as instâncias superiores.²²⁷

Não obstante, a Corte IDH foi clara ao ressaltar que o dever de motivar não exige uma resposta detalhada a todos e cada um dos argumentos das partes, “mas pode variar dependendo da natureza da decisão e em cada caso é apropriado analisar se a referida garantia foi cumprida.”²²⁸

Da mesma forma, a Corte IDH afirmou que “a exigência de que a decisão seja fundamentada não equivale a uma análise sobre o mérito da questão, um estudo que não é essencial para determinar a efetividade do recurso”.²²⁹

Consequentemente, “a argumentação de uma decisão e de certos atos administrativos deve permitir saber quais eram os fatos, motivos e regras em que a autoridade se baseou para tomar sua decisão”, de maneira clara e expressa, “a fim de descartar qualquer indicação de arbitrariedade”.²³⁰ Por sua vez, no campo disciplinar, torna-se “imprescindível a indicação precisa do que constitui uma falta e o desenvolvimento de argumentos que permitam concluir que as observações têm peso suficiente”.²³¹

4.5 Direito à defesa

O direito à defesa “obriga o Estado a tratar o indivíduo em todos os momentos como um verdadeiro sujeito do processo, no sentido mais amplo desse conceito, e não simplesmente como um objeto do mesmo”.²³² Portanto, “desde o início das primeiras diligências de um processo as máximas garantias processuais devem estar presentes para salvaguardar o direito de defesa do réu.”²³³

De acordo com as disposições do parecer consultivo sobre o direito à informação sobre assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal, “é necessário que um réu possa reivindicar seus direitos e defender seus interesses efetivamente e sob condições de igualdade processual com outros réus.”²³⁴

Nesse sentido, a Corte IDH destacou que o direito à defesa deve necessariamente “ser exercido a partir do momento em que uma pessoa é identificada como possível autor ou participe de um fato

225 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, par. 152-153. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 248.

226 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 78. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 248.

227 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 78. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 270.

228 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 90. Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011, par. 146.

229 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, par. 94.

230 Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. FRC. 2006, par. 122. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 248.

231 Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPFRC. 2011, par. 120.

232 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 29. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 153.

233 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 174-175. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 152.

234 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99. *O direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal*. 1999, par. 117 e 119. Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. FRC. 2002, par. 146.

punível e só culmina quando o finaliza processo,²³⁵ inclusive, se for o caso, na etapa de execução da pena.²³⁶

De acordo com a Corte Interamericana:

Sustentar o oposto implicaria em subordinar as garantias da Convenção que protegem o direito de defesa [...] a que o investigado se encontre em determinada fase processual, deixando aberta a possibilidade de que, anteriormente, seja afetada uma esfera de seus direitos através de atos de autoridade que desconhece ou que não pode controlar ou contra os quais não pode se opor com eficácia, o que é evidentemente contrário à Convenção.²³⁷

Nessa mesma linha, estabeleceu que:

impedir que a pessoa exerça seu direito de defesa desde que se inicia a investigação contra ela e que a autoridade, portanto, ordena ou executa atos que implicam em uma afetação de direitos significa potencializar os poderes investigativos do Estado em prejuízo de direitos fundamentais da pessoa investigada.²³⁸

Assim, de acordo com a Corte IDH, o direito de defesa:

é projetado em duas facetas do processo criminal: por um lado, através dos atos do acusado, sendo seu expoente central a possibilidade de fazer uma declaração livre dos fatos que lhe são atribuídos e, por outro, através de defesa técnica, exercida por um profissional do direito, que assessora o investigado sobre seus deveres e direitos e executa, *inter alia*, um controle crítico e de legalidade na produção de provas.²³⁹

A CADH outorga garantias específicas ao direito de defesa material - por exemplo, o direito de não ser forçado a declarar contra si mesmo (art. 8.2.g) e as condições sob as quais uma confissão pode ser válida (art. 8.3.) -, bem como o da defesa técnica.²⁴⁰

As garantias mínimas do direito de defesa são desenvolvidas na seção a seguir, correspondente ao artigo 8.2 da CADH.

5. Garantias mínimas no âmbito do direito às garantias judiciais (art. 8.2 da CADH)

A Corte IDH indicou que o artigo 8.2 da CADH estabelece as garantias mínimas que devem ser assegurada pelos Estados a todas as pessoas durante todo o processo, em plena igualdade, com base nos requisitos do devido processo legal.²⁴¹

De acordo com a Corte IDH, “ao denominá-las mínimas, a Convenção presume que, em circunstâncias específicas, outras garantias adicionais podem ser necessárias em se tratando de um devido processo legal”.²⁴² Portanto, “a Convenção não impede que os Estados adotem medidas adicionais às

235 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 29. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 153.

236 *Idem*.

237 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 29. Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, par. 175.

238 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 29. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 209.

239 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 61. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 153.

240 Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 153.

241 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90, *op. cit.*, par. 24. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 73.

242 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90, *op. cit.*, par. 24. Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. FRC. 2004,

reconhecidas no artigo 8.2”,²⁴³ assumindo uma “extensão pró-pessoa como resultado de ordenamentos nacionais e internacionais e interpretações jurisprudenciais”.²⁴⁴

Neste ponto, é importante destacar que “a Convenção não inclui um sistema processual penal específico mas deixa os Estados livres para determinar o que considerarem preferível, desde que sejam respeitadas as garantias estabelecidas na própria Convenção, no direito interno, em outros tratados internacionais aplicáveis, nas normas consuetudinárias e nas disposições imperativas do direito internacional.”²⁴⁵

Por outro lado, deve-se notar que, embora a redação da CADH se refira ao direito de “uma pessoa acusada de delito” e, portanto, sujeita ao processo penal em suas diferentes etapas - investigação, acusação, julgamento e condenação-,²⁴⁶ de acordo com a jurisprudência da Corte IDH, as garantias mínimas estabelecidas no parágrafo 2 do artigo 8 se aplicam *mutatis mutandis* no que corresponde a ordens distintas à penal, ou seja, civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outro caráter.²⁴⁷ Segundo a Corte IDH, obter todas as garantias que permitem alcançar decisões justas é um direito humano. Assim, “as garantias mínimas devem ser respeitadas no procedimento administrativo e em qualquer outro procedimento cuja decisão possa afetar os direitos dos indivíduos”.²⁴⁸

De fato, dado o escopo do artigo 8.2 da CADH, a Corte IDH decidiu sobre sua aplicabilidade em vários casos,²⁴⁹ entre outros, “no âmbito de dois casos relacionados a um julgamento político e à remoção de magistrados do Tribunal Constitucional do Peru pelo Congresso,²⁵⁰ e um julgamento político contra membros da Corte Constitucional do Equador,²⁵¹ bem como na esfera do desenvolvimento de processos administrativos e trabalhistas conduzidos pelo Poder Executivo contra funcionários públicos²⁵² e cidadãos.”²⁵³ Nessas sentenças, a Corte IDH não limitou a aplicação do artigo 8.2 da CADH a processos penais,²⁵⁴ mas o estendeu, no que for pertinente, a processos administrativos perante autoridades estatais e a processos judiciais não penais na esfera constitucional, administrativa e trabalhista. Da mesma forma, indicou que nestes e em outros tipos de matérias, “o indivíduo também tem direito, em geral, ao devido processo aplicado em questões penais”.²⁵⁵ Naturalmente, o que corresponde em cada caso é determinar as garantias mínimas que dizem respeito a cada processo, de acordo com sua natureza e alcance.²⁵⁶

Finalmente, é importante citar o juiz García Ramírez em seu voto individual na sentença do caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, no qual propõe a relação entre os artigos 8.1 e 8.2 da CADH. O juiz García Ramírez expõe as situações que podem surgir na análise de um caso que comprometa a garantia do

par. 176.

243 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90, *op. cit.*, par. 24. Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009, par. 84.

244 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009. Voto individual do juiz Sergio García Ramírez, par. 5.

245 Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005, par. 66.

246 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 91.

247 Corte IDH. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1998, par. 149. Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001, par. 69-71. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 157.

248 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. FRC. 2001, par. 127. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 73.

249 Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 74.

250 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001.

251 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013.

252 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. FRC. 2001.

253 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. FRC. 2001.

254 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

255 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001, par. 70. Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013, par. 166. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 205.

256 Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 75.

juiz competente, independente e imparcial (art. 8.1) e as consequências jurídicas correspondentes em relação às garantias mínimas do devido processo legal (art. 8.2).

Se em um procedimento todas as garantias judiciais mínimas indicadas no artigo 8.2 da CADH foram formalmente observadas, mas não a garantia do juiz competente, independente e imparcial prevista no artigo 8.1, “não se entenderia que havia devido processo legal e tampouco se aceitaria que sua conclusão constituísse uma sentença definitiva”, uma vez que “todas as ações foram realizadas perante um órgão que não atendia às condições do artigo 8.1”, o que é um “defeito incorrigível”. Como exemplo, ressalta-se que, no caso de um juiz incompetente, parcial e dependente, mas que fez efetivas as garantias do artigo 8.2, “essa última situação não lhe confere capacidade para resolver a controvérsia ou validar a violação do artigo 8.1 já que ‘o réu não foi ouvido por quem deveria ter sido ouvido.’” É neste caso que a Corte IDH - normalmente - não considera necessário analisar ou declarar outras possíveis violações do artigo 8.2, visto que, como ressalta o juiz García Ramírez, “todos os atos são afetados pelo vício na origem do procedimento”. Além disso, “nesses casos, o Tribunal considerou o procedimento inválido e abriu a porta que leva a um processo verdadeiro”.²⁵⁷

E se, ao contrário, um procedimento satisfaz a garantia do juiz competente, independente e imparcial, mas viola qualquer uma das garantias mínimas do artigo 8.2 da CADH, “a substituição de atos ou etapas do procedimento seria admissível, possivelmente perante a mesma autoridade jurisdicional que o conduziu, com a condição de que o caso seja processado de acordo com as garantias inicialmente negligenciadas, na medida em que isso seja legalmente necessário e possível”. Assim, por exemplo, se o acusado não teve tempo e meios para preparar sua defesa, é possível que o procedimento ou parte dele possa ser restabelecido para satisfazer o referido direito. Isso ocorre porque “o réu foi ouvido por quem deveria tê-lo ouvido, mas não da maneira que deveria ter feito”.²⁵⁸

Dito isto, apresentamos a seguir a jurisprudência da Corte IDH em relação a cada uma das garantias mínimas previstas no artigo 8.2 que, como foi apontado, devem ter como pressuposto a garantia de um processo seguido perante um juiz competente, independente e imparcial nos termos do artigo 8.1.

5.1. Direito à presunção de inocência

A Corte IDH indicou que o princípio da presunção de inocência “constitui um fundamento das garantias judiciais”,²⁵⁹ “afirmando a ideia de que uma pessoa é inocente até que sua culpa seja comprovada”,²⁶⁰ de modo que esse princípio, “é um elemento essencial para a realização efetiva do direito à defesa”.²⁶¹

A presunção de inocência significa que “o acusado goza de um status jurídico de inocência ou não culpa ao resolver sua responsabilidade penal, de modo que deve receber o tratamento do Estado de acordo com sua condição de pessoa não condenada”.²⁶²

Na medida em que “a demonstração confiável de culpa constitui um requisito indispensável para sanção penal”,²⁶³ este princípio estabelece que “o acusado não deve demonstrar que não cometeu o crime que lhe foi atribuído”, uma vez que o ônus da prova (*onus probandi*) recai

257 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009. Voto individual do juiz Sergio García Ramírez, par. 7, 8 e 10.

258 *Idem*.

259 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. F. 1997, par. 77. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 85.

260 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. F. 1997, par. 77. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 183.

261 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. FRC. 2004, par. 154. Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011, par. 128.

262 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 157. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 310. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 126.

263 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 182. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 127.

sobre o acusador.²⁶⁴ De fato, a presunção de inocência “exige que o acusador demonstre que o ilícito penal é atribuível à pessoa acusada, ou seja, de que ela tenha participado culposamente de seu cometimento”.²⁶⁵ Precisamente por esse motivo, se contra um indivíduo houver provas incompletas ou insuficientes de sua responsabilidade penal, “não é procedente condená-lo, mas sim absolvê-lo”,²⁶⁶ na medida em que para uma sentença condenatória deve haver prova plena ou além de qualquer dúvida razoável, dessa responsabilidade.²⁶⁷ Conseqüentemente, o princípio da presunção de inocência “acompanha o acusado durante todo o processo até a sentença condenatória que determina sua culpa transite em julgado.”²⁶⁸

Em relação ao dever dos juízes e seguindo o desenvolvimento da jurisprudência do TEDH no caso *Barberà, Messegué e Jabardo vs. Espanha*, a Corte IDH indicou que a presunção de inocência “implica que os juízes não iniciam o processo com uma ideia preconcebida de que o acusado cometeu o crime que lhe é imputado, de modo que o ônus de provar incumbe a quem acusa, e não ao acusado, e qualquer dúvida deve ser usada em benefício do acusado.”²⁶⁹ Nesse sentido, “a presunção de inocência é violada se, antes que o acusado seja considerado culpado, uma decisão judicial relacionada a ele reflete a visão de que ele é.”²⁷⁰

Da mesma forma, a Corte IDH citou o TEDH no caso *Alenet de Ribemont vs. França* para indicar que “o direito à presunção de inocência pode ser violado não apenas por um juiz ou um tribunal, mas também por outra autoridade pública”,²⁷¹ porque embora “as autoridades não possam ser impedidas de informar ao público sobre investigações criminais em andamento”, exige-se “que o façam com toda a discrição e cautela necessárias para que [o direito à] presunção de inocência seja respeitado”.²⁷² Portanto, também seguindo o TEDH em *Daktaras vs. Lituânia, But evic ius vs. Lituânia, Ismoilov e outros vs. Rússia, Böhmer vs. Alemanha e Khuzhin e outros vs. Rússia*, a Corte IDH indicou que “as autoridades estatais devem escolher cuidadosamente suas palavras ao referir-se a um processo penal antes que uma pessoa ou pessoas tenham sido julgadas e condenadas pelo respectivo crime”. De acordo com a Corte IDH:

dentro do quadro do próprio processo penal, as acusações de culpabilidade por parte de funcionários como promotores e procuradores não constituem uma violação à presunção de inocência; as declarações desses funcionários à imprensa, sem qualificações ou reservas, infringem a presunção de inocência na medida em que incentivam o público a acreditar na culpabilidade da pessoa e prejudicam a avaliação dos fatos por uma autoridade judicial competente.²⁷³

Assim, tomando essa referência, a Corte IDH estabeleceu que o artigo 8.2 da CADH “exige que o Estado não condene informalmente a uma pessoa ou emita um juízo perante a sociedade, ajudando assim a formar uma opinião pública, enquanto não seja declarada a responsabilidade penal dessa pessoa

264 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. FRC. 2004, par. 154. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 127.

265 Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 128.

266 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000, par. 120. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 183.

267 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000, par. 120. Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011, par. 128. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 126 e 128.

268 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. FRC. 2004, par. 154. Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011, par. 128.

269 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 184. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 127.

270 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 184. Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011, par. 128.

271 Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. FRC. 2004, par. 159-160. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 244.

272 Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. FRC. 2004, par. 159-160. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 127.

273 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 244.

conforme a lei.”²⁷⁴ Assim, a Corte IDH alertou que “a presunção de inocência exige que as autoridades estatais sejam discretas e prudentes ao fazer declarações públicas sobre um processo criminal”.²⁷⁵

Desse modo, a Corte IDH afirmou que:

é legítimo, e às vezes é um dever, que as autoridades estatais se pronunciem sobre questões de interesse público. No entanto, declarações públicas emitidas por funcionários públicos devem ser especialmente cautelosas, a fim de não violar os direitos das pessoas, devido à sua alta investidura, ao amplo escopo e aos eventuais efeitos que suas expressões possam ter em determinados setores da população, bem como impedir que cidadãos e outras pessoas interessadas recebam uma versão manipulada de determinados fatos.²⁷⁶

A esse respeito, citando o TEDH no caso *G. C. P. vs. Romênia e Ismoilov e outros vs. Rússia*, a Corte IDH estabeleceu que “existe uma clara diferença entre as declarações nas quais se manifesta uma suspeita de que alguém é responsável por um determinado crime e aquelas nas quais claramente se estabelece, na ausência de uma sentença final, que alguém é responsável pelo crime em questão.”²⁷⁷ Em particular, a Corte IDH reiterou sua jurisprudência segundo a qual “as autoridades estatais devem levar em consideração que os funcionários públicos têm uma posição garantidora dos direitos fundamentais das pessoas e, portanto, suas declarações não podem ignorar esse fato”.²⁷⁸ Esse dever de cuidado especial é particularmente acentuado em situações de maior conflito social, distúrbios da ordem pública ou polarização social ou política [...] justamente por causa do conjunto de riscos que podem representar para certas pessoas ou grupos em um determinado momento.²⁷⁹ Em relação ao caso *Allenet de Ribemont* do TEDH, a Corte IDH estabeleceu que:

a presunção de inocência não impede as autoridades de informar devidamente à sociedade sobre investigações criminais, mas exige que, quando o façam, mantenham a discrição e a prudência necessárias para garantir a presunção de inocência das possíveis partes.²⁸⁰

Além disso, no caso *Ruano Torres e outros vs. El Salvador*, a Corte IDH indicou que além da compatibilidade com a CADH:

de instituições que buscam a colaboração de certas pessoas envolvidas com a parte acusadora em troca de certas prestações - como a do colaborador eficaz, o arrependido ou [...] de prescindir da persecução penal de um dos participantes quando tenha contribuído decisivamente para o esclarecimento sobre a participação de outros réus no mesmo fato ou em outro mais grave - [...], a verdade é que é possível afirmar a eficácia probatória limitada que deve ser atribuída à declaração de um co-réu, além de seu conteúdo específico, quando é a única prova em que se baseia uma sentença de condenação, uma vez que objetivamente não seria suficiente, por si só, para desvirtuar a presunção de inocência [...] Portanto, fundamentar uma condenação com base em uma declaração de um co-acusado sem que outros elementos de comprovação existam violaria a presunção de inocência.²⁸¹

Por outro lado, é importante destacar, nesta seção, que a partir do princípio da presunção de inocência “a obrigação estatal de não restringir a liberdade do detido além dos limites estritamente necessários

274 Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. FRC. 2004, par. 159-160. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 127.

275 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 244.

276 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 245.

277 *Ibidem*, par. 246.

278 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 131. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 247.

279 Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 139. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 247.

280 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 247.

281 Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 133.

para assegurar que não impedirá o desenvolvimento eficiente das investigações e que não evitará a ação da justiça”, pois a prisão preventiva é uma medida cautelar, não punitiva.²⁸²

Conseqüentemente, uma prisão preventiva prolongada seria equivalente a antecipar a sentença²⁸³ e, portanto, pode violar o princípio da presunção de inocência.²⁸⁴

5.2. Direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, se não compreende ou fala a língua do órgão jurisdicional

Durante os trabalhos preparatórios da CADH, os representantes dos Estados debateram a remoção ou manutenção da palavra “livre” na formulação desse artigo, com base na maneira pela qual o direito em questão foi regulamentado em sua respectiva legislação interna. No entanto, a proposta de remoção foi rejeitada e o texto foi aprovado com base em “uma emenda conjunta apresentada pelas delegações de El Salvador e Colômbia” que responde à versão atual do artigo.²⁸⁵

Quanto ao conteúdo do direito, a Corte IDH afirmou que, para que um processo alcance seus objetivos, “deve reconhecer e resolver os fatores de real desigualdade daqueles que são levados à justiça”, atendendo assim ao “princípio da igualdade perante a lei e os tribunais e à proibição correlativa da discriminação”. Dessa maneira, diante das condições de real desigualdade entre as pessoas, os Estados são obrigados “a adotar medidas de compensação que contribuam para reduzir ou eliminar obstáculos e deficiências que impedem ou reduzem a efetiva defesa de seus próprios interesses”.²⁸⁶

Segundo a Corte IDH, “se esses meios de compensação, amplamente reconhecidos em vários aspectos do processo, não existissem, dificilmente se poderia dizer que aqueles que estão em desvantagem desfrutam de um verdadeiro acesso à justiça e se beneficiam do processo legal em condições de igualdade com aqueles que não enfrentam essas desvantagens.”²⁸⁷

Levando em consideração esses critérios, a Corte IDH analisou a situação dos estrangeiros detidos em um ambiente social e jurídico diferente do seu, geralmente com um idioma que eles não conhecem e que experimentam uma condição de vulnerabilidade particular;²⁸⁸ bem como casos de pessoas pertencentes a uma comunidade camponesa ou a um povo indígena.²⁸⁹ Tomando como referência as declarações de um caso cuja vítima era membro de um povo indígena, segundo a Corte IDH, a obrigação do Estado nesse sentido é garantir que as pessoas “possam compreender e fazer-se compreender em processos judiciais [...], fornecendo-lhes intérpretes ou outros meios efetivos para esse fim.”²⁹⁰

Da mesma forma, cabe destacar a jurisprudência da Corte IDH no caso *López Álvarez vs. Honduras*, embora tenha sido desenvolvida no tocante à violação do direito à liberdade de expressão e igualdade perante a lei. Nesse caso, o diretor do *Centro Penal de Tela*, onde o Sr. López Álvarez estava preso,

282 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, par. 77. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 121.

283 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, par. 77. Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. FRC. 2005, par. 111.

284 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. F. 1997, par. 77-78.

285 OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, op. cit., pp. 199-200. O projeto continha a frase de que a lei deveria ser garantida “para a melhor defesa” do acusado, mas, no final das contas, essa expressão não foi considerada necessária.

286 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99. *O direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal*. 1999, par. 119. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 152.

287 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99. *O direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal*. 1999, par. 119. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 152.

288 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 152. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 165.

289 Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. FRC. 2006, par. 202

290 Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. FRC. 2008, par. 100.

proibiu a população Garifuna daquele centro de falar em sua língua nativa. Dado esse fato comprovado, a Corte IDH observou que:

os Estados devem levar em conta os dados que diferenciam os membros dos povos indígenas da população em geral, e que moldam sua identidade cultural [...] e que a língua é um dos elementos mais importantes da identidade de uma população, justamente porque garante a expressão, difusão e transmissão de sua cultura.²⁹¹

5.3 Direito do acusado à comunicação prévia e detalhada da acusação

De acordo com a jurisprudência desenvolvida pela Corte IDH, a fim de cumprir o disposto no artigo 8.2.b da CADH, “o Estado deve informar ao interessado não apenas a causa da acusação, ou seja, as ações ou omissões imputadas a ele, mas também os motivos que levam o Estado a formular a imputação, os fundamentos probatórios disso e a caracterização jurídica dada a esses fatos.”²⁹² Essas informações devem ser “expressas, claras, abrangentes e suficientemente detalhadas para permitir que o acusado possa exercer plenamente seu direito de defesa e mostrar sua versão dos fatos ao juiz.”²⁹³ Segundo a Corte IDH, “[a] descrição material da conduta imputada deve conter os dados fáticos incluídos no acusação, que constituem a referência indispensável para a defesa do acusado e a consequente consideração do juiz na sentença.”²⁹⁴ Além disso, alertou que “a referida obrigação estatal adquire mais relevância quando o acusado estiver sujeito a uma medida privativa de liberdade.”²⁹⁵

No caso *Tibi vs. Equador*, a Corte IDH mencionou a Observação Geral nº 13 do Comitê de Direitos Humanos sobre “igualdade perante os tribunais e o direito de todas as pessoas de serem ouvidas publicamente por um tribunal competente estabelecido por lei (art. 14)” e estabeleceu, *inter alia*, que os requisitos do direito de ser informado “sem demora” sobre a acusação podem ser satisfeitos verbalmente ou por escrito, desde que a informação indique a lei e os supostos fatos nos quais se baseia”.²⁹⁶

A Corte IDH declarou que “o artigo 8.2.b se aplica convencionalmente antes mesmo de uma ‘acusação’ ser feita em sentido estrito”.²⁹⁷ Portanto, a notificação detalhada dos fatos atribuídos ao acusado deve ocorrer antes do momento em que faça sua primeira declaração²⁹⁸ perante qualquer autoridade pública.²⁹⁹ O conteúdo da referida notificação “variará de acordo com o andamento das investigações, atingindo seu ponto máximo, [...] quando ocorrer a apresentação formal e definitiva da acusação [...] De qualquer forma, antes dessa etapa e, no mínimo, a pessoa sob investigação deve conhecer com o máximo de detalhes possível os fatos que lhe foram atribuídos.”³⁰⁰

Consequentemente, antes de prestar declaração, o investigado deve saber oficialmente quais são os fatos que lhe são imputados, não terá que deduzi-los das informações públicas ou das perguntas

291 Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. FRC. 2008, par. 100.

292 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 187. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 199.

293 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 187. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 28. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 80.

294 Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005, par. 67. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 80.

295 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 225. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 199.

296 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 186.

297 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 195. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 209.

298 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 187. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 209.

299 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 187. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 209. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 30.

300 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 31. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 199.

formuladas e, portanto, “sua resposta pode ser efetiva e sem a margem de erro que as conjecturas produzem.”³⁰¹ Sobre esse assunto em particular, no julgamento do caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, a Corte IDH declarou que, como “a transição entre ‘investigado’ e ‘acusado’ - e às vezes até ‘condenado’ - pode ocorrer de um momento para outro”, não se pode esperar pela pessoa ser formalmente acusada ou privada de liberdade” para fornecer as informações das quais depende o exercício adequado do direito de defesa”.³⁰²

Não obstante o exposto, a Corte IDH especificou que, em certos casos, “é admissível que [...] haja uma reserva das medidas adotadas durante a investigação preliminar no processo criminal, para garantir a eficácia da administração da justiça”, já que “o Estado tem o poder de construir um arquivo em busca da verdade dos fatos, adotando as medidas necessárias para impedir que o referido trabalho seja afetado pela destruição ou ocultação de provas”. No entanto, a Corte IDH lembrou que “esse poder deve ser harmonizado com o direito de defesa da pessoa sob investigação, o que implica, *inter alia*, a possibilidade de conhecer os fatos que lhe são imputados”.³⁰³

Além disso, em relação a esse direito, a Corte IDH desenvolveu o “*princípio de coerência ou correlação entre acusação e sentença*”, que é um corolário indispensável do direito de defesa e garantia fundamental do devido processo em matéria penal, o que implica que “a sentença só pode lidar com fatos ou circunstâncias contemplados na acusação”, isto é, “deve mediar identidade entre os fatos de que o acusado é informado e aqueles pelos quais ele é processado, acusado e sentenciado.”³⁰⁴

Nesse sentido, a Corte IDH estabeleceu que a qualificação jurídica dos fatos imputados a uma pessoa “pode ser modificada durante o processo pelo órgão acusador ou pelo juiz, sem que isso viole o direito de defesa, enquanto mantiver os fatos inalterados e as garantias processuais previstas em lei sejam observadas para realizar a nova qualificação.”³⁰⁵

No caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, a Corte IDH observou que não apenas a qualificação jurídica do crime imputado à vítima na acusação e na pronúncia mudaram de estupro agravado a homicídio, mas também a base fática do processo foi modificada, sem oferecer ao acusado a oportunidade de fazer uma nova declaração em relação aos últimos atos que lhe haviam sido atribuídos, razão pela qual a violação do artigo 8.2.b) da CADH foi declarada e, conseqüentemente, como um obstáculo para preparar adequadamente a defesa, o artigo 8.2.c).³⁰⁶ No mesmo sentido, de acordo com a Corte IDH, a mudança no objeto de uma investigação poderá violar o direito de defesa das pessoas no processo, caso não sejam informadas com antecedência sobre o novo assunto que motiva sua ocorrência.³⁰⁷

Como parte das garantias mínimas estabelecidas no artigo 8.2, o direito à comunicação prévia e detalhada da acusação “se aplica tanto em matéria penal quanto nas demais matérias indicadas no artigo 8.1 da CADH, apesar de que a exigência em outras matérias pode ser de outra intensidade ou natureza.”³⁰⁸ Assim, por exemplo, “quando se trata de um processo disciplinar, o alcance desta garantia pode ser entendido de uma maneira diferente, mas, de qualquer forma, significa que o sujeito objeto do processo disciplinar tenha conhecimento das condutas infratoras ao regime disciplinar imputadas a ele.”³⁰⁹

301 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 47. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 199.

302 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 46. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 197.

303 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 45. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 196.

304 Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005, par. 67 e 68. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 47.

305 Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005, par. 67 e 68.

306 *Ibidem*, par. 73.

307 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. 1999, par. 82.

308 Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 80.

309 *Idem*.

5.4 Direito do acusado de ter o tempo e os meios adequados para preparar sua defesa

Conforme estabelecido anteriormente, esse direito está intimamente relacionado ao que foi desenvolvido na seção anterior. Nesse sentido, se não for oferecida a uma pessoa a oportunidade de conhecer a acusação contra ela no tempo e da maneira estabelecidos pela CADH, um obstáculo é criado para a preparação de sua defesa e, portanto, viola o artigo 8.2.c. Nesse sentido, a Corte IDH destacou que “dispor do tempo e dos meios adequados para preparar a defesa” é uma das “garantias inerentes ao direito de defesa”.³¹⁰

Da mesma forma, esse direito inclui a obrigação do Estado de permitir “o acesso do acusado ao conhecimento dos autos movidos contra ele”,³¹¹ respeitando o princípio adversarial, “o que garante a intervenção do acusado na análise das provas”.³¹² A Corte IDH estabeleceu que “o acesso ao processo é condição *sine qua non* da intervenção processual da vítima no caso em que é parte coadjuvante ou autor, de acordo com a legislação nacional”.³¹³

Nos casos em que o Estado pretende limitar esse direito, a Corte IDH estabeleceu que:

deve respeitar o princípio de legalidade, deve arguir de maneira fundamentada qual é o fim legítimo que pretende conseguir e demonstrar que o meio utilizado para chegar a esse fim é idôneo, necessário e estritamente proporcional. Caso contrário, a restrição do direito de defesa do indivíduo será contrária à Convenção.³¹⁴

Por outro lado, vale a pena observar a conexão entre este artigo e os dois seguintes, relacionados a se defender pessoalmente ou ser assistido por um defensor de sua escolha ou por um defensor fornecido pelo Estado. A partir disso, é possível identificar na jurisprudência da Corte IDH a declaração da violação conjunta dos referidos direitos porque, entre outras coisas, a vítima não podia contar com o patrocínio jurídico de um defensor público ou quando conseguiu um advogado de sua escolha, não pôde comunicar-se livremente e em particular com ele;³¹⁵ o advogado de defesa teve apenas um dia para revisar os autos completos,³¹⁶ ou seu trabalho foi restringido; havia poucas possibilidades de apresentar provas de defesa,³¹⁷ ou houve uma mudança no objeto do processo na fase da investigação, entre outras.³¹⁸ Em todos esses casos, a Corte IDH considerou que a impossibilidade ou limitações ao direito de defender-se pessoalmente ou através de um defensor, nos fatos do caso, impediram que o acusado tivesse os meios para preparar sua defesa, nos termos do artigo 8.2.c.

5.5. Direito do acusado de se defender pessoalmente, de ser assistido por um defensor de sua escolha e de se comunicar de forma livre e privada com seu defensor

310 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 170. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 209.

311 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 170. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 156.

312 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 54. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 152.

313 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, par. 252. Corte IDH. *Caso Castillo González e outros vs. Venezuela*. F. 2012, par. 168.

314 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 55.

315 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. F. 1997, par. 83.

316 Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 141. Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011, par. 121.

317 Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 141.

318 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001, par. 82.

O direito reconhecido no artigo 8.2.d) da CADH refere-se a duas possibilidades de defesa do acusado, ou seja, aquela que pode ser exercida pelo próprio acusado e outra que pressupõe a assistência de um defensor de sua escolha.

Assim, a Corte IDH enfatizou que um réu pode se defender pessoalmente, desde que isso seja permitido na “legislação interna”.³¹⁹ Da mesma forma, o acusado, por meio de seus próprios atos, incluindo a declaração que presta sobre os fatos que lhe são atribuídos, pode enfrentar e refutar a acusação contra si.³²⁰ Se o acusado “não quiser ou não puder fazer sua defesa pessoalmente, ele tem o direito de ser assistido por um defensor de sua escolha.”³²¹

A defesa técnica pressupõe que um advogado de defesa aconselhe a parte investigada sobre seus deveres e direitos, sobre a possibilidade de recorrer de atos que afetam direitos e executar, entre outros, um controle crítico e de legalidade na produção de provas.³²² Embora no caso *Barreto Leiva vs. Venezuela* a Corte IDH equiparou defesa técnica àquela exercida por um “profissional do direito”,³²³ dos trabalhos preparatórios da CADH se desprende que essa defesa não necessariamente pode ser realizada por um advogado. Com efeito, o projeto da CADH se referia ao direito de ser “defendido” por um “advogado”; no entanto, por iniciativa do delegado do Panamá foi proposta a palavra “defensor”, aprovada na medida em que incluía um advogado e alguém que não o fosse, e ainda assim exerceria a defesa. Como resultado, a palavra “defendido” foi substituída por “assistido”.³²⁴ De qualquer forma, a Corte IDH enfatizou que “não basta o acusado ter um advogado de defesa para garantir seu direito à defesa, mas se deve garantir o *exercício efetivo da referida defesa*, proporcionando tempo e meios adequados para prepará-la.”³²⁵

Ademais, na medida em que o direito à defesa surge a partir do momento em que se ordena investigar uma pessoa,³²⁶ ou a partir do momento em que a autoridade organize e execute atos que impliquem violação de direitos,³²⁷

o investigado deve ter acesso à defesa técnica desde esse mesmo momento, sobretudo na diligência em que se recebe sua declaração. Impedi-lo de contar com a assistência de seu advogado defensor significa limitar severamente o direito de defesa, o que ocasiona desequilíbrio processual e deixa o indivíduo sem tutela diante do exercício do poder punitivo.³²⁸

Quanto à possibilidade de o acusado ter o patrocínio jurídico de um defensor de sua escolha, a Corte IDH destacou a importância da comunicação livre e privada entre os dois.³²⁹ A parte final do artigo foi debatida no âmbito dos trabalhos preparatórios da CADH, uma vez que a delegação da Argentina afirmou que a maioria das leis penais dos países americanos regulamentavam a reclusão incomunicável decretada pelo juiz e, nesse sentido, propuseram acrescentar que a referida comunicação era garantida, “exceto no caso de detenção incomunicável decretada pelo juiz no respectivo período do processo”. No entanto, a proposta argentina foi rejeitada na votação e a redação do artigo resultou em sua formulação atual.

319 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90, *op. cit.*, par. 25.

320 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 61.

321 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90, *op. cit.*, par. 25.

322 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 61. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 132.

323 *Idem*.

324 OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos. *Op cit.* pp. 200-201.

325 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 170. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 205.

326 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 62. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 155.

327 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 132.

328 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 62. Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, par. 176.

329 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 146 e 148. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. F. 1997, par. 83.

De acordo com a Corte IDH:

55. Se o Estado pretende limitar este direito, deve respeitar o princípio de legalidade, deve arguir de maneira fundamentada qual é o fim legítimo que pretende conseguir e demonstrar que o meio utilizado para chegar a esse fim é idôneo, necessário e estritamente proporcional. Caso contrário, a restrição do direito de defesa do indivíduo será contrária à Convenção.³³⁰

Da mesma forma, indicou que:

é obrigação do Estado garantir na maior medida possível o êxito das investigações e a imposição de sanções aos que resultem culpados, o poder estatal não é ilimitado. É preciso que o Estado atue “dentro dos limites e em conformidade com os procedimentos que permitem preservar tanto a segurança pública como os direitos fundamentais da pessoa humana.”³³¹

Com relação ao alcance deste direito em procedimentos não penais, a Corte IDH concluiu que “as circunstâncias de um processo específico, seu significado, seu caráter e seu contexto em um sistema legal determinado, são fatores que fundamentam a determinação de ser a representação legal necessária ou não para o devido processo.”³³²

Por outro lado, a Corte IDH destacou a importância da assistência jurídica nos casos “que envolve[m] uma pessoa estrangeira, que pode não conhecer o sistema legal do país e que se encontra em uma situação agravada de vulnerabilidade ao encontrar-se privada de liberdade”, considerando que nesses casos é necessário que o Estado receptor leve em consideração as particularidades de sua situação para que goze de um acesso efetivo à justiça em termos igualitários.³³³

Nesse sentido, é oportuno apresentar os padrões desenvolvidos pela Corte IDH sobre o direito à assistência consular em casos relacionados a pessoas privadas de liberdade que não sejam nativas do país que as detém.

5.5.1. Direito à informação e acesso efetivo à assistência consular em casos que envolvam pessoas privadas de liberdade em outros lugares que não os do país de origem

A Corte IDH indicou que o direito à informação sobre assistência consular, reconhecido no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (CVRC), visa remediar a situação em que os estrangeiros estão detidos em um ambiente social e jurídico diferente dos seus,

de maneira a assegurar que a pessoa estrangeira detida desfrute de um verdadeiro acesso à justiça, se beneficie de um devido processo legal em condições de igualdade com aqueles que não enfrentam essas desvantagens, e goze de condições de detenção compatíveis com o respeito devido à dignidade das pessoa.³³⁴

Consequentemente, da perspectiva dos direitos do detido estrangeiro, existem três componentes essenciais do direito devido ao indivíduo por parte do Estado Parte:³³⁵ 1) o direito de ser notificado sobre

330 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 55. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013.

331 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 154. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 53. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 206.

332 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90, *op. cit.*, par. 28. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 145.

333 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 132. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 164.

334 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 152. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 165.

335 De acordo com a Corte IDH, os respectivos padrões “não se aplicam às pessoas detidas ou presas que tenham solicitado uma medida de proteção internacional [...]. Caso estejam detidas, tais pessoas gozam dos direitos dispostos na Convenção de Viena. Não obstante isso, há outras considerações para proteger seus interesses.” Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 152.

seus direitos na CVRC; 2) o direito de acesso efetivo à comunicação com um funcionário consular e 3) o direito à própria assistência.³³⁶

A notificação deve ser feita antes que o detido faça sua primeira declaração,³³⁷ e pressupõe que ele seja informado de seu direito de que o Estado receptor informe o escritório consular competente sobre sua situação e que o Estado receptor transmita sem demora “qualquer comunicação endereçada ao escritório consular” por parte do detido. A notificação passa a ser “também uma garantia fundamental de acesso à justiça, e permite o exercício efetivo do direito de defesa, pois o cônsul pode prestar assistência ao detido em diversos atos de defesa, como a concessão ou contratação de representação legal, a obtenção de provas no país de origem, a verificação das condições em que se exerce a assistência jurídica e a observação da situação de privação de liberdade.”³³⁸ A Corte IDH considerou que a falta de notificação viola o artigo 8 da CADH, uma vez que coloca o detido em um estado de incerteza em relação à sua situação jurídica e torna impraticável o exercício do direito de recorrer da decisão sancionatória, regulamentado no artigo 8.2.h) da CADH.³³⁹ Deve-se notar que a Corte IDH destacou que “a Convenção de Viena coloca a decisão de ser ou não visitado pelo funcionário consular nas mãos do detido”.³⁴⁰

Com relação ao acesso efetivo à comunicação consular, os artigos 36.1.a) e 36.1.b) da CVRC estabelecem que o detido deve ter permissão para se comunicar livremente e receber visitas de funcionários consulares. De acordo com o artigo 36.1.c) do mesmo instrumento, “os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional [...] e providenciar sua defesa perante os tribunais”. Assim, “o Estado receptor não deve obstruir a ação do funcionário consular no sentido de oferecer serviços jurídicos ao detido”.³⁴¹

O direito à assistência em si é imposto ao Estado do qual o detido é nacional, no sentido de que tem “o dever de proteger os direitos de seus nacionais no exterior oferecendo proteção consular. As visitas dos funcionários consulares deveriam ser com vistas a prover a “proteção dos interesses” do detido nacional, particularmente os associados a “sua defesa perante os tribunais”.³⁴² Dessa maneira, o direito à visita consular oferece a possibilidade de garantir e conferir efetividade aos direitos à liberdade pessoal, à integridade pessoal e à defesa.³⁴³

Portanto, o direito de um detido estrangeiro de solicitar a ajuda do consulado de seu país foi considerado pela Corte IDH como um componente das “garantias mínimas para proporcionar aos estrangeiros a oportunidade de preparar adequadamente sua defesa”. É nesse sentido que a Corte IDH destacou atos relacionados à defesa nos quais o cônsul pode prestar assistência ao detido e, conseqüentemente, sua importância para garantir o cumprimento do direito de “ser assistido por um defensor”, conforme o artigo 8.2.d) da CADH. De tal maneira que “inobservância ou obstrução do direito [do detido] à informação afeta as garantias judiciais” e resulta em uma violação da mesma.³⁴⁴

5.6. Direito de ser assistido por um defensor fornecido pelo Estado,

336 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 153. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 166.

337 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99. *O direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal*. 1999, par. 106. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010. Ver nota de rodapé da página n.o. 157.

338 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99, *op. cit.*, par. 86. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 154.

339 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 180.

340 *Ibidem*, par. 155.

341 *Ibidem*, par. 158.

342 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99, *op. cit.*, par. 87. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 158.

343 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 158.

344 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99, *op. cit.*, par. 122 e 129. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 157.

remunerado ou não de acordo com a legislação interna, se o acusado não se defender ou nomear um defensor dentro do prazo estabelecido por lei

Como foi apontado, a defesa técnica supõe que um defensor assista a pessoa investigada sobre seus deveres e direitos, sobre a possibilidade de recorrer contra atos que afetam direitos e executa, entre outros, um controle crítico e de legalidade na produção de provas.³⁴⁵ Assim, “a Convenção garante o direito à assistência jurídica em processos penais”.³⁴⁶

Esse direito se caracteriza por ser inalienável quando o acusado não se defender ou nomear um defensor dentro do prazo estabelecido por lei - premissas reguladas no artigo 8.2.d) precedente -, caso em que “ele tem o direito de que o Estado lhe proporcione um.”³⁴⁷ Nesse sentido, os trabalhos preparatórios da CADH mostram que o texto do artigo buscou captar a tendência da legislação dos países da América Latina segundo a qual mesmo que o acusado não queira se defender o Estado deve colocar um advogado para que ele seja sempre assistido.³⁴⁸ Da mesma forma, como o direito de defesa surge a partir do momento em que se ordena investigar uma pessoa,³⁴⁹ ou a partir do momento em que a autoridade ordena ou executa atos que impliquem violações de direitos,³⁵⁰ “o investigado deve ter acesso à defesa técnica desde esse mesmo momento, sobretudo na diligência em que se recebe sua declaração”. O contrário “significa limitar severamente o direito de defesa, o que ocasiona desequilíbrio processual e deixa o indivíduo sem tutela diante do exercício do poder punitivo”.³⁵¹ No entanto, a Corte IDH enfatizou que “nomear um defensor público apenas para cumprir uma formalidade processual seria equivalente a não ter uma defesa técnica; portanto, é imperativo que o defensor atue diligentemente para proteger as garantias processuais do acusado e, assim, impedir que seus direitos sejam violados”³⁵² e “a relação de confiança seja quebrada”.³⁵³

Além disso, o artigo 8.2.e da CADH refere-se ao direito específico de ser assistido por um defensor fornecido pelo Estado, remunerado ou não de acordo com a legislação nacional. O projeto de CADH apenas aludiu à “intervenção obrigatória de um advogado pago pelo Estado”, no entanto, afirmou que a redação era qualificada levando em consideração que em alguns Estados talvez não houvesse remuneração para o advogado nesses casos.³⁵⁴ Nesse sentido, em seu Parecer Consultivo sobre as exceções ao esgotamento dos recursos internos, a Corte IDH indicou que se o Estado em questão não fornecer a um indigente um advogado gratuito, e este for forçado a se defender a si mesmo por não poder pagar por assistência jurídica, “pode haver uma violação do artigo 8 da CADH se for comprovado que essa circunstância afetou o devido processo” ao qual essa pessoa tem direito. Consequentemente, como a CADH não ordena que a assistência jurídica seja gratuita, “um indigente seria discriminado com base em sua situação econômica se, ao requerir assistência jurídica, o Estado não a fornecesse”³⁵⁵ sem nenhum custo. Portanto, de acordo com a Corte IDH, “quando a pessoa que requer assistência jurídica não possui recursos, esta deve necessariamente ser fornecido pelo Estado gratuitamente”.³⁵⁶

345 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 61. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 132.

346 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90, *op. cit.*, par. 25.

347 *Idem*.

348 OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, *op. cit.*, p. 201.

349 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 62. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 155.

350 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 132.

351 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 62. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 155.

352 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 155. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 157.

353 Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 157.

354 OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, *op. cit.*, pp. 17, 201-202.

355 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90, *op. cit.*, par. 25-27.

356 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90, *op. cit.*, par. 25. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*.

No caso *Ruano Torres e outros vs. El Salvador*, a Corte IDH especificou que, nos casos que se referem a questões criminais,

em que está consagrado que a defesa técnica é inalienável, devido à gravidade dos direitos envolvidos e a pretensão de garantir tanto a igualdade de armas como o respeito irrestrito à presunção de inocência, a exigência de contar com um advogado que realize a defesa técnica para enfrentar adequadamente o processo implica que a defesa fornecida pelo Estado não se limita apenas aos casos de falta de recursos.³⁵⁷

Com relação a esse direito, a Corte IDH decidiu especificamente sobre o papel dos defensores públicos, reconhecendo assim que:

Uma característica distintiva da maioria dos Estados partes na Convenção é o desenvolvimento de uma política pública e institucionalidade que garanta às pessoas que a solicitem e em todas as etapas do processo o direito intangível à defesa técnica em matéria penal através de defensores públicos, promovendo, assim, a garantia de acesso à justiça para as pessoas menos favorecidas, sobre as quais a seletividade do processo criminal geralmente atua [...] Portanto, a instituição da defesa pública, através da provisão de serviços públicos gratuitos de assistência jurídica permite, sem dúvida, compensar adequadamente a desigualdade processual em que se encontram as pessoas que enfrentam o poder punitivo do Estado, bem como a situação de vulnerabilidade das pessoas privadas de liberdade e garantir-lhes acesso efetivo à justiça em termos igualitários.³⁵⁸

Consequentemente, a Corte IDH afirmou que “é necessário que a instituição de defesa pública, por meio da qual o Estado garante que o direito irrenunciável de todos os acusados de um delito de ser assistidos por um defensor, seja dotada de garantias suficientes para sua ação eficiente e em igualdade de armas com o poder persecutório. A Corte IDH reconheceu que, para cumprir essa tarefa, o Estado deve adotar todas as medidas adequadas.³⁵⁹ Entre elas, defensores idôneos e capacitados, que possam agir com autonomia funcional.”³⁶⁰

Da mesma forma, como a defesa pública corresponde a uma função ou serviço público do Estado, mas que deve gozar da autonomia necessária para assessorar de acordo com o melhor julgamento profissional em relação aos interesses do acusado, a Corte IDH considerou que “o Estado não pode ser responsabilizado por todas as falhas da defesa pública, dada a independência da profissão e o julgamento profissional do advogado de defesa.” Nesse sentido, a Corte IDH considerou que, “como parte do dever do Estado de garantir uma defesa pública adequada, é necessário implementar processos de seleção adequados para os defensores públicos, desenvolver controles sobre seu trabalho e fornecer capacitações periódicas”.³⁶¹

Assim, ao analisar uma suposta violação do direito de defesa pelo Estado, a Corte IDH avalia, por exemplo, “se a ação ou omissão do defensor público constituiu uma negligência indesculpável ou uma falha manifesta no exercício da defesa que ele tinha ou pode ter um efeito decisivo contra os interesses do acusado.”³⁶² Nesse sentido, a Corte IDH especificou que “uma discrepância não substancial com a estratégia de defesa ou com o resultado de um processo não será suficiente para gerar implicações quanto ao direito de defesa.”³⁶³

FRC. 2015, par. 155.

357 Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 155.

358 *Ibidem*, par. 156.

359 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, par. 159. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 157.

360 Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 157.

361 Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 163.

362 *Ibidem*, par. 164.

363 *Ibidem*, par. 166.

Desta maneira:

A responsabilidade internacional do Estado também pode ser comprometida pela resposta fornecida pelos órgãos judiciais em relação às ações ou omissões atribuíveis à defesa pública. *Se for evidente que a defesa pública agiu sem a devida diligência, o dever de tutela ou controle recai sobre as autoridades judiciais.* [...] A função judicial deve garantir que o direito à defesa não se torne ilusório por meio de assistência jurídica ineficaz. Nesse sentido, é essencial a função de salvaguardar o devido processo que as autoridades judiciais devem exercer.³⁶⁴

Consequentemente, a responsabilidade internacional do Estado também será estabelecida “se a negligência indesculpável ou a falha manifesta da defesa tenha sido evidente para as autoridades judiciais ou tenham sido levadas ao conhecimento da mesma e as ações necessárias e suficientes não foram tomadas para impedir e/ou remediar a violação do direito de defesa, de tal modo que a situação levou à violação do devido processo, atribuível ao Estado.”³⁶⁵

Por outro lado, no Parecer Consultivo sobre condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados, a Corte IDH considerou que, “em procedimentos administrativos ou judiciais nos quais se possa adotar uma decisão que implique deportação, expulsão ou privação de liberdade, a prestação de um serviço público gratuito de defesa jurídica é necessária para evitar a violação do direito às garantias do devido processo.”³⁶⁶ Assim, em consonância com a sentença do TEDH no caso *Benham vs. Reino Unido*, a Corte IDH indicou que, nos casos em que a consequência de um processo de imigração possa ser uma privação punitiva da liberdade, “a assistência jurídica gratuita se torna um imperativo do interesse da justiça”.³⁶⁷

Por fim, deve-se notar que a Corte IDH estabeleceu que nem o Ministério Público, as *Defensorias del Pueblo* (Ouvidorias) ou as organizações não-governamentais respondem às exigências de defesa técnica proporcionada pelo Estado. O Ministério Público, porque “o direito à defesa técnica não pode ser satisfeito por quem fará a acusação”. O Ministério Público acusa, afirmando a pretensão penal, enquanto a defesa responde e rejeita a acusação em questão. Assim, para a Corte IDH, “não é razoável depositar funções naturalmente antagônicas em uma única pessoa”.³⁶⁸

A *Defensoria del Pueblo* (ou Ouvidorias) atua e realiza funções em virtude de uma queixa ou denúncia feita contra uma autoridade encarregada da administração pública, a qual “é claramente distinta da obrigação do Estado de fornecer uma defesa adequada àqueles que não poderiam se defender ou nomear um defensor particular”. Consequentemente, para a Corte IDH, o escopo ou espectro de ação da Ouvidoria “não satisfaz a garantia de defensor proporcionado pelo Estado que, em princípio e para fins convencionais, deve exercer ampla assistência e representação jurídica, desde as primeiras etapas do processo, pois, caso contrário, a assistência jurídica carece de idoneidade devido à sua falta de oportunidade”. Nesse sentido, a Corte Interamericana destacou “que a assistência jurídica prestada pelo Estado não pode ser confundida com a atividade realizada pela *defensoria del pueblo* no âmbito de suas funções, uma vez que, embora “ambas possam se complementar, [...] para fins convencionais, elas estão claramente diferenciadas.”³⁶⁹

As organizações não-governamentais, na medida em que “a assistência que elas possam prestar [...] não substitui a obrigação do Estado de prestar assistência jurídica”.³⁷⁰

364 *Ibidem*, par. 168 (grifo do autor)

365 *Ibidem*, par. 172.

366 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003, par. 126. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 146.

367 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 146. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 164.

368 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 63.

369 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 133 e 135.

370 *Ibidem*, par. 137 e 146.

5.7. Direito de defesa para interrogar as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento de testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam esclarecer os fatos

A Corte IDH se pronunciou sobre violações do direito à defesa de interrogar testemunhas em casos que, no âmbito da jurisdição penal militar, impuseram uma restrição absoluta ao interrogatório de testemunhas de acusação;³⁷¹ outros em que não havia apenas “testemunhas sem rosto”, mas também “juízes sem rosto”,³⁷² e em outra em um julgamento político realizado no Congresso, no qual os magistrados acusados não tiveram permissão para interrogar as testemunhas em cujos testemunhos sua remoção se baseou.³⁷³

Com base nisso, a Corte IDH estabeleceu que todos os elementos necessários devem estar presentes em todos os processos para que “exista o maior equilíbrio entre as partes, para a devida defesa de seus interesses e direitos.”³⁷⁴ Tomando como referência a jurisprudência do TEDH nos casos *Barberà, Messegué e Jabardo vs. Espanha* e *Bönisch vs. Áustria*, a Corte IDH indicou que “dentro das prerrogativas que devem ser concedidas aos acusados está a de examinar as testemunhas contra e a seu favor, nas mesmas condições que o Estado, para exercer sua defesa”,³⁷⁵ “e fazer comparecer pessoas que possam esclarecer os fatos.”³⁷⁶ Assim, essa garantia mínima “materializa os princípios do contraditório e da igualdade processual”.³⁷⁷

Também citando o TEDH no processo *Kostovski v. Holanda*, a Corte IDH indicou que a eventual reserva de identidade de uma testemunha “limita o exercício desse direito, pois impede que a defesa faça perguntas relacionadas à possível inimizade, preconceito e confiabilidade da pessoa do declarante, bem como outros que permitem argumentar que a afirmação é falsa ou errada.”³⁷⁸ No entanto, “o dever do Estado de garantir os direitos à vida e à integridade, liberdade e segurança pessoal daqueles que prestam testemunho em processos penais pode justificar a adoção de medidas de proteção”, processuais (como a reserva de dados de identificação ou características físicas que individualizam a pessoa) e extra-processuais (como a proteção de sua segurança pessoal).³⁷⁹

Da mesma forma, novamente tomando como referência a jurisprudência do TEDH em *Doorson vs. Holanda*, *Visser vs. Holanda*, *Birutis e outros vs. Lituânia*, *Krasniki vs. República Tcheca* e *Al-Khawaja e Tahery vs. Reino Unido*, a Corte IDH estabeleceu que essas medidas devem ser analisadas considerando se:

foram adotados com controle judicial, com base nos princípios de necessidade e proporcionalidade, levando em consideração que se trata de uma medida excepcional, verificando a existência de uma situação de risco para a testemunha e levando em consideração o impacto da medida teve no direito de defesa do acusado.³⁸⁰

371 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 178-179.

372 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 153 e 155. Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. FRC. 2004, par. 184. Corte IDH. *Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 152. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 208-210.

373 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. FRC. 2001, par. 83.

374 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002, par. 132. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 178. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 152.

375 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 153-154. Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009, par. 84.

376 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 155.

377 Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 242.

378 *Idem*.

379 Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 243.

380 *Ibidem*, par. 245.

Em particular, com base na jurisprudência do TEDH em *Doorson vs. Holanda, Van Mechelen e outros vs. Holanda, Jasper vs. Reino Unido, Kostovski vs. Holanda e Windisch vs. Áustria*, e na do TPIY no caso *Duško Tadić*, a Corte IDH indicou que é apropriado levar em consideração se:

o Estado assegurou que a violação do direito de defesa do acusado, decorrente do uso da medida de reserva de identidade de testemunhas, foi suficientemente neutralizada por medidas de contrapeso, como as seguintes: a) a autoridade judicial deve conhecer a identidade da testemunha e a possibilidade de observar seu comportamento durante o interrogatório, para que possa formar sua própria impressão sobre a confiabilidade da testemunha e de sua declaração; e b) a defesa deve ter ampla oportunidade de interrogar a testemunha diretamente em qualquer uma das etapas do processo, sobre questões que não estão relacionadas à sua identidade atual ou paradeiro; o exposto, para que a defesa possa apreciar o comportamento da testemunha sob interrogatório, para que possa desacreditá-la ou, pelo menos, suscitar dúvidas sobre a confiabilidade de sua declaração.³⁸¹

De qualquer forma,³⁸² a Corte IDH indicou que:

apesar de que foram tomadas medidas de contrapeso que parecem suficientes, a condenação não pode basear-se única ou decisivamente em declarações feitas por testemunhas de identidade reservada. Caso contrário, o acusado poderia ser condenado usando um meio desproporcional de prova que foi obtido em detrimento do seu direito de defesa. Como se trata de prova obtida sob condições em que os direitos do acusado foram limitados, as declarações de testemunhas com reserva de identidade devem ser tratadas com extrema cautela e devem ser consideradas em conjunto com o conjunto de provas, as observações ou objeções da defesa e das regras da crítica sã. A determinação se esse tipo de prova teve um peso decisivo na condenação dependerá da existência de outros tipos de evidência que corroboram aqueles de tal maneira que, quanto mais evidências corroborativas, menor será o grau decisivo que o acusado outorga ao testemunho de identidade reservada.³⁸³

A Corte IDH considerou que a imposição de restrições aos advogados de defesa da vítima viola o direito da defesa de interrogar testemunhas e fazer com que as pessoas apareçam no processo.³⁸⁴

5.8. Direito de não ser obrigado a declarar contra si mesmo ou a se declarar culpado

A Corte IDH indicou que o “desenvolvimento histórico do processo, coerente com a proteção do indivíduo e a realização da justiça, trouxe consigo a incorporação de novos direitos processuais”, como o direito à não se auto-incriminar, atualmente incluído na legislação e jurisprudência dos sistemas jurídicos mais avançados.³⁸⁵

A confissão foi entendida pela Corte IDH como “o reconhecimento que o acusado faz sobre os fatos que lhe são atribuídos, o que não significa necessariamente que esse reconhecimento atinja todas as questões que possam estar ligadas a esses fatos ou seus efeitos”. Segundo a Corte IDH, “também poderia implicar um ato de disposição dos bens ou direitos sobre os quais há disputa”. Nesse sentido, a confissão foi considerada pela Corte IDH como um ato dentro do processo que tem um significado especial para a definição de certas consequências jurídicas que afetam a esfera de direitos e responsabilidades do réu.³⁸⁶

381 *Ibidem*, par. 246.

382 Sempre sobre a base da jurisprudência do TEDH nos casos *Doorson vs. Holanda, Van Mechelen e outros vs. Holanda, Visser vs. Holanda, e Al-Khawaja e Tahery vs. Reino Unido*.

383 Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 247.

384 Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 155.

385 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99, *op. cit.*, par. 117.

386 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, par. 128.

De acordo com a jurisprudência da Corte IDH, esse direito “também deve ser respeitado em procedimentos ou ações anteriores ou concomitantes a processos judiciais que, se não estiverem sujeitos a essas garantias, podem ter um impacto desfavorável injustificado na situação da pessoa em questão”.³⁸⁷

A Corte IDH analisou esse direito em conjunto com o contemplado no artigo 8.3 da CADH, segundo a qual a confissão do acusado só é válida se ocorrer sem coação de qualquer espécie.

5.9. O direito de recorrer da decisão perante um juiz ou tribunal superior

A Corte estabeleceu que o direito de recorrer da sentença é “uma garantia primordial que deve ser respeitada no âmbito do devido processo legal, a fim de permitir que uma sentença adversa seja analisada por um juiz ou tribunal diferente e de hierarquia superior”,³⁸⁸ que “busca a correção de decisões jurisdicionais contrárias ao direito”.³⁸⁹ Desse modo, a Corte IDH enfatizou que:

sem prejuízo do fato de que cada um dos direitos contidos na Convenção tem seu sentido e alcance próprios,³⁹⁰ a falta de garantia do direito de recorrer a decisão impede o exercício do direito de defesa protegido por esses meios e traz implicitamente a ausência de proteção de outras garantias mínimas do devido processo legal que devem ser asseguradas ao recorrente, conforme o caso, para que o juiz ou tribunal superior possa pronunciar-se sobre os reclamos apresentados.³⁹¹

No julgamento do caso *Povo Indígena Mapuche vs. Chile*, a Corte IDH sistematizou as características do recurso contemplado no artigo 8.2.h) da CADH. De acordo com a Corte IDH, o recurso deve ser “ordinário, acessível e eficaz”, permitir uma revisão ou revisão integral da sentença recorrida, “estar ao alcance de toda pessoa condenada e respeitar as garantias processuais mínimas”.³⁹²

Recurso simples e ordinário: O direito de interpor um recurso contra a sentença “deve ser garantido antes que a sentença adquira o status de coisa julgada”,³⁹³ isto é, antes de ser obrigatória e “tenha que necessariamente ser cumprida devido à adoção de uma decisão definitiva, outorgando certeza sobre o direito ou controvérsia discutida no caso específico”.³⁹⁴ Nesse sentido, o direito de impugnar a decisão “procura proteger o direito de defesa, na medida em que concede a possibilidade de interpor um recurso para impedir que uma decisão adotada em um procedimento defeituoso adquira a condição de coisa julgada e que contenha erros que causariam danos indevidos aos interesses de uma pessoa.”³⁹⁵

Recurso acessível: A apresentação do recurso não deve “exigir maiores complexidades que tornem esse direito ilusório”,³⁹⁶ de maneira que os Estados “não podem estabelecer restrições ou requisitos que violem a própria essência do direito de recorrer da sentença”.³⁹⁷ Portanto, a Corte IDH considerou que “as formalidades exigidas para a admissão do recurso devem ser mínimas e não devem

387 Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003, par. 120-121.

388 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, par. 158 e 161. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 269.

389 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, par. 158 e 161. Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 97.

390 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPFRC. 2010, par. 171. Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 119.

391 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 119.

392 Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 270.

393 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, par. 158. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 270.

394 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. EPFRC. 2006, par. 167 e 220. Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012, par. 263.

395 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, par. 158. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 270.

396 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, par. 161 e 164. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 90. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 270.

397 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, par. 161 e 164. Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 90. Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. EPFRC. 2014, par. 94.

constituir um obstáculo ao cumprimento do objetivo de examinar e resolver as queixas apresentadas pelo recorrente”.³⁹⁸

Recurso eficaz: “não basta a existência formal do recurso, mas este deve permitir que sejam obtidos resultados ou respostas para os fins para os quais foram concebidos.”³⁹⁹ Nesse sentido, a Corte IDH estabeleceu que, independentemente do regime ou sistema recursivo adotado pelos Estados Partes e a denominação dada à impugnação da sentença condenatória, deve-se entender que “para que isso seja eficaz, deve constituir um meio adequado para obter a correção de uma sentença errônea”.⁴⁰⁰ Esse requisito está intimamente ligado ao seguinte.⁴⁰¹

Recurso que permita um exame ou revisão integral da decisão: Com relação ao alcance da revisão, a Corte IDH enfatizou que deve ser um “exame integral”⁴⁰² ou íntegro⁴⁰³ da decisão recorrida. Portanto, deve permitir a análise de “questões fáticas, probatórias e jurídicas nas quais o julgamento impugnado se baseia, uma vez que na atividade judicial há uma interdependência entre determinações de fato e a aplicação do direito, de modo que uma determinação errônea dos fatos implica uma aplicação incorreta ou imprópria do direito. Consequentemente, os requisitos de procedência do recurso devem permitir um amplo controle dos aspectos contestados da sentença condenatória.”⁴⁰⁴ Segundo a Corte IDH, “a dupla apreciação judicial (ou dupla conformidade judicial), expressada por meio da revisão integral da decisão condenatória, confirma o fundamento, concede maior credibilidade ao ato jurisdicional do Estado e, ao mesmo tempo, oferece maior segurança e proteção aos direitos do condenado.”⁴⁰⁵

Recurso disponível para todas as pessoas condenadas: Como a condenação é a manifestação do exercício do poder punitivo do Estado, a Corte IDH interpretou que o direito de recorrer da sentença “não seria eficaz se não fosse garantido em relação a todos os que são condenados”.⁴⁰⁶ Este direito “deve ser garantido mesmo para aqueles que são condenados por meio de uma sentença que revoga uma decisão anterior de absolvição”.⁴⁰⁷ Assim, o artigo 8.2.h) da CADH é muito semelhante ao artigo 14.5. do PIDCP, segundo o qual o direito de recorrer da decisão é uma garantia de “toda pessoa condenada por um crime”.⁴⁰⁸ Portanto, é “uma garantia do indivíduo contra o Estado e não apenas um guia que orienta o desenho dos sistemas de impugnação nos ordenamentos jurídicos Estados Parte na Convenção.”⁴⁰⁹

Recurso que respeita as garantias processuais mínimas: Na regulamentação dos respectivos regimes recursivos, os Estados “devem garantir que o referido recurso contra a sentença condenatória respeite as garantias processuais mínimas que, nos termos do artigo 8 da CADH, são relevantes e

398 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 99. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 270.

399 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, par. 158. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 270.

400 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 100. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 270.

401 Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 270.

402 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, par. 165. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 270.

403 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 89. Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 97.

404 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 100. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 270, 280 d 287.

405 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 89. Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. FRC. 2015, par. 167.

406 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. FRC. 2001, par. 107. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 270.

407 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 92. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 270.

408 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 84. Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 93.

409 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 92. Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. EPFRC. 2014, par. 104.

necessárias para resolver as queixas levantadas pelo recorrente, o que não implica que um novo julgamento oral deva ser realizado.⁴¹⁰ Assim, por exemplo, a Corte IDH considerou que uma situação de impedimento fático para assegurar um acesso real ao direito de recorrer, quando a sentença a ser contestada não é notificada ao acusado, de modo que, além de colocá-lo “em um estado de incerteza a respeito de sua situação jurídica e tornou impraticável o exercício do direito de recorrer da decisão sancionatória.⁴¹¹

Em relação ao juiz ou tribunal superior encarregado de resolver o recurso, a Corte IDH enfatizou em sua jurisprudência que “o processo penal é único através de várias etapas – tanto a correspondente à primeira instância como as relativas às instâncias superiores – de modo que “o conceito de juiz natural e o princípio do devido processo legal governam essas etapas e devem ser projetados sobre as várias instâncias processuais”.⁴¹² Assim, “uma pessoa sujeita a uma investigação e a um processo criminal deve ser protegida nas diferentes etapas do processo, incluindo a investigação, acusação, julgamento e condenação.”⁴¹³ Portanto, é necessário que o juiz que decide o recurso “atenda às características jurisdicionais que o legitimam para conhecer o caso específico”, pois se “o juiz de segunda instância não atende aos requisitos de juiz natural, não pode ser considerada válida a etapa processual que se desenvolva perante ele.”⁴¹⁴ Dessa maneira, é evidente que esse direito “não se satisfaz com a mera existência de um órgão de grau superior ao que julgou e emitiu a decisão condenatória ou sancionatória, ao qual a pessoa interessada tenha ou possa ter acesso.”⁴¹⁵ Uma verdadeira garantia de reconsideração do caso “será aquela configurada perante um tribunal superior que atenda aos requisitos de competência, imparcialidade e independência estabelecidos pela Convenção.”⁴¹⁶ Além disso, o referido juiz ou tribunal deve cumprir “o dever especial de proteger as garantias judiciais e o devido processo a todas as partes envolvidas em um processo penal, de acordo com os princípios que o regem.”⁴¹⁷

Da mesma forma, a Corte IDH destacou que, ao resolver as divergências expressas pelo recorrente, o juiz ou tribunal superior que estiver ouvindo o recurso a que uma pessoa condenada tem direito, de acordo com o artigo 8.2.h) da CADH:

deve garantir que a sentença condenatória forneça uma base clara, completa e lógica na qual, além de fazer uma descrição do conteúdo dos meios de prova, expresse sua apreciação e indique as razões pelas quais eram, ou não eram, confiáveis e adequadas para provar os elementos de responsabilidade penal e, portanto, desvirtuar a presunção de inocência.⁴¹⁸

Nesse sentido, a Corte IDH enfatizou que:

o tribunal superior que decide o recurso deve controlar, em virtude do recurso contra a a sentença condenatória e para não tornar ilusório o direito de ser ouvido em condições de igualdade, que o tribunal inferior cumpra seu dever de expor uma valoração que tenha em conta tanto a prova a favor da condenação como a de defesa. Ainda que o tribunal inferior opte por valorar a prova de maneira conjunta, tem o dever de expor claramente em quais pontos existem coincidências e em quais há contradições, bem como lidar com as objeções feitas pela defesa sobre pontos ou aspectos concretos daqueles meios de prova.⁴¹⁹

410 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 100. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 270.

411 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 180.

412 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 161.

413 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 91. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 269.

414 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 161. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 179.

415 *Idem*.

416 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 161.

417 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, par. 163.

418 Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 288.

419 *Ibidem*, par. 289.

Note-se que, no caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, a Corte IDH observou que:

diante do suposto cometimento de um delito, a jurisdição penal ordinária ativa-se com o fim de investigar e punir os supostos autores, através das vias penais ordinárias. No entanto, em relação a certas altas autoridades, alguns ordenamentos jurídicos estabeleceram uma jurisdição distinta à ordinária como a competente para julgá-los, em virtude do alto cargo que ocupam e da importância de sua investidura [...] inclusive o Estado pode estabelecer foros especiais para o julgamento de altos funcionários públicos [...].⁴²⁰

Em virtude disso, segundo a Corte IDH, “a designação do máximo órgão de justiça para o julgamento penal de altos funcionários públicos, não é, per se, contrária ao artigo 8.2(h) da Convenção Americana”.⁴²¹ No entanto, a Corte IDH interpretou que em “situações onde não existe uma instância superior, a superioridade do tribunal que revisa a sentença condenatória se considera cumprida quanto o Plenário, ou uma câmara ou sala, dentro do mesmo órgão colegiado superior, mas *distinta da composição que conheceu da causa originalmente*, decide o recurso interposto com faculdade de revogar ou modificar a sentença condenatória original, caso considere pertinente”. Nesse sentido, a Corte IDH indicou que pode ser estabelecido, “por exemplo, [...]ue o julgamento em primeira instância estaria a cargo do Presidente ou de uma câmara do órgão colegiado superior e o conhecimento da impugnação corresponderia ao plenário deste órgão, com exclusão dos que já se pronunciaram sobre o caso”.⁴²² Embora a Corte IDH tenha verificado que “essa é a prática de alguns Estados da região”, deixou claro “que o Estado pode se organizar da maneira que considere pertinente, a fim de garantir o direito aos altos funcionários públicos a recorrer da sentença condenatória.”⁴²³

Embora a CADH não preveja exceções ao direito de recorrer da sentença, como o Sistema Europeu faz expressamente,⁴²⁴ a Corte IDH considerou que “não é *per se* contrário à Convenção Americana que se estabeleça no direito interno dos Estados que em certos procedimentos, certos atos processuais não serão objeto de impugnação.”⁴²⁵ De qualquer forma, “a ausência de recurso judicial que garanta a revisão da sentença condenatória ou a aplicação de recursos judiciais que também não garantem o direito” de recorrer da decisão implica o descumprimento por parte do Estado do dever geral de adaptar seu ordenamento jurídico interno para garantir a realização da garantia judicial protegida pelo artigo 8.2.h) da Convenção.⁴²⁶

5.10. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza (art. 8.3 da CADH)

Como foi apontado, a confissão foi entendida pela Corte IDH como “o reconhecimento que o acusado faz sobre os fatos que lhe são atribuídos, o que não significa necessariamente que esse reconhecimento atinja todas as questões que possam estar relacionadas a esses fatos ou seus efeitos”.⁴²⁷ Segundo o TEDH, as garantias do artigo 8.3 estão previstas para o acusado no âmbito de um processo judicial e devem ser respeitadas mesmo em procedimentos ou atuações prévias ou concomitantes ao referido processo para evitar qualquer impacto desfavorável injustificado na situação jurídica da pessoa

420 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 90.

421 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. EPFRC. 2014, par. 88.

422 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. FRC. 2009, par. 90. Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. EPFRC. 2014, par. 105. (grifo do autor)

423 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. EPFRC. 2014, par. 105. (grifo do autor)

424 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 94. Em conformidade com o artigo 2 do Protocolo 7 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, o direito de recorrer da decisão “pode estar sujeito a exceções no caso de delitos menores, conforme definido por lei, ou quando a parte interessada for julgada em primeira instância pelo tribunal superior ou tiver sido considerada culpada e sentenciada ao resolver um recurso contra sua absolvição”.

425 Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011, par. 120.

426 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 116.

427 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, par. 128.

em questão.⁴²⁸ A regra de que a confissão só é válida se for feita sem coação “possui caráter absoluto e inderrogável”, reconhecida por vários tratados e organismos internacionais para a proteção dos Direitos Humanos “que estabeleceram que essa regra é intrínseca à proibição de tais atos”.⁴²⁹ A Corte IDH reiterou assim “a regra da exclusão de provas obtidas através de tortura, tratamento cruel e desumano e coação capazes de quebrar a expressão espontânea da vontade da pessoa”.⁴³⁰

Nesse sentido, “quando se verifica qualquer tipo de coação capaz de quebrar a expressão espontânea da vontade da pessoa, isso implica necessariamente a obrigação de excluir as respectivas provas do processo judicial”, uma vez que a referida anulação “é um meio necessário para desencorajar o uso de qualquer forma de coação”.⁴³¹ Portanto, a Corte IDH considerou que “a anulação dos atos processuais decorrentes de tortura ou tratamento cruel constitui uma medida eficaz para conter as consequências de uma violação das garantias judiciais”.⁴³²

Segundo a Corte IDH, essa regra se baseia no fato de que “as declarações obtidas por coação geralmente não são verdadeiras, uma vez que a pessoa tenta afirmar o que seja necessário para garantir que o tratamento ou a tortura cruel cessem”, quando é derrotada sua resistência psíquica.⁴³³ Assim, com base na jurisprudência do TEDH nos casos *de John Murray vs. Reino Unido*, *Jalloh vs. Alemanha*, *Gafgen vs. Alemanha* e *Harutyunyan vs. Armênia*, a Corte IDH estabeleceu que “aceitar ou atribuir valor probatório a declarações ou confissões obtidas por meio de coação, que afetam a pessoa ou a terceiros, constitui por sua vez uma violação de um julgamento justo.”⁴³⁴

Segundo a Corte IDH, a natureza absoluta da regra de exclusão proíbe a concessão de valor probatório “não apenas às provas obtidas diretamente através da coação, mas também às provas que emergem dessa ação”. Dessa maneira, o cumprimento dessa regra é garantido quando as provas encontradas ou derivadas das informações obtidas por coação são excluídas.⁴³⁵

No mesmo sentido, a Corte IDH indicou, tomando como referência a jurisprudência do TEDH no caso *Harutyunyan vs. Armênia*, que:

no caso de haver evidências razoáveis de que uma pessoa foi torturada ou tratada de maneira cruel e desumana, o fato de ratificar a confissão perante uma autoridade diferente daquela que realizou a ação [de coação] não significa automaticamente que a referida confissão seja válida porque a declaração subsequente pode ser a consequência dos maus-tratos sofridos pela pessoa e, especificamente, do medo que subsiste após esse tipo de evento.⁴³⁶

Isso ocorre porque “a situação de desamparo e vulnerabilidade em que se encontram as pessoas presas são submetidas a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes a fim de suprimir sua resistência psíquica e forçá-las a se auto-incriminar,⁴³⁷ pode produzir sentimentos de medo, angústia e inferioridade capazes de humilhar e devastar uma pessoa e possivelmente quebrar sua resistência física e moral”.⁴³⁸

428 Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003, par. 120.

429 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 165. Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. FRC. 2015, par. 118.

430 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 165-166. Corte IDH. *Caso García Cruz e Sánchez Silvestre vs. México*. FRC. 2013, par. 58.

431 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 166.

432 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPFRC. 2008, par. 108. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 166.

433 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPFRC. 2004, par. 198. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 167.

434 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 167. Corte IDH. *Caso García Cruz e Sánchez Silvestre vs. México*. FRC. 2013, par. 58.

435 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 167.

436 *Ibidem*, par. 173.

437 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000, par. 104. Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 174.

438 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 174.

A Corte IDH recordou que “nos casos em que a pessoa alega no processo que sua declaração ou confissão foi obtida por meio de coação, os Estados têm a obrigação de verificar, em primeiro lugar, a veracidade da referida denúncia,⁴³⁹ através de uma investigação realizada com a devida diligência. Da mesma forma, o ônus da prova não pode recair sobre o reclamante, mas o Estado deve demonstrar que a confissão foi voluntária.”⁴⁴⁰

Como no caso do artigo 8.2.g) da CADH, a Corte IDH especificou que esse direito “também deve ser respeitado em procedimentos ou atuações prévias ou concomitantes a processos judiciais que, se não estiverem sujeitos a tais garantias podem ter um impacto desfavorável injustificado na situação jurídica da pessoa em questão.”⁴⁴¹

5.11 Direito do acusado absolvido por sentença transitada em julgado a não ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos: princípio *ne bis in idem* (art. 8.4 da CADH)

O artigo 8.4. regula o *princípio ne bis in idem* que “busca proteger os direitos das pessoas que foram processadas por certos atos”, proibindo um novo julgamento para esses mesmos eventos, objeto de uma sentença com autoridade de coisa julgada.⁴⁴² A Corte IDH destacou a diferença no artigo 8.4. com a redação usada pelo PIDCP, cujo artigo 14.7. estabelece que ninguém pode ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”, referindo-se ao “mesmo delito” e não aos mesmos fatos, nos termos da CADH. Dessa maneira, a própria Corte IDH destacou que a CADH “usa [...] um termo mais amplo em benefício da vítima”.⁴⁴³

Especificamente, a situação regulamentada envolve dois momentos: a realização de um primeiro julgamento que é pronunciado sobre o mérito da questão e o culminação do mesmo em uma sentença final absolutória,⁴⁴⁴ ou seja, uma decisão tomada de maneira definitiva e vinculante⁴⁴⁵ que absolve o acusado. O termo “sentença passada em julgado”, contido na CADH, “nem sempre coincide com sua definição no direito interno”.⁴⁴⁶

Portanto, citando a CIDH, a Corte IDH especificou que, para configurar uma violação do artigo 8.4 da CADH: “(i) o acusado deve ter sido absolvido; (ii) a absolvição deve ser o resultado de uma sentença transitada em julgado e (iii) o novo julgamento deve se basear nos mesmos fatos que motivaram o primeiro julgamento.”⁴⁴⁷ Como a Corte IDH bem apontou, o processo criminal é um só através de suas várias etapas, que inclui “os recursos ordinários que se interponham contra a sentença”.⁴⁴⁸

Não obstante o exposto, a Corte IDH destacou em sua jurisprudência que esse direito não é absoluto e, conseqüentemente, não é aplicável quando: “(i) as ações do tribunal que ouviu o caso e decidiu arquivar o caso ou absolver o responsável por uma violação dos Direitos Humanos ou do direito internacional tinha o objetivo de remover o acusado de sua responsabilidade criminal; (ii) o procedimento não foi instruído de forma independente ou imparcial, de acordo com as garantias do devido processo,”⁴⁴⁹

439 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010, par. 136. Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. FRC. 2015, par. 86.

440 *Idem*.

441 Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. FRC. 2003, par. 120-121.

442 Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. FRC. 2004, par. 208. Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 125. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 259.

443 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. F. 1997, par. 66. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 259.

444 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000, par. 137. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 260.

445 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. EPFRC. 2006, par. 167.

446 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 267.

447 *Ibidem*, par. 262.

448 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. F. 1997, par. 66. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 260.

449 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000, par. 137-139. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 267.

ou (iii) não havia a intenção real de submeter a pessoa responsável à ação da justiça.⁴⁵⁰ Assim, “uma sentença proferida nas circunstâncias indicadas produz algo considerado ‘aparente’ ou ‘fraudulento’”, isto é, resulta “de um julgamento no qual as regras do devido processo legal não foram respeitadas, ou no qual os juízes não agiram de forma independente e imparcial.”⁴⁵¹

A esse respeito, a Corte IDH indicou que, perante sua jurisdição, “a autoridade de coisa julgada de uma decisão poderá eventualmente ser discutida quando afetar os direitos das pessoas protegidas pela Convenção e for demonstrado que há uma causa para seu questionamento”,⁴⁵² como as citadas acima. Assim, por exemplo, a Corte IDH declarou que “os atos em que a sentença é sustentada são afetados por defeitos graves, que os privam da eficácia que deveriam ter em condições normais, a sentença não subsistirá”.⁴⁵³

Da mesma forma, a Corte IDH estabeleceu que “novos fatos ou provas que possam permitir a determinação dos responsáveis por violações de Direitos Humanos e, mais ainda, dos responsáveis por crimes de lesa humanidade, as investigações podem ser reabertas, inclusive se existir uma sentença absolutória com qualidade de coisa julgada, posto que as exigências da justiça, os direitos das vítimas e a letra e o espírito da Convenção Americana afastam a proteção do *ne bis in idem*”,⁴⁵⁴ “o princípio da coisa julgada implica a intangibilidade de uma sentença somente quando esta é proferida respeitando o devido processo de acordo com a jurisprudência da Corte sobre a matéria.”⁴⁵⁵

Na mesma linha, a Corte IDH especificou que o disposto no artigo 8.4 da CADH, “se insere no âmbito das normas relativas ao ‘julgamento justo’ ou às garantias do ‘devido processo’, previstas no artigo 8 do referido tratado. Portanto, o artigo 8.4. da Convenção deve ser interpretado em harmonia com essas últimas normas e com as demais disposições da Convenção.”⁴⁵⁶ Segundo a Corte IDH :

supor que o disposto no artigo 8.4. da Convenção se aplicaria em todas as circunstâncias, implicaria que o decidido por um juiz nacional teria precedência sobre o que a Corte [IDH] possa decidir nos termos da Convenção. Consequentemente, também implicaria que a aplicação, em todas as circunstâncias, do mencionado artigo 8.4 do tratado, poderia conduzir à impunidade e inaplicabilidade das normas internacionais correspondentes, o que não seria consistente com o objeto e o fim da Convenção.⁴⁵⁷

5.12 Direito a um processo penal público, salvo quando for necessário para preservar os interesses da justiça (art. 8.5 da CADH)

Nos trabalhos preparatórios da CADH o debate sobre a publicidade do processo começou no momento da aprovação do primeiro parágrafo do atual artigo 8 quando o delegado da Venezuela propôs formular o direito de toda pessoa a ser ouvido “publicamente”. Os Delegados dos Estados debateram sobre a pertinência de manter ou não a palavra. Aqueles que apoiaram sua exclusão apontaram que era desnecessário na medida em que o último parágrafo do artigo já se referia a esse aspecto. Por sua parte, aqueles que eram contra a exclusão não deixaram de expressar sua preocupação já que, em alguns casos, “era duvidoso que se possa oferecer proteção adequada à pessoa quando seu caso for tratado publicamente, como no campo da delinquência juvenil”. Da mesma forma, foi indicado que “a palavra

450 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPFRC. 2006, par. 154. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 267.

451 Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*. FRC. 2004, par. 131. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 195.

452 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. Pedido de Interpretação da Sentença. 1997, par. 10-12. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPFRC. 2006, par. 154.

453 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 219.

454 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPFRC. 2006, par. 155.

455 Corte IDH. *Caso Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. FRC. 2007, par. 197. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 195. (sem grifo no original)

456 Corte IDH. *Caso Gutiérrez e familia vs. Argentina*. FRC. 2013, par. 128.

457 *Ibidem*, par. 130.

‘publicamente’ não em si mesma uma garantia, uma vez que são necessárias diretrizes que regulamentariam essa publicidade”. No entanto, ao aprovar a subseção 7.4 – atual 8.5 –, não houve mais debates e o texto do projeto da CADH foi mantido nos termos em que ele consta hoje.⁴⁵⁸

A Corte IDH indicou que o direito ao processo público previsto na CADH “é um elemento essencial dos sistemas processuais penais acusatórios de um Estado democrático e é garantido mediante a realização de uma etapa oral na qual o acusado pode ter acesso imediato ao juiz e às provas e para facilitar o acesso do público.”⁴⁵⁹ Assim, a Corte IDH destacou que é um direito “protegido por vários instrumentos internacionais como elemento essencial das garantias judiciais.”⁴⁶⁰

Essa publicidade do processo tem a função de “proibir a administração secreta da justiça, sujeitando-a ao escrutínio das partes e do público, e está relacionada à necessidade de transparência e imparcialidade das decisões tomadas. Além disso, é um meio através do qual a confiança nos tribunais é fomentada [...] Portanto, a publicidade refere-se especificamente ao acesso às informações do processo que as partes e até terceiros devem ter.”⁴⁶¹

A jurisprudência da Corte IDH sobre o assunto permite concluir que esse direito exige que os processos ocorram em locais onde o público tenha acesso, proibindo circunstâncias de sigilo e isolamento para o cumprimento de etapas processuais, especialmente no caso das audiências.⁴⁶² Da mesma forma, a Corte IDH avaliou positivamente a transmissão de audiências de julgamento oral através dos meios de comunicação.⁴⁶³

Por outro lado, conforme estabelecido pela própria CADH, o Estado é obrigado a apresentar informações e argumentos para demonstrar que, em um determinado caso, as condições de publicidade do processo devem ser restringidas por ser “necessário preservar os interesses da justiça”.⁴⁶⁴ No caso específico de procedimentos que examinam questões relacionadas a menores, que transcendem suas vidas, a Corte IDH tem sido enfática ao afirmar que:

É apropriado estabelecer certas limitações ao amplo princípio de publicidade que se aplica em outros casos, não no que diz respeito ao acesso das partes a provas e decisões, mas no que se refere à observação pública de atos processuais. Esses limites servem aos melhores interesses da criança, na medida em que a preservam de apreciações, julgamentos ou estigmatização que possam pesar em sua vida futura.⁴⁶⁵

6. Considerações especiais sobre o direito às garantias judiciais relativas a certos direitos reconhecidos na CADH

A seguir são apresentados os padrões estabelecidos pela Corte IDH sobre considerações especiais do direito às garantias judiciais em casos que envolvam a suposta violação dos direitos à vida, à integridade pessoal, à liberdade de pensamento e de expressão, os direitos da criança e o direito de circulação e residência.

458 OEA. Conferência Especializada sobre Direitos Humanos, *op cit.*, pp. 195, 196 e 205.

459 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 166-167. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 217.

460 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 166.

461 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, par. 168. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 217.

462 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 172. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000, par. 146-147. Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. FRC. 2004, par. 198 e 200.

463 Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. FRC. 2004, par. 200.

464 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000, par. 148. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, par. 220.

465 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, par. 134. Para evitar que a publicidade indevida ou processo de difamação prejudiquem os menores de idade, em todas as etapas seu direito à intimidade será respeitado.

6.1 Quanto ao direito à vida e à pena de morte

Com base em seu Parecer Consultivo *sobre restrições à pena de morte*⁴⁶⁶ a Corte IDH indicou que “devido à natureza excepcionalmente grave e irreversível da pena de morte, sua imposição ou aplicação está sujeita a certos requisitos processuais que limitam o poder punitivo do Estado e cujo cumprimento deve ser rigorosamente observado e revisado”. Assim, com base nas “Salvaguardas para garantir a proteção dos direitos das pessoas que enfrentam a pena de morte”, a Corte IDH estabeleceu que “a obrigação de respeitar e assegurar as garantias judiciais é mais exigente e ampla, especialmente intransponível e rigorosa nos processos que podem culminar com a pena de morte”⁴⁶⁷ porque “a referida pena implica uma privação do mais fundamental dos direitos, o direito à vida,⁴⁶⁸ com a consequente impossibilidade de reverter a pena uma vez que esta é consolidada.”⁴⁶⁹

Desse modo, a Corte IDH afirmou que:

a falha do Estado em adotar todas as medidas necessárias para garantir o devido processo em um processo de pena de morte sem dúvida poderia resultar em uma injustiça grave e irreversível, com o possível resultado da execução de uma pessoa a quem não lhe ofereceram suas garantias judiciais.⁴⁷⁰

Por outro lado, em relação às petições individuais de clemência que os condenados à morte podem interpor, a Corte IDH estabeleceu que “devem ser exercidas mediante procedimentos imparciais e adequados, em conformidade com o artigo 4.6 da Convenção, sobre o direito dos condenados à morte de solicitar anistia, perdão ou comutação de sentença, em combinação com as disposições relevantes desta Convenção sobre as garantias do devido processo estabelecido no artigo 8.”⁴⁷¹ Consequentemente, o Estado tem a obrigação de implementar um procedimento “caracterizado por ser imparcial, público e transparente, em que a pessoa condenada à pena de morte possa participar fazendo valer todas as informações que considera pertinentes para ser favorecida com o ato de clemência.”⁴⁷²

6.2 Quanto ao direito à integridade pessoal

No caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, a Corte IDH mencionou que:

o controle da legalidade de atos da administração pública que afetem ou possam afetar direitos, garantias ou benefícios reconhecidos em favor de pessoas privadas de liberdade, bem como o controle judicial das condições de privação de liberdade e a supervisão da execução ou o cumprimento das penas. [...] Este controle deve ser periódico e ser executado por juízes e tribunais competentes, independentes e imparciais.⁴⁷³

Tomando como referência os *Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas* da CIDH, as *Regras Mínimas das Nações Unidas revisadas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela)* e a *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, a Corte IDH indicou que, se houver perigo de danos à vida ou à integridade pessoal de uma pessoa privada de liberdade, e o confinamento não permite o exercício mínimo de direitos básicos:

segundo as circunstâncias do caso, os juízes devem analisar a existência de outras medidas alternativas ou substitutivas à prisão, sem que isso implique na extinção da pena imposta nem o abandono do cumprimento da obrigação de assegurar sua execução. Além disso, é necessário

466 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-3/83. *Restrições à pena de morte*. 1983.

467 Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. FRC. 2005, par. 78. Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009, par. 85.

468 Ver o comentário sobre o artigo 4 (direito à vida) de autoria de Ayala e Rivero.

469 Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. EPFRC. 2009, par. 85.

470 *Idem*.

471 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. FRC. 2002, par. 186.

472 *Ibidem*, par. 188-189.

473 Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 236.

avaliar se a manutenção da pessoa em prisão redundaria não apenas na afetação de sua saúde, mas também da saúde de todos os demais privados de liberdade que indiretamente poderiam ver reduzidas suas possibilidades de atenção médica em razão da necessidade de alocar mais recursos para atender à pessoa doente [...] *diante desse tipo de solicitação, devem sopesar o interesse do Estado de executar uma condenação penal validamente imposta e a viabilidade de continuar com o internamento de pessoas condenadas que padecem de determinadas doenças graves*. Assim, quando a patologia de saúde for incompatível com a privação de liberdade, ou seja, quando a detenção carcerária não for um espaço apto para o exercício de Direitos Humanos básicos, é necessário buscar condições para que o cárcere reduza e mitigue os danos à pessoa e que seja oferecido o tratamento mais humano possível de acordo com os padrões internacionais. [...]

Em qualquer caso, se o Juiz não adotar outra medida substitutiva, corresponde ao Juiz exercer o controle sobre as atividades administrativas realizadas anteriormente e, caso venha a encontrar erros, ordenar sua imediata correção ou reparação.

[...]

É necessário esclarecer que o indicado anteriormente não significa que os juízes de execução estejam obrigados a decidir em todos os casos pela liberdade da pessoa privada de liberdade. O relevante é que os juízes de execução atuem com a maior vigilância e devida diligência em função das particulares necessidades de proteção da pessoa privada de liberdade e os direitos em questão, especialmente se a enfermidade puder se complicar ou agravar por circunstâncias próprias da pessoa, por falta de capacidade institucional para atender a situação ou por negligência das autoridades penitenciárias encarregadas. Isso significa que, no exercício de um adequado controle judicial das garantias das pessoas privadas de liberdade, os juízes de execução devem adotar suas decisões com base na mais ampla avaliação de elementos probatórios, particularmente periciais e de caráter técnico, incluindo visitas ou inspeções ao centro penitenciário para verificar a situação. Deste modo, qualquer que seja a decisão finalmente tomada, essa deve apresentar fundamentação adequada e devida motivação.⁴⁷⁴

6.3 Em relação à liberdade de pensamento e de expressão

Na sentença do caso *Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, a Corte IDH indicou que os procedimentos relacionados à concessão ou renovação de licenças ou concessões de radiodifusão “devem cumprir certas salvaguardas ou garantias gerais para evitar abusos de controles oficiais ou geração de restrições indiretas”.⁴⁷⁵

Nesse contexto, ao citar o TEDH no caso *Meltex Ltd. e Mesrop Movsesyan vs. Armênia*, a Corte IDH indicou que “a maneira pela qual os critérios de licenciamento são aplicados durante o processo de adjudicação deve fornecer garantias suficientes contra a arbitrariedade, incluindo a expressão de razões por parte das autoridades reguladoras ao negar uma licença de transmissão”. Assim, “um procedimento de licenciamento no qual a autoridade reguladora responsável não oferece a motivação para suas decisões não fornece proteção adequada do direito fundamental à liberdade de expressão contra interferências arbitrárias por parte das autoridades públicas”.⁴⁷⁶

6.4 Em relação aos direitos da criança

Em seu Parecer Consultivo sobre a *condição jurídica e os Direitos Humanos da criança*, a Corte IDH observou que, no que se refere às garantias judiciais em processos envolvendo crianças, as regras são estabelecidas, principalmente, mas não exclusivamente, na Convenção sobre os Direitos

474 Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, par. 244, 246-247. (grifo do autor)

475 Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, par. 171.

476 *Ibidem*, par. 244.

da Criança, nas Regras de Beijing, nas Regras de Tóquio e nas Diretrizes de Riad, “que servem ao propósito de salvaguardar os direitos das crianças sujeitas a diferentes ações do Estado, da sociedade ou da família”.⁴⁷⁷ Este *corpus juris* internacional sobre a proteção das crianças “deve servir para definir o conteúdo e o alcance das obrigações que o Estado assumiu ao analisar os direitos das crianças”.⁴⁷⁸

A Corte IDH estabeleceu que a proteção especial derivada do artigo 19 da CADH⁴⁷⁹ “deve ser projetada nos procedimentos judiciais ou administrativos nos quais seus direitos são decididos, o que implica uma proteção mais rigorosa dos artigos 8 e 25 de Convenção”.⁴⁸⁰

Embora os direitos processuais e suas garantias correlatas sejam aplicáveis a todas as pessoas, no caso das crianças, em razão de sua condição especial, o seu exercício envolve a adoção de certas medidas específicas para que gozem efetivamente dos referidos direitos e garantias.⁴⁸¹ Segundo a Corte IDH, “o tipo de medidas específicas são determinadas por cada Estado Parte e podem incluir a representação direta ou coadjuvante do menor de idade, conforme o caso, para reforçar a garantia do princípio do melhor interesse da criança”.⁴⁸² Assim, a Corte IDH indicou que “o aplicador do direito, seja na esfera administrativa ou judicial, deve levar em consideração as condições específicas do menor de idade e seu melhor interesse para permitir sua participação, conforme o caso, na determinação de seus direitos”, buscando “maior acesso ao menor de idade ao exame de seu próprio caso na medida do possível”.⁴⁸³ Consequentemente, o juiz é obrigado a “proceder com especial diligência e celeridade nos procedimentos que envolvem menores de idade”, entre outros, observando os respectivos requisitos legais, promovendo o acervo probatório necessário, evitando o uso de estereótipos.⁴⁸⁴

Com efeito, a Corte IDH considerou que “a observância das disposições legais e a diligência nos procedimentos judiciais são elementos fundamentais para proteger o interesse superior da criança” e que portanto, não se pode invocar esse interesse “para legitimar a inobservância de requisitos legais, a demora ou erros nos procedimentos judiciais”.⁴⁸⁵

Quanto ao direito a ser ouvido, a Corte IDH determinou que existe uma relação entre este e o melhor interesse da criança: “é a partir dessa relação que o papel essencial da criança é facilitado em todas as decisões que afetam suas vidas”.⁴⁸⁶ Assim, a Corte IDH indicou que o direito de ser ouvido “deve ser interpretado à luz do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança”, que contém previsões adequadas sobre o direito das crianças a serem escutadas de modo que sua intervenção “ajuste às condições do processo e não redunde em detrimento de seu genuíno interesse”.⁴⁸⁷ A respeito disso, a Corte IDH citou as especificações feitas pela Comitê dos Direitos da Criança da ONU em sua Observação Geral nº 12, referente ao alcance do artigo 12 mencionado, a saber: 1) “não [se] pode partir da premissa de que uma criança é incapaz de expressar suas próprias opiniões”; 2) “a criança não deve ter necessariamente um conhecimento exaustivo de todos os aspectos do assunto que a afeta, mas

477 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, par. 116.

478 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999, par. 194. Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. FRC. 2012, par. 44.

479 Sobre as garantias judiciais e medidas de proteção aplicáveis aos menores de idade, ver comentário ao artigo 19 (direitos da criança) de autoria de Beloff.

480 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, par. 95-98. Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPFRC. 2013, par. 220.

481 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, par. 95-98. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguai*. EPFRC. 2004, par. 209. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 242.

482 Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 230.

483 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, par. 102. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 230.

484 Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. FRC. 2012, par. 78.

485 *Ibidem*, par. 105.

486 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, par. 99. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 228. Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPFRC. 2013, par. 220. (grifo do autor)

487 Corte IDH. *Caso Atala Riffó e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 196. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 228.

compreensão suficiente para ser capaz de formar adequadamente um juízo próprio sobre o assunto”; 3) a criança pode expressar suas opiniões sem pressão, e pode escolher se quer ou não exercer o direito de ser ouvida; 4) “a realização do direito da criança de expressar suas opiniões exige que os responsáveis por ouvi-la e seus pais ou tutores informem a criança sobre os assuntos, as opções e as possíveis decisões que possam ser adotadas e suas consequências”; 5) “a capacidade da criança [...] deve ser avaliada para que se levem devidamente em conta suas opiniões ou para a ela comunicar a influência que essas opiniões tiveram no resultado do processo”; e 6) “os níveis de compreensão das crianças não se vinculam de maneira uniforme à sua idade biológica”, razão pela qual a maturidade da criança deve ser medida com base na “capacidade [...] de expressar suas opiniões sobre as questões de forma razoável e independente”..⁴⁸⁸

Com relação a procedimentos penais apropriados, para a Corte IDH, “deve-se considerar que os menores são excluídos de participar como acusados neste tipo de processo”, de modo que “não deve surgir a possibilidade de que preste declarações que poderiam corresponder à categoria probatória de uma confissão.”⁴⁸⁹

Da mesma forma, a Corte IDH considerou que:

as crianças devem ser informadas de seu direito de serem ouvidas diretamente ou por meio de um representante, caso assim o desejem. A esse respeito, em casos em que se apresentem conflitos de interesses entre a mãe e o pai, é necessário que o Estado garanta, na medida do possível, que os interesses do menor sejam representados por alguém alheio ao conflito.⁴⁹⁰

Como complemento ao anterior, a Corte IDH destacou que “o Comitê dos Direitos da Criança salientou que o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança não só dispõe o direito de cada criança de expressar sua opinião livremente, em todos os assuntos que a afetem, mas também engloba o direito subsequente de que se levem devidamente em conta essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança”. Por esse motivo, de acordo com a Corte IDH, não basta ouvir a criança, uma vez que “suas opiniões devem ser seriamente consideradas a partir do momento em que seja capaz de formar um juízo próprio, o que requer que suas opiniões sejam avaliadas mediante exame caso a caso.”⁴⁹¹ Assim, “se a criança estiver e condições de formar um juízo próprio de forma razoável e independente, o encarregado de adotar decisões deve levar em conta as opiniões da criança como fator importante na solução da questão”. Por todas essas razões, “no contexto de decisões judiciais sobre a guarda, toda a legislação sobre separação e divórcio deve incluir o direito da criança de ser ouvida pelos encarregados de adotar decisões”.⁴⁹²

Além disso, a Corte IDH, citando o Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas, alertou que “uma criança não deve ser entrevistada com frequência maior do que a necessária, sobretudo quando se investiguem acontecimentos nocivos, dado que o processo de “ouvir” uma criança pode ser difícil e ter efeitos traumáticos.”⁴⁹³ No entanto, de acordo com a Corte IDH, “o fato de que uma autoridade judicial não tenha de solicitar novamente o depoimento de uma criança no âmbito de um processo

488 Corte IDH. *Caso Atala Riffó e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 198. Deve-se observar que, no Parecer Consultivo sobre a *condição jurídica e os Direitos Humanos da criança*, sobre as declarações que o menor de idade é chamado a prestar em procedimentos em que participa, a Corte IDH declarou que “deve-se levar em consideração que a criança, dependendo da idade ou de outras circunstâncias, pode não ter a aptidão necessária para apreciar ou reproduzir os fatos sobre os quais declara e as consequências de sua declaração”, para que isso possa e deva ser avaliado pelo juiz com especial atenção e cuidado. Por esse motivo, segundo a Corte IDH, nesta declaração não se pode atribuir eficácia operativa “quando corresponde a uma pessoa que, justamente por não ter capacidade civil para exercer, não pode dispor de seus bens ou exercer seus direitos por si mesma.” Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, par. 130.

489 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, par. 131.

490 Corte IDH. *Caso Atala Riffó e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 199.

491 Corte IDH. *Caso Atala Riffó e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 200. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 230.

492 Corte IDH. *Caso Atala Riffó e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 200.

493 Corte IDH. *Caso Atala Riffó e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 205.

judicial não a exime da obrigação de levar devidamente em conta e avaliar, num sentido ou noutro, as opiniões expressas pela criança nas instâncias inferiores, em função de sua idade e capacidade”. Caso contrário, “a respectiva autoridade judicial deve argumentar especificamente por que não levará em conta a opção da criança”.⁴⁹⁴

Por outro lado, em relação ao prazo dos processos judiciais, a Corte IDH indicou que aqueles relacionados à adoção, guarda e custódia de crianças na sua primeira infância “devem ser tratados com diligência e velocidade excepcional por parte das autoridades.”⁴⁹⁵ Além disso, a Corte IDH estabeleceu que “o mero transcurso do tempo em casos de guarda de menores de idade pode constituir um fator que favorece a criação de laços com a família adotante ou acolhedora. Deste modo, a maior dilação nos procedimentos, independentemente de qualquer decisão sobre a determinação de seus direitos, pode determinar o caráter irreversível ou irremediável da situação de fato e tornar qualquer decisão a respeito prejudicial aos interesses das crianças e, dependendo do caso, dos pais biológicos.”⁴⁹⁶

Com relação à situação específica das crianças em conflito com a lei, a Corte IDH indicou que “uma consequência evidente da necessidade de atender de forma diferenciada e específica as questões referentes às crianças, e particularmente, as relacionadas com a conduta ilícita, é o estabelecimento de órgãos jurisdicionais especializados para o conhecimento de condutas penalmente típicas atribuídas àqueles e um procedimento especial através do qual se conheçam estas infrações à lei penal”⁴⁹⁷, isto é, a criação de meios alternativos de solução de controvérsias, permitindo uma tomada de decisão equitativa, sempre sem prejuízo dos direitos dos indivíduos.⁴⁹⁸ Nesse sentido, e à luz das normas internacionais relevantes, a mencionada jurisdição especial para crianças em conflito com a lei, bem como as leis e procedimentos correspondentes, devem ser caracterizados, entre outros, pelos seguintes itens:

a possibilidade de adotar medidas para tratar essas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais; caso um processo judicial seja necessário, este Tribunal disporá de diversas medidas, tais como assessoramento psicológico para a criança durante o procedimento, controle em relação à maneira de tomar o testemunho da criança e regulamentação da publicidade do processo; disporá também de uma margem suficiente para o exercício de faculdades discricionárias nas diferentes etapas dos processos e nas distintas etapas da administração de justiça de crianças; e os que exerçam estas faculdades deverão estar especialmente preparados e capacitados sobre os Direitos Humanos da criança e em psicologia infantil para evitar qualquer abuso da discricionariedade e para assegurar que as medidas ordenadas em cada caso sejam idôneas e proporcionais.⁴⁹⁹

Com relação às crianças com deficiência - e tomando como referência o artigo 7 da CDPD-, a Corte IDH destacou que “as crianças com deficiência têm o direito de expressar livremente sua opinião sobre todas as questões que as afetam, uma opinião que receberá a devida consideração, levando em conta sua idade e maturidade, em igualdade de condições com outras crianças, e receberá assistência adequada de acordo com sua deficiência e idade para poder exercer esse direito”. Portanto, “é essencial que as crianças com deficiência sejam ouvidas em todos os procedimentos que as afetam e que suas opiniões sejam respeitadas de acordo com sua capacidade em evolução”. Além disso, a Corte IDH considerou que “facilitar o acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, é relevante a

494 *Ibidem*, par. 206.

495 Corte IDH. *Caso L. M. A respeito do Paraguai. Medidas Provisórias*. Resolução de 1 de julho de 2011. Considerando décimo sexto. Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. FRC. 2012, par. 51. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 127.

496 Corte IDH. *Caso L. M. a respeito do Paraguai. Medidas Provisórias*. Resolução de 1 de julho de 2011. Considerando décimo oitavo. Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. FRC. 2012, par. 52.

497 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, par. 109. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguai*. EPFRC. 2004, par. 210.

498 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, par. 135. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguai*. EPFRC. 2004, par. 210.

499 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguai*. EPFRC. 2004, par. 211.

participação de outras instâncias e organismos estatais que possam colaborar nos processos judiciais com o fim de garantir a proteção e a defesa dos [seus] direitos”.

Nesse sentido, o artigo 13 da CDPD refere-se ao alcance do direito de acesso à justiça, indicando que os Estados Partes “assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos [inclusive como testemunhas].”⁵⁰⁰ Da mesma forma, a Corte IDH estabeleceu que haverá casos, dependendo do tipo de deficiência da pessoa, no qual é conveniente que a pessoa com deficiência tenha o assessoria ou a intervenção de um funcionário público, que pode ajudar a garantir que seus direitos sejam efetivamente protegidos.⁵⁰¹

No que se refere às crianças solicitantes de asilo, tomando como referência as diretrizes do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), a Corte IDH mencionou a importância do “direito das crianças de expressar suas opiniões e de participar de uma maneira significativa”. Os alcances desse direito “pode depender da criança ser ou não solicitante, independentemente de estar acompanhada e/ou separada de seus pais ou das pessoas encarregadas de seus cuidados”.⁵⁰² De acordo com a Corte IDH, “quando o solicitante do status de refugiado é uma criança, os princípios contidos na Convenção sobre os Direitos da Criança devem orientar os aspectos substantivos e processuais da determinação dessa solicitação de status de refugiado da criança. Assim, quando solicitantes, as crianças devem usufruir de garantias processuais específicas e probatórias para garantir que sejam tomadas decisões justas na determinação de seus pedidos de status de refugiado, o que exige o desenvolvimento e a integração de procedimentos adequados e seguros para as crianças e um ambiente que construa confiança em todas as etapas do processo de asilo. Por sua vez, e sob esse mesmo princípio, se o requerente principal for excluído do status de refugiado, os familiares mais próximos têm o direito de que suas próprias solicitações sejam avaliadas independentemente.”⁵⁰³ Por outro lado:

no caso de um solicitante de status de refugiado receber proteção, outros membros da família, principalmente as crianças, podem receber o mesmo tratamento ou se beneficiar desse reconhecimento, de acordo com o princípio da unidade familiar. Nesse procedimento, para determinar o status de refugiado, os familiares do candidato podem eventualmente ser ouvidos, mesmo que haja crianças entre eles. Em cada caso, cabe às autoridades avaliar a necessidade de ouvi-las, com base no que for declarado na solicitação.⁵⁰⁴

Especificamente, diante dos processos de expulsão em que crianças estão envolvidas, a Corte IDH estabeleceu que o Estado deve observar garantias “cujo objetivo é a proteção dos melhores interesses da criança, entendendo que esse interesse está diretamente relacionado ao seu direito à proteção da família e, em particular, ao desfrute da vida familiar, mantendo a unidade familiar o na maior medida possível.”⁵⁰⁵ Nesse sentido, “qualquer órgão administrativo ou judicial que deva decidir sobre a separação familiar por expulsão motivada pela condição migratória de um ou de ambos os progenitores deve, ao realizar a análise de ponderação, contemplar as circunstâncias particulares do caso concreto e garantir, do mesmo modo, uma decisão individual,⁵⁰⁶ deve buscar um propósito legítimo de acordo com a CADH, ser adequada, necessária e proporcional.”⁵⁰⁷

500 Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, par. 229 e 241.

501 *Ibidem*, par. 242-243.

502 Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. EPFRC. 2013, par. 223.

503 *Ibidem*, par. 224.

504 *Ibidem*, par. 225.

505 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14. *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. 2014, par. 275. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 357.

506 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, *op. cit.*, par. 281. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 357.

507 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, *op. cit.*, par. 153. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas*

Para atingir esse objetivo, o Estado deve analisar as circunstâncias particulares de cada caso, referindo-se a:

(i) a história de imigração, o lapso temporal da estadia e a extensão dos laços do progenitor e/ou de sua família com o país receptor; (ii) a consideração sobre a nacionalidade, guarda e residência dos filhos da pessoa que se pretende expulsar; (iii) o alcance da afetação gerada pela ruptura familiar devido à expulsão, incluindo as pessoas com quem a criança vive, assim como o tempo que permaneceu nesta unidade familiar, e (iv) o alcance da perturbação na vida diária da criança se mudasse sua situação familiar devido a uma medida de expulsão de uma pessoa responsável pela criança, de maneira a ponderar estritamente estas circunstâncias à luz do interesse superior da criança, em relação ao interesse público imperativo que se busca proteger.⁵⁰⁸

6.5 Em relação ao direito de circulação e de residência

A Corte IDH indicou que “os migrantes indocumentados ou irregulares foram identificados como um grupo em situação de vulnerabilidade,⁵⁰⁹ porque são os mais expostos a violações potenciais ou reais de seus direitos e sofrem, como resultado de sua situação, um alto nível de falta de proteção de seus direitos.”⁵¹⁰ No entanto, essa situação “não significa que não se possa iniciar nenhuma ação contra as pessoas migrantes que não cumpram o ordenamento jurídico estatal, mas que, ao adotar as medidas cabíveis, os Estados devem respeitar seus Direitos Humanos e garantir seu exercício e gozo a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição, sem discriminação alguma por sua estadia regular ou irregular.”⁵¹¹ Isso é particularmente relevante na medida em que “essa área do Direito Internacional desenvolveu certos limites à aplicação das políticas migratórias, que impõem um apego estrito às garantias do devido processo e ao respeito da dignidade humana, qualquer que seja a condição jurídica do migrante.”⁵¹²

Com base nisso, e referindo-se a diferentes organismos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, a Corte IDH destacou as características que o processo conduzido pelos Estados para a expulsão ou deportação de estrangeiros de seu território deve ter.⁵¹³

O processo deve ser individual, a fim de avaliar as circunstâncias pessoais de cada sujeito e cumprir a proibição de expulsões coletivas do artigo 22.9 da CADH.⁵¹⁴ Não deve discriminar com base na nacionalidade, cor, raça, sexo, idioma, religião, opinião política, origem social ou qualquer outra condição.⁵¹⁵ Deve observar garantias mínimas em relação ao estrangeiro, ou seja: 1) ser informado expressa e formalmente das acusações contra si e dos motivos da expulsão ou deportação. Este aviso deve incluir informações sobre seus direitos, como: a capacidade de expor seus motivos e se opor às acusações apresentadas; a possibilidade de solicitar e receber assistência consular, aconselhamento jurídico e, se for o caso, tradução ou interpretação; 2) em caso de decisão desfavorável, deve ter direito a submeter seu caso à revisão perante a autoridade competente e apresentar-se perante ela para tal fim,

expulsadas vs. República Dominicana. EPFRC. 2014, par. 357.

508 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, *op. cit.* par. 279. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 357.

509 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003, par. 114. Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPFRC. 2013, par. 128.

510 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 98. Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPFRC. 2013, par. 128.

511 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 100. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 154. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 402.

512 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 100. Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPFRC. 2013, par. 129.

513 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 160-163. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPFRC. 2015, par. 208.

514 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. FRC. 2012, par. 175. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 356.

515 *Idem*.

e 3) a eventual expulsão somente poderá efetuar-se depois de uma decisão fundamentada conforme a lei e devidamente notificada.⁵¹⁶

Portanto, em questões de imigração e em vista da proibição da expulsão coletiva de estrangeiros, “deve ser garantido o devido processo a todas as pessoas, independentemente do status migratório”,⁵¹⁷ pois “o amplo alcance da intangibilidade do devido processo se aplica não apenas *ratione materiae*, mas também *ratione personae* sem discriminação alguma.”⁵¹⁸ Tudo isso, continuando o objetivo de que “os imigrantes devem poder exercer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros acusados”.⁵¹⁹

No julgamento do *caso da família Pacheco Tineo vs. Bolívia*, a Corte IDH observou que:

o direito de buscar e receber asilo estabelecido no artigo 22.7 da Convenção Americana, lido em conjunto com os artigos 8 e 25 da mesma, garante que a pessoa solicitante do status de refugiado seja ouvida pelo Estado com as devidas garantias durante o procedimento respectivo.⁵²⁰

Desta maneira:

tendo em vista a especial regulamentação do direito a buscar e receber asilo, e em relação às garantias mínimas do devido processo que devem ser resguardadas em procedimentos de caráter migratório, em procedimentos relacionados a um pedido de reconhecimento do status de refugiado ou, se for o caso, que possam derivar na expulsão ou na deportação de um solicitante de tal condição ou de um refugiado, as obrigações dos Estados de respeitar e de garantir os direitos reconhecidos nos artigos 22.7 e 22.8 da Convenção Americana devem ser analisadas em relação às garantias estabelecidas nos artigos 8 e 25 deste instrumento, segundo corresponda a natureza administrativa ou judicial do procedimento relevante em cada caso.⁵²¹

Portanto, a Corte IDH enfatizou que:

Em virtude da natureza dos direitos que poderiam ser afetados por uma determinação errônea do risco ou de uma resposta desfavorável, as garantias de devido processo são aplicáveis, no que corresponda, a esse tipo de procedimentos, que são normalmente de caráter administrativo. Nesse sentido, todo procedimento relativo à determinação da condição de refugiado de uma pessoa implica uma valoração e decisão sobre o possível risco de afetação a seus direitos mais básicos, como a vida, a integridade e a liberdade pessoal. De tal maneira, ainda que os Estados possam determinar os procedimentos e as autoridades para fazer efetivo esse direito, em aplicação dos princípios de não discriminação e devido processo, são necessários procedimentos previsíveis, bem como coerência e objetividade na tomada de decisões em cada etapa do procedimento para evitar decisões arbitrárias.⁵²²

Portanto, de acordo com as garantias estabelecidas nos artigos 8, 22.7, 22.8 e 25 da CADH, e levando em consideração as diretrizes e critérios do ACNUR, a Corte IDH indicou que:

as pessoas solicitantes de asilo devem ter acesso a procedimentos para a determinação de tal condição, que permitam um correto exame de seu pedido, de acordo com garantias incluídas na Convenção Americana e em outros instrumentos internacionais que, em casos como o presente, implicam as seguintes obrigações para os Estados: a) deve-se garantir ao solicitante as

516 *Idem*.

517 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03, *op. cit.*, par. 121. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 351.

518 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03, *op. cit.*, par. 122. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 351.

519 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99, *op. cit.*, par. 117 e 119. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 351.

520 Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPFRC. 2013, par. 154.

521 *Ibidem*, par. 155.

522 Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPFRC. 2013, par. 157.

facilidades necessárias, incluindo os serviços de um intérprete competente e, se for o caso, o acesso a assessoria e representação legal para submeter seu pedido perante as autoridades. Neste sentido, o solicitante deve receber a orientação necessária quanto ao procedimento que deve ser seguido, em uma linguagem e de modo que possa compreender e, se for o caso, deve ser dada a oportunidade de entrar em contato com um representante do ACNUR; b) o pedido deve ser examinado com objetividade, no âmbito do procedimento estabelecido para tanto, por uma autoridade competente claramente identificada, o que requer a realização de uma entrevista pessoal; c) as decisões que sejam adotadas pelos órgãos competentes devem estar devidamente fundamentadas, de maneira expressa; d) com a finalidade de proteger os direitos dos solicitantes que possam estar em risco, o procedimento de asilo deve respeitar, em todas as suas etapas, a proteção dos dados do solicitante e do pedido e o princípio de confidencialidade; e) caso não se reconheça ao solicitante a condição de refugiado, deve ser prestada informação sobre como recorrer, e conceder-lhe um prazo razoável para isso, segundo o sistema vigente, a fim de que se reconsidere formalmente a decisão adotada, e f) o recurso de revisão ou de apelação deve ter efeitos suspensivos e deve ser permitido ao solicitante que permaneça no país até que a autoridade competente adote a decisão sobre o caso, e inclusive enquanto esteja pendente o meio de impugnação, a menos que se demonstre que o pedido é manifestamente infundado.⁵²³

Da mesma forma, citando os critérios do ACNUR, a Corte IDH observou que “os Estados podem estabelecer procedimentos acelerados” para resolver solicitações que são ‘manifestamente infundadas e abusivas’, para as quais não há necessidade de proteção internacional”. No entanto, dadas as graves consequências que uma determinação incorreta pode ter para o solicitante, mesmo nesses procedimentos, devem ser respeitadas as garantias mínimas de audiência, a determinação da natureza infundada ou abusiva do pedido por parte da autoridade competente e a possibilidade de revisão da decisão negativa antes da expulsão.⁵²⁴

7. A obrigação de investigar violações de Direitos Humanos como materialização do dever de garantir, à luz das exigências de garantias judiciais e proteção judicial

A obrigação de investigar violações de Direitos Humanos é uma das medidas positivas que os Estados devem adotar para garantir os direitos reconhecidos na CADH,⁵²⁵ em conformidade com o artigo 1.1 do mesmo instrumento. A investigação dos fatos, julgamento e, se for o caso, a punição dos responsáveis deve ser realizada pelas autoridades judiciais competentes, seguindo estritamente as regras do devido processo legal estabelecidas no artigo 8,⁵²⁶ e os requisitos do direito à proteção judicial reconhecido no artigo 25 da CADH.

Como o dever de investigar inclui os requisitos de ambos os direitos - e com o objetivo de proporcionar uma melhor compreensão do alcance dos mesmos - incluiremos seu desenvolvimento no capítulo correspondente ao comentário ao artigo 25 (proteção judicial).

523 *Ibidem*, par. 159.

524 *Ibidem*, par. 172.

525 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 166 e 176. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016, par. 167.

526 Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Peru*. FRC. 2005, par. 106. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009, par. 178.

Artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C n.º 52. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. MRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C n.º 69. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de fevereiro de 2001. Série C n.º 72. Doravante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C n.º 111. Doravante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. MRC. 2004.

Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 18 de novembro de 2004. Série C n.º 115. Doravante: Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Peru*. MRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de junho de 2005. Série C n.º 126. Doravante: Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C n.º 135. Doravante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru*. Sentença de 25 de novembro de 2005. Série C n.º 137. Doravante: Corte IDH. *Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C n.º 153. Doravante: Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C n.º 162. Doravante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de maio de 2008. Série C n.º 177. Doravante: Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. MRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haiti*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de maio de 2008. Série C n.º 180. Doravante: Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haiti*. MRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009. Série C n.º 207. Doravante: Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C n.º 209. Doravante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C n.º 218. Doravante: Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C n.º 219. Doravante: Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 novembro de 2012. Série C n.º 255. Doravante: Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de agosto de 2013. Série C n.º 265. Doravante: Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso da Corte Suprema de Justiça (Quintana Coello e outros) vs. Equador*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de agosto de 2013. Série C n.º 266. Doravante: Corte IDH. *Caso da Corte Suprema de Justiça (Quintana Coello e outros) vs. Equador*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2013. Série C n.º 268. Doravante: Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2013. Série C n.º 275. Doravante: Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de janeiro de 2014. Série C n.º 276. Doravante: Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de maio de 2014. Série C n.º 279. Doravante: Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. MRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C n.º 288. Doravante: Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de outubro de 2015. Série C n.º 301. Doravante: Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C n.º 302. Doravante: Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de maio de 2016. Série C n.º 311. Doravante: Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*. EPMRC. 2016.

Pareceres consultivos

Corte IDH. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A n.º 6. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1986.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. Sobre o Julgamento de Crimes Internacionais, Resolução n.º 1/03, 2003.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TEDH. *Kokkinakis vs. Grécia*, App. n.º 14307/88, 1993

Sentenças, resoluções e decisões proferidas por outros tribunais internacionais

Corte Permanente de Justiça Internacional. Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City. Série A/B, Parecer Consultivo de 4 de dezembro de 1935.

Documentos adotados no âmbito de organizações internacionais

Organização dos Estados Americanos

OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, São José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Organização das Nações Unidas

Comitê DHONU. Observação geral n.º 32. Obrigações dos Estados partes em relação ao Protocolo Facultativo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. CCPR/C/GC/33, 25 de junho de 2009.

Referências acadêmicas

ANTKOWIAK, T. M., GONZA, A. *The American Convention on Human Rights. Essential Rights*. Oxford University Press, 2017.

GALLANT, K. S. *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*. Cambridge University Press, 2008.

GIL GIL, A. *Derecho Penal Internacional: Especial consideración al delito de genocidio*. Tecnos, 1999.

HARRIS, D., O'BOYLE, M., BATES, E. e BUCKLEY, C. Harris, O'Boyle & Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, 2ª. ed., 2009.

KREß, C. “Nulla poena nullum crimen sine lege”, em *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010.

NOWAK, M. U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary. N. P. Engel, 2005.

Sumário

1. Introdução e antecedentes.....	317
2. Âmbito de proteção do artigo 9 da CADH.....	318
2.1. Alcance geral.....	319
2.2. Princípios que regulam o conceito de legalidade	323
2.3. Crimes internacionais	329
2.4. Perspectiva comparada	330

1. Introdução e antecedentes

O artigo 9 da CADH se refere ao princípio da legalidade penal ou *nullum crimen, nulla poena sine lege*.¹ Em seu sentido mais inclusivo, o princípio incorpora: 1. o conceito de retroatividade (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); 2. a proibição da analogia (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); 3. o princípio da máxima taxatividade da lei (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); e 4. o princípio de reserva da lei (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*).² Em conjunto, estes conceitos impõem limites ao *ius puniendi* dos Estados e requerem que “um ato unicamente possa ser castigado se, no momento em que foi cometido, era objeto de uma lei penal em vigor, suficientemente precisa e escrita, somado a uma sanção suficientemente certa”.³

Em definitivo, apesar do curto alcance do título em inglês, o artigo 9 da CADH abarca mais do que o *freedom from ex post facto laws*; o título em espanhol “principio de legalidad y de retroactividad” representa de forma mais precisa o seu conteúdo. De fato, o artigo 9 também vai além da classificação usual destes conceitos através da adição de uma cláusula que estabelece: “[s]e depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado”, consagrando expressamente o princípio da aplicação retroativa da lei penal mais favorável.⁴

Por outro lado, o projeto preliminar do artigo 9 elaborado pela CIDH foi análogo aos textos da CEDH e do PIDCP. A divergência mais significativa do artigo 9 - tal como foi aprovado - consiste em não prever expressamente a inclusão de delitos “de acordo com o direito nacional ou internacional”.

Esse aspecto, explicitamente contemplado nos outros dois instrumentos, permitiu uma reinterpretação do conceito de legalidade penal no âmbito internacional para alcançar a perseguição e sanção de delitos internacionais cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, mesmo quando não foram estabelecidos em uma lei formal.⁵ No entanto, o artigo 9 usa a frase “segundo o direito aplicável”, o

1 Para uma análise crítica da aplicação do princípio da legalidade na jurisprudência da Corte IDH em relação ao direito à vida e ao direito à liberdade pessoal, ver os capítulos 3 e 5 em Antkowiak, T. M., Gonza, A. *The American Convention on Human Rights. Essential Rights*. Oxford University Press, 2017.

2 Kreß, C. “Nulla poena nullum crimen sine lege”, em *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, § 1.

3 *Idem*.

4 Durante a Conferência de São José, o delegado equatoriano propôs com sucesso a inclusão desse elemento, o qual não se encontra na CEDH, mas deriva do artigo 15.1 do PIDCP. ver OEA, Conferência Especializada em Direitos Humanos, São José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 206.

5 Art. 15(1) PIDCP, Art. 7(1) CEDH. Para críticas e análises sobre o princípio da legalidade no âmbito internacional, ver Gil Gil, A. *Derecho Penal Internacional: Especial consideración al delito de genocidio*. Tecnos, 1999. Gallant, K. S. *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*. Cambridge University Press, 2008.

que, durante a negociação da CADH, foi interpretado pelo Presidente da Comissão I - encarregado de determinar a “Matéria de Proteção” - no sentido de incluir tanto o direito nacional como internacional.⁶

A CADH, assim como a CEDH e o PIDCP, enfatizou a importância do princípio *nullum crimen et nulla poena sine lege*, ao separá-lo das garantias processuais em julgamentos penais.⁷ Esses três tratam reforçam ainda mais o princípio ao estabelecer que ele não estará sujeito a suspensões.⁸ Além desses três acordos, alguns conceitos do princípio da legalidade são encontrados em vários instrumentos internacionais de Direitos Humanos, como a DUDH,⁹ a Carta de Banjul,¹⁰ e a Carta Árabe sobre Direitos Humanos.¹¹ Por sua vez, o Estatuto de Roma da CPI estabelece uma versão ampla desses princípios.

Devido à aceitação generalizada na lei e na prática, tanto nacional como internacionalmente, o conceito de legalidade é um princípio geral do direito e forma parte do direito internacional consuetudinário.¹²

Da mesma forma, o SIDH outorgou grande importância ao *nullum crimen, nulla poena sine lege*. A Corte IDH sustenta que “em um Estado de Direito, os princípios de legalidade e irretroatividade orientam a atuação de todos os órgãos do Estado, em suas respectivas competências, particularmente quando se trata do exercício de seu poder punitivo.”¹³ O princípio da legalidade, “encontrado em quase todas as constituições americanas elaboradas desde o final do século XVIII, [...] é consubstancial com a ideia e o desenvolvimento do direito no mundo democrático.”¹⁴ Dessa forma, a Corte IDH refere-se à doutrina do contrato social: os direitos só podem ser legitimamente limitados através de leis que expressam a vontade da nação.¹⁵ O artigo 9 da CADH tem então o objetivo de proteger o indivíduo frente ao poder punitivo do Estado, concedendo várias garantias.

2. Âmbito de proteção do artigo 9 da CADH

Nesta seção se examina a jurisprudência da Corte IDH em torno do princípio de legalidade e de retroatividade. Vale ressaltar que nos últimos anos tem sido invocada com maior frequência a violação do artigo 9, tanto pela CIDH quanto pelos representantes das supostas vítimas nos processos perante a Corte IDH, o que gerou critérios e precisões importantes sobre seu âmbito de proteção. Portanto, esta seção é dividida em duas subseções: 1. alcance geral e 2. princípios que regulam o conceito de legalidade.

2.1. Alcance geral

2.1.1. Alcance do termo “condenação” no artigo 9 da CADH

A Corte IDH especificou que o termo “condenação” no início do artigo 9 “refere-se à sanção por parte do Estado de uma conduta estabelecida como crime pela lei aplicável.”¹⁶

6 OEA Conferência Especializada em Direitos Humanos, São José, Costa Rica, *op. cit.*, p. 206. Esta questão é abordada mais adiante na seção sobre os crimes internacionais.

7 Nowak, M. U.N. *Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. N. P. Engel, 2005. No âmbito interamericano essas garantias processuais estão previstas no artigo 8º da CADH.

8 Art. 27.2. da CADH, art. 2 do PIDCP, art. 15 (2) da CEDH.

9 Art. 11.2.

10 Art. 7.2.

11 Art. 15.

12 *ver* Kreß, C., *op. cit.*, pp. 411 a 424.

13 Por exemplo, Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, § 183. Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. FRC. 2001, § 107.

14 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1986, § 23.

15 Corte Permanente de Justiça Internacional. *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City*. Série A/B, Parecer Consultivo de 4 de dezembro de 1935, §§ 50-52.

16 Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPFRC. 2015, § 273.

No caso *Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*, a CIDH alegou a violação do princípio de legalidade, toda vez que em uma decisão na qual foi determinada a aplicação do benefício da exclusão da pena em favor do Sr. Galindo,¹⁷ o promotor de justiça omitiu-se de especificar claramente qual ou quais destes comportamentos haviam sido cometidos pela suposta vítima para ser responsabilizado pelo crime.

A CIDH declarou “que, embora não se trata[sse] de uma autoridade judicial, a natureza da decisão [...] tinha o efeito de uma decisão final, firme, na qual [havia] fic[ado] demonstrada a responsabilidade penal do Sr. Galindo e seu respectivo arrependimento”.¹⁸

A Corte IDH não rejeitou a possibilidade de que uma condenação pudesse ser proferida por uma autoridade diferente da judicial, porém, não constatou violação do princípio da legalidade, uma vez que a decisão emitida pelo promotor de justiça provincial:

[...] não pode[ria] *assimilar-se a uma sentença condenatória em um sentido formal ou mesmo substantivo*. Com efeito, por um lado, não se tra[tou] de uma decisão judicial proferida no âmbito de um processo criminal que estabelece[ria], com efeitos legais, a responsabilidade criminal de um indivíduo. Por outro lado, a Decisão [e sua subsequente] confirmação [...] [eram] atos que não [tiveram] efeitos diretos nos direitos, obrigações ou, em geral, na situação jurídica do Sr. Galindo.¹⁹

Assim, infere-se que a proibição estabelecida no artigo 9 aplica-se a aqueles atos de autoridade que se assemelham, no sentido formal e substantivo, à uma sentença condenatória.

2.1.2. Aplicação das normas substantivas

A Corte IDH especificou que o princípio de legalidade somente é aplicável às normas substantivas. Este critério foi estabelecido a partir do caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*.

Este caso estava relacionado à investigação e o processo criminal do Sr. Liakat Ali Alibux, ex-ministro de Finanças e ex-ministro dos Recursos Naturais do Suriname, pelo crime de falsificação, previsto na Lei sobre Acusação de Funcionários com Cargos Políticos [LAFCP]. As partes no processo perante a Corte IDH alegaram que a Lei possuía um caráter processual; no entanto, os representantes da suposta vítima e a CIDH alegaram que a disposição teve efeitos substantivos. Desta maneira, a controvérsia jurídica levada à Corte IDH se referia a se a LAFCP era contrária ao princípio de legalidade e retroatividade, visto que fora aplicada a partir de sua entrada em vigor, após o suposto cometimento do crime por parte do funcionário.²⁰

A CIDH argumentou que o princípio de legalidade e retroatividade no artigo 9 da CADH poderia ser aplicado a normas processuais;²¹ salientou que o texto do artigo 9 da CADH prevê que a finalidade do princípio de legalidade e retroatividade da lei penal desfavorável aplica-se, em princípio, às regras substantivas que definem os tipos penais. Porém,

17 *Ibidem*, § 275.

18 *Ibidem*, § 268.

19 *Ibidem*, § 276. (grifo nosso) Da mesma forma, a Corte IDH sinalizou que após consulta direta ao Estado foi informado que “as decisões do promotor de 4 e 9 de novembro de 1994” sob nenhuma circunstância [...] significavam que o Sr. Galindo Cárdenas [houvesse sido] considerado como uma pessoa que havia cometido um crime [e] que tais atos “não geraram nenhum outro efeito legal ou jurídico, além da concessão do benefício da exclusão da pena, [e] tampouco gera[ram] restrições ou limitações a nenhum direito do Sr. Galindo, nem impôs nenhum tipo de obrigação ou encargos”. Também destacou que “o Sr. Galindo Cárdenas não estava incluído em nenhum registro de pessoas que cometeram crimes” e as decisões acima mencionadas não “geraram um antecedente judicial ou criminal, motivos pelos quais não acarretaram nenhuma consequência jurídica como agravamento de penas ou modificação do regime sancionatório frente à possível prática de um crime [com] posterioridade à [confirmação da decisão]”, *Idem*.

20 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. EPFRC. 2014, § 68.

21 *Ibidem*, §§ 2.e., 53-54.

[...] em certas circunstâncias, a aplicação de normas processuais pode ter efeitos substantivos relevantes para a análise do artigo 9 [...]. [C]oncluiu que a jurisprudência da Corte tende a uma interpretação extensiva do artigo 9 da C[ADH], não limitando sua aplicação às normas que criminalizam um ato, mas sim às normas que permitem a possibilidade real do processamento.²²

Durante a análise deste argumento, a Corte IDH mencionou a jurisprudência do TEDH, e concluiu que, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, o princípio da legalidade:

não estabelece nenhum requisito referente ao procedimento a ser seguido para a investigação e acusação dos crimes. Assim, por exemplo, a ausência de uma norma prévia para a ação penal de um crime pode ser analisada do ponto de vista do direito ao devido processo garantido pelo artigo 6 da CEDH, mas não afeta por si só o princípio da legalidade penal. Por outro lado, a aplicação imediata de normas que regulam o procedimento (princípio do *tempus regit actum*) não é contrária aos princípios de legalidade e de irretroatividade. Contudo, o Tribunal Europeu determina em cada caso se a disposição legislativa em questão, independentemente de sua denominação formal, contém regras estritamente processuais ao direito penal material, no sentido de que afetam o tipo de crime ou a gravidade da pena. Nesse sentido, o princípio de legalidade (“não há penalidade sem lei”) estabelecido no artigo 7 da CEDH, aplica-se apenas às regras ou medidas que definem os tipos de crimes e as penas ou seu alcance.²³

Esta é a base para o critério que a Corte IDH estabelece ao afirmar que o princípio de legalidade só é aplicável às normas que, independentemente de sua denominação formal, contenham regras de direito penal material, ou seja, aquelas que tenham um impacto no tipo de crime ou na pena. Assim, a Corte IDH observou que:

[...] a aplicação de normas que regulam o procedimento de maneira imediata não violam o artigo 9 da convenção, uma vez que se toma como referência o momento em que o ato processual ocorre e não o da prática do delito, diferentemente das normas que estabelecem crimes e penas (substantivas), onde o padrão de aplicação é precisamente o momento da prática do crime. Em outras palavras, os atos que compõem o procedimento se esgotam de acordo com o estágio processual em que vão ocorrendo e são regidos pela norma vigente que os regula [...]. Em virtude disso, e como o processo é uma sequência jurídica em constante movimento, a aplicação de uma norma que regula o procedimento após a prática de um suposto ato criminoso não viola, por se, o princípio de legalidade.

Em vista do exposto, o princípio de legalidade, no sentido de que exista uma lei antes da prática do crime, não se aplica às normas que regulam o processo, a menos que possam ter um impacto na classificação de ações ou omissões que no momento em que foram cometidas não eram consideradas crimes de acordo com a lei aplicável ou na imposição de uma pena mais grave do que a existente no momento do crime.²⁴

Na análise dos fatos do caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, a Corte IDH concluiu que, como a LAFCP era uma regra estritamente processual, o princípio de legalidade e retroatividade não se aplica a ela, sobretudo porque ao não haver afetado:

[...] o caráter substantivo do crime anteriormente previsto em lei e nem o alcance da severidade da pena aplicável, [e enfatizou que] as normas aplicáveis eram devidamente acessíveis

22 *Ibidem*, § 53.

23 *Ibidem*, § 68. (grifo nosso e notas de rodapé omitidas) Ao realizar sua análise, a Corte IDH também observa uma tendência regional no sentido da aplicação imediata da norma processual no momento da sua entrada em vigor (princípio do *tempus regit actum*); da mesma forma, observou que em outros países considerados como exceção à referida tendência, é aplicada a norma processual mais benéfica para o acusado. *Ibidem*, § 67, notas de rodapé 80 e 81 da sentença.

24 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. EPFRC. 2014, §§ 69-70. (grifo nosso)

e previsíveis, uma vez que o tipo de crime e a pena estabelecidos em lei, de maneira clara, expressa e prévia, razão pela qual não resultava em uma violação à CADH que a lei que regulamentava o processo fosse aplicada imediatamente após a sua entrada em vigor.²⁵

2.1.3. Aplicação do princípio em questões não criminais

A Corte IDH determinou que o princípio de legalidade e retroatividade é aplicável à matéria administrativa sancionatória e disciplinar; isso porque sanções administrativas, do mesmo modo que sanções penais, são:

uma expressão do poder punitivo do Estado e [...], em algumas ocasiões, têm uma natureza semelhante à destes, pois ambas implicam prejuízo, privação ou alteração dos direitos das pessoas. Portanto, em um sistema democrático, é preciso extremar as precauções para que essas medidas sejam adotadas com estrito respeito aos direitos básicos das pessoas e após uma prévia e cuidadosa verificação da existência efetiva de conduta ilícita. Da mesma forma, por uma questão de segurança jurídica, é essencial que a norma sancionatória exista e seja conhecida, ou possa ser conhecida, antes que ocorra a ação ou omissão que a contrarie e que se destina a sancionar. De acordo com o exposto, a Corte considera que o princípio de legalidade também vige em questões disciplinares, apesar de seu alcance depender consideravelmente do assunto regulamentado [...]. A precisão de uma norma sancionatória de natureza disciplinar pode ser diferente daquela exigida pelo princípio de legalidade em matéria penal, devido à natureza dos conflitos que cada uma delas está destinada a resolver.²⁶

2.1.4. Relação entre o princípio da legalidade e as garantias judiciais

Conforme afirmado no início deste comentário, os redatores da CADH concordaram que o direito às garantias judiciais, por um lado, e o princípio de legalidade e retroatividade, por outro, ficariam consagrados em duas disposições diferentes da CADH. Isso fez com que a Corte IDH estabeleça claramente o alcance de ambos os artigos, e determine quando se está diante da contravenção de um ou outro direito.

Por exemplo, no caso *J. vs. Peru*, a CIDH argumentou a violação do princípio de legalidade e do direito de defesa devido à “(ii) alegada indeterminação em relação à conduta atribuída à suposta vítima, bem como seu fundamento jurídico [...]”; a Corte IDH, no entanto, concluiu que as violações não foram devidas a um defeito no ordenamento jurídico – em função do que não houve violação do artigo 9 – mas se tratou de ações dos promotores o que constituiu uma violação do direito de defesa consagrado no artigo 8.2. da CADH.²⁷

Nesta mesma ordem, nos casos da Suprema Corte de Justiça (Quintana Coello e outro) e do Tribunal Constitucional, ambos contra o Equador, a CIDH alegou a violação do artigo 9 da CADH pela criação de um procedimento sancionatório ad hoc para cassar os magistrados da Suprema Corte de Justiça e

25 *Ibidem*, § 74.

26 Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, § 257. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016. Igualmente, Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. FRC. 2001, § 106. No caso *Baena Ricardo*, a Corte IDH considerou que, devido à natureza punitiva da sanção administrativa (demissão), o artigo 9 da CADH foi violado. No caso *Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*, a Corte IDH atendeu ao assinalado pelo perito Jaime Bernal Cuéllar, no sentido de que “[o] direito disciplinar está integrado pelo conjunto de normas destinadas a exigir de seus destinatários um padrão específico de conduta no exercício de suas funções [...] O direito disciplinar faz parte do direito sancionatório [...] na medida em que é constituído por um conjunto de regras que permitem a imposição de sanções a destinatários que realizam conduta definida como falha disciplinar[.] [Em] virtude de sua natureza sancionatória, o direito disciplinar é um tipo de direito punitivo que se aproxima das disposições do direito penal [e, portanto,] as garantias substantivas e processuais do direito sancionatório mais geral – o direito penal - são aplicáveis *mutatis mutandis* ao direito disciplinar, [...] em atenção a que ambos empregam as sanções como o principal mecanismo de coerção”. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, § 76-77.

27 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, §§ 277 e 294-295.

do Tribunal Constitucional. A CIDH afirmou que não havia regulamentação sobre o sistema disciplinar aplicável para destituir os funcionários, nem os motivos que poderiam resultar em destituição,²⁸ o procedimento para sua aplicação nem a autoridade competente por isso. Segundo a CIDH, “na ausência de um regime sancionatório completo, qualquer procedimento que teria sido seguido nessas condições violaria o artigo 9 da CADH.”²⁹

A Corte IDH concluiu que os magistrados haviam sido destituídos por meio de uma resolução do Congresso Nacional, o qual não possuía a devida competência para isso, através da aplicação errônea e arbitrária da disposição legal e sem serem ouvidos, o que violou o artigo 8.1 da CADH. Ao declarar que o órgão que executou a destituição não era competente, a Corte IDH considerou que não era necessário entrar na análise de um eventual alcance do princípio de legalidade; portanto, não houve um pronunciamento sobre as supostas violações ao artigo 9 da CADH.³⁰

Não obstante a independência convencional de que gozam tanto as garantias judiciais como o princípio de legalidade e retroatividade, não há dúvida de que, em certas ocasiões, existem fatos que merecem ser analisados sob a ótica dos artigos 8 e 9 da CADH, e que envolvem uma violação de ambas as disposições. Assim, a Corte IDH indicou que: “[em] um Estado democrático e de direito é necessário extremar as precauções para que as sanções penais sejam adotadas com estrito respeito aos direitos básicos das pessoas e após prévia e cuidadosa verificação da existência efetiva da conduta ilegal”.³¹

No caso dos Povos Indígenas Mapuche vs. Chile, a Corte IDH concluiu que o tipo penal pelo qual se presumia o dolo específico com a finalidade de infundir temor à população em geral se o ato criminoso fosse cometido mediante o uso de meios ou dispositivos explosivos previstos na legislação antiterrorismo - e pelos quais as vítimas haviam sido processadas e condenadas,³² constituíam uma violação do princípio de legalidade e da presunção de inocência.

Nesta sentença, a Corte IDH determinou que as disposições legais também devem respeitar as garantias judiciais:

A Corte reitera que a tipificação dos crimes implica que a conduta incriminada esteja delimitada da maneira mais clara e precisa possível [...]. Nesta tipificação, a intenção especial ou finalidade de produzir “temor na população em geral” é um elemento fundamental para distinguir conduta de caráter terrorista daquela que não é e sem a qual conduta não seria típica. A Corte considera que a presunção acima mencionada de que tal intenção existe quando se dão certos elementos objetivos (entre eles “o ato de cometer o crime através de dispositivos explosivos ou incendiários”) é violatória do princípio de legalidade estabelecido no artigo 9 da Convenção e também da presunção da inocência prevista no artigo 8.2 da mesma.³³

28 No caso do *Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros)*, a CIDH argumentou que a expressão “infrações constitucionais ou legais” e “a formulação dos motivos para a remoção não ofereciam padrões de determinação suficientes [...] [para que] a falta de certeza quanto aos motivos para a separação do cargo de magistrados, além de levantar dúvidas sobre a independência do judiciário, poderia dar lugar a atos arbitrários de abuso de poder, com repercussões diretas nos direitos ao devido processo e à legalidade”. Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador* EPFRC. 2013, § 145-146.

29 Corte IDH. *Caso da Corte Suprema de Justiça (Quintana Coello e outros) vs. Equador*. EPMRC. 2013, § 127.

30 *Ibidem*, § 180. É interessante sinalizar que, nesse caso, o Estado concorda com a violação do princípio de legalidade, no entanto, essa concordância não afeta a conclusão acima mencionada por parte da Corte IDH. *Ibidem*, § 13. Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. EPMRC. 2013, § 223.

31 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPMRC. 2012, § 130. (notas de rodapé omitidas)

32 No processo perante a Corte IDH o próprio Estado manifestou que a Lei Antiterrorista - aplicada às vítimas - havia sido posteriormente reformada, removendo a presunção da intenção de causar temor, a fim de proteger o princípio da presunção de inocência “[...] de modo que [...] qualquer acusação de terrorismo deve[ria] ser comprovada por quem a fez e não, como ocorria antes da modificação legislativa, no sentido de que os acusados de tais crimes deviam desvirtuar a presunção de intenção terrorista.” Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, § 172.

33 *Ibidem*, § 171.

A Corte IDH concluiu que:

a consagração legal desta presunção poderia condicionar a lógica da análise com a que os tribunais internos se aproximavam para confirmar a existência da intenção em casos criminais [...]. O princípio da presunção de inocência, que, conforme determinado pela Corte constitui um fundamento das garantias judiciais [...], implica que os julgadores não iniciem o processo com uma noção preconcebida de que o acusado cometeu o crime pelo qual é acusado, pois o ônus da prova está a cargo de quem acusa, e não do acusado, e qualquer dúvida deve ser usada em benefício do acusado [...]. A demonstração confiável da culpa constitui um requisito indispensável para a sanção penal [...]³⁴

É interessante notar que, na análise feita pela Corte IDH para concluir que o tipo penal na legislação chilena é contrário ao princípio de legalidade, foram consideradas as opiniões de especialistas sobre a normativa internacional em matéria de terrorismo e, em particular, uma resolução emitida pelo Conselho de Segurança da ONU, bem como a definição modelo de terrorismo desenvolvida pelo anterior Relator Especial sobre a promoção e proteção dos Direitos Humanos e as liberdades fundamentais na luta contra o terrorismo, da ONU.³⁵

2.2. Princípios que regulam o conceito de legalidade

O artigo 9 da CADH estabelece três princípios que regulam o âmbito de proteção da legalidade: 1. princípio da máxima taxatividade da lei; 2. leis *ex post facto* e princípio de retroatividade; e 3. princípio de aplicação da lei penal mais favorável. A seguir, analisaremos cada um deles atendendo à jurisprudência da Corte IDH.

2.2.1. O princípio da máxima taxatividade da lei

Segundo a Corte IDH, o princípio de legalidade e, mais especificamente o princípio da máxima taxatividade legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), exige que “ações e omissões” criminosas sejam definidas “com termos estritos e inequívocos que limitem as condutas puníveis”.³⁶

A tipificação de um delito “deve ser formulada de maneira expressa, precisa, taxativa e prévia”, porque “o marco jurídico deve fornecer segurança jurídica ao cidadão”.³⁷ Em várias ocasiões, a Corte IDH indicou que:

A ambiguidade na formulação dos tipos penais gera dúvidas e abre espaço para o arbítrio da autoridade, particularmente indesejável quando se trata de estabelecer a responsabilidade

34 *Ibidem*, § 173, 171. (grifo nosso) Os peritos propostos pelas partes indicaram perante a Corte IDH que as presunções nos tipos penais “iam em detrimento do acusado e invertiam o raciocínio do tribunal enquanto todos os elementos do crime deveriam ser [comprovados] além de qualquer dúvida razoável”, em particular a presunção analisada pela Corte IDH “comprometeu amplamente o princípio da culpa”, “impôs [...] uma extensão irrestrita do alcance do terrorismo, invertendo o ônus da prova, e fixou [...] o princípio de que qualquer conduta realizada com um dispositivo incendiário [...] era considerada, em princípio, terrorista [o que era] inteiramente incompatível não apenas com o princípio de legalidade [...] (pois torna [...] imprevisível quando se estimaria que “consta o contrário”, ou seja, a ausência do objetivo [de produzir temor]), mas também com os demais elementares postulados do devido processo “. *Ibidem*, § 172, notas de rodapé 183-186.

35 *Ibidem*, § 166, notas de rodapé 175-179.

36 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, § 55. Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. MRC. 1999, § 121.

37 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, § 55. Isso inclui crimes dentro da jurisdição militar: as normas penais militares “devem estabelecer claramente e sem ambiguidade, entre outras coisas, quais são as condutas criminosas típicas no âmbito militar e devem determinar a conduta ilegal através da descrição do dano ou ameaça de bens jurídicos militares seriamente atacados que justifiquem o exercício do poder punitivo militar, além de especificar a sanção correspondente”. *Idem*.

penal dos indivíduos e sancioná-la com penas que afetam severamente bens fundamentais, como a vida ou a liberdade.³⁸

Embora o princípio da máxima taxatividade legal esteja expressamente estabelecido no artigo 9, a Corte IDH declarou violações de suas disposições quando os códigos penais não contêm definições claras e precisas:

Em relação ao princípio de legalidade, esta Corte indicou que na elaboração dos tipos penais, é necessário utilizar termos estritos e inequívocos, que abordam claramente as condutas puníveis, dando pleno sentido ao princípio de legalidade penal. Isso implica uma definição clara da conduta incriminada, que fixe seus elementos e permita diferenciá-la de comportamentos não puníveis ou condutas ilícitas sancionáveis com medidas não penais. A ambiguidade na formulação dos tipos penais gera dúvidas e abre campo para o arbítrio da autoridade, particularmente indesejável quando se trata de estabelecer a responsabilidade penal dos indivíduos e sancioná-la com penas que afetem severamente bens fundamentais, como a vida ou a liberdade.³⁹

Da mesma forma, indicou que corresponde ao juiz criminal:

no momento da aplicação da lei penal, atentar-se estritamente às disposições desta e observar o maior rigor na adaptação da conduta da pessoa incriminada ao tipo penal, para que não incorra na penalização de atos não puníveis no ordenamento jurídico.⁴⁰

De acordo com a Corte IDH, as leis penais demasiadamente genéricas sobre crimes contra a honra, difamação ou calúnias, por exemplo, conflitam com o artigo 9 da CADH.⁴¹ A Corte IDH destacou que tais normas “devem ser analisadas com uma cautela especial” e usadas “em forma verdadeiramente excepcional”, devido à sua repercussão no direito à liberdade de expressão.⁴²

Da mesma forma, a Corte IDH declarou que uma lei que castigava atos “contrários à democracia e à ordem constitucional” era violadora da CADH, uma vez que carecia de “características específicas” sobre condutas ilegais.⁴³ Duas ou mais leis que se referem essencialmente à mesma conduta criminal – tais como crimes quase indistinguíveis relacionados ao terrorismo e traição à pátria,⁴⁴ ou delitos semelhantes em relação à “afiliação” e “colaboração” com organizações terroristas –⁴⁵ também violam o artigo 9.

No caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, uma lei sobre homicídios estabeleceu possíveis condenações entre 25 e 50 anos de prisão. Também contemplava a pena de morte “se fosse revelada uma maior periculosidade do agente”, determinada pelo juiz de acordo com “as circunstâncias do ato e a ocasião, a maneira de cometê-lo e os motivos determinantes.”⁴⁶ A Corte IDH expressou preocupação que uma avaliação de “periculosidade” poderia levar à pena de morte, pois considerou que esta abriria a porta à arbitrariedade e ao “autoritarismo”,⁴⁷ e concluiu que a lei violava o artigo 9 da CADH.⁴⁸ A

38 Por exemplo, Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008, p. 63. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, § 121. No caso de tipos penais estabelecidos em regulamentos especiais que se referem ou devem ser complementados com normas gerais, a Corte IDH estabeleceu que isso não viola o artigo 9 da CADH, sempre que a aplicação do direito penal geral seja legal e previsível. *Cf.* Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. EPFRC. 2014, § 209.

39 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPFRC. 2013, § 287. (grifo nosso e nota de rodapé omitida)

40 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPFRC. 2012, § 132.

41 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, § 57. Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008.

42 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, § 74.

43 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001, § 108.

44 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000, § 155. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. MRC. 1999, § 119.

45 Corte IDH. *Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru*. [Fundo, Reparações e Custas] 2005, § 200.

46 Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. MRC. 2005, § 92.

47 *Ibidem*, § 94.

48 *Ibidem*, § 98.

sentença de *Fermín Ramírez* mostrou que a Corte IDH, em sua análise de legalidade, avalia tanto a definição jurídica do crime quanto os termos relacionados à sanção penal.

Em relação a crimes culposos, no caso *Mohamed vs. Argentina* a Corte IDH estabeleceu o seguinte critério:

[...] tratando-se de delitos culposos, cuja ilicitude é menor comparada à dos crimes dolosos e cujos [sic] elementos típicos estão definidos de maneira genérica, é requerido que o juiz ou o tribunal observe rigorosamente o princípio de legalidade ao verificar a existência efetiva da conduta típica e determinar a responsabilidade criminal.

[...]

A Corte observa que, tratando-se de um delito culposo, cuja penalidade é aberta e precisa ser preenchida pelo juiz ao realizar a análise de tipicidade, *o que é relevante é que na sentença se individualize o dever correspondente de cuidado violado pela conduta ativa (imprudência) ou omissa (negligência) do acusado e que isso tenha sido decisivo para que se produza o resultado lesivo ao bem jurídico tutelado.*⁴⁹

Esta sentença também é relevante já que a Corte IDH estabelece um critério importante sobre a possibilidade de recorrer a outras formas diferentes do direito penal formal para completar a análise de delitos culposos. Desde que “[...] a decisão [exponha] claramente em que critérios se fundamenta a imprudência ou negligência e qual é o fato a partir do qual surge essa imprudência ou negligência”.⁵⁰

Quanto à aplicação do princípio da máxima taxatividade legal no regime administrativo sancionatório ou disciplinar, em caso de sanções aplicadas no âmbito de procedimentos disciplinares, a Corte IDH declarou a violação do artigo 9 do CADH quando a sanção é imposta com base em uma conduta que não se encontrava tipificada como infração disciplinar.⁵¹

Da mesma forma, quanto às normas com um certo grau de indeterminação ou cláusulas abertas nestas matérias, no caso *López Lone e outros vs. Honduras* a Corte IDH sinalizou que:

um certo grau de indeterminação não gera, por si só, uma violação da Convenção, ou seja, o fato de uma regra conceder algum tipo de discricionariedade não é incompatível com o grau de previsibilidade exigida, *sempre que o alcance da discricionariedade e a maneira em que se deve ser exercida seja indicada com suficiente clareza, a fim de fornecer uma adequada proteção para que não se produza interferência arbitrária.*⁵²

Na referida sentença a Corte IDH não apenas estabeleceu o critério anterior, mas também chegou a conclusões importantes sobre o dever de estabelecer critérios objetivos para limitar a discricionariedade na aplicação de sanções. A seguir, nos deteremos na análise desta sentença.

Nesse caso, um grupo de juízes e juízas haviam sido destituídos por meio de acordões emitidos pela Corte Suprema e decisões do Conselho da Carreira Judicial de Honduras. A Corte IDH observou que embora a lei e o regulamento que lhes foram aplicados havia estabelecido um sistema de gradação de sanções através do qual se aplicava a destituição apenas para a prática de crimes graves, ou a reincidência dos menos graves e para outros motivos específicos de destituição estabelecidos na Lei de Carreira Judicial, um artigo da lei havia estendido a sanção de destituição a faltas classificadas como leves ou menos graves, em caso de descumprimento ou violação grave ou reiterada de qualquer uma

49 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPMRC. 2012, §§ 132, 136. (grifo nosso e nota de rodapé omitida)

50 *Ibidem*, §§ 136, 139. (grifo nosso).

51 Corte IDH. *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*. EPFR. 2016, §§ 93, 95.

52 Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPFR. 2015, § 264. (grifo nosso)

delas (todas as vítimas do caso haviam sido destituídas pela Corte Suprema, entre muitas outras normas, com base neste motivo).⁵³

A Corte IDH considerou que o desenho normativo descrito afetava a previsibilidade da sanção porque permitia a remoção de um juiz ou juíza pelo descumprimento de qualquer um dos deveres ou incompatibilidades de seu cargo quando o julgador entendesse que se tratava de um descumprimento grave, e, dessa forma, concedia uma discricionariedade excessiva ao órgão encarregado de aplicar a sanção. A Corte IDH continuou sua análise ao afirmar que, embora se possa aceitar que a precisão exigida em matéria disciplinar sancionatória é menor do que em matéria penal:

o uso de suposições abertas ou conceitos indeterminados, como a “dignidade da administração de justiça” ou o “decoro do cargo” [–motivos disciplinares indicados nos acórdãos e decisões de destituição dos juizes e juízas –] *requer o estabelecimento de critérios objetivos que orientam a interpretação ou o conteúdo a ser dado a esses conceitos para os fins de limitar a discricionariedade na aplicação das sanções*. Estes critérios podem ser estabelecidos por via normativa ou por meio de uma interpretação jurisprudencial que enquadre essas noções dentro do contexto, propósito e finalidade da norma, a fim de evitar o uso arbitrário de tais premissas, com base em preconceitos ou concepções pessoais e privadas do julgador no momento da sua aplicação.⁵⁴

Em seguida, a Corte IDH apresenta importantes precisões sobre o dever de motivação:

[...] tal como indicou o perito Ibáñez, em questões disciplinares “é impossível codificar tudo o que acontece”, de maneira que “no final sempre deve haver uma cláusula relativamente aberta referida a deveres profissionais [...]. No entanto, nessas situações e antes do uso dos tipos disciplinares abertos ou indeterminados, a motivação no momento de sua aplicação é essencial, por caber ao julgador disciplinar interpretar as referidas normas respeitando o princípio de legalidade e observando o máximo rigor para verificar a existência da conduta punível.”⁵⁵

A Corte IDH notou que os acórdãos e decisões de destituição careciam de uma motivação adequada, por não conter uma relação adequada entre os fatos “que constituem a conduta ou comportamento repreensível e as regras supostamente descumpridas.”⁵⁶ Assim, “o ordenamento jurídico não ofereceu as bases ou critérios objetivos que permitiriam limitar o alcance dos tipos disciplinares [...] e tampouco o trabalho do julgador permitiu estabelecer as bases que limitam a possível arbitrariedade em sua aplicação”,⁵⁷ de modo que declarou uma violação do artigo 9 da CADH.

Como último comentário nesta seção sobre o princípio da máxima taxatividade legal, é importante salientar que a Corte IDH nem sempre determina a compatibilidade com o artigo 9 de todas as leis penais ou sancionatórias que lhe são apresentadas. Aparentemente, *a vítima também deve ter sido condenada por um crime ou sofrido a aplicação da pena*.⁵⁸ Se for imposta uma condenação baseada em lei ambígua, a Corte IDH tem sido receptiva a um exame de legalidade, ainda que o assunto não tenha sido levantado pelas partes no processo.⁵⁹ Esta posição parece ser uma posição pragmática para a Corte IDH, a fim de limitar o que poderia se tornar uma revisão inesgotável dos códigos penais nacionais. De

53 *Ibidem*, § 261, 263.

54 *Ibidem*, § 272. (grifo nosso)

55 *Ibidem*, § 270. (grifo nosso e nota de rodapé omitida)

56 *Idem*.

57 *Ibidem*, § 274. (grifo nosso)

58 Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haiti*. MRC. 2008, § 126. A Corte IDH também pode examinar leis ambíguas que apliquem sanções de caráter administrativo. Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001, § 107.

59 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, § 53. Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. MRC. 2008, § 62, considerando *sua ponte* uma violação do artigo 9. Sem embargo, ver a sentença Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. MRC. 2005, § § 113, 116, na qual os petionários asseguraram que as leis penais violavam o artigo 9, porém, a Corte IDH decidiu não avaliar esta alegação.

qualquer forma, a compatibilidade de uma lei com a CADH é uma questão independente de sua aplicação a qualquer indivíduo em particular, e poderia igualmente levar a uma violação do artigo 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da CADH.

2.2.2 *Leis ex post facto e irretroatividade*

A Corte IDH examinou uma série de casos nos quais os indivíduos foram condenados por ações que não eram ilegais no momento do seu cometimento. Esses julgamentos correspondiam, primordialmente, a acusações relacionadas a conduta entendida como terrorismo no Peru;⁶⁰ considerando que as leis foram aprovadas de maneira posterior aos atos em questão, e constituíram a base legal para a condenação dos autores, a Corte IDH determinou que houve violações do artigo 9 do CADH em razão da aplicação retroativa.⁶¹ Da mesma forma, no caso *Baena Ricardo e outros vs. Panamá*, a Corte IDH determinou que a aplicação retroativa de uma lei a 270 funcionários públicos que protestaram contra as condições de trabalho em que se encontravam e que acarretou em suas demissões era contrária ao artigo 9 da CADH.⁶²

Mais recentemente, a sentença do caso *Mohamed vs. Argentina* - a que nos referimos na seção anterior - levanta certas dúvidas sobre a aplicação do princípio da irretroatividade tratando-se de delitos culposos. Nesse caso, a Corte IDH decidiu não entrar na análise da suposta violação do princípio da irretroatividade, alegado pela CIDH e pelos representantes. Durante o processo essas partes ressaltaram que a integração do tipo penal na decisão que determinou a culpa do senhor Mohamed por homicídio culposo havia levado em consideração um decreto que não estava em vigor no momento da prática do suposto ato delitivo, em violação ao princípio de irretroatividade.⁶³

Como se advertiu, a Corte IDH decidiu não se pronunciar sobre a possível violação do artigo 9 da CADH, e que, em qualquer caso, as alegadas violações do princípio da irretroatividade deviam ser examinadas pelo tribunal superior, que conheceria o recurso contra a condenação do senhor Mohamed, em conformidade com o artigo 8.2.h da CADH, o que havia sido determinado anteriormente.

No entanto, é interessante notar que nos parágrafos anteriores à determinação da Corte IDH de não entrar na análise da violação daquele princípio, essa cita um extrato da sentença condenatória da Primeira Sala da Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais no qual constata que:

para individualizar o “dever de cuidado” exigido ao acusado, foi fe[ita] referência, por uma parte, “[à]s normas de cuidado” aplicáveis ao caso como “normas de prática internacional” e, por outro lado, aos “princípios” de tais práticas contidas no decreto (regulamento de trânsito) que ainda não haviam entrado em vigor no momento dos fatos.⁶⁴

A partir das citações da Corte IDH fica claro que, para a individualização do dever de cuidar, o juiz se baseou em padrões internacionais de práticas que foram incorporadas na legislação interna por meio do decreto e que, grande parte da adaptação do tipo penal por parte da Câmara se baseou em uma análise do código penal em vigor no momento dos fatos. Se supormos que as referidas normas eram práticas internacionais no momento do cometimento do ato delitivo, haverá uma violação do princípio de irretroatividade?, além disso, caso essas normas não tenham sido reconhecidas como práticas internacionais no momento da prática do crime, a mera referência do órgão sancionador a um decreto que entrou em vigor após a prática do ato criminoso será contrária ao princípio de irretroatividade?

60 Corte IDH. *Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, §§ 207-208. Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Peru*. MRC. 2004, § 107.

61 *Idem*.

62 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001, § 115. Neste caso não se ordenou a modificação legislativa, pois quando a sentença foi proferida a lei já não estava vigente.

63 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPMRC. 2012, § 127.

64 *Ibidem*, § 138.

Apesar de que ambas as perguntas puderam ser respondidas negativamente, dada a importância do princípio de legalidade, os juízes devem evitar citar, invocar ou confiar em marcos normativos que não estão em vigor no momento dos fatos, a fim de preservar o princípio de ir retroatividade e não comprometer a legalidade da sentença.

2.2.3. Lei penal mais favorável

O artigo 9 da CADH estabelece que “tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito”. No caso *Vélez Loor vs. Panamá*, uma lei panamenha estabeleceu que “[o]s estrangeiros condenados à deportação que eludissem essa pena, permanecendo no país clandestinamente, ou que a burl[assem] regressando a ele, ser[íam] destinados a trabalhos agrícolas na Colônia Penal de Coiba, por dois anos, e obrigados a sair do país ao cumprir este prazo”.⁶⁵

O Sr. Vélez Loor, depois de voltar ao Panamá após uma ordem de deportação, foi condenado a dois anos de prisão ao invés do que estava estabelecido por lei. O Estado explicou que Coiba havia se tornado recentemente um “local turístico [e] ecológico” e, como consequência, “a aplicação literal do preceito indicado [resultava] inoperante”.⁶⁶ No momento em que o caso chegou à Corte de IDH, a lei havia sido revogada; no entanto, a Corte IDH considerou que havia uma violação do artigo 9 devido à “aplicação de uma sanção mais gravosa do que a prevista” na lei em questão.⁶⁷ O Estado puniu uma infração administrativa, ou seja, uma questão de imigração, com uma sanção penal.

Além disso, como observado acima, tanto o PIDCP quanto a CADH estipulam que: “[s]e depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado”. Esta disposição foi aplicada pela Corte IDH em *Ricardo Canese vs. Paraguai*, desenvolvendo o princípio da retroatividade do direito penal mais favorável.

Os tribunais paraguaios condenaram o Sr. Canese por calúnia e o sentenciaram à prisão, em conformidade com as leis penais pertinentes.⁶⁸ No entanto, um ano depois, entrou em vigor um novo código penal no qual “diminuiu as penas mínimas e máximas para o crime de difamação e estabeleceu a multa como punição alternativa à pena de prisão”.⁶⁹ Segundo a Corte IDH, os tribunais “deveriam comparar os aspectos mais favoráveis da mesma aplicáveis ao caso concreto e determinar se deviam ser reduzidas as penas impostas ao senhor Canese ou se devia ser aplicada apenas a pena de multa”.⁷⁰ O Estado não respondeu aos pedidos do Sr. Canese a esse respeito, o que resultou em uma violação do artigo 9.⁷¹

Em contraste a esse exemplo, no caso *Mémoli vs. Argentina*, os senhores Mémoli haviam sido condenados pelo delito de injúria, tipificado em um artigo do código penal, que foi posteriormente modificado para excluir de sanção penal as expressões relacionadas com assuntos de interesse público ou que não eram verdadeiras, inclusive a pena privativa de liberdade pelo seu cometimento, e estabelecer sanções penais menos graves ao crime de injúria.⁷² A partir de uma modificação legislativa, os senhores Mémoli - os quais já haviam cumprido sua sentença -, iniciaram procedimentos internos para anular a sentença penal condenatória imposta contra eles, sem terem obtido uma resposta favorável.⁷³

65 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPMRC. 2010, § 185.

66 *Ibidem*, § 186.

67 *Ibidem*, § 188.

68 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. MRC. 2004, § 182.

69 *Ibidem*, § 183.

70 *Ibidem*, § 186.

71 *Idem*.

72 Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPMRC. 2013, § 156.

73 No procedimento perante a Corte IDH, os representantes argumentaram que uma causa civil que ainda estava em curso era baseada exclusivamente na condenação criminal reconhecida pelo Estado. Além disso, alegaram que a condenação criminal representou “um impedimento legal” para que uma das supostas vítimas participasse de um concurso para o cargo de juiz de um Tribunal de Faltas da cidade de San Andrés de Giles, bem como “para obter uma licença de rádio”. Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPMRC. 2013, § 150.

A Corte IDH concluiu que nesse caso não houve violação ao artigo 9 da CADH. Sua análise coincidiu com as razões indicadas em nível interno pelas quais rejeitou-se a revisão da condenação penal, a saber, que a pena se encontrava esgotada, e que a despenalização das expressões relativas a assuntos de interesse público não se aplicava à condenação imposta aos senhores Mémoli, além disso a informação contida em suas expressões não guardava relação com assuntos dessa natureza⁷⁴.

2.3. Crimes internacionais

Como indicou-se acima, ao contrário da CADH, tanto o PIDCP quanto a CEDH incluem expressamente os delitos “de acordo com o direito nacional ou internacional” em suas respectivas disposições sobre o princípio de legalidade. Além disso, estabelecem que: “[n]enhuma disposição do presente Pacto impedirá o julgamento ou a condenação de qualquer indivíduo por atos ou omissões que, momento em que forma cometidos, eram considerados delituosos de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações”⁷⁵.

A inclusão de crimes “internacionais” teve como objetivo prevenir que um indivíduo escapasse da sanção por um crime internacional, argumentando que a ação ou omissão não era ilegal nos termos da legislação nacional correspondente.⁷⁶ Observando também que os crimes de acordo com os “princípios gerais do direito” também poderiam ser julgados, o PIDCP e a CEDH estenderam seu alcance a delitos que não estão identificados nos tratados ou no Direito Internacional consuetudinário.⁷⁷

Mesmo se redatores da CADH não quiseram incluir os “crimes internacionais” no artigo 9,⁷⁸ atualmente há apoio para a sanção de tais crimes no SIDH. Em 2003, a CIDH emitiu uma resolução especial, “Sobre o Julgamento de Crimes Internacionais”, na qual destacou que:

[Os] crimes contra o Direito Internacional, como genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra constituem uma ofensa gravíssima à dignidade humana e uma flagrante negação dos princípios fundamentais consagrados nas Cartas da O[EA] e [ONU], portanto, o cometimento destes não deve ficar impune.⁷⁹

A Corte IDH reiterou a obrigação de extraditar ou processar os autores de tais crimes, inclusive sob os princípios da jurisdição universal.⁸⁰

74 *Ibidem*, Cfr: § 146, 158. Caso a Corte IDH houvesse determinado que as expressões eram de interesse público, surgiria a questão sobre a possibilidade de solicitar a anulação da sentença penal - apesar do esgotamento da penalidade - no âmbito do princípio da aplicação da lei penal mais favorável; toda vez que essa condenação pode afetar o exercício de outros direitos, como a possibilidade de ser eleito para cargos de representação popular, dentre outros.

75 Artigo 15.2 do PIDCP. O artigo 7.2 do CEDH tem uma redação bastante semelhante: “[o] presente artigo não invalidará a sentença ou a pena de uma pessoa culpada de uma ação ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas”.

76 *Ver*, por exemplo, Nowak, M., *op. cit.*, p. 276.

77 Harris, D.; O’Boyle, M.; Bates, E. e Buckley, C. *Harris, O’Boyle & Warbirck. Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, 2ª. ed., 2009, pp. 338-339. O artigo 38 do Estatuto da CIJ estabelece três principais fontes de direito internacional: “a. convenções internacionais [...] b. costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas”. (grifo nosso) É interessante notar que o Estatuto de Roma do TPI, depois de codificar diversas condutas que constituem crimes internacionais, sinalizou em seu artigo 22.3. o seguinte: “o disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto”.

78 O delegado argentino, em resposta à sugestão do delegado colombiano de incluir a referência ao Direito Internacional contido no PIDCP, expressou que “seria uma aspiração interessante para o futuro”. OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, São José, Costa Rica, *op. cit.* Atas da 8ª Sessão do Comitê I, Doc. 48, 15 de novembro de 1969, p. 206.

79 CIDH. *Sobre Julgamentos de Crimes Internacionais*, Resolução n.º 1/03, 2003.

80 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. MRC. 2006, § 160. Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. MRC. 2006, § § 131-132.

No caso *Gomes Lund e outros. (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, os desaparecimentos forçados sob exame haviam ocorrido há mais de 30 anos - época em que o crime não havia sido expressamente estabelecido na lei brasileira -; no entanto, a Corte IDH declarou o Estado como responsável pelos desaparecimentos forçados e exigiu a perseguição e punição dos autores.⁸¹ Quando o Estado argumentou que o princípio de legalidade e da retroatividade seria violado, a Corte IDH respondeu com dois argumentos centrais: a necessidade de que os juízes internos realizem o “controle de convencionalidade”, aplicando não apenas o direito interno, mas também a CADH e sua interpretação, bem como a não afetação ao princípio da irretroatividade, dado que “os efeitos do ato internacionalmente ilícito em questão continuam a ocorrer.”⁸² Este último ponto, em primeira medida, indica que a natureza dos crimes continuados transcenderam os prazos da lei de anistia no Brasil, que foi promulgada para impedir a sanção de certos crimes cometidos sob o governo militar.⁸³

A pergunta é se o raciocínio da Corte IDH poderia ser interpretado no sentido de que os crimes, devido ao seu status de “internacionalmente ilícitos”, deveriam ser processados apesar de questões de retroatividade. Mais adiante na sentença de *Gomes Lund*, a Corte IDH ordena ao Estado - ao não contar com uma tipificação interna do crime de desaparecimentos forçados - estabelecê-lo.⁸⁴ No entanto, a Corte IDH ainda não fez uma afirmação direta no sentido de que o artigo 9 da CADH permite a sanção de crimes internacionais que não foram estabelecidos no direito nacional no momento do seu cometimento. Até agora, foi capaz de dar uma resposta à questão em casos de desaparecimentos forçados, “aproveitando” a natureza continuada do crime.

2.4. Perspectiva comparada

Nem o TEDH nem o Comitê de Direitos Humanos da ONU são tão propensos como a Corte IDH a declarar violações às disposições que estabelecem o princípio de legalidade. Isto é correto, particularmente no que diz respeito ao princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. De fato, tem-se notado que “o Tribunal [Europeu], em vários casos, estabeleceu que não houve violação do artigo 7 [da Convenção Europeia] apesar de existirem leis redigidas de maneira muito genérica ou obscura.”⁸⁵ Este enfoque é incompatível com o reconhecimento do TEDH de que o princípio de legalidade, protegido pelo artigo 7 da CEDH, exige, *inter alia*, que os delitos penais estejam “claramente definidos pelo direito”⁸⁶.

Além disso, parece que a Corte IDH aplica o artigo 9 a uma gama mais ampla de situações do que sua contraparte na Europa. Recordar-se que, para a Corte IDH, a sanção administrativa exige a proteção do artigo 9º. Por outra parte, o artigo 7º da CEDH (que trata do princípio de legalidade) é aplicado apenas ao sistema de justiça penal.⁸⁷ Ainda assim, essa é uma área que requer maior desenvolvimento jurisprudencial. Quanto ao Comitê de Direitos Humanos, os casos existentes são igualmente escassos;⁸⁸ o mencionado Comitê afirmou que:

As acusações de caráter penal correspondem em princípio a atos que no direito penal nacional tenham sido declarados puníveis. A noção pode estender-se também aos atos de caráter delitivo

81 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, § 325.

82 *Ibidem*, § 179.

83 *Idem*. No *Caso Radilla Pacheco vs. México*, o qual também tratou do crime continuado de desaparecimentos forçados, a Corte IDH fez uma declaração parecida, ver Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009, §§ 239.

84 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, §§ 286-287.

85 Harris, D.; O’Boyle, M.; Bates, E. e Buckley, C. *op. cit.*, p. 355.

86 TEDH. *Kokkinakis vs. Grécia*, App. n.º 14307/88, 1993, § 52.

87 Harris, D.; O’Boyle, M.; Bates, E. e Buckley, C. *op. cit.*, p. 332.

88 Nas 22 decisões em que avaliou o artigo 15 do PIDCP durante o período de 1981 a 2007, o Comitê DHONU não declarou violação desta disposição.

porque abrangem sanções que, independentemente de sua qualificação no direito interno, devem ser considerados penais devido ao seu objetivo, caráter ou gravidade.⁸⁹

Mas o Comitê de Direitos Humanos não interpretou o teste de “objeto, caráter ou gravidade” o suficiente para afirmar com certeza quando consideraria que certas sanções administrativas se enquadrariam na disposição equivalente do PIDCP.

89 Comitê DHONU. Observação geral n.º 32. *Obrigações dos Estados partes em relação ao Protocolo Facultativo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*. CCPR/C/GC/33, 25 de junho de 2009.

Artigo 10. Direito a indenização

Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C n.º 4. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. Reparações e Custas. Sentença de 10 de setembro de 1993. Série C n.º 15. Doravante: Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. RC. 1993.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de fevereiro de 2001. Série C n.º 72. Doravante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C n.º 77. Doravante: Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. RC. 2001.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparações e Custas. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C n.º 91. Doravante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002.

Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de março de 2005. Série C n.º 120. Doravante: Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C n.º 124. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005.

Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C n.º 160. Doravante: Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro vs. Peru*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C n.º 209. Doravante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C n.º 211. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Grande vs. Argentina*. Exceções Preliminares e Mérito. Sentença de 31 de agosto de 2011. Série C n.º 231. Doravante: Corte IDH. *Caso Grande vs. Argentina*. EPF. 2011.

Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C n.º 250. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C n.º 288. Doravante: Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. EPMRC. 2014.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. Relatório n.º 100/01, *Caso Milton García Fajardo e outros vs. Nicarágua*, Caso 11.381.

CIDH. Relatório n.º 3/02, *Caso Jorge Fernando Grande vs. Argentina*, Petição 11.498.

CIDH. Relatório n.º 43/04, *Caso Yalmileth Rojas Piedras vs. Costa Rica*, Petição 306-99.

CIDH. Relatório n.º 124/06, *Caso Tomás Eduardo Cirio vs. Uruguai*, Caso 11.500.

CIDH. Relatório n.º 135/11, *Caso Hugo Óscar Argüelles e outros vs. Argentina*, Caso 12.167.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TEDH. *Brumărescu vs. Romênia* (Reparações), 2001-I.

Sentenças, resoluções e decisões proferidas por outros tribunais internacionais

Corte Permanente de Justiça Internacional. *Case Concerning the Factory at Chorzów* (Alemanha vs. Polónia). Series A, n.º 17, at 47, September 13th, 1928.

Documentos adotados no âmbito de organizações internacionais

Conselho Europeu

Conselho Europeu. Relatório Explicativo, Protocolo n.º 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Organização dos Estados Americanos

OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, São José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Organização das Nações Unidas

Comitê de Direitos Humanos

Comitê DHONU. *Terry Irving vs. Austrália*, Comunicação n.º 880/1999, Doc. CCPR/C/74/D/880/1999, 2002.

Comitê DHONU. Observação geral n.º 31. *Naturaleza jurídica de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004.

Comitê DHONU. Observação geral n.º 32. *Artículo 14, el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad de los tribunais y cortes de justicia*. CCPR/C/GC/32, 2007.

Referências acadêmicas

ÁLVAREZ, I. e outros. “Conference: Reparations in the Inter-American System: A Comparative Approach”, em *American University Law Review*, 56, n.º 6, August 2007.

ANTKOWIAK, T. “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, em *Colum. J. Transnat’L.*, n.º 46, 351, 2008.

ANTKOWIAK, T. “An Emerging Mandate for International Courts: Victim-Centered Remedies and Restorative Justice”, em *Stanford J. Int’l L.*, n.º 47, 279, 2011.

COLANDREA, V. “On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdovic Cases”, em *HRLR*, vol. 7, n.º 2, 2007.

HARRIS, D., O’BOYLE, M. & WARBRICK, C. *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2ª. ed., 2009.

HELPER, L. “Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime”, em *EJIL*, vol. 19, n.º 1, 2008.

JEFFRIES, J. C. “Disaggregating Constitutional Torts”, em *Yale L. J.*, n.º 110, 259-262, 2000.

LEACH, P. “Beyond the Bug River: New Approaches to Redress by the ECHR”, em *EHLR*, n.º 148, 2005.

LOSADA-REVOL, I. & RIBEIRO-MIERES, S. “El Artículo 10 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos: Alcance y Contenido”, em REY, S. A. *Problemas Actuales de Derechos Humanos*, n.º 1. EUDEBA, Buenos Aires, 2012.

MEDINA, C. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003.

NOWAK, M. U.N. *Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. N. P. Engel, 2005.

Outras referências

Black’s Law Dictionary 435, 9th ed. 2009.

ANTKOWIAK, T. & GONZA, A. *The American Convention on Human Rights: Essential Rights*. Oxford University Press,

Sumário

1. Introdução e antecedentes	334
2. Âmbito de proteção do artigo 10.....	335
2.1. Parâmetros flexíveis	335
2.2. “Condenada por sentença passada em julgado”	335
2.3. O termo “condenada” compreende sanções distintas do encarceramento	336
2.4. “Erro judicial” e “ <i>miscarriage of justice</i> ”	337
2.5. O significado de “indenização”	338
3. O entendimento da Corte IDH em matéria de reparações	340
3.1. Reparções pecuniárias	340
3.2. Reparções não pecuniárias	340
3.3. Reparções da Corte IDH sob uma perspectiva comparada	341

1. Introdução e antecedentes

Os antecedentes da redação do artigo 10 da CADH se relacionam ao projeto preliminar apresentado pela CIDH, o qual incorporou elementos tanto da CEDH como do PIDCP. O projeto da CIDH estipulava o seguinte:

Qualquer pessoa que tenha sido privada de liberdade ilegalmente ou por erro judicial será indenizada pelas perdas sofridas como resultado da condenação e pelo tempo em que tenha sido privada da liberdade, exceto no caso de que a pessoa condenada tenha contribuído para tornar possível o erro judicial.¹

Os artigos 5.5. da CEDH e 9.5. do PIDCP, contemplam um “direito efetivo para obter reparação” para as vítimas que tenham sido privadas de liberdade, detidas, encarceradas ou presas ilegalmente.² Além disso, o artigo 14.6 do PIDCP e o artigo 3 do Protocolo nº 7 à CEDH estabelecem direito a reparação em caso de “erro judicial”.

Devido a uma oposição substancial durante a Conferência Especializada de 1969 em São José, o artigo 10 quase foi eliminado em sua totalidade.³ A Argentina, por exemplo, contestou a falta de praticidade estabelecer um “direito automático à indenização”, bem como a amplitude e imprecisão da terminologia empregada.⁴ Os Estados Unidos considerou que o termo “erro judicial” poderia ser interpretado como qualquer decisão posteriormente revertida em recurso, compensando a “demandantes sem causa legal” e imporia uma pesada carga financeira aos Estados.⁵ No entanto, algumas delegações - entre elas Guatemala e Costa Rica - apoiaram a inclusão desse direito no documento;⁶ como resultado se formou

1 Artigo 9, Projeto da Convenção Americana sobre a Proteção dos Direitos Humanos, Doc. 5 (versão em inglês). 22 de setembro de 1969.

2 Da mesma forma, Manfred Nowak afirmou que apesar da sua “natureza imediatamente vinculante”, a linguagem do PIDCP sugere que é um recurso mais “orientado para o futuro”. Ver Nowak, M. U.N. *Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. N. P. Engel, 2005, p. 237.

3 Ver minutas da 8ª Sessão do Comitê I, Doc. 48, 15 de novembro de 1969, pp. 207-208, em OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, São José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/ XVI/1.2.

4 Projeto da Convenção Interamericana sobre Proteção de Direitos Humanos, Observações e Comentários dos Governos Americanos, Doc. 13 (versão em inglês). 22 de setembro de 1969.

5 *Idem*. Durante as negociações do PIDCP, Estados Unidos e Argentina estiveram entre os Estados que se opuseram ao direito à indenização nestes termos. Nowak, M. *op. cit.*, p. 352.

6 Ver minutas da 8ª Sessão do Comitê I, Doc. 48, novembro 15 de 1969, p. 208, em OEA. Conferência Especializada em

um grupo de trabalho cuja proposta foi posteriormente emendada pelo delegado mexicano, até formular a redação final que hoje está refletida no artigo 10 da CADH.⁷

Finalmente, na versão final da CADH foram excluídas as referências à privação de liberdade. O suposto “direito automático à indenização” foi atenuado com a frase “de acordo com a lei”. Na versão em inglês, o termo *judicial error* foi substituído por *miscarriage of justice*, mas em espanhol, permaneceu inalterado e o conceito de “erro judicial” permaneceu.⁸

Apesar dos esforços dos delegados em São José para restringir o conteúdo do artigo 10, este segue sendo mais amplo que o artigo 14.6 do PIDCP e que o artigo 3 do Protocolo nº 7 à CEDH. Em comparação com o estipulado na CADH, os textos dos tratados nos sistemas universal e europeu são quase idênticos e muito específicos, pois exigem a existência de uma sentença condenatória posteriormente revogada ou um perdão devido a um novo fato ou novas revelações “que provem cabalmente a existência de erro judicial”. Ainda mais, a pessoa deve ter sofrido “uma pena decorrente dessa condenação” e não deve ser responsável pela “não revelação dos fatos desconhecidos oportunamente”.

2. Âmbito de proteção do artigo 10

2.1. Parâmetros flexíveis

O artigo 10 da CADH possui um parâmetro flexível para sua interpretação, por conter somente algumas das limitações próprias dos textos nos âmbitos universal e europeu, também devido a que não estabelece uma definição clara do termo “erro judicial”.⁹

No momento em que se redige este comentário não há sentença da Corte IDH onde se analise esta disposição. Em *Baena Ricardo e outros vs Panamá* - um caso que faz referência a sentenças civis - a CIDH apresentou um argumento breve sobre a possível violação do artigo 10,¹⁰ contudo a Corte IDH não avaliou a disposição e simplesmente citou o artigo na seção de reparações da sentença.¹¹ Por sua vez, como será indicado mais adiante, a CIDH abordou o artigo em alguns relatórios.

2.2. “Condenada por sentença passada em julgado”

A frase “condenada por sentença passada em julgado” parece se referir unicamente a condenações no campo criminal, tanto pelo seu significado literal quanto pela origem da frase - ou seja, as disposições do PIDCP e da CEDH -. Essa interpretação tem sido sustentada pela CIDH. Em *García Fajardo e outros. vs Nicarágua*, vários funcionários que foram demitidos solicitaram proteção de seu direito constitucional à greve perante a Corte Suprema da Nicarágua, mediante a interposição de um recurso de amparo. Nesse caso, apesar de a CIDH ter encontrado erros na decisão da Corte Suprema, e de ter reconhecido que o Estado havia violado os direitos dos petionários ao devido processo e à proteção judicial, concluiu que a decisão da Corte Suprema “não constitui[u] uma sentença condenatória” e,

Direitos Humanos, São José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/ XVI/1.2.

7 Ver minutas da 12ª Sessão do Comitê I, Doc. 51, Rev. 1, 18 de novembro de 1969, p. 250, em OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, São José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/ XVI/1.2.

8 Esta dicotomia também existe nas versões em espanhol e inglês do artigo 14.6 do PIDCP.

9 Medina, C. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, p. 356.

10 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. FRC. 2001. Em mais duas sentenças da Corte IDH se menciona o artigo 10, porém isso ocorre somente porque fazem referências a relatórios anteriores da CIDH, nos quais a referida não encontrou violações da disposição. Ver Corte IDH. *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. EPMRC. 2014. Corte IDH. *Caso Grande vs. Argentina*. EPF. 2011.

11 *Ibidem*, § 194.

portanto, não violou o artigo 10 da CADH porque não se tratava de uma sentença em matéria penal.¹² Apesar dessa decisão, alguns comentaristas tem proposto uma interpretação mais ampla da disposição, a qual poderia incluir questões civis e administrativas, bem como sentenças em matéria penal.¹³

Por “sentença passada em julgado”, entende-se geralmente aquelas decisões inapeláveis, embora a definição precisa do termo “passada em julgado” foi debatida em outros sistemas de Direitos Humanos.¹⁴ De acordo com o relatório explicativo da Convenção Europeia sobre o Valor Internacional das Sentenças Penais, de 28 de maio de 1970, uma sentença é considerada final se tiver adquirido força *res judicata*.¹⁵ Isso ocorre “quando não houverem mais recursos ordinários disponíveis ou quando as partes tenham esgotado estes recursos ou tenham permitido que o prazo expirasse em valer-se deles.”¹⁶

A CIDH indicou que compartilha dessa interpretação do termo “passada em julgado” no contexto do artigo 10. Em *Rojas Piedras vs. Costa Rica*, a parte requerente buscava ser indenizada por um erro judicial que levou à sua condenação por um tribunal de primeira instância;¹⁷ contudo, depois de entrar com um recurso de revisão contra a referida decisão na Corte Suprema da Costa Rica, esta “absolveu a suposta vítima de qualquer punição e responsabilidade e ordenou, clara e especificamente, o cancelamento do registro da condenação no Registro de Antecedentes Penais.”¹⁸ Por este motivo, a decisão do tribunal de primeira instância da Costa Rica que se questionava não constituiu uma “sentença passada em julgado” para os fins do artigo 10 porque “não adquiriu caráter de coisa julgada”.¹⁹ A CIDH decidiu declarar inadmissível a suposta violação do artigo 10.

No caso *Grande vs. Argentina*, perante a Corte IDH, a parte requerente havia sido processada durante a ditadura militar por supostas atividades criminosas na administração da cooperativa de crédito onde trabalhou.²⁰ Posteriormente, o Estado submeteu o Sr. Grande “a um processo penal” por mais de 8 anos, até que as acusações fossem “definitivamente rejeitadas”.²¹ Semelhante ao caso *Rojas Piedra*, a CIDH decidiu que a petição era inadmissível em relação aos argumentos apresentados sobre o artigo 10, e considerou que o Sr. Grande não havia recebido uma sentença transitada em julgado em absoluto, porque as acusações contra ele foram rejeitadas.²² No entanto, admitiu o caso por violações processuais, submetendo-o posteriormente à jurisdição da Corte IDH, órgão que não encontrou violações aos Direitos Humanos.²³

2.3. O termo “condenada” compreende sanções distintas do encarceramento

A decisão da CIDH em *Cirio vs. Uruguai* demonstra que a palavra “condenada” do artigo 10 pode se referir às sentenças que impõem sanções penais diferentes ao encarceramento. Neste caso, um oficial militar aposentado criticou as ações das forças armadas; como resultado, um tribunal militar “processou o peticionário pelo crime de insulto à honra militar”.²⁴ O Sr. Cirio foi declarado culpado e recebeu “uma sanção vitalícia que, entre outras coisas, o privou de seus status e benefícios”, incluindo sua aposentadoria.²⁵ Transcorridos mais de vinte anos desde a sentença do tribunal militar, o status e benefícios

12 CIDH. Relatório n.º 100/01, *Caso Milton García Fajardo e outros vs. Nicarágua*, Caso 11.381, § 93.

13 Ver Losada-Revol, I. e Ribeiro-Mieres, S. “*El Artículo 10 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos: Alcance y Contenido*”, en Rey, S. A. Problemas Actuales de Derechos Humanos, n.º 1, EUDEBA, Buenos Aires, 2012.

14 Comitê DHONU. *Terry Irving vs. Austrália*, Comunicação n.º 880/1999, Doc. CCPR/C/74/D/880/1999, 2002.

15 Comentário sobre o artigo 1.º: Relatório explicativo d Convenção Europeia sobre o Valor Internacional das Sentenças Penais de 28 de maio de 1970, p. 22.

16 *Idem*.

17 CIDH. Relatório n.º 43/04, *Caso Yalmileth Rojas Piedras vs. Costa Rica*, Petição 306-99.

18 *Ibidem*, § 65.

19 *Ibidem*, § 64.

20 CIDH. Relatório n.º 3/02, *Caso Jorge Fernando Grande vs. Argentina*, Petição 11.498.

21 *Ibidem*, § 38.

22 *Ibidem*, § 43.

23 ver Corte IDH. *Caso Grande vs. Argentina*. EPF. 2011.

24 CIDH. Relatório n.º 124/06, *Caso Tomás Eduardo Cirio vs. Uruguai*, Caso 11.500, § 60.

25 *Ibidem*, § 62.

do Sr. Cirio foram restituídos, mas não os valores anteriores não pagos correspondentes ao pagamento da sua aposentadoria. Segundo a CIDH, apesar das autoridades “reconhece[rem] a natureza política e ideológica da punição, não revogaram as sentenças que o sancionaram nem ofereceram reparações que retificassem o ato (*restitutio in integrum*).”²⁶ Em consequência, a CIDH determinou que o Uruguai violou o direito do peticionário consagrado no artigo 10 da CADH.

2.4. “Erro judicial” e “*miscarriage of justice*”

Como observado acima, a frase *judicial error* foi substituída por *miscarriage of justice* na versão final em inglês do artigo 10, mas na versão em espanhol o termo “error judicial” permaneceu intacto. “*Miscarriage of justice*” na terminologia jurídica dos EUA indica um “resultado manifestamente injusto em um processo judicial.”²⁷ O Relatório Explicativo do Protocolo n.º 7 da CEDH também descreve de maneira similar que este conceito envolve “falhas graves no procedimento judicial que implicam em danos graves à pessoa condenada.”²⁸ Assim, *miscarriage of justice* não supõe um mero defeito nos processos judiciais, mas sim que deve ser produzido um resultado manifestamente injusto.

Quanto ao termo erro judicial - no contexto da CADH - não é possível inferir se possui o mesmo sentido que *miscarriage of justice*. O voto do Comissário Julio Prado Vallejo em *García Fajardo e outros vs. Nicarágua* sugere que o conceito inclui erros judiciais menos graves. Citando a jurisprudência espanhola, Prado Vallejo considera que existe um “erro judicial” quando, “através de fraude, negligência ou conhecimento ou compreensão errônea dos fatos, uma decisão judicial não reflete a realidade e pode ser entendida como injusta.”²⁹ Essa interpretação de erro judicial é mais ampla que o conceito restrito de *miscarriage of justice*³⁰, uma vez que os “resultados manifestamente injustos” poderiam não ser necessários para estabelecer uma violação do artigo 10.

No contexto do PIDCP e do Protocolo n.º 7 à CEDH, é necessário que se apresente um fato novo ou novas revelações que demonstrem que houve um erro judicial. Por exemplo, no caso *Irving vs. Austrália* perante o Comitê de Direitos Humanos, uma sentença condenatória foi anulada por defeitos no processo.³¹ No entanto, o Comitê de Direitos Humanos negou à parte requerente seu direito a indenização porque a anulação não se devia a novos fatos ou novas revelações.³²

O artigo 10 da CADH não faz referência alguma a um fato novo ou recentemente descoberto, esses elementos tampouco foram requeridos pela CIDH para determinar uma violação do artigo 10 no caso *Cirio*. Tal como se estabeleceu, nesse caso o peticionário havia criticado as forças armadas e foi condenado por insultar a honra militar. A determinação de anulação da sanção não teve base em fatos novos, mas sim porque o Estado reconheceu a “natureza política e ideológica da punição.”³³

26 CIDH. Relatório n.º 124/06, *Caso Tomás Eduardo Cirio vs. Uruguai*, Caso 11.500, § 124.

27 Black’s Law Dictionary 435, 9th ed. 2009.

28 Conselho Europeu. Relatório Explicativo, Protocolo n.º 7 à Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, § 23.

29 CIDH. Relatório n.º 100/01, *Caso Milton García Fajardo e outros vs. Nicarágua*. Caso 11.381, Voto fundamentado e parcialmente divergente do Comissário Julio Prado Vallejo.

30 É interessante notar que em uma das declarações interpretativas feitas pela Argentina, ao ratificar a CADH, estabeleceu-se que: “[o] artigo 10 deve ser interpretado no sentido de que o ‘erro judicial’ seja estabelecido por um Tribunal Nacional”. Informações disponíveis em: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humans_firms.htm#Argentina (data do último acesso: 20/06/2017). Portanto, em *Hugo Oscar Argüelles e outros vs. Argentina*, a CIDH concluiu que “[como] um tribunal nacional não [havia] estabelecido que [havia] sido cometido um “erro judicial”, o Estado não foi responsabilizado pela violação do artigo 10. CIDH. Relatório n.º 135/11, *Caso Hugo Óscar Argüelles e outros vs. Argentina*, Caso 12.167, § 130.

31 Comitê DHONU. *Caso Terry Irving vs. Austrália*, Comunicação n.º 880/1999, Doc. CCPR/C/74/D/880/1999, 2002.

32 Em um voto contrário, Henkin e Scheinin opinaram que a frase do artigo 14.6, “pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial”, se aplica somente a indultos e não a sentenças revogadas. Comitê DHONU. *Terry Irving vs. Austrália*, Comunicação n.º 880/1999, Doc. CCPR/C/74/D/880/1999, 2002.

33 CIDH. Relatório n.º 124/06, *Caso Tomás Eduardo Cirio vs. Uruguai*, Caso 11.500, § 124.

Da mesma forma, é importante observar que no caso *Cirio*, o Estado anulou a sanção e restabeleceu o status da vítima, sem que tais medidas sejam explicitamente determinadas pelo artigo 10 da CADH. Por outro lado, o PIDCP e o Protocolo n.º 7 requerem uma anulação ou indulto formal para que a vítima solicite indenização.

2.5. O significado de “indenização”

2.5.1. Uma obrigação positiva do Estado

O direito à indenização decorrente de um erro judicial estabelece claramente uma obrigação positiva do Estado. Embora o SIDH esteja apenas começando a avaliar a natureza da obrigação estabelecida no artigo 10, alguns aspectos dessa obrigação já foram considerados por outros mecanismos de Direitos Humanos. Um ponto que merece atenção especial é a indenização “de acordo com a lei”, a qual não significa que o Estado tenha a obrigação de conceder uma indenização quando o direito interno ou a prática não estabelece tais indenizações.³⁴ Ao invés disso, conforme indicado pelo Comitê de Direitos Humanos, os Estados devem adotar disposições internas para garantir que a indenização possa, com efeito, ser paga à vítima de um erro judicial dentro de um prazo razoável.³⁵

2.5.2. O efeito do indulto ou da anulação da sentença sobre o direito à indenização

Outro aspecto que, todavia, não se encontra claramente desenvolvido pelos órgãos do SIDH é o impacto que os indultos poderiam ter no direito à indenização. O Comitê de Direitos Humanos estabeleceu que não se deve indenizar “se a condenação foi anulada [...] em virtude de um perdão humanitário ou discricionário, ou motivado por considerações de equidade, que não envolva o reconhecimento de que houve um erro judicial.”³⁶

O texto conciso do artigo 10 da CADH, no entanto, poderia conduzir a um resultado diferente. Ou seja, se uma condenação for anulada, ou a pessoa perdoada, por outras razões que não o erro judicial – por exemplo, considerações humanitárias –, o direito à indenização estabelecido no artigo 10 poderia ser aplicável.³⁷ O que pressupõe, é claro, que a pessoa foi condenada em sentença transitada em julgada através de um erro judicial.

2.5.3. Indenização vs. restitutio in integrum

Em *Cirio vs. Uruguai*, a CIDH aborda a natureza da indenização estabelecida no artigo 10. De acordo com o critério estabelecido pela CIDH, o Estado é obrigado a garantir “reparações completas (*restitutio in integrum*) à vítima.”³⁸ Nesse caso, em consequência da insuficiência da reparação concedida ao Sr. Cirio pelos danos sofridos, pois não atendia aos pagamentos da aposentadoria pendentes durante o período em que sofreu os efeitos da sentença transitada em julgado, a CIDH determinou a violação do artigo 10. Alguns sugeriram que, neste caso, aplicou-se incorretamente a norma do artigo 63.1 da CADH (sobre reparações) ao analisar o artigo 10.³⁹

Conforme indicado acima, o artigo 10 afirma o direito à indenização “conforme a lei”, frase que reflete o disposto no artigo 14.6 do PIDCP. No contexto do PIDCP, Manfred Nowak explica que isso se

34 Conselho Europeu. Relatório Explicativo, Protocolo n.º 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, § 25.

35 Comitê DHONU. Observação geral n.º 32. Artigo 14, *o direito a um juízo imparcial e à igualdade dos tribunais e cortes de justiça*. CCPR/C/GC/32, 2007, § 52.

36 *Ibidem*, § 53. O conselho europeu possui um critério similar, *ver* Conselho Europeu. Relatório Explicativo, Protocolo n.º 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, § 23.

37 *Ver* Losada-Revoll, I. Ribeiro-Mieres, S., *op. cit.*

38 CIDH. Informe n.º 124/06, *Caso Tomás Eduardo Cirio vs. Uruguai*, Caso 11.500, § 124.

39 *Ver* Losada-Revoll, I. Ribeiro-Mieres, S., *op. cit.*

deve “à convicção de que uma questão tão complexa como é a determinação de indenização por erro judicial só pode ser implementada internamente atendendo aos correspondentes lineamentos estabelecidos por lei.”⁴⁰ Na mesma linha, o artigo 3 do Protocolo nº 7 à CEDH estabelece indenização “em conformidade com a lei ou com o processo em vigor no Estado em causa”.

De acordo com os diversos ordenamentos jurídicos internos, a indenização muito provavelmente significará a entrega de dinheiro em espécie;⁴¹ no entanto, quando se ordenam reparações em conformidade com o artigo 63 da CADH, a Corte IDH observa o padrão de *restitutio in integrum*. Esta sólida norma do Direito Internacional “consiste na restauração da situação anterior à violação”⁴² O artigo 63.1 confere à Corte IDH a ampla atribuição de buscar *restitutio in integrum*, o que exige uma “indenização justa” e:

[...] que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. [A Corte IDH] também [d]eterminará, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos [...].

Deste modo é possível que no caso *Cirio* a CIDH tenha aplicado um critério jurídico errôneo ao declarar a violação do artigo 10.⁴³ Seguindo o padrão de *restitutio in integrum* haveria sido exigido ao Uruguai uma indenização muito mais completa do que estava previsto por suas próprias leis nacionais e, portanto, mais do que era exigido pela redação do artigo 10.

Isso se justifica também na evolução que os princípios de indenização e reparação tiveram no Direito Internacional, da mesma maneira que a própria CADH - de acordo com a jurisprudência da Corte IDH - tem ampliado seu âmbito de proteção ao longo do tempo.

De fato, a jurisprudência da Corte IDH é contundente ao afirmar que a indenização monetária por si só raramente representa uma reparação adequada às violações dos Direitos Humanos.⁴⁴ Nos casos de violação do devido processo e detenção arbitrária - duas situações que frequentemente são associadas ao direito protegido pelo artigo 10 - a Corte IDH ordenou várias medidas de caráter não monetário, tais como restituição, reabilitação e pedido de desculpas - adicionado à própria compensação monetária - para reparar o ato ilícito. Portanto, ao exigir “reparações completas” no caso *Cirio*, a CIDH poderia ter reduzido a margem de discricionariedade permitida aos Estados pelo disposto no artigo 10º. Talvez uma decisão que leve em consideração todos os danos sofridos e busque restituir o ato ilícito ao estado anterior à violação sirva como diretiva aos Estados para incorporar os padrões pluridimensionais de reparações da Corte IDH aos marcos jurídicos nacionais.

Desde logo, não há nenhuma razão pela qual os abusos associados a erros judiciais devam receber uma reparação menor do que outras graves violações de Direitos Humanos. A indenização é mencionada esporadicamente ao longo da CADH;⁴⁵ portanto, pode-se supor que os redatores do Pacto de São José tentaram individualizar as vítimas de erros judiciais e conceder-lhes uma proteção especial. Restringir o artigo 10 à indenização monetária e outros princípios limitados de reparação poderia ir contra essa intenção.

40 Nowak, M., *op. cit.*, p. 355. No entanto, a determinação da indenização por erro judicial não é necessariamente mais “complexa” que a determinação das reparações a outras violações graves de Direitos Humanos.

41 *Ver*, por exemplo, Jeffries, J.C. “Disaggregating Constitutional Torts”, *em Yale L.J.*, n.º 110, 2000. Neste artigo, o autor explica a prática dos Estados Unidos.

42 *Ver*, por exemplo, Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. MRC. 2006, § 415. Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005, § 170. Corte Permanente de Justiça Internacional. *Case Concerning the fate of Chorzów (Alemanha vs. Polónia)*. Series A, n.º 17, at 47, September 13th, 1928.

43 A demanda apresentada pela CIDH no caso *Baena Ricardo e outros vs. Panamá* sugere um critério jurídico similar. A demanda está disponível no seguinte link: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/baena/demand.pdf> (data de último acesso: 20/06/2017).

44 *Ver*, por exemplo, Antkowiak, T. “*Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond*”, *em Colum. J. Transnat'l L.*, n.º 46, 351, 2008.

45 A indenização está mencionada somente nos artigos 10, 21, 63 e 68 da CADH.

3. O entendimento da Corte IDH em matéria de reparações

Nos últimos vinte anos a Corte IDH conduziu um movimento internacional para expandir os conceitos de reparação por violações aos Direitos Humanos.⁴⁶ Em conformidade com o princípio da *restitutio in integrum*, e em resposta aos pedidos das vítimas, suas sentenças geralmente ordenam uma combinação de reparações pecuniárias e não pecuniárias.⁴⁷ A seguir, apresenta-se brevemente a estrutura da Corte IDH em matéria de reparações.⁴⁸

3.1. Reparações pecuniárias

De acordo com a Corte IDH, o dano material se refere à “a perda ou redução das receitas das vítimas, os gastos efetuados em virtude dos fatos e as consequências de caráter pecuniário que guardem nexos causais com os fatos do caso.”⁴⁹ Dessa forma, a Corte IDH estabeleceu danos materiais consistentemente por perda ou redução de receitas, danos atuais⁵⁰ e danos consequentes.

A Corte IDH estabeleceu que o dano imaterial “pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima direta e a seus familiares, o desrespeito de valores muito significativos para as pessoas e qualquer alteração, de caráter não pecuniário, nas condições de existência da vítima ou sua família.”⁵¹ Como esse dano é difícil de quantificar, a Corte IDH determina uma compensação em dinheiro sob este item “mediante aplicação razoável de discricionariedade judicial e em equidade”.⁵² Para reparar danos imateriais, a Corte IDH também ordena frequentemente um amplo repertório de medidas “que buscam, entre outras coisas, comemorar e dignificar as vítimas, bem como evitar a repetição de violações de Direitos Humanos.”⁵³ Essas reparações não pecuniárias são abordadas na próxima seção.

3.2. Reparações não pecuniárias

Até o final da década de 90 a Corte IDH limitou as reparações não pecuniárias;⁵⁴ no entanto no final de 2001, elaborou quase em sua totalidade o amplo enfoque contemporâneo para reparações não pecuniárias. Atualmente, dentro das categorias gerais de reparações que a Corte IDH ordena, inclui-se

46 Ver Antkowiak, T. “*An Emerging Mandate for International Courts: Victim-Centered Remedies and Restorative Justice*”, em Stanford J. Int'l L., n.º 47, 279, 2011. Neste artigo o autor examina os avanços no Direito Internacional em matéria de reparações. Álvarez I. e outros. “*Conference: Reparations in the Inter-American System: A Comparative Approach*”, em American University Law Review, n.º 56, 1375, 2007. Nesta obra se descreve a evolução da Corte IDH nos últimos vinte anos, quanto a jurisprudência e reparações.

47 Antkowiak, T. “*Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond*”, *op.cit.*

48 Para uma análise mais detalhada, ver o comentário ao artigo 63 (reparações e medidas provisórias), por Correa.

49 Ver, por exemplo, Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, § 307. Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002, § 43. Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009, § 275. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009, § 360.

50 A Corte IDH não emprega este termo. Este é um termo jurídico no direito interno dos EUA que descreve assertivamente o que a Corte IDH está realizando.

51 Ver, por exemplo, Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, § 307. Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. RC. 2001, § 84. Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFR. 2009, § 275. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009, § 371.

52 Ver, por exemplo, Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005, § 191. Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. MRC. 2005, § 156.

53 *Idem.*

54 Uma explicação notável é a sentença *Aloeboetoe vs. Suriname*, um caso envolvendo sete membros de uma comunidade étnica assassinados por forças militares. Entre outras medidas, a Corte IDH ordenou que o Estado reabrisse uma escola rural e a dotasse de pessoal, que se reiniciassem as operações de uma clínica médica local, e que se fossem estabelecidas medidas de segurança para os familiares das vítimas. A sentença *Aloeboetoe* apresentou um ativismo em matéria de reparações que não se voltaria a ver em cinco anos de sentenças da referida Corte. Ver Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. RC. 1993.

a restituição e cessação, desculpas, construção de monumentos, reformas legislativas, cursos de capacitação e programas de desenvolvimento comunitário.⁵⁵

A ordem mais frequentemente emitida pela Corte IDH é que os Estados investiguem, processem e sancionem os autores de violações dos Direitos Humanos. Como apontado pela própria Corte IDH, esses requisitos não são tecnicamente reparações, mas se originam da obrigação geral dos Estados de respeitar e garantir os Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 1.1 da CADH.⁵⁶ No entanto, é incontestável que a investigação de crimes e a imposição de sanções sejam reparações cruciais, as quais são constantemente exigidas pelas vítimas.

3.3. Reparações da Corte IDH sob uma perspectiva comparada

O enfoque contemporâneo de reparações da Corte IDH compreende medidas de restituição, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição, juntamente com a indenização pecuniária. O Comitê de Direitos Humanos- apesar de ser um órgão cujas funções não são vinculantes-, compartilha esse enfoque através de seus comentários gerais sobre o PIDCP e várias recomendações formuladas aos Estados.⁵⁷ Esse modelo compreensivo de reparações também é apoiado por outros instrumentos e instituições da ONU.⁵⁸

Em contraste, historicamente o TEDH tem favorecido as reparações declaratórias e indenização monetária.⁵⁹ Seu foco limitado em reparações foi demonstrado em vários casos. É interessante que durante a última década divergências dessa postura conservadora tenham aparecido dentro do próprio TEDH, uma vez que ordenou esporadicamente medidas tais como a recuperação da liberdade, a devolução da propriedade e a realização de reformas legislativas.⁶⁰ Ainda assim, estas sentenças pouco frequentes não se aproximam do modelo de reparações desenvolvidas pela Corte IDH que, consistentemente, ordena uma ampla gama de medidas não pecuniárias elaboradas detalhadamente.⁶¹

55 Antkowiak, T. “*Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond*”, *op. cit.*

56 *Ver*, por exemplo, Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, §§ 166-167, 178-181.

57 *Ver*, por exemplo, Comitê DHONU. Observação geral n.º 31. *Natureza jurídica da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Parte no Pacto*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004. Nesta observação geral se afirma que as reparações às vítimas não incluem apenas indenização, mas também podem “consistir em restituição, reabilitação e adoção de medidas destinadas a dar satisfação, incluindo a apresentação de desculpas públicas e testemunhos oficiais, o oferecimento de garantias para evitar reincidências e a reforma de leis e práticas aplicáveis e o julgamento de autores de violações de Direitos Humanos”.

58 Por exemplo, o Estatuto de Roma do TPI exige o estabelecimento de “princípios relacionados com as reparações de, ou com respeito às vítimas, incluindo restituição, compensação e reabilitação.” A Convenção Internacional para a proteção de todas as pessoas contra os Desaparecimentos Forçados, considera medidas de compensação, restituição, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição.

59 *Ver*, por exemplo, Harris, D., O’Boyle, M. e Warbrick, C. *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford. University Press, 2ª. ed., 2009.

60 *Ver*, por exemplo, Helfer, L. “*Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*”, em EJIL, vol. 19, n.º 1, 2008. Colandrea, V. “*On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdic Cases*”, em HRLR, vol. 7, n.º 2, 2007. Leach, P. “*Beyond the Bug River: New Approaches to Redress by the ECHR*”, em EHRLR, n.º 148, 2005. Nos casos de restituição de propriedades, o Estado também teve a opção de outorgar compensação monetária, *ver* TEDH. *Brumărescu vs. Romênia (Reparações)*, 2001-I.

61 Os recentes julgamentos do TEDH não parecem indicar uma doutrina de reparação mais abrangente. Restaurar a liberdade de um indivíduo para cessar uma detenção ilegal e as modificações legislativas ajudam a prevenir a recorrência de violações generalizadas. Essa cessação de violações contínuas e garantias de não repetição não são tecnicamente reparações, se originam em uma obrigação geral do Estado de respeitar e garantir os Direitos Humanos em sua jurisdição. Assim, essas medidas são independentes do dever de um Estado de reparar vítimas individuais.

Artigo 11 Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia*. Mérito. Sentença de 8 de dezembro de 1995. Série C n.º 22. Doravante: Corte IDH. *Caso Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia*. M. 1995.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Mérito. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C n.º 33. Doravante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. M. 1997.

Corte IDH. *Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C n.º 73. Doravante: Corte IDH. *Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C n.º 107. Doravante: Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPMRC. 2004

Corte IDH. *Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C n.º 110. Doravante: Corte IDH. *Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. MRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C n.º 125. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. Sentença de 1 de julho de 2006. Série C n.º 148. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C n.º 160. Doravante: Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C n.º 165. Doravante: Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. MRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de janeiro de 2009. Série C n.º 193. Doravante: Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C n.º 194. Doravante: Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C n.º 195. Doravante: Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de julho de 2009. Série C n.º 200. Doravante: Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C n.º 213. Doravante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C n.º 215. Doravante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C n.º 216. Doravante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C n.º 221. Doravante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011.

Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2011. Série C n.º 232. Doravante: Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Fontevecchia e D'Amico vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2011. Série C n.º 238. Doravante: Corte IDH. *Caso Fontevecchia e D'Amico vs. Argentina*. MRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C n.º 239. Doravante: Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C n.º 248. Doravante: Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. Mérito e Reparações. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C n.º 249. Doravante: Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C n.º 250. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C n.º 252. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros ("Diário Militar") vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2012. Série C n.º 253. Doravante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros ("Diário Militar") vs. Guatemala*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2012. Série C n.º 257. Doravante: Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundação in vitro") vs. Costa Rica*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de agosto de 2013. Série C n.º 265. Doravante: Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2013. Série C n.º 275. Doravante: Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 282. Doravante: Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C n.º 285. Doravante: Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. MRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros ("Desaparecidos do Palácio de Justiça") vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de novembro de 2014. Série C n.º 287. Doravante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros ("Desaparecidos do Palácio de Justiça") vs. Colômbia*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C n.º 289. Doravante: Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C n.º 299. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de novembro de 2015. Série C n.º 307. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015.

Pareceres consultivos

Corte IDH. *Exigibilidade do Direito de Retificação ou Resposta (arts. 14.1, 1.1 e 2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Série A n.º 7. Doravante: Corte IDH. *Parecer Consultivo OC-7/86. Exigibilidade do direito de retificação ou resposta*. 1986.

Corte IDH. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A n.º 17. Doravante: Corte IDH. *Parecer Consultivo OC-17/02. Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002.

Corte IDH. *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Série A n.º 21. Doravante: Corte IDH. *Parecer Consultivo OC-21/14. Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. 2014.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. *Relatório Anual 1994*. Capítulo V: Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Ame-

ricana sobre Direitos Humanos. Título III: A Convenção protege e promove um amplo conceito de liberdade de expressão para preservar a existência das sociedades democráticas nos Estados membros da OEA.

CIDH. *Relatório Anual 2008*. Volume III: Relatório Anual da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Cap. III.

CIDH. *Relatório 82/10, Caso Jorge Fontevicchia e Héctor D'Amico vs. Argentina*, Caso 12.524, Mérito, 13 de julho de 2010.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TEDH. *Caso Klass e outros vs. Alemanha*, Sentença de 6 de setembro de 1978.

TEDH. *Caso B. vs. França*, n.º 13.343/87, Sentença de 25 de março de 1992.

TEDH. *Caso Niemietz vs. Alemanha*, n.º 13.710/88, Sentença de 16 de dezembro de 1992.

TEDH. *Caso Akdivar e outros. vs. Turquia* n.º 21.893/93, Sentença de 16 de setembro de 1996.

TEDH. *Caso Halford vs. Reino Unido*, Sentença de 27 de maio de 1997.

TEDH. *Caso Selçuk vs. Turquia*, n.º 23.184/94, Sentença de 24 de abril de 1998.

TEDH. *Caso Amann vs. Suíça*, Sentença de 16 de fevereiro de 2000.

TEDH. *Caso Bilgin vs. Turquia*, n.º 23.819/94, Sentença de 16 de novembro de 2000.

TEDH. *Caso Yöyler vs. Turquia*, n.º 26.973/95, Sentença de 10 de maio de 2001.

TEDH. *Caso Chipre vs. Turquia*, n.º 25.781/94, Sentença de 10 de maio de 2001.

TEDH. *Caso Christine Goodwin vs. Reino Unido*, n.º 28.957/95, Sentença de 11 de julho de 2002.

TEDH. *Caso I. vs. Reino Unido*, n.º 25.680/94, Sentença de 11 de junho de 2002.

TEDH. *Caso Peck vs. Reino Unido*, n.º 44.647/98 Sentença de 28 de janeiro de 2003.

TEDH. *Caso Van Kück vs. Alemanha*, n.º 35.968/97, Sentença de 12 de junho de 2003.

TEDH. *Caso Demades vs. Turquia*, n.º 16.219/90, Sentença de 31 de outubro de 2003.

TEDH. *Caso M.C. vs. Bulgária*, n.º 39.272/98, Sentença de 4 de dezembro de 2003.

TEDH. *Caso Ayder e outros. vs. Turquia*, n.º 23.656/94, Sentença de 8 de janeiro de 2004.

TEDH. *Caso Xenides-Arestis vs. Turquia*, n.º 46.347/99, Sentença de 22 de dezembro de 2005.

TEDH. *Caso Copland vs. Reino Unido*, Sentença de 13 de março de 2007.

TEDH. *Caso Evans vs. Reino Unido*, n.º 6339/05, Sentença de 10 de abril de 2007.

TEDH. *Caso Dickson vs. Reino Unido*, n.º 44.362/04, Sentença de 4 de dezembro de 2007.

TEDH. *Caso Schlumpf vs. Suíça*, n.º 29.002/06, Sentença de 8 de janeiro de 2009.

TEDH. *Caso P. vs. Portugal*, n.º 56.027/09, Sentença de 6 de setembro de 2011.

TEDH. *Caso S.H. and others vs. Áustria*, n.º 57.813/00, Sentença de 3 de novembro de 2011.

TEDH. *Caso Oliari e outros vs. Itália*, n.º 18.766/11 e 36.030/11, Sentença de 21 de julho de 2015.

Sentenças, resoluções e decisões proferidas por outros tribunais internacionais

TPIEY. *Case of Mucic et al. "Celebici Camp"*. Judgment of November 16, 1998. Case n.º IT-96-21-T.

Referências Acadêmicas

BERTONI, E. *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*. Editores del Puerto, 2a. ed., Buenos Aires, 2008.

ZELADA, C. J. e OCAMPO ACUÑA, D. "La feminización de los estándares de prueba sobre violación sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", em *Derecho en Libertad*, n.º 9, ano 4, Revista de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, julho-dezembro 2012.

ZELADA, C. J. "Amor prohibido: un análisis de la ciudadanía sexual desde Contracorriente", em ALCÁNTARA, M; MARIANI, S. (Eds.) *La Política va al Cine*. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, Lima, 2014.

Sumário

1. Introdução.....	345
2. Vida privada e inviolabilidade do domicílio	347
3. Vida privada e inviolabilidade das comunicações	351
4. Vida privada e sexualidade	354
5. Vida privada e autonomia reprodutiva	360
6. E onde ficam a honra e a reputação?.....	361
7. À guisa de conclusão.....	364

1. Introdução

Ao contrário de outros artigos da CADH, o artigo 11, intitulado “proteção da honra e da dignidade” apresenta um rosto bastante versátil.

Por um lado, concentra-se, como anuncia o seu título, no reconhecimento explícito de que “toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra”,¹ e na proibição de “ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.² Por outra parte, a previsão não deve nos levar ao erro, pois o artigo evoca também um conteúdo mais amplo, “incapaz de definições exaustivas”³, referente à vida privada, e que se manifestou em casos relacionados à proteção do domicílio, à privacidade das comunicações, a autonomia reprodutiva e a expressão sexual. Assim, a Corte IDH afirmou que a intimidade:

... compreende, entre outras dimensões, tomar decisões relacionadas com diversas áreas da própria vida livremente, ter um espaço de tranquilidade pessoal, manter reservados certos aspectos da vida privada e controlar a difusão de informação pessoal para o público.⁴

O artigo 11 da CADH, portanto, não se refere somente à proteção da honra ou reputação dos indivíduos, mas também consagra o direito à vida privada ou à intimidade. Neste comentário, nos referiremos aos critérios de interpretação desta norma elaborados a partir da jurisprudência da Corte IDH. Conforme se analisa adiante, as decisões da Corte IDH se referiram, sobretudo, à exploração do alcance do segundo dos enfoques mencionados, quer dizer, ao direito à vida privada.

Agora, nos últimos anos, a Corte IDH desenvolveu uma importante linha jurisprudencial do artigo 11, apesar dos poucos casos contenciosos e pareceres consultivos que o abordaram. A primeira vez que a Corte IDH declarou a violação deste artigo foi em 2004 na ocasião de sua sentença no caso dos *Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*.⁵ Nessa sentença - relacionada com a tortura e execução extrajudicial de dois menores de idade que mais tarde foram apresentados pelas autoridades peruanas como terroristas - a CIDH não alegou perante a Corte IDH a violação do artigo 11 da CADH, mas foram os representantes das vítimas que sustentaram sua violação ao sinalizar que a subsequente estigmatização do nome dos irmãos Emilio Moisés e Rafael Samuel Gómez Paquiyauri constituiu “uma ofensa ilegal

1 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPFRC. 2009, § 57.

2 *Idem*.

3 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, § 129. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPFRC. 2010, § 119. É curioso que a versão em espanhol da Convenção Americana intitula o artigo 11 como “Protección de la honra y de la dignidad”, enquanto a versão em inglês intitula-se “Right to Privacy”.

4 Corte IDH. *Caso Fontevecchia e D'Amico vs. Argentina*. MRC. 2011, § 48.

5 Porém, é importante enfatizar que a Corte IDH havia realizado uma breve referência ao artigo 11 em relação ao artigo 14 da CADH (direito de retificação ou resposta) no Parecer Consultivo OC-7/86, ver Corte IDH. Parecer consultivo OC-7/86. Exigibilidade do direito de retificação ou resposta. 1986, § 23.

à sua honra e reputação” que também causou “ingerências arbitrárias em seu lar e na vida privada” de sua família.⁶ Da mesma forma, a representação das vítimas considerou que o Estado havia violado o artigo 17 da CADH em prejuízo dos familiares mais próximos das supostas vítimas, em razão de que o Estado, em vez de proteger a instituição da família, eliminou dois membros da família Gómez Paquiyauri, assediou e perseguiu os membros sobreviventes que denunciaram os fatos e deixaram sem seu pai, a filha de Rafael Samuel Gómez Paquiyauri e sua esposa.⁷ Em um parágrafo muito breve, a Corte IDH estabeleceu o seguinte:

No que diz respeito ao artigo 11 [...], está comprovado que as supostas vítimas foram tratadas como “terroristas”, sujeitando-as e sua família ao ódio, ao desprezo público, à perseguição e a discriminação, razão pela qual houve uma violação do artigo 11 da C[ADH], em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento dos membros da família [Gómez Paquiyauri].⁸

Até aí chegou esse primeiro precedente. Foi apenas em 2006, com o caso dos *Massacres de Ituango vs. Colômbia*⁹, que a Corte IDH começou a desenvolver, de maneira mais sistemática, o conteúdo e o alcance do artigo 11 em sua dupla dimensão. Desde então, novas decisões foram adicionadas em casos contenciosos que envolveram a violação do referido artigo: uma durante 2007 (*Escué Zapata*)¹⁰, duas em 2009 (*Tristán Donoso*¹¹, e *Escher e outros*)¹², três em 2010 (*Manuel Cepeda Vargas*¹³, *Fernández Ortega e outros*¹⁴ e *Rosendo Cantú e outros*¹⁵), duas em 2011 (*Fontevicchia e D’Amico*¹⁶ e *Contreras e outros*¹⁷), mais seis em 2012 (*Atala Riffo e crianças*¹⁸, *Artavia Murillo e outros* “*Fecundação in vitro*”¹⁹, *Gudiel Álvarez e outros* “*Diário Militar*”²⁰, *Massacres de Río Negro*²¹, *Massacres de El Mozote e locais vizinhos*²², e *Uzcátegui e outros*²³), duas em 2013 (*J.*²⁴ e *Mémoli*²⁵), quatro em 2014 (*peessoas dominicanas e haitianas expulsadas*²⁶, *Rochac Hernández e outros*²⁷, *Rodríguez Vera e outros* “*Desaparecidos do Palácio da Justiça*”²⁸, e *Espinoza Gonzáles*)²⁹ e, finalmente, outras duas em 2015 (*Comunidade Camponesa de Santa Bárbara*³⁰, e *Velásquez Paiz e outros*³¹). Exceto as sentenças nos casos relacionados aos irmãos Gómez Paquiyauri, Manuel Cepeda Vargas e Velásquez Paiz e outros, uma característica em comum compartilhada nas decisões citadas é que, ao se referir ao artigo 11 da CADH, suas sentenças colocam um destaque especial na segunda das dimensões que descrevemos, ou seja, o direito à vida privada.

6 Corte IDH. *Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. MRC. 2004, § 176.

7 Corte IDH. *Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. MRC. 2004, § 175. No entanto, a Corte IDH decidiu não se pronunciar sobre a alegada violação do artigo 17. *Ibidem*, § 183.

8 *Ibidem*, § 182.

9 Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

10 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. MRC. 2007.

11 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPMRC. 2009.

12 Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. EPMRC. 2009.

13 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010.

14 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010.

15 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010.

16 Corte IDH. *Caso Fontevicchia e D’Amico vs. Argentina*. MRC. 2011.

17 Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011.

18 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012.

19 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros* (“*Fecundação in vitro*”) vs. *Costa Rica*. EPMRC. 2012.

20 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros* (“*Diário Militar*”) vs. *Guatemala*. MRC. 2012.

21 Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012.

22 Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012.

23 Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. MR. 2012.

24 Corte IDH. *Caso J.* vs. *Peru*. EPMRC. 2013.

25 Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPMRC. 2013.

26 Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014.

27 Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. MRC. 2014.

28 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros* (“*Desaparecidos do Palácio de Justiça*”) vs. *Colômbia*. EPMRC. 2014.

29 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPMRC. 2014.

30 Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015.

31 Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015.

Neste texto, examinaremos os aspectos medulares das decisões indicadas no parágrafo anterior, que agrupamos em quatro eixos temáticos: 1. vida privada e inviolabilidade do domicílio, 2. vida privada e inviolabilidade das comunicações, 3. vida privada e sexualidade e 4. vida privada e autonomia reprodutiva. Na parte final do nosso comentário, faremos uma breve referência ao papel da honra e da reputação na jurisprudência da Corte IDH.³²

2. Vida privada e inviolabilidade do domicílio

A Corte IDH examinou a relação entre a vida privada e a violação do domicílio em sete julgamentos nos quais afirmou que o direito à privacidade está “intrinsecamente ligado” ao local onde fica a residência da família.³³ De acordo com essa linha de argumentação, quem perde suas casas também perde o âmbito pessoal e geográfico onde desenvolvem sua vida privada. Por isso, a desapropriação temporária ou permanente do domicílio não viola apenas o direito a usar e desfrutar dos bens ali encontrados (isto é, viola os direitos de propriedade das vítimas), mas também configura a perda de uma das condições básicas para a existência dos seres humanos: sua intimidade. Para a Corte IDH, o domicílio é o espaço “natural” onde a vida privada se desenvolve livremente.

Os quatro primeiros casos aos quais faremos referência estão enquadrados em graves violações de Direitos Humanos nos quais materializou-se o descumprimento do artigo 11 da CADH. No caso dos *Massacres de Ituango vs. Colômbia* - relacionado às hostilidades de grupos paramilitares colombianos que realizaram sucessivas incursões armadas e assassinaram civis indefesos - a Corte IDH decidiu analisar, entre outros, a possível violação do artigo 11.2. da CADH em relação à destruição das casas dos moradores da localidade “El Aro”.³⁴ Na sentença, a Corte IDH já havia concluído que existiu uma “violação de gravidade especial do direito à propriedade privada devido à queima das casas dos moradores de El Aro” e, nesse contexto, considerou necessário fazer, pela primeira vez, “alguns esclarecimentos adicionais”³⁵ sobre a inviolabilidade do domicílio e da vida privada na perspectiva do artigo 11.2 da CADH:

O artigo 11.2 da C[ADH] protege a vida privada e o domicílio contra interferências arbitrárias ou abusivas. Este artigo reconhece que existe uma esfera pessoal que deve estar a salvo de interferências por parte de estranhos e que a honra pessoal e familiar, bem como o domicílio, devem ser protegidos diante dessas interferências.

A Corte [IDH] consider[ou] que o âmbito da privacidade se caracteriza por ser isento e imune a invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias *por terceiros ou pela autoridade pública*. Nesse sentido, o domicílio e a vida privada [estão] intrinsecamente ligados, já que *o domicílio se torna um espaço no qual a vida privada pode se desenvolver livremente*.

32 Cabe observar que a análise da tensão entre o direito à vida privada e à liberdade de expressão se analisa no comentário ao artigo 13 da CADH.

33 Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, § 194. Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. FRC. 2007, § 95. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPFR. 2010, § 157. Nesta mesma linha, é importante sinalizar que em seu voto parcialmente dissidente no caso *Yakye Axa*, o juiz Abreu Burelli agregou o seguinte: “[a] proteção do artigo 11 [...] compreende o direito dos membros dos grupos étnicos e culturais a não sofrer interferências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, familiar e comunitária, o que implica na preservação de sua cultura e o respeito à integridade dos valores, práticas e instituições desses povos”. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005. Voto parcialmente dissidente do juiz Abreu Burelli, § 26.

34 Um dado singular é que no trâmite do caso perante a Corte IDH, nem a CIDH nem os representantes das vítimas apresentaram alegação alguma com relação a uma suposta interferência no domicílio que pudesse configurar uma violação do artigo 11 da CADH.

35 Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, §§ 182 e 192.

Um primeiro aspecto a destacar dos parágrafos transcritos é a afirmação de que a violação do direito à vida privada pode advir não apenas da interferência arbitrária por parte do Estado, mas também de indivíduos. Um segundo aspecto essencial vem da base que a Corte IDH utiliza para justificar essas afirmações. Dada a falta de antecedentes em suas próprias decisões, a Corte IDH sustentou suas considerações na jurisprudência do TEDH sobre a destruição de casas e as remoções forçadas da população civil devido às atividades militares do Estado Turco em locais onde Membros do Partido dos Trabalhadores do Curdistão cometeram atentados.³⁶ Nesses casos, o TEDH havia “tratado do tema da propriedade privada juntamente com o direito ao respeito pela vida privada e familiar e do domicílio, os quais, [estão] protegidos pelo artigo 8 da CEDH”³⁷.

Com base nos antecedentes do SEDH, a Corte IDH concluiu, assim, que a destruição dos domicílios dos habitantes de “El Aro” por parte das forças paramilitares, com a colaboração do exército colombiano, bem como os bens que se encontravam dentro, além de serem uma violação aos direitos de propriedade das vítimas, constituíam “uma grave, injustificada e abusiva interferência em [sua] vida privada e em seu domicílio”³⁸. Nas palavras da Corte IDH:

As supostas vítimas que perderam seus lares também perderam o local onde se desenvolviam sua vida privada. Portanto, [...] o Estado colombiano não cumpriu a proibição de realizar interferências arbitrárias ou abusivas na vida privada e no domicílio.³⁹

Como pode ser visto, no caso dos *Massacres de Ituango vs. Colômbia* as considerações sobre o artigo 11.2 são realizadas de forma “acessória ou complementar” às violações já declaradas de outros direitos, especialmente o direito de propriedade consagrado no artigo 21 do mesmo CADH. Isso parece reforçar a ideia de uma interdependência específica - e saudável - entre vida privada e outros direitos consagrados na CADH.

A Corte IDH reiterou esse critério no caso da *Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*, ao analisar a operação militar Apolonia no âmbito do conflito armado interno naquele país. De acordo com os fatos do caso, membros das patrulhas militares de Lircay e da base contra subversiva de Huancavelica agrediram os habitantes da comunidade camponesa, para mais tarde queimar as casas das famílias Hilario Quispe e Hilario Guillén. Após esse ato os agentes estatais se apropriaram de seus pertences pessoais, artefatos domésticos, bem como suas ovelhas, alpacas, gado e cavalos. Nesse caso, depois de declarar a violação do direito à propriedade, a Corte IDH reiterou o padrão jurisprudencial ao sinalizar que o Estado deveria ter impedido interferências na privacidade por parte de terceiros ou agentes estatais, além de lembrar que os conceitos de domicílio e vida privada estão relacionados.⁴⁰ Por

36 Como veremos nas próximas sessões, esta mesma técnica também é empregada pela Corte IDH para os casos relacionados com a violação das comunicações telefônicas e da vida sexual.

37 Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, § 195. Nesta decisão, a Corte IDH faz referências explícitas dos casos do TEDH: *Caso Ayder et al. vs. Turquia*, n.º 23.656/94, Sentença de 8 de janeiro de 2004. TEDH. *Caso Bilgin vs. Turquia*, n.º 23.819/94, Sentença de 16 de novembro de 2000. TEDH. *Caso Selçuk vs. Turquia*, n.º 23.184/94, Sentença de 24 de abril de 1998. Na sentença, além disso, são mencionados os seguintes casos: TEDH. *Caso Xenides-Arestis vs. Turquia*, n.º 46.347/99, Sentença de 22 de dezembro de 2005. TEDH. *Caso Demades vs. Turquia*, n.º 16.219/90, Sentença de 31 de outubro de 2003. TEDH. *Caso Yöyler vs. Turquia*, n.º 26.973/95, Sentença de 10 de maio de 2001. TEDH. *Caso Chipre vs. Turquia*, n.º 25.781/94, Sentença de 10 de maio de 2001. TEDH. *Caso Akdivar et al. vs. Turquia*, n.º 21.893/93, Sentença de 16 de setembro de 1996. O artigo 8 da CEDH (direito ao respeito pela vida privada e familiar) estabelece o seguinte: “1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

38 Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, § 197.

39 *Ibidem*.

40 Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPFRC. 2015, § 200.

esse motivo, a Corte IDH declarou que queimar as casas das famílias violou o artigo 11.2 que protege o direito a não sofrer ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada e domicílio.⁴¹

Apesar de seus notáveis avanços, segundo a opinião dos autores a sentença se omitiu ao analisar que a *Comunidade de Santa Bárbara* faz parte de um povoado indígena, o que obriga a repensar coletivamente o alcance da vida privada e do domicílio. O domicílio dos povos indígenas se estende em terras e territórios comunitários, sem se limitar exclusivamente a casas construídas. Por essas razões, a incursão de patrulhas militares em terras comunais configurou uma interferência arbitrária ou abusiva no domicílio da comunidade campesina de Santa Bárbara. Além disso, ao confiscar os vários bens necessários à alimentação e ao desenvolvimento de atividades produtivas de pecuária e criação de animais, foi afetado o desenvolvimento dessas atividades, as quais eram de extrema importância para os povos indígenas. Portanto, do nosso ponto de vista, a apropriação desses bens não apenas violou o direito à propriedade, mas também o direito à vida privada, ao interferir no desenvolvimento de atividades fundamentais para os membros da comunidade indígena. No entanto, a Corte IDH visualizou apenas a queima de casas como a única interferência na vida privada e ao domicílio.

Uma matriz interessante é exposta no caso dos massacres de *El Mozote e Lugares Vizinhos vs. El Salvador*, em que a Corte IDH analisou as violações cometidas pelas ações de contra insurgência salvadorenha como parte de uma política de “terra arrasada”. O Batalhão de Infantaria de Reação Imediata de Atlacatl, juntamente com outras unidades militares, incluindo a Força Aérea Salvadorenha, invadiram as casas da população civil para remover seus ocupantes e assassiná-los. Logo depois queimaram suas casas e os bens dentro delas, assim como destruíram plantações e mataram animais em várias cidades, incluindo na fazenda El Mozote. Devido às características da violência utilizada, era bastante difícil determinar a propriedade específica dos bens.

Por um lado, a representação das vítimas solicitou que, levando em consideração sua jurisprudência, a Corte IDH declarasse em conjunto a violação dos artigos 21 e 11.2 da CADH em detrimento das vítimas falecidas e sobreviventes.⁴² A Corte IDH confirmou a análise conjunta das violações, observando que a destruição e queima de casas pelas Forças Armadas, assim como os pertences que estavam em seu interior, constituíram uma violação ao direito e desfrute dos bens, bem como interferência abusiva e arbitrária na vida privada e no domicílio.⁴³

Por outro lado, os representantes das vítimas solicitaram que fosse analisada também a violação em conjunto do direito à liberdade de residência e circulação, bem como do direito à vida privada, pois como consequência da queima de casas e destruição de bens essenciais, as vítimas sobreviventes haviam sido deslocadas internamente para Honduras.⁴⁴ Em particular, sinalizaram que o deslocamento estava intrinsecamente ligado ao projeto de vida das vítimas e havia afetado de “maneira evidente” a “possibilidade de conduzir suas vidas autonomamente”. No entanto, a Corte IDH não considerou necessário se pronunciar sobre esse argumento⁴⁵ por considerar que a declaração de violação do direito de circulação e residência feita nos parágrafos anteriores era suficiente.

O caso *personas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana* se refere a um padrão sistemático de expulsões coletivas de pessoas haitianas, ou de descendência haitiana, implementadas pelo Estado durante um período de quase uma década durante nos anos 90. Nesta sentença, a Corte IDH enfatizou os critérios discriminatórios que justificaram as violações da vida privada das famílias expulsadas. Nesse sentido, as pessoas que sofreram esta lesão ao seu direito à vida privada compartilhavam uma característica comum: sua nacionalidade e/ou ancestralidade. Os representantes das vítimas

41 *Ibidem*, § 205.

42 Alegações finais escritas apresentadas pelos representantes das vítimas no procedimento perante a Corte IDH, 23 de maio de 2012, pp. 33-37. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/Massacres-del-mozote/alefrep.pdf> (data do último acesso: 02/08/2017)

43 Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. FRC. 2012, § 182.

44 *Ibidem*, §§ 138-139.

45 *Ibidem*, § 196.

alegaram que a entrada dos agentes de imigração em suas casas para suas subsequentes expulsões com a impossibilidade de levar comida ou roupa com eles constituía violações do artigo 11.2. A esse respeito, a Corte IDH considerou o Estado responsável pelo dano ao artigo 11.2 da CADH.⁴⁶

Um fato particularmente analisado pela Corte IDH neste caso refere-se a que existiam menores de idade entre as pessoas cujas casas foram invadidas, situação que fazia aplicável o artigo 19 da CADH. A Corte IDH lembrou que a proteção da vida familiar é essencial no caso das crianças “uma vez que a família tem um papel essencial em seu desenvolvimento”.⁴⁷ Nessa sentença, a Corte reiterou parte de sua tendência jurisprudencial iniciada no caso *Contreras e outros vs. El Salvador*,⁴⁸ e acrescentou que “o Estado não deve apenas se abster de interferir indevidamente nas relações privadas ou familiares da criança, mas também que, de acordo com as circunstâncias, deve adotar providências positivas para assegurar o exercício e o pleno gozo de seus direitos”.⁴⁹ Por essas razões, a Corte IDH concluiu que foram violados os direitos da criança ao realizar ingerências na vida privada e familiar sem adotar medidas especiais.

A relevância da proteção da vida privada e familiar das crianças foi reiterada em pronunciamentos judiciais subsequentes da Corte IDH. Desta maneira, na Parecer Consultivo sobre *direitos e garantias das crianças no contexto da migração e/ou com necessidade de proteção internacional*, a Corte IDH reiterou que é preciso analisar que os procedimentos de expulsão e deportação podem ser configurados como interferências na vida privada e familiar das crianças, separando-as de um ou ambos os pais.⁵⁰ Da mesma forma, em um novo caso referente ao desaparecimento forçado de crianças durante o conflito armado interno em El Salvador, a Corte IDH considerou que a subtração e retenção ilegais violaram a vida privada e familiar, bem como os direitos de uma menina e quatro meninos.⁵¹ Aparentemente, a Corte IDH destaca que, no caso de crianças, a vida privada sofre um prejuízo essencial quando são separados de seus pais e quando invasões ao domicílio levam à separação de núcleos familiares.

Na sentença do caso *Escué Zapata*, relacionado à execução extrajudicial de um líder indígena por membros do exército colombiano, a Corte IDH desenvolveu uma linha jurisprudencial que torna “independente” o artigo 11 da inviolabilidade do domicílio, declarando a violação do artigo 11.2 da CADH por iniciativa dos representantes das vítimas, que indicaram que “a entrada violenta e arbitrária na casa de Germán Escué e sua família constituiu violação do artigo 11.2 [...] da C[ADH].”⁵²

Dessa maneira, a Corte IDH iniciou suas considerações sobre o artigo 11 da CADH afirmando que este inclui a proteção do lar, da vida familiar e da correspondência.⁵³ Ao reiterar a relação entre a vida privada e o domicílio, indicou que:

A proteção da vida privada, da vida familiar e do domicílio contra interferências arbitrárias ou abusivas implica o reconhecimento de que existe uma esfera pessoal que deve ser isenta e imune de invasões ou ataques abusivos ou arbitrários por parte de terceiros ou da autoridade pública. Nesse sentido, *a vida privada, o lar e a família são intrinsecamente ligados, já que o domicílio se torna um espaço no qual se pode desenvolver livremente a vida privada e familiar*.⁵⁴

46 Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014, §§ 404 e 424-428.

47 *Ibidem*, § 424.

48 Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. FRC. 2011, § 106. Neste caso, a Corte IDH analisou o efeito do desaparecimento forçado de crianças na vida privada e familiar durante o conflito armado ocorrido neste país.

49 Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014, § 107.

50 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14. *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. 2014, § 265.

51 Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. MRC. 2014, §§ 110-111.

52 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. MRC. 2007, § 88. (grifo nosso).

53 *Ibidem*, § 91.

54 *Ibidem*, § 95.

A Corte IDH considerou que a ação dos efetivos militares constituiu uma interferência arbitrária e abusiva no domicílio familiar e declarou a violação do artigo 11.2 da CADH em relação à obrigação geral de respeito do artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de Germán Escué Zapata e dos familiares que moravam em sua casa na época dos fatos.⁵⁵

A Corte IDH também explorou a relação entre a vida privada e a inviolabilidade do domicílio no caso *Fernández Ortega e outros*. Embora essa sentença seja analisada de maneira mais ampla na seção correspondente à expressão sexual, por enquanto é importante sublinhar que nesse caso os representantes das vítimas afirmaram que, antes do estupro de Inés Fernández Ortega, membros do exército mexicano invadiram arbitrariamente sua casa, razão pela qual solicitaram que fosse declarada a violação ao direito à vida privada contido no artigo 11.2 da CADH. De acordo com a Corte IDH:

[...] o ingresso de efetivos militares na casa da senhora Fernández Ortega, sem autorização legal nem consentimento de seus moradores, *constituiu uma ingerência arbitrária e abusiva em seu domicílio familiar*. Portanto, a Corte [IDH] conclui que foi violado o direito consagrado no artigo 11.2 da CADH, em relação ao artigo 1.1. do mesmo, em detrimento da senhora Fernández Ortega [e de seus familiares]⁵⁶

Finalmente, no caso *Uzcátegui e outros. vs Venezuela*, agentes da polícia e das Forças Armadas do estado de Falcón invadiram à força a casa da família Uzcátegui, danificando o imóvel. Durante a intervenção, dispararam em Néstor José Uzcátegui três vezes, que se encontrava desarmado e no banheiro da casa, causando sua morte. A Corte IDH reiterou que a entrada dos agentes estatais no domicílio da dona da casa, Julia Chiquinquirá Jiménez, sem ordem judicial ou autorização legal nem consentimento dos moradores, foi uma interferência arbitrária e abusiva na vida privada dos membros da família Uzcátegui. Consequentemente, o Estado violou o artigo 11.2 da CADH em relação aos familiares que estiveram presentes durante os eventos.⁵⁷

Um aspecto a ser levado em consideração é que a Corte IDH reconheceu que a destruição de partes estruturais e bens dentro da casa impactaram a família Uzcátegui, especialmente devido à sua condição socioeconômica e sua vulnerabilidade, violando também o artigo 21 da CADH referente ao direito de propriedade.⁵⁸

3. Vida privada e inviolabilidade das comunicações

Em 2009, a Corte IDH examinou pela primeira vez dois casos cujo aspecto central era a suposta violação do artigo 11 da CADH. Em ambas as sentenças, o tema central foi a relação entre a vida privada e inviolabilidade das comunicações telefônicas.

Na primeira dessas sentenças, *Tristán Donoso vs. Panamá*, a CIDH alegou, *inter alia*, a responsabilidade estatal pela violação do direito à vida privada do advogado Santander Tristán Donoso após a interceptação, gravação e divulgação da conversa telefônica que havia tido com um de seus clientes, e por não haver identificado e sancionado os responsáveis por estes atos. Foi a primeira vez que a Corte IDH examinava a temática em questão, motivo pelo qual não desperdiçou a oportunidade para fazer alguns esclarecimentos sobre a inviolabilidade das comunicações.

Na sentença, a Corte IDH iniciou suas considerações sobre o artigo 11 reiterando as normas já estabelecidas nos casos dos *Massacres de Ituango e Escué Zapata*. Mas, ao tratar de como o direito à

55 *Ibidem*, § 96. Não se deve perder de vista que, no mesmo caso, a Corte IDH também enfatizou que o Estado não investigou os fatos indicados e, por esse motivo, também não cumpriu o dever genérico de garantia sobre o artigo 11.2 da CADH, em relação ao artigo 1.1. *Ibidem*, § 97.

56 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, § 159. (grifo nosso)

57 Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. MR. 2012, § 202.

58 *Ibidem*, § 203-206.

vida privada abrange aspectos como a convivência familiar, o domicílio e a correspondência, afirmou que, embora “que as conversas telefônicas não se encontrem expressamente previstas no artigo 11 da C[ADH], trata-se de uma forma de comunicação que, da mesma maneira que a correspondência, encontra-se incluída dentro do âmbito de proteção do direito à vida privada.”⁵⁹ Para sustentar essa afirmação, a Corte IDH invocou a jurisprudência do TEDH.⁶⁰

Mas talvez o aspecto mais essencial do caso *Tristán Donoso* consista na afirmação - por parte da Corte IDH - de que a verificação da arbitrariedade das interferências no direito à vida privada deve ser sujeitar-se à aplicação prévia do teste de proporcionalidade:

O direito à vida privada não é um direito absoluto e, portanto, pode ser restringido pelos Estados sempre que as ingerências não sejam abusivas ou arbitrárias; por isso, as mesmas devem estar previstas em lei, perseguir um fim legítimo e cumprir os requisitos de idoneidade, necessidade e [estrita] proporcionalidade, isto é, devem ser necessárias em uma sociedade democrática.⁶¹

Embora a Corte IDH não tenha determinado a responsabilidade do Estado pela interceptação e registro da conversa telefônica do advogado Tristán Donoso com seu cliente,⁶² concluiu que o Estado havia realizado uma interferência na vida privada da vítima através da divulgação do conteúdo da conversa. Ao analisar este ponto, a Corte IDH declarou o seguinte:

... a conversa telefônica entre o senhor Adel Zayed e o senhor Tristán Donoso era de caráter privado e nenhuma das duas pessoas consentiu que fosse conhecida por terceiros. Além disso, esta conversa, ao ser realizada entre a suposta vítima e um de seus clientes *deveria*, inclusive, *contar com um maior grau de proteção* em virtude do segredo profissional. [...] A divulgação da conversa telefônica por parte de um funcionário público implicou em uma interferência na vida privada do senhor Tristán Donoso.⁶³

O que a Corte IDH fez em seguida foi examinar - à luz do teste de proporcionalidade - se essa interferência era arbitrária ou abusiva nos termos do artigo 11.2 da CADH. Para fazer isso, devia examinar se a restrição estava prevista na lei, se perseguia um objetivo legítimo e se cumpria com requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade estrita.⁶⁴

No caso, o então Procurador Geral da Nação havia realizado duas divulgações das conversas telefônicas em questão. Segundo a Corte IDH, nenhuma destas havia sido realizada de acordo com o procedimento previsto nas leis panamenhas:

81. No presente caso, se o ex-Procurador considerava que do conteúdo da gravação se desprendia que a suposta vítima e o senhor Adel Zayed estavam realizando atos preparatórios de um delito, como integrante do Ministério Público era sua obrigação, inclusive constitucional, realizar uma denúncia com o fim de que se iniciasse uma investigação penal, conforme os procedimentos legais previstos. A Corte considera que colocar uma conversação privada em conhecimento de autoridades da Igreja Católica porque nela se menciona um “monsieur” não é o procedimento previsto para prevenir as alegadas condutas delitivas. De igual maneira, a divulgação da gravação a certos diretores do Colégio Nacional de Advogados tampouco

59 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPMRC. 2009, § 55.

60 Mencionam-se as seguintes sentenças: TEDH. *Caso Klass e outros vs. Alemanha*, Sentença de 6 de setembro de 1978, § 29. TEDH. *Caso Halford vs. Reino Unido*, Sentença de 27 de maio de 1997, § 44. TEDH. *Caso Amann vs. Suíça*, Sentença de 16 de fevereiro de 2000, § 44. TEDH. *Caso Copland vs. Reino Unido*, Sentença de 13 de março de 2007, § 41.

61 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPFC. 2009, § 56. É interessante que, neste caso, a Corte IDH “traduz” a frase “que sejam necessárias em uma sociedade democrática” como a exigência do teste tripartite ou de ponderação entre direitos.

62 *Ibidem*, § 66.

63 *Ibidem*, §§ 75-76. (grifo nosso)

64 *Ibidem*, §§ 56 e 76.

constitui o procedimento que a legislação panamenha estabelece diante de uma eventual falta de ética dos advogados. Neste caso, o ex-Procurador deveria interpor a denúncia perante o Tribunal de Honra do Colégio Nacional de Advogados, o qual deveria revisar se os fatos denunciados se enquadravam em alguma das faltas de ética previstas no Código de Ética e Responsabilidade Profissional do Advogado. Em razão do exposto, a Corte conclui que a forma em que se realizou a divulgação da conversa telefônica [...] não estava baseada na lei [...] [e] portanto, configurou uma interferência arbitrária que violou o direito à vida privada de Tristan Donoso consagrado no artigo 11.2 da C[ADH]⁶⁵.

Neste mesmo ano, a Corte IDH proferiu a sentença *Escher e outros vs. Brasil*. Neste caso, a CIDH alegou a violação do direito à vida privada das supostas vítimas ao atribuir ao Estado a responsabilidade pela interceptação, gravação e divulgação de uma série de conversas telefônicas. Esta segunda sentença reafirmou os padrões estabelecidos no caso de Tristan Donoso quanto ao alcance do artigo 11 da CADH, em especial as ações relacionadas com a aplicação do teste de proporcionalidade para a determinação da arbitrariedade e das interferências na vida privada.

Contudo, a sentença de *Escher e outros* é particularmente importante porque realiza algumas prescrições adicionais não discutidas no caso de Tristán Donoso em torno da privacidade no âmbito das comunicações telefônicas. Por exemplo, na decisão, a Corte IDH afirma que a essência da proteção desta forma de comunicação radica na possibilidade de exclusão de terceiros do conhecimento do seu conteúdo:

O artigo 11 protege as conversas realizadas através das linhas telefônicas instaladas nas residências particulares ou nos escritórios, seja seu conteúdo relacionado a assuntos privados do interlocutor, seja com o negócio ou a atividade profissional que desenvolva. Deste modo [segundo a Corte IDH] o artigo 11 aplica-se às conversas telefônicas independentemente do conteúdo destas, inclusive, pode compreender tanto as operações técnicas dirigidas a registrar esse conteúdo, mediante sua gravação e escuta, como qualquer outro elemento do processo comunicativo, como, por exemplo, o destino das chamadas que saem ou a origem daquelas que ingressam; a identidade dos interlocutores; a frequência, hora e duração das chamadas; ou aspectos que podem ser constatados sem necessidade de registrar o conteúdo da chamada através da gravação das conversas. Finalmente, a proteção à vida privada se concretiza com o direito a que sujeitos distintos dos interlocutores não conheçam ilícitamente o conteúdo das conversas telefônicas ou de outros aspectos, como os já elencados, próprios do processo de comunicação. [...] A fluidez informativa que existe atualmente coloca o direito à vida privada das pessoas em uma situação de maior risco, devido à maior quantidade de novas ferramentas tecnológicas e à sua utilização cada vez mais frequente. Esse progresso, especialmente quando se trata de interceptações e gravações telefônicas, não significa que as pessoas devam estar em uma situação de vulnerabilidade frente ao Estado ou aos particulares. Portanto, o Estado deve assumir um compromisso com o fim adequar aos tempos atuais as fórmulas tradicionais de proteção do direito à vida privada.⁶⁶

Em *Escher e outros*, a Corte IDH considerou demonstrado que as conversas telefônicas das vítimas foram interceptadas, gravadas e divulgadas por agentes estatais, apesar de sua natureza particular e que essas pessoas não autorizaram que seu conteúdo fosse conhecido por terceiros. Em outras palavras, considerou que havia sido configurado uma ingerência em suas vidas particulares.⁶⁷ Para examinar se a ingerência era arbitrária, o tribunal aplicou o teste de proporcionalidade tanto para a interceptação e gravação como para a divulgação das conversas. Assim, a Corte IDH considerou que a interceptação, gravação e divulgação das conversas telefônicas objeto do caso não cumpriram o previsto na própria lei

65 *Ibidem*, §§ 81 e 83.

66 Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. EPFRC. 2009, §§ 114-115. (grifo nosso)

67 *Ibidem*, § 129.

brasileira, concluindo então que, ao não satisfazer o “requisito de legalidade”, o Estado violou o direito à vida privada reconhecido na CADH em detrimento das vítimas.⁶⁸

4. Vida privada e sexualidade

Talvez o aspecto mais inovador da jurisprudência da Corte IDH sobre o artigo 11 se encontra na relação estabelecida entre a vida privada e os casos de violação da liberdade sexual.

A Corte IDH teve a oportunidade de examinar essa relação pela primeira vez em dois casos decididos sucessivamente em agosto de 2010 contra o México: *Fernández Ortega e outros e Rosendo Cantú e outra*.⁶⁹ Nesses dois casos mexicanos, relacionados com a violação da integridade sexual sofridas por duas mulheres indígenas por ação de agentes estatais que realizavam operações militares no estado de Guerrero, no sudoeste do país, a Corte IDH tinha como principal objetivo examinar a confiabilidade das narrativas de violência sexual, levando em consideração a imprecisão das circunstâncias específicas dos relatos das vítimas.

Uma questão interessante a destacar é que, em ambos os casos, a formulação da violação do artigo 11 se encontra desenvolvida de maneira conjunta com a violação do artigo 5 (direito à integridade pessoal)⁷⁰ da CADH, artigos 1, 2 e 6 da CIPPT,⁷¹ e do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará.⁷² Aqui, novamente, a Corte IDH retorna às suas formulações iniciais a respeito da particular interdependência da vida privada com outros Direitos Humanos, neste caso, no contexto de violação da integridade pessoal que implicam a falta de consentimento.

Nos dois casos - e antes de realizar suas considerações sobre a vida privada -, a Corte IDH já havia concluído que as vítimas sofreram episódios de estupro cometidos por agentes do estado que constituíram atos de tortura. Nesta análise, é importante destacar que, apesar de em processos contenciosos anteriores vários atos de violência sexual terem sido alegados (por exemplo, os casos *Caballero Delgado e*

68 Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. EPFRC. 2009, §§ 146 e 164. Curiosamente, para o caso das interceptações, a Corte IDH declarou “às secas” a violação do artigo 11 da CADH; ao passo que no caso da divulgação das conversas telefônicas, preferiu declarar a violação dos artigos 11.1 e 11.2 do mesmo instrumento.

69 A respeito, ver Zelada, C. J.e Ocampo Acuña, D. “La feminización de los estándares de prueba sobre violación sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em *Derecho en Libertad*, n.º 9, año 4, Revista de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, julho-dezembro 2012, pp. 162-166.

70 O artigo 5 da CADH estabelece o seguinte: “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. 3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente. 4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas. 5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.”

71 A CIPPT estabelece: “Artigo 1. Os Estados Partes comprometem-se a prevenir e punir a tortura nos termos desta Convenção. Artigo 2. Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. Não estarão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo”.

72 O artigo 7 da Convenção de Belém do Pará estabelece que: “Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação; b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher [...]”

*Santana*⁷³ e *Loayza Tamayo*⁷⁴ não foi até a sentença da *Penitenciária Miguel Castro Castro*, em 2006,⁷⁵ que a Corte IDH se pronunciou sobre a violação das disposições da Convenção de Belém do Pará. Nessa linha jurisprudencial, a Corte IDH havia aplicado a Convenção de Belém do Pará apenas em relação a atos de violência sexual;⁷⁶ os casos mexicanos de 2010 ampliam essa jurisprudência, pois constituem a primeira vez que a Corte IDH estabelece uma conexão entre a vida sexual e o artigo 11 da CADH.⁷⁷

Agora, a respeito da relação entre vida privada e sexualidade, a Corte IDH estabeleceu a existência de um direito de decidir livremente com quem ter relações sexuais:

[...] o conceito de vida privada é um termo amplo não suscetível de definições exaustivas, mas compreende, entre outros âmbitos protegidos, a vida sexual e o direito a estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos. A Corte [IDH] considera que o estupro d[e] [...] violou valores e aspectos essenciais de sua vida privada, significou uma intromissão em sua vida sexual e anulou seu direito a tomar livremente as decisões a respeito de com quem ter relações sexuais, perdendo de forma completa o controle sobre suas decisões mais pessoais e íntimas e sobre as funções corporais básicas.⁷⁸

Novamente essa formulação é baseada na jurisprudência do SEDH e do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.⁷⁹

A Corte IDH concluiu, em ambos os casos, que o Estado mexicano era responsável pela violação dos direitos à integridade pessoal, dignidade e vida privada, respectivamente consagrados, nos artigos 5.2, 11.1 e 11.2 da CADH, em relação aos artigos 1.1 do mesmo tratado e 1, 2 e 6 da CIPPT, bem como pelo descumprimento do dever estabelecido no artigo 7.a da Convenção de Belém do Pará.⁸⁰

A Corte IDH reiterou essa linha jurisprudencial nos casos descritos abaixo. Em *Contreras e outros vs. El Salvador*, a Corte IDH examinou as alegações de violência sexual por parte de uma das vítimas, que relatou que durante a “Invasión Anillo” a cargo do batalhão Atlacatl, ela foi separada de seus pais, para depois ser sequestrada por um agente do estado, quem a registrou com outro nome. Durante seu cativeiro, ela foi estuprada com uma faca e abusada sexualmente por vários anos. A vítima informou que estava em um ambiente de convivência e ameaça com seu agressor, e que, além disso, ele havia relatado esses fatos a outra pessoa encarregada de seus cuidados, mas ela não deu credibilidade ao seu relato.⁸¹ A Corte IDH declarou que os atos de estupro e violência sexual acabaram violando seu direito à vida privada e familiar.⁸²

73 Corte IDH. *Caso Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia*. M. 1995.

74 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. M. 1997.

75 Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. MRC. 2006.

76 Com exceção de dois casos venezuelanos de liberdade de expressão, ver Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. EPRC. 2009, §§ 274-276. Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, §§ 288-290.

77 Zelada, C. J., Ocampo Acuña, D. “La feminización de los estándares de prueba sobre violación sexual en la jurisprudencia de la Corte IDH de Derechos Humanos”, *op. cit.*, pp. 147-148. É importante notar que “*Campo Algodoeiro*” vs. México constitui a primeira sentença em que a Corte IDH declara a violação da Convenção de Belém do Pará.

78 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, § 129. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010.

79 ver TEDH. *Caso Niemietz vs. Alemanha*, n.º 13.710/88, Sentença de 16 de dezembro de 1992, § 29. TEDH. *Caso Peck vs. Reino Unido*, n.º 44.647/98, Sentença de 28 de janeiro de 2003, § 57. TEDH. *Caso M. C. vs. Bulgária*, n.º 39.272/98, Sentença de 4 de dezembro de 2003, § 150. TPIEY. *Case of Mucic et al. “Celebici Camp”*. Judgment of November 16, 1998. Case n.º IT-96-21-T, § 492.

80 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, § 131. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010, § 121.

81 Corte IDH. Audiência pública do caso *Contreras e outros vs. El Salvador* (17 de maio de 2011). Declaração da vítima Gregoria Herminia Contreras. Disponível em: <http://vimeo.com/album/1663770> (parte 1). (data do último acesso 10/07/2017)

82 Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, § 116.

A Corte IDH voltou a pronunciar-se sobre um estupro no caso dos *Massacres de Río Negro vs. Guatemala*, no qual conheceu as alegações da então menina María Eustaquia Uscap Ivoy, que denunciou ter sido abusada sexualmente no contexto de um ataque contra a população Maia Pacoxom por membros do Exército da Guatemala e Patrulhas Cívicas de Autodefesa. Mais tarde, a menina foi levada para a cidade de Xococ, onde foi estuprada novamente. Na sua análise do caso, a Corte IDH valorou as repetidas declarações da vítima em nível interno, assim como o seu depoimento no procedimento contencioso na esfera internacional, para considerar verdadeiro que ela havia sido agredida sexualmente.⁸³ Em consequência, a Corte IDH declarou a violação do direito à vida privada da vítima.⁸⁴

Posteriormente, no caso dos *Massacres de El Mozote e Lugares Vizinhas vs. El Salvador*, apesar de as vítimas do caso não terem sido individualizadas, a Corte IDH considerou que havia sido violada a proibição contra tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, estabelecida no artigo 5.2 da CADH, bem como o direito à privacidade consagrado no artigo 11.2 do mesmo instrumento, dado que haviam sido configuradas ingerências na vida privada, um conceito que inclui “a vida sexual e o direito de estabelecer e desenvolver relacionamentos com outros seres humanos.”⁸⁵ Da mesma maneira, determinou a responsabilidade internacional do Estado salvadoreño pelas deficiências das investigações dos fatos do caso em detrimento das vítimas sobreviventes e familiares próximos das vítimas executadas. Por esses motivos, a Corte IDH declarou a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, estabelecidos nos artigos 8.1 e 25.1 da CADH, bem como o descumprimento das obrigações específicas dos artigos 1, 6 e 8 da CIPPT e do artigo 7.b. da Convenção de Belém do Pará por tortura e atos de violência contra a mulher com uma perspectiva de gênero.⁸⁶

Em *Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala* voltou-se a assinalar que a vida sexual faz parte das garantias relacionadas ao direito à vida privada.⁸⁷ Este caso trata do desaparecimento forçado de 26 pessoas registradas em um documento de inteligência militar guatemalteco, conhecido como o “Diário Militar”. Wendy Santizo Méndez, uma das vítimas sobreviventes, denunciou que durante o desaparecimento forçado de sua mãe, um dos soldados a estuproou quando ela tinha apenas nove anos de idade. Embora a Corte IDH não tivesse competência temporal para declarar a violação dos atos cometidos pelo agente estatal, isso não foi impedimento para que declarasse violados os artigos 5.1, 5.2, 7.1 e 11.2 da CADH e as obrigações dos artigos 1, 6 e 8 da CIPPT e do artigo 7.b. da Convenção de Belém do Pará em virtude da omissão em investigar diligentemente os fatos a partir da entrada em vigor dos tratados interamericanos.⁸⁸

Posteriormente, em dois casos semelhantes contra o Peru: *J. e Espinoza Gonzáles*, a Corte IDH continuou reafirmando a linha jurisprudencial exposta até agora. Nos dois casos analisou os atos de violência sexual contra duas mulheres durante operações anti-subversivas. Em consequência, condenou o estado peruano em ambas as ocasiões porque agentes estatais violaram valores e aspectos essenciais da vida privada das vítimas, o que significou uma interferência em sua vida sexual.⁸⁹ Desse modo, a Corte IDH confirmou sua jurisprudência de que o conteúdo do direito à vida privada inclui a vida sexual. Além do artigo 11, a Corte IDH reconheceu o descumprimento das obrigações dos artigos 6 e 8 da CIPPT e do artigo 7.b. da Convenção de Belém do Pará.⁹⁰

Posteriormente a esses casos, houve uma reviravolta na jurisprudência interamericana no caso *Rodríguez Vera e outros (“Desaparecidos do Palácio de Justiça”) vs. Colômbia*. Entre os fatos comprovados do caso, a Corte IDH considerou provado que José Vicente Rubiano havia sido detido quando viajava em um ônibus, mais tarde agentes estatais “colocaram corrente elétrica nos seus testículos,

83 Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, §§ 77 e 134.

84 *Ibidem*, §§ 133-135.

85 Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, §§ 166-167.

86 Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, §§ 252 e 299-301.

87 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala*. MRC. 2012, § 276.

88 *Idem*.

89 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPMRC. 2014, § 197.

90 *Ibidem*, § 228. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPMRC. 2013, § 368.

enquanto pediam que ele se declarasse culpado de portar armas e ser subversivo”⁹¹. Os representantes das vítimas e da CIDH reconheceram a natureza sexual desses eventos, mas não alegaram a violação do direito à privacidade. A Corte IDH, ao classificar os atos de violência sexual e em aplicação do princípio *iura novit curia*, declarou a violação do direito à vida privada em razão dos atos sofridos por José Vicente Rubiano na base militar de Zipaquirá.⁹²

Um aspecto interessante dessas decisões é que se começa a traçar a possibilidade de estabelecer uma relação entre os chamados “direitos sexuais” e o artigo 11 da CADH, sempre vistos do ponto de vista da vida privada. Poderia ser esta uma janela futura para discussões dos próximos casos relacionados a orientação sexual, identidade e expressão de gênero, bem como características sexuais? Recentemente, a Corte IDH ofereceu suas primeiras linhas sobre essa relação.

No caso de *Atala Riffo e crianças vs. Chile*,⁹³ uma juíza chilena teve a custódia de suas três filhas retirada judicialmente com base em argumentos discriminatórios relacionados à sua orientação sexual. A Corte IDH destacou que a orientação sexual da senhora Karen Atala fazia parte de sua vida privada, de maneira que não era possível interferir nela sem cumprir os requisitos de “idoneidade, necessidade e proporcionalidade”.⁹⁴ A Corte IDH constatou que:

[...] durante o processo de guarda, a partir de uma visão estereotipada sobre o alcance da orientação sexual da senhora Atala [...], provocou-se uma ingerência arbitrária em sua vida privada, dado que *a orientação sexual é parte da intimidade de uma pessoa e não tem relevância para analisar aspectos relacionados com paternidade ou maternidade, boa ou má*.⁹⁵

Para a Corte IDH, a orientação sexual comporta certos elementos essenciais do direito à vida privada dos indivíduos; desta forma realiza uma afirmação transcendental para a consolidação de um marco de respeito e garantia de expressão sexual diversa ou “não tradicional” no SIDH.

Anteriormente, na mesma sentença, a Corte IDH havia afirmado que a orientação sexual e a identidade de gênero constituíam categorias de discriminação “suspeitas” ou proibidas pelo artigo 1.1 da CADH, e que, portanto, uma vez estabelecida a existência de uma diferença de tratamento fundada nesses critérios, cabe ao Estado demonstrar que a diferença de tratamento não constitui uma forma de discriminação:

[...] a Corte [IDH] estabelece que *a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela C[ADH]*. Por isso, a Convenção rejeita qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual da pessoa. Por conseguinte, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais, seja por particulares, pode diminuir ou restringir, de maneira alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual.⁹⁶

No caso, os tribunais chilenos, alegando a proteção dos interesses da criança, sustentaram que a orientação sexual e a convivência de Karen Atala com sua parceira do mesmo sexo haviam impactado negativamente as crianças de maneira tal que se justificava que sua custódia fosse entregue provisoriamente ao pai. No entanto, em sua análise da sentença, a Corte IDH considerou que o Estado nunca pôde demonstrar que os fundamentos de suas decisões se basearam em considerações não preconceituosas

91 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (“Desaparecidos do Palácio de Justiça”) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014, § 371.

92 *Ibidem*, § 425.

93 Nesta sentença foi declarada a violação do direito à igualdade e à não discriminação em detrimento de Karen Atala; ver comentário ao artigo 24 (igualdade perante a lei) de Uprimny e Sánchez.

94 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 165. Novamente, deve-se destacar a insistência da Corte IDH na aplicação do teste tripartido como requisito para qualquer intervenção legítima no gozo e exercício dos Direitos Humanos.

95 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 167. (grifo nosso)

96 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 91. (grifo nosso)

que levaram a “exposição e escrutínio” indevidos da orientação sexual - e, portanto, da vida privada - da vítima.⁹⁷ Nas palavras da Corte IDH:

Uma determinação com base em presunções infundadas e estereotipadas sobre a capacidade e idoneidade parental de poder assegurar e promover o bem-estar e o desenvolvimento da criança não é adequada para garantir o fim legítimo de proteger o interesse superior dessa criança.

[Além disso, a mera referência a esse objetivo], sem provar, concretamente, os riscos ou danos que poderiam implicar a orientação sexual da mãe para as crianças, não pode constituir medida idônea para a restrição de um direito protegido como o de poder exercer *todos os Direitos Humanos sem discriminação alguma pela orientação sexual da pessoa*.

[Finalmente, a Corte IDH considerou que não eram admissíveis] as considerações baseadas em estereótipos em virtude da orientação sexual, ou seja, preconceções dos atributos, condutas ou características que possuem as pessoas homossexuais, ou o impacto que possam supostamente provocar nas crianças.⁹⁸

Sob esse novo padrão interpretativo, a margem de apreciação dos Estados, quando falamos sobre a orientação sexual ou qualquer categoria suspeita ou proibida pela CADH - como é o caso da identidade de gênero - se reduz consideravelmente e, portanto, requer a aplicação de um escrutínio altamente estrito por parte da judicatura, ou seja, um teste de proporcionalidade que examina a “necessidade imperiosa” de fazer tal distinção. Nessa mesma linha, estamos convencidos de que a vida privada também inclui o respeito ao livre desenvolvimento da personalidade, ou seja, a tutela do direito à autodeterminação dos aspectos essenciais que constituem a identidade do indivíduo, como por exemplo, sua sexualidade. Assim, a vida privada e, portanto, o artigo 11.2 da CADH, garantiriam também que os indivíduos tivessem a possibilidade de exteriorizar essas autodeterminações, as mesmas que não podem -nem devem- ficar confinadas ao espaço ou esfera íntima.

A consequência prática dessa nova dimensão obriga a rejeitar não apenas as normas que penalizam ou patologizam a sexualidade diversa - por exemplo, a conduta homossexual ou transgeneridade - mas também garante respeito às manifestações públicas de afeto das pessoas independente de sua orientação sexual e identidade de gênero. Realmente não cabe outra interpretação se considerarmos também que o reconhecimento da orientação sexual e identidade de gênero como categorias suspeitas no âmbito da CADH tem como objetivo poder garantir que estas possam se expressar externamente, como parte do projeto de vida de todo ser humano.

No mesmo sentido, a CIDH tem sustentado que, no âmbito do direito à liberdade de expressão consagrado no artigo 13 da CADH, constituem discursos “especialmente protegidos” as expressões dos elementos constituintes da identidade ou dignidade pessoal, tais como a sexualidade e, mais especificamente, orientação sexual e identidade de gênero. E apesar de que todas as formas de expressão estão, em princípio, protegidas pela liberdade consagrada no artigo 13 da CADH, esses “discursos” recebem proteção especial por sua importância para o exercício dos outros Direitos Humanos ou para a consolidação, funcionamento e preservação da democracia. Nas palavras da CIDH:

[P]or sua estreita relação com a dignidade, liberdade e igualdade de todos os seres humanos, nessa categoria de discursos especialmente protegidos se encontram aqueles que expressam a própria orientação sexual e identidade de gênero. A esse respeito, deve-se lembrar que a Resolução 2435/08 da Assembleia Geral da O[EA] representou um marco nível internacional na questão.⁹⁹

97 *Ibidem*, § 166.

98 *Ibidem*, §§ 110-111. (grifo nosso)

99 CIDH. *Relatório Anual 2008*. Vol. III: Relatório Anual da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Cap. III, §§ 48 e 51. Também não se deve esquecer que a liberdade de expressão deve ser garantida não apenas em termos

Por outra parte, não se deve esquecer que, quando foram analisados os crimes cometidos pelo Estado com respeito ao processo de instrução no caso *Atala Riffo e crianças vs. Chile*, a Corte IDH analisou e declarou em um mesmo capítulo, as violações da CADH a respeito do direito à igualdade e à proibição de discriminação, o direito à vida privada, o direito à vida familiar, os direitos da criança e o direito de ser ouvido no processo judicial. Em outras palavras, uma mesma série de eventos foram analisados de forma interconectada desde uma perspectiva essencial da igualdade e da não discriminação por orientação sexual, tendo como base a violação de uma série de direitos fundamentais relacionados e consagrados no mesmo instrumento (como o direito à vida privada) e sem cuja adequada compreensão da violação principal haveria carecido de sentido.¹⁰⁰

Um último aspecto a destacar em relação ao alcance desta decisão é a “interação” que a Corte IDH propõe entre o direito à vida privada e o direito à vida familiar reconhecido no artigo 17 da CADH.¹⁰¹ Para a Corte IDH, o que aconteceu como resultado das decisões dos tribunais chilenos no julgamento interno acarretou na separação indevida da família que Karen Atala havia constituído, sua parceira e as crianças. Por sua vez, isso configurou outra interferência arbitrária no direito de vida privada e familiar de Atala e suas filhas. Nas palavras da Corte IDH:

a imposição de um conceito único de família deve ser analisada não só pela possível ingerência arbitrária contra a vida privada, segundo o artigo 11.2 da C[ADH], mas também pelo impacto que isso possa ter no núcleo familiar, à luz do artigo 17.1 dessa citada Convenção.¹⁰²

É possível que o uso do artigo 11, em conjunto com os artigos 17 e 24 - e também com o artigo 13- da CADH possa se tornar o início de formulações muito mais avançadas relacionadas a favor de grupos historicamente discriminados, muito ao estilo do SEDH.¹⁰³

A Corte IDH não teve a oportunidade de analisar a temática da questão “trans”. No entanto, o TEDH tem uma linha jurisprudencial firme e desenvolvida a esse respeito. Nesse sentido, o referido tribunal declarou repetidamente que a autonomia pessoal, especialmente no campo de pessoas transgênero ou pessoas trans, se encontra protegido pelo direito à vida privada (artigo 8 da CEDH),¹⁰⁴ que também inclui a identidade de gênero.¹⁰⁵ Da mesma forma, foi apontado que a falta de reconhecimento

de disseminação de ideias e informações recebidas favoravelmente ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também em termos daquelas que ofendem, colidem, preocupam, são desagradáveis ou perturbam o Estado ou qualquer outro setor da população, dado que são necessários pluralismo, tolerância e abertura sem os quais não há sociedade democrática. Nesse sentido, a importância especial de proteger a liberdade de expressão foi apontada “no que se refere às opiniões das minorias, incluindo aquelas que perturbam a maioria”, enfatizando que as restrições à liberdade de expressão não devem “perpetuar os preconceitos ou promover a intolerância”. CIDH. *Relatório Anual 1994*. Capítulo V: Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Título III: A Convenção protege e promove um amplo conceito de liberdade de expressão para preservar a existência de sociedades democráticas nos Estados membros da OEA.

100 Nesse caso, o Judiciário chileno também iniciou uma investigação disciplinar contra Karen Atala, na qual foi investigada a respeito de sua orientação sexual, a fim de proteger a ‘imagem’ da referida instituição. Em conformidade com seu raciocínio anterior, a Corte IDH declarou que “a orientação sexual ou seu exercício não podem constituir, em nenhuma circunstância, fundamento para a condução de um processo disciplinar, pois não existe relação alguma entre o correto desempenho do trabalho profissional da pessoa e sua orientação sexual”. Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 221.

101 Sobre o direito à proteção da família em relação a este caso, ver o comentário do artigo 17 de Beloff.

102 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 175.

103 Por exemplo, em relação ao reconhecimento de uniões estáveis de casais do mesmo sexo, o TEDH estabeleceu um padrão importante no *caso Oliari e outros vs. Itália*, salientando que os Estados tinham a obrigação, de acordo com o direito à privacidade, de fornecer um mecanismo de reconhecimento legal para casais do mesmo sexo, esvaziando sua margem de apreciação para decidir sobre o assunto. TEDH. *Caso Oliari e outros vs. Itália*, n.º 18.766/11 e 36.030/11, Sentença de 21 de julho de 2015, §§ 165, 169 e 185.

104 TEDH. *Caso Van Kuck vs. Alemanha*, n.º 35.968/97, Sentença de 12 de junho de 2003, § 69. TEDH. *Caso Schlumpf vs. Suíça*, n.º 29.002/06, Sentença de 8 de janeiro de 2009, § 100.

105 TEDH. *Caso Van Kuck vs. Alemanha*, n.º 35.968/97, Sentença de 12 de junho de 2003, §§ 69 e 73.

da identidade de gênero das pessoas trans em seus documentos de identificação viola o direito à vida privada e familiar.¹⁰⁶

5. Vida privada e autonomia reprodutiva

A Corte IDH desenvolveu a autonomia reprodutiva como um aspecto da vida privada no caso *Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) vs. Costa Rica*. Nesse caso, a Corte IDH analisou os efeitos de uma decisão judicial que proibiu de maneira geral a fertilização *in vitro*. A Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica declarou que esta medida era necessária para proteger o direito à vida, devido à perda de embriões fertilizados. Esta sentença afetou oito casais que foram impedidos de acessar essa técnica de reprodução assistida, de maneira que alguns tiveram que viajar para a Colômbia, Espanha e Panamá para ter acesso a esse tratamento.

A Corte IDH reiterou sua jurisprudência constante ao enfatizar que a vida privada inclui os direitos à autonomia pessoal, desenvolvimento pessoal e a estabelecer relações com o mundo exterior.¹⁰⁷ Além disso, sinalizou que a vida privada compreende a auto percepção e a imagem que cada pessoa projeta para o resto da sociedade.¹⁰⁸ Por fim, a Corte IDH também observou que a decisão sobre a maternidade é uma parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade das mulheres.¹⁰⁹

Ao fazer essa análise, a Corte IDH se referiu às sentenças do TEDH, as quais indicam expressamente que a decisão de ser pai/mãe genético está protegida pelo direito à vida privada.¹¹⁰ Igualmente, a Corte IDH destacou a relação complementar entre o direito à vida privada e o direito de começar uma família. Nesse sentido, reafirmou que os Estados têm a obrigação de favorecer o desenvolvimento e fortalecimento do núcleo familiar,¹¹¹ proibindo qualquer interferência contrária à CADH. Por esses motivos, a Corte IDH *determinou que a decisão de ter ou não ter filhos era um campo protegido pelo direito à vida privada e familiar, seja no sentido genético ou biológico.*¹¹²

Além disso, a Corte IDH reconheceu que “o direito à vida privada está relacionado com a (i) autonomia reprodutiva, e (ii) o acesso a serviços de saúde reprodutiva, o que envolve o direito de ter acesso à tecnologia médica necessária para exercer esse direito.”¹¹³ Como consequência, a Corte IDH declarou expressamente a existência de um direito a “[ter acesso a]os melhores serviços de saúde em técnicas de assistência reprodutiva [e a] proibição de restrições desproporcionais e desnecessárias de *iure ou de fato* para exercer as decisões reprodutivas que correspondem a cada pessoa”¹¹⁴.

A Corte IDH considerou que a Sala Constitucional da Costa Rica havia feito uma interpretação errônea do artigo 4 da CADH - que consagra o direito à vida - dado que o mesmo se aplica a partir da implantação do óvulo no útero.¹¹⁵ Dessa forma, a Corte IDH concluiu que a Sala Constitucional

106 TEDH. *Caso Christine Goodwin vs. Reino Unido*, n.º 28.957/95, Sentença de 11 de julho de 2002. TEDH. *Caso I. vs. Reino Unido*, n.º 25.680/94, Sentença de 11 de junho de 2002. TEDH. *Caso B. vs. França*, n.º 13.343/87, Sentença de 25 de março de 1992. TEDH. *Caso P. vs. Portugal*, n.º 56.027/09, Sentença de 6 de setembro de 2011.

107 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010, § 119. Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 162.

108 *Idem*.

109 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, § 97.

110 TEDH. *Caso Evans vs. Reino Unido*, n.º 6339/05, Sentença de 10 de abril de 2007, §§ 71-72. TEDH. *Caso Dickson vs. Reino Unido*, n.º 44.362/04, Sentença de 4 de dezembro de 2007, § 66. TEDH. *Caso S. H. and others vs. Austria*, n.º 57.813/00, Sentença de 3 de novembro de 2011, § 82.

111 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, § 125. Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 169. Da mesma forma, *ver* Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. Condição jurídica e Direitos Humanos da criança. 2002, § 66.

112 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) vs. Costa Rica*. EPMRC. 2012, § 143.

113 *Ibidem*, § 146.

114 *Ibidem*, § 150.

115 *Ibidem*, § 264.

gerou interferência arbitrária e excessiva na vida privada e familiar de oito casais, que se tornaram desproporcionais. No mesmo sentido, sinalizou que o julgamento teve efeitos discriminatórios indiretos nas vítimas do caso, porque promoveu barreiras às pessoas com deficiência reprodutiva, reproduziu estereótipos sobre a função reprodutiva das mulheres e afetou aos casais que, devido à sua condição socioeconômica, não podiam ter acesso a serviços médicos no exterior.¹¹⁶

6. E onde ficam a honra e a reputação?

A Corte IDH não se referiu com muita amplitude sobre o direito à honra e à reputação, que, como apontamos no início, também é encontrado no artigo 11 da CADH. Desde o caso dos irmãos *Gómez Paquiyauri*, a Corte IDH só se referiu incidentalmente a essa dimensão em três casos: *Tristán Donoso vs. Panamá*, *Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia* e *Vélásquez Paiz e outros vs. Guatemala*.

Uma precisão importante feita pela Corte IDH - presente em *Tristán Donoso* - e reiterada em casos subsequentes, é o reconhecimento de que o artigo 11 da CADH implica que “toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra” e que, portanto, se encontra proibido “qualquer ataque ilegal contra a honra ou a reputação.”¹¹⁷ A decisão em *Tristán Donoso* também indica que é preciso distinguir que, em “em termos gerais, o direito à honra se relaciona com a autoestima e o respeito próprio, enquanto a reputação se refere à opinião que os outros têm de uma pessoa.”¹¹⁸

Em efeito, em *Tristán Donoso*, os representantes da vítima alegaram a suposta violação do direito à honra, em virtude das declarações do ex-procurador quando ocorreu a divulgação da conversa telefônica às autoridades eclesiais e o Colégio Nacional de Advogados. De acordo com a Corte IDH, as expressões do ex-procurador:

[...] podem ser consideradas como uma afetação à honra e à reputação incompatível com a C[ADH] em prejuízo do senhor Tristán Donoso, toda vez que a qualificação das expressões incluídas na fita cassete como “um plano de difamação”, ou como “uma confabulação contra a cabeça do Ministério Público” por parte da máxima autoridade do órgão encarregado de perseguir os delitos, ante dois auditórios relevantes para a vida da suposta vítima, implicavam a participação desta em uma atividade ilícita com o conseqüente prejuízo à sua honra e reputação. *A opinião que as autoridades da Igreja Católica e do Colégio Nacional de Advogados tivessem sobre o valor e a atuação da suposta vítima necessariamente incidia em sua honra e reputação.*¹¹⁹

E, como resultado, um parágrafo mais adiante, a Corte IDH declarou que o Estado também era igualmente responsável pela violação do direito à honra e reputação consagrado no artigo 11.1 da CADH em prejuízo de Tristán Donoso¹²⁰.

Posteriormente, o caso em que se aborda o direito à honra e à reputação é o de *Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Na sentença, relacionada à execução extrajudicial do senador Cepeda Vargas, líder da Direção Nacional do Partido Comunista da Colômbia e figura do partido União Patriótica, a Corte IDH faz uma formulação conjunta do artigo 11.1 da CADH em função de uma série de alegações sobre liberdade de expressão, liberdade de associação e direitos políticos.

116 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) vs. Costa Rica*. EPMRC. 2012, §§ 287-317.

117 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPMRC. 2009, § 57.

118 *Idem*.

119 *Ibidem*, § 82. (grifo nosso)

120 *Ibidem*, § 83.

No caso, apesar de o Estado já ter reconhecido sua responsabilidade internacional pela violação do direito à honra e à dignidade em detrimento de Manuel Cepeda Vargas¹²¹, a Corte IDH não perdeu a oportunidade de ressaltar que havia verificado “que funcionários públicos formularam declarações sobre o suposto vínculo entre a UP [União Patriótica] e as FARC [Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia].”¹²²

Na opinião da defesa colombiana, ao reconhecer a proteção da honra e dignidade do Senhor Cepeda Vargas, “o fazia por não o ter protegido de ameaças relacionadas às expressões de vários indivíduos, organizações e funcionários públicos, a respeito das quais [...] [não era] responsável”¹²³.

A intenção do Estado era buscar que a Corte IDH fizesse uma ponderação entre o direito à honra de Manuel Cepeda com a liberdade de expressão daqueles que fizeram as ameaças contra ele. A Corte IDH rejeitou categoricamente a alegação e assinalou:

em relação à falta de prevenção quanto ao direito à vida, que funcionários públicos não poderiam ignorar, com suas declarações, os direitos do senador Cepeda Vargas pois eram garantidores, de modo que não correspond[ia] ponderar seu direito à honra e dignidade com a liberdade de expressão de outros funcionários ou outros setores da sociedade, como proposto pelo Estado.¹²⁴

Da mesma forma, em relação à honra e reputação dos familiares de Manuel Cepeda Vargas, a Corte IDH realizou uma interessante formulação conjunta, desta vez do direito à integridade pessoal. A CIDH havia solicitado que fosse declarada a responsabilidade do Estado pela violação do direito à proteção da honra e dignidade dos familiares mais próximos da vítima, dada uma série de declarações realizadas por altos funcionários do Estado que constituíam “atos de estigmatização”¹²⁵. Por sua vez, os representantes das vítimas consideraram que essas declarações “eram particularmente graves, já que, além de

121 No caso, além do direito à honra, o reconhecimento da responsabilidade internacional da Colômbia também incluiu a violação da dimensão individual dos direitos políticos (artigo 23 da CADH) e da liberdade de expressão (artigo 13 da CADH). Curiosamente, a controvérsia persistiu em relação à suposta violação da dimensão social dos referidos direitos. Essa mesma estratégia de defesa - separando as dimensões individual e coletiva de certos direitos para fins de reconhecimento parcial da responsabilidade internacional - foi seguida pelo Estado colombiano, com pouco sucesso, em litígios mais recentes, como o da Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. EPMRC. 2012, §§ 13-19.

122 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, § 170. Essa constatação foi fundamental, uma vez que o Estado havia contestado “a existência de alegadas declarações feitas por altos funcionários do Estado que violariam o direito à honra do senador Cepeda”. *Ibidem*, § 19. Também no § 170, a Corte IDH faz referência à seguinte declaração anteriormente feita nos §§ 85 e 86 da sentença: “Entre 1987 e 1993, importantes autoridades públicas emitiram declarações que vinculavam a UP e o PCC às FARC, um grupo que por sua vez estava relacionado a atividades ilegais. Além do fato de que nessas declarações nenhuma referência específica ou direta é feita ao senador Cepeda Vargas, no momento em que a UP e o PCC Partido Comunista da Colômbia eram considerados “inimigos internos” sob a doutrina da “segurança nacional”, tais pronunciamentos colocaram os membros da UP em uma posição de maior vulnerabilidade e aumentaram o nível de risco em que já estavam. Dessa maneira, diante do assédio e das ameaças que o senador Cepeda sofreu devido a seus vínculos com esses partidos políticos, em sua capacidade pessoal e em conjunto com outros militantes e líderes, os protestos desses agentes estatais não foram apenas expressos como conduta de tolerância, mas também poderia contribuir para acentuar ou agravar situações de hostilidade, intolerância ou animosidade por parte de funcionários públicos ou outros setores da população em relação a pessoas ligadas à UP e, portanto, ao senador Cepeda”. O exposto é complementado pelo que foi posteriormente declarado pela Corte IDH no § 125: “dessa forma, os agentes estatais não apenas falharam seriamente em seus deveres de proteger os direitos do senador Cepeda Vargas, reconhecidos no artigo 1.1 da CADH, mas utilizaram a investidura e os recursos oficiais concedidos pelo Estado para cometer as violações. Em vez de as instituições, mecanismos e poderes do Estado funcionarem como garantia de prevenção e proteção da vítima contra as ações criminosas de seus agentes, verificou-se uma instrumentalização do poder do Estado como meio e recurso para cometer a violação dos direitos que deveriam ser respeitados e garantidos, favorecidos por situações de impunidade por essas graves violações [...]”.

123 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, § 170.

124 *Idem*.

125 *Ibidem*, § 203.

promover ódio, desprezo público e perseguição, tiveram e [continuavam tendo] o efeito de incitar a violência contra a vítima e seus familiares¹²⁶. De acordo com a Corte IDH:

é razoável considerar, em primeiro lugar, que a falta de proteção causada ao senador Cepeda Vargas, no contexto em que foi vinculado às FARC, também teve um impacto em seus familiares, afetando sua honra, dado que o estigma social e as acusações públicas contra ele também se estenderam à família, especialmente após sua execução. Em particular, afetaram ao senhor Iván Cepeda Castro, fazendo parte do contexto de ameaças e problemas de segurança que continua sofrendo, e que provêm tanto das acusações de seu trabalho em memória de seu pai ou por seu papel na investigação do caso, como por ser na atualidade uma referência da luta pelos Direitos Humanos na Colômbia.

Em segundo lugar, a suposta violação do artigo 11 se basea[va] em [...] uma mensagem publicitária emitida como parte da publicidade eleitoral da campanha de reeleição do [ex-]Presidente da República Álvaro Uribe Vélez desde meados de abril de 2006 [...].

[...] [A] Corte [IDH] consider[ou] que a situação de estigmatização que recai sobre os familiares do senador Cepeda Vargas os expôs a continuar recebendo assédio e ameaças enquanto buscavam esclarecimento dos fatos. Essas circunstâncias foram exacerbadas devido ao longo tempo decorrido sem esclarecimento de todas as responsabilidades sobre os fatos.¹²⁷

No caso *Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*, a Corte IDH indicou novamente que se é proibido “qualquer ataque ilegal contra a honra e a reputação.”¹²⁸ Isso ocorre porque funcionários do Ministério Público da Guatemala invadiram a funerária onde o corpo de Claudia Velásquez Paiz estava sendo velado, uma vítima de violência sexual. A promotora auxiliar e os técnicos de criminalística do Ministério Público manipularam os restos mortais, a fim de coletar suas impressões digitais, ameaçando seus pais de serem acusados de obstrução da justiça. Esses fatos geraram comoção, dor e impotência nos familiares da vítima falecida.

É interessante notar que nessa sentença a Corte IDH faz uma menção especial à dignidade, estabelecendo uma relação com o respeito à honra.¹²⁹ A Corte IDH determinou que os funcionários do Ministério Público violaram os dois direitos previstos no artigo 11, por terem invadido um ambiente tão íntimo que deveria ser isento de qualquer outra intervenção. A Corte IDH observou que agentes estatais:

[...] entraram em um momento íntimo e doloroso com o objetivo de manipular novamente os restos mortais da filha de Jorge Rolando Velásquez Durán e Elsa Claudina Paiz Vidal, e irmã

126 *Idem*.

127 *Ibidem*, §§ 204, 205 e 209. Da mesma forma, nos §§ 206-208, a Corte IDH estabeleceu o seguinte: “em relação ao primeiro fato, verifica-se que consta no processo, ao indicar-se que a própria Corte Constitucional da Colômbia proferiu em 20 de novembro de 2006 o T- 959, que reconheceu que a divulgação de certas mensagens pela mídia prejudicou o bom nome e a honra do Sr. Iván Cepeda Castro, como filho de uma das vítimas da violência política do país, e que seus parentes também tiveram os direitos acima mencionados desrespeitados. Na referida decisão o Tribunal Constitucional da Colômbia passou a analisar o conteúdo da mensagem divulgada pela mídia como parte da campanha pela reeleição do ex Presidente Álvaro Uribe, indicando que “uma simples leitura do depoimento é suficiente para distinguir entre declarações que correspondem a fatos e outras declarações que expressam uma qualificação ética ou julgamento sobre os fatos mencionados.” Este Tribunal concluiu que “ao acusar uma pessoa ou um grupo de pessoas de matar civis e causar dano a outras pessoas, sem fornecer o conjunto probatório que justifique afirmações dessa magnitude, os limites da liberdade de expressão são ultrapassados, pois não é razoável compreender tais manifestações protegidas na esfera da proteção da liberdade de expressão, por mais ampla que seja”. Finalmente, no referido julgamento, o Tribunal Constitucional ordenou que o gerente da campanha de reeleição do Presidente expressasse pública e expressamente que a campanha errou ao espalhar, como parte de sua estratégia de publicidade, um mensagem cujo conteúdo não foi verificado, além de incluir afirmações prejudiciais ao bom nome e honra do Sr. Iván Cepeda Castro e seus familiares. “A Corte IDH analisou a sentença acima mencionada da Corte Constitucional no sentido de declarar a violação do direito à honra e dignidade do Sr. Iván Cepeda Castro e seus familiares pela mensagem publicitária mencionada, e que também ordenou reparações relevante internamente. Nesses termos, a Corte IDH declarou a violação correspondente.”

128 Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2015, § 219.

129 *Ibidem*, § 220.

de Pablo Andrés Velásquez Paiz, afetando o direito ao respeito de sua honra e reconhecimento de sua dignidade¹³⁰.

Nesse sentido, a Corte IDH considerou que os ritos funerários são atos por meio dos quais os familiares de uma pessoa falecida prestam homenagem ao seu ente querido, de acordo com suas crenças, tentando obter um mínimo de conforto nos últimos momentos que eles terão com sua presença física.¹³¹ Portanto, à luz da CADH, o local e a hora em que são realizados os ritos funerários constituem espaços protegidos pelo direito à privacidade contidos no artigo 11, especialmente considerando que o momento oportuno para a coleta de impressão digital foi quando o corpo se encontrava no necrotério, antes de ser entregue aos seus familiares.

A partir destas - mesmo que poucas - decisões, pareceria que, ao analisar a honra e a reputação, a Corte IDH vem interpretando essa faceta do artigo 11 seguindo a doutrina tradicional desenvolvida por alguns estudiosos do direito penal em torno do bem jurídico denominado como “honra”.¹³²

7. À guisa de conclusão

As rotas percorridas pela Corte IDH ao longo desses anos em torno do artigo 11 da CADH são cada vez mais sugestivas. Conforme destacamos nessas linhas, no início a Corte IDH se conformou em resolver - sem maiores complicações - que as ingerências na vida privada eram arbitrárias e que, portanto, eram contrárias à CADH. O tempo passou e os casos de inviolabilidade das comunicações permitiram incorporar o teste da proporcionalidade como mecanismo de verificação da arbitrariedade e das ingerências na intimidade.

A decisão de *Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”)* apresenta novas perspectivas do desenvolvimento jurisprudencial na interpretação que pode ser alcançada a partir do artigo 11 da CADH, bem como sua análise conjunta com outros artigos do mesmo instrumento.

Talvez o aspecto mais desafiador que a proteção da honra e da dignidade oferece agora é sua potencial aplicação para compreender a diversa sexualidade dos indivíduos. A decisão em *Atala Riffo e crianças* abre inúmeras possibilidades para a expressão sexual diversa - compreendidas desde a orientação sexual e identidade de gênero - possa ter um lugar legítimo na esfera pública e não apenas atrás das portas de uma casa. No fundo, a Corte IDH vem realizando uma espécie de “sexualização positiva” do artigo 11 da CADH para explorar, da perspectiva dos Direitos Humanos, outras dimensões da expressão sexual, longe da heteronormatividade compulsiva e de uma rígida imposição de políticas sexuais conservadoras.¹³³

A proteção da honra e da reputação não ficou esquecida no marco jurisprudencial da Corte IDH mas, sem dúvidas, as formulações sobre o seu alcance tem sido bastante marginais quando se compara com a utilização mais constante (e dinâmica) do âmbito da vida privada em seus pronunciamentos.

Finalmente, as situações em que a liberdade de expressão confronta o direito à vida privada das pessoas foram tratadas muito recentemente pela Corte IDH. Os únicos antecedentes são as sentenças dos casos *Fonvecchia e D’Amico e Mémoli*, ambos contra a Argentina, cuja análise mais detalhada se realiza no comentário ao artigo 13 da CADH, que também forma parte desta obra.¹³⁴

130 *Idem*.

131 *Idem*.

132 Um estudo mais detalhado dessas posições é encontrado em: Bertoni, E. *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*. Editores del Puerto, 2ª. ed., Buenos Aires, 2008, Capítulo III.

133 Sobre o conceito de “heterocisnormatividade”, ver Zelada, C. J. “Amor prohibido: un análisis de la ciudadanía sexual desde Contracorriente”, em *Alcántara*, M. y Mariana, S. (Eds.) *La Política va al Cine*. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, Lima, 2014.

134 Corte IDH. *Caso Fonvecchia e D’Amico vs. Argentina*. MRC. 2011, § 4. O aspecto central do caso trata da sentença

civil imposta por tribunais argentinos a dois jornalistas após a publicação de artigos relacionados ao então Presidente da República, que supostamente violaram seu direito à privacidade. Esta sentença tem origem no processo n° 12.524, que em dezembro de 2010 a CIDH remeteu à Corte IDH. CIDH. Relatório 82/10, Caso n.º 12.524, Mérito (*Jorge Fontevecchia e Héctor D'Amico vs. Argentina*), 13 de julho de 2010. Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013, § 24. Esta sentença trata da suposta violação do direito à liberdade de expressão de Carlos e Pablo Carlos Mémoli, em função da sentença penal imposta contra eles devido a suas queixas públicas sobre a venda irregular de nichos no cemitério local.

Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.
3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pelas leis e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou moral pública ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.
4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções.

Bibliografia

Normas relevantes

Legislação nacional

Argentina. Lei 21.745 “Registro Nacional de Cultos”, promulgada em 15 de fevereiro de 1978.

Chile. Lei 19.638 “Establece Normas sobre la Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas”, promulgada em 1 de outubro de 1999.

Colômbia. Lei 133 “Ley Estatutaria de Libertad Religiosa y de Cultos”, publicada en el Diario Oficial n.º 41.369 em 26 de maio de 1994.

México. “Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público”, publicada en el Diario Oficial de la Federación em 15 de julho de 1992.

Peru. Lei 29.635 “Ley de Libertad Religiosa”, publicada em 21 de dezembro de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C n.º 70. Doravante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C n.º 73. Doravante: Corte IDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C n.º 79. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Exceções Preliminares. Sentença de 7 de setembro de 2001. Série C n.º 85. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso “Cinco Aposentados” vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C n.º 98. Doravante: Corte IDH. *Caso “Cinco Aposentados” vs. Peru*. MRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C n.º 99. Doravante: Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPMRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C n.º 103. Doravante: Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. MRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 29 de abril de 2004. Série C n.º 105. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004.

Corte IDH. *Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C n.º 110. Doravante: Corte IDH. *Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. MRC. 2004.

Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C n.º 112. Doravante: Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. EPMRC. 2004.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C n.º 124. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C n.º 125. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C n.º 146. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C n.º 162. Doravante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C n.º 211. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C n.º 214. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010.

Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C n.º 240. Doravante: Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. Mérito e Reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C n.º 245. Doravante: Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C n.º 250. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012.

Pareceres consultivos

Corte IDH. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas (Arts. 13 e 29 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A n.º 5. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas*. 1985.

Corte IDH. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A n.º 6. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1986.

Corte IDH. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1 de outubro de 1999. Série A n.º 16. 1999. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*. 1999.

Corte IDH. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A n.º 17. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002.

Corte IDH. *Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de Direitos Humanos (Interpretação e alcance do artigo 1.2, em relação com os artigos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 e 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim como do artigo 8.1 A e B do Protocolo de São Salvador)*. Parecer Consultivo OC-22/16 de 26 de fevereiro de 2016. Série A n.º 22. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-22/16. *Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de Direitos Humanos*. 2016.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. *Caso Testemunhas de Jeová vs. Argentina*, Caso 2137, 18 de novembro de 1978.

CIDH. *Relatório Anual 1979-1980 - Capítulo V, Paraguai*.

CIDH. *Relatório de País, Argentina*, 1980.

CIDH. *Relatório de País, Cuba*, 1983.

CIDH. *Caso Tim Coulter e outros vs. Brasil*, Caso 7615, 5 de março de 1985.

CIDH. Relatório n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Peru*, 22 de fevereiro de 1991.

CIDH. Relatório n.º 39/99, *Caso S. A. vs. Argentina*, 11 de março de 1999.

CIDH. Relatório n.º 75/02, *Caso Mary e Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, Mérito, 27 de dezembro de 2002.

CIDH. Relatório n.º 40/04, *Caso Comunidades Indígenas Maias do Distrito de Toledo vs. Belize*, Caso 12.053, Mérito, 12 de outubro de 2004.

CIDH. Relatório n.º 43/05, *Caso Cristian Daniel Sahli Vera e outros vs. Chile*, Caso 12.219, Mérito, 10 de março de 2005.

CIDH. Relatório Anual 2008 - Capítulo IV, Venezuela.

CIDH. Relatório n.º 105/09, *Caso Grupo de Tratado Hul'qumi'num vs. Canadá*, Admissibilidade, Caso 592-07, 30 de outubro de 2009.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TEDH. *Caso Eriksson vs. Suécia*, n.º 11373/85, 22 de junho de 1989.

Documentos adotados no âmbito de organizações internacionais

Organização dos Estados Americanos

OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, São José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos. OEA/Ser.K/XVI/1.2. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf> (data de último acesso: 30/04/2018).

Organização das Nações Unidas

Comitê DHONU. Observação Geral n.º 22, *O direito à liberdade de pensamento, consciência e religião (art. 18)*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 27 de setembro de 1993.

ONU. *Relatório do Relator para a Liberdade de Expressão*, E/CN.4/1995/32, 14 de dezembro de 1994.

ONU. *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos. Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento de Delinquentes*, celebrado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social em suas resoluções n.º 663C (XXIV) de 31 de julho de 1957 e n.º 2076 (LXII) de 3 de maio de 1977.

Referências acadêmicas

CANÇADO TRINDADE, A. A. “The right to cultural identity in the evolving jurisprudential construction of the Inter-American Court of Human Rights”, em SIENHO, Y. e MORIN J. (eds.), *Multiculturalism and international law*. Brill, Leiden, 2009.

COMBALÍA, Z. “Los límites del derecho de libertad religiosa”, em *Tratado de Derecho Eclesiástico*. EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994.

HENNEBEL, L. “La protection de l'intégrité spirituelle des indigènes: réflexions sur l'arrêt de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme dans l'affaire Comunidade Moiwana c. Suriname du 15 juin 2005”, em *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 17e année, n.º 66, 1er avril 2006.

HERVADA XIBERTA, J. *Los Eclesiasticistas ante un Espectador*. EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1993.

IBÁN, I. “El Derecho Eclesiástico”, em IBÁN, I. y PRIETO SANCHÍS, L. *Lecciones de Derecho Eclesiástico*. Tecnos, Madrid, 1987.

LARICCIA, S. “I diritti delle minoranze religiose in Italia”, em GOTI ORDEÑANA, J. (ed.) *Aspectos Socio-Jurídicos de las Sectas desde una Perspectiva Comparada*. The Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1991.

LLAMAZARES, D. *Derecho de la Libertad de Conciencia*. Civitas, Madrid, 1997.

LÓPEZ ALARCÓN, M. “La Asistencia Religiosa”, en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994.

MARTÍN SÁNCHEZ, I. *La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la Jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las Libertades de Conciencia, Religiosa y de Enseñanza*. Comares, Granada, 2002.

MARZAL, M. *Tierra Encantada, Tratado de Antropología Religiosa de América Latina*. Trotta-Fundo Editorial PUCP, Lima, 2002.

NAVARRO VALLS, R. e PALOMINO, R. “Las objeciones de conciencia”, em *Tratado de Derecho Eclesiástico*. EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994.

PRIETO SANCHÍS, L. “El Derecho Fundamental de Libertad Religiosa”, em IBÁN, I. y PRIETO SANCHÍS, L. *Lecciones de Derecho Eclesiástico*. Tecnos, Madrid, 1987.

SOUTO GALVÁN, B. *El reconocimiento estatal de las entidades religiosas*. Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 2000.

VILADRICH, P. “Los principios informadores del derecho eclesiástico español”, en GONZÁLEZ DEL VALLE, J. *Derecho Eclesiástico del Estado Español*. EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1980.

VILADRICH, P. “Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución”, em *Ius Canonicum*. Vol. XXII, n.º 43, 1982.

Outras referências não acadêmicas

Diario El País. “Los Testigos de Jeová no podrán oponerse a las transfusiones a sus hijos”, 05 de outubro de 2012. Disponível em: https://elpais.com/sociedad/2012/10/05/actualidad/1349469630_361762.html (data do último acesso: 2018/04/30)

MARTÍN SÁNCHEZ, I. “El derecho a la formación de la conciencia en el ordenamiento jurídico internacional”. Ponencia presentada al Congreso Latinoamericano sobre Libertad Religiosa, PUCP, Lima, 2000.

Sumário

1. Introdução	369
2. Antecedentes históricos	370
3. O corpus iuris internacional da liberdade de religião	371
3.1. O marco normativo interamericano	371
3.2. O marco normativo internacional	372
4. Definição de liberdade de consciência e religião	373
4.1. Âmbito: o religioso.....	374
4.2. Natureza	376
4.3. Fundamento.....	376
5. Inciso 1: Titularidade e dimensão positiva da liberdade de religião	377
5.1. Titularidade: “toda pessoa”	377
5.2. A dimensão positiva da liberdade de religião: “[e]sse direito implica a liberdade de [...]”	382
6. Inciso 2: A dimensão negativa da liberdade de consciência e de religião	388
6.1. O direito à livre formação da consciência.....	388
6.2. O direito à objeção de consciência.....	389
7. Inciso 3: As limitações da liberdade de consciência e religião	390
7.1. Legalidade das limitações permitidas no artigo 12 da CADH.....	390
7.2. Legitimidade das limitações.....	392
8. Inciso 4: Direito dos pais de educar religiosa e moralmente seus filhos de acordo com suas próprias convicções	396
8.1. Antecedentes	396
8.2. Aplicação.....	396
9. Conclusão	397

1. Introdução

O direito regulado pelo artigo 12 da CADH é um dos pilares da sociedade democrática. A liberdade religiosa é, sem dúvida, a pedra de toque fundamental que contribui para a preservação da paz e da estabilidade, mesmo em meio aos dinamismos naturalmente desestabilizadores e problemáticos das

transformações sociais, que ocorrem nas sociedades tradicionais, como são a maioria dos países das Américas. Apesar da progressiva secularização social e laicização gradual do Estado, para milhões de pessoas a religião ocupa um lugar central e é fator legitimador de várias instituições do seu cotidiano.

Da mesma forma, cada vez com maior intensidade estamos testemunhando a pluralização do campo religioso onde antes existia uma religião hegemônica, e também a crescente incursão de atores religiosos em atividades e funções políticas do Estado. Com isso, o debate sobre o direito à liberdade religiosa é reconsiderado sob novas matizes nas quais o Estado, e seus ordenamentos jurídicos, enfrentam o desafio de adotar novas regulações legais, instituições e políticas públicas ante ao fenômeno religioso em ebulição.

A Corte IDH indicou que:

[...] Segundo o artigo 12 da Convenção, o direito à liberdade de consciência e de religião permite que as pessoas conservem, mudem, professem e divulguem sua religião ou suas crenças. Este direito é um dos fundamentos da sociedade democrática. Em sua dimensão religiosa, constitui um elemento transcendental na proteção das convicções dos crentes e em sua forma de vida.¹

A doutrina jurídica especializada reconhece isso como “a primeira das liberdades”,² dada a sua importância histórica e política tanto no processo de constituição dos Estados-nação modernos na interdependência dos poderes absolutos de caráter político-religioso, como na configuração das liberdades individuais características da modernidade.

A seguir, analisaremos as subseções que compõem o artigo 12 da CADH e as diferentes dimensões do direito à liberdade de consciência e de religião, de acordo com a jurisprudência da Corte IDH e as decisões da CIDH.

2. Antecedentes históricos

A religião tem sido objeto de estudo científico de várias ciências sociais, como a história, a sociologia, a antropologia e de ciências humanas como a filosofia, a ética e o direito. Do ponto de vista do direito estatal, a ciência jurídica regulou em um primeiro momento histórico as relações institucionais entre a comunidade política e a religiosa, e em um segundo momento – o moderno – passou a regular também o exercício da liberdade individual em assuntos de consciência e de religião.

Assim, a liberdade de consciência e religião foi desenvolvida normativamente a partir da histórica Declaração de Direitos da Virgínia de 1776,³ a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789,⁴ passando pelas modernas declarações e instrumentos de direitos como a DADDH, a DUDH, o PIDCP, a CADH e a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções.

1 Corte IDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. FRC. 2001, § 79.

2 Jemolo, C. A. “I problemi pratici della libertà”. Milano, 1961, citado em: Viladrich, P. “Los principios informadores del derecho eclesiástico español”, em González del Valle, J. *Derecho Eclesiástico del Estado Español*. EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1980, p. 263.

3 O artigo 16 desta Declaração indica que “que a religião ou os deveres que temos para com o nosso Criador, e a maneira de cumpri-los, somente podem reger-se pela razão e pela convicção, não pela força ou pela violência; consequentemente, todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, de acordo com o que dita sua consciência, e que é dever recíproco de todos praticar a paciência, o amor e a caridade cristã para com o próximo”.

4 O artigo 10 estabelece que “ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”.

3. O *corpus iuris* internacional da liberdade de religião

A Corte IDH especificou em seu Parecer Consultivo sobre o *direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal* que:

O *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos está formado por um conjunto de instrumentos internacionais de conteúdo e efeitos jurídicos variados (tratados, convênios, resoluções e declarações).⁵

Nas seções seguintes apresentaremos, primeiro, as normas existentes nos instrumentos do SIDH e, posteriormente nos instrumentos do DIDH em geral que tratam de questões relativas à religião e consciência.

3.1 O marco normativo interamericano

A DADDH valorizou positivamente a dimensão espiritual do ser humano em seu Preâmbulo,⁶ e em seguida, proclamou o direito à liberdade religiosa em seu artigo III.⁷ É importante ter em conta essa valoração, pois permite inferir que a ordem interamericana não é estranha, indiferente ou hostil à espiritualidade de seus povos. Precisamente porque visa proteger a pessoa como fim supremo é que o ordenamento interamericano de Direitos Humanos reconhecerá as liberdades e direitos e estabelecerá limitações ao seu exercício, a fim de permitir o desenvolvimento de diferentes ideologias, concepções e convicções, num marco de convivência pacífica, em que cada um busca sua própria paz, espiritualidade ou transcendência. Dentro deste projeto, a religião é considerada como um elemento positivo que é apreciado pelo SIDH.

Agora, a CADH proclamou a liberdade religiosa de modo a, primeiramente, afirmar a dimensão positiva da referida liberdade no primeiro parágrafo do artigo 12, de descrever sua dimensão negativa no inciso segundo, de enumerar as limitações ao seu exercício e finalmente consagrar o direito dos pais de educar seus filhos de acordo com suas próprias convicções. Porém, este não é o único artigo da CADH que aborda o tema religioso, também existem outros artigos: 1 e 27.1 (princípio da não discriminação religiosa durante situações normais e em estado de exceção), 13 (proibição do discurso religioso de ódio), 16 (liberdade de associação religiosa), 22 (princípio de *non-refoulement* em caso de risco de violação da liberdade religiosa), e 27.2 (não suspensão da liberdade religiosa, mesmo em situações de emergência ou estados de exceção).

Por outro lado, a CADH não é o único instrumento interamericano a tratar do assunto. Existem outros instrumentos regionais que contêm normas sobre o direito à liberdade religiosa, como a própria Carta da OEA, quando se refere ao direito da pessoa ao desenvolvimento espiritual, em evidente eco da DADDH (que além disso, foi aprovada na mesma Conferência internacional)⁸; o Protocolo de São Salvador, o qual inclui uma disposição sobre não discriminação religiosa (art. 3) e referências ao respeito ao pluralismo ideológico, a tolerância e participação em sociedade pluralista no campo educacional (art. 13);⁹ a Convenção de Belém do Pará estabelece uma norma sobre liberdade religiosa (art. 4) e outra

5 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99. O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal. 1999, § 115.

6 “É dever do homem servir o espírito com todas as suas faculdades e todos os seus recursos, porque o espírito é a finalidade suprema da existência humana e a sua máxima categoria”.

7 “Artigo III. Toda a pessoa tem o direito de professar livremente uma crença religiosa e de manifestá-la e praticá-la pública e particularmente”.

8 “Artigo 45. Os Estados membros, convencidos de que o Homem somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos: a) Todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, nacionalidade, credo ou condição social, têm direito ao bem-estar material e a seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade, dignidade, igualdade de oportunidades e segurança econômica [...]”.

9 “Artigo 3. Obrigação de Não-Discriminação. Os Estados-Partes neste Protocolo comprometem-se a garantir o exerci-

sobre a não discriminação religiosa (art. 6);¹⁰ e o mesmo faz a Carta Democrática Interamericana que destaca o respeito à diversidade religiosa como um valor que consolida a democracia e a cidadania.¹¹

Finalmente, também deve considerar-se a resolução sobre “Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas”, instrumento interamericano de *soft law* que considera de forma mais ampla a liberdade de religião ao propor os princípios de não discriminação religiosa (princípio II) e de respeito à identidade religiosa na recepção de alimentos e roupas (princípios XI e XII), bem como uma definição de liberdade religiosa (princípio XV) e do direito de participar de atividades religiosas (princípio XXII).¹²

3.2 O marco normativo internacional

Quanto ao SUDH, o reconhecimento da liberdade de religião é recolhido, antes de tudo, na paradigmática DUDH que a proclamou ao lado da liberdade de pensamento e consciência.¹³ O mesmo fez

cio dos direitos nele enunciados, 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”. “Artigo 13. Direito à educação. [...] 2. Os Estados-Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade, e deverá fortalecer o respeito pelos Direitos Humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm também em que a educação deve tornar todas as pessoas capazes de participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista e de conseguir uma subsistência digna; bem como favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos, e promover as atividades em prol da manutenção da paz”.

10 “Artigo 4. Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os Direitos Humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos Direitos Humanos. Estes direitos abrangem, entre outros: [...] i. direito à liberdade de professar a própria religião e as próprias crenças, de acordo com a lei”. “Artigo 6. O direito de toda mulher a ser livre de violência abrange, entre outros: a. o direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação”.

11 “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 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”.

12 “Princípio II. Igualdade e não-discriminação. [...] Em nenhuma circunstância as pessoas privadas de liberdade serão discriminadas por motivos de raça, origem étnica, nacionalidade, cor, sexo, idade, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento, deficiência física, mental ou sensorial, gênero, orientação sexual ou qualquer outra condição social. Será, por conseguinte, proibida qualquer distinção, exclusão ou restrição que tenha por objetivo ou promova a redução ou anulação do reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos internacionalmente reconhecidos às pessoas privadas de liberdade. “Princípio XI. Comida e água potável. 1. Alimentação. As pessoas privadas de liberdade terão direito a receber alimentação que atenda, em quantidade, qualidade e condições de higiene, a uma nutrição adequada e suficiente e leve em consideração as questões culturais e religiosas dessas pessoas bem como as necessidades ou dietas especiais determinadas por critérios médicos. Essa alimentação será oferecida em horários regulares e sua suspensão ou limitação, como medida disciplinar, deverá ser proibida por lei.” Princípio XII. 3. Vestuário. O vestuário colocado à disposição das pessoas privadas de liberdade deverá ser em número suficiente e adequado às condições climáticas e levará em conta sua identidade cultural e religiosa. Em caso algum as roupas poderão ser degradantes ou humilhantes”. Princípio XV. Liberdade de consciência e religião. As pessoas privadas de liberdade terão direito à liberdade de consciência e religião, inclusive a professar, manifestar, praticar e conservar sua religião, ou a mudar de religião, segundo sua crença; a participar de atividades religiosas e espirituais e a exercer suas práticas tradicionais; bem como a receber visitas de seus representantes religiosos ou espirituais. Os locais de privação de liberdade reconhecerão a diversidade e a pluralidade religiosa e espiritual e observarão os limites estritamente necessários para respeitar os direitos dos demais ou para proteger a saúde e a moral públicas bem como para preservar a ordem pública, a segurança e a disciplina interna, além dos demais limites permitidos nas leis ou no Direito Internacional dos Direitos Humanos”. Princípio XXII. 5. Competência disciplinar. Não será permitido que as pessoas privadas de liberdade tenham sob sua responsabilidade a execução de medidas disciplinares, ou a realização de atividades de custódia e vigilância, sem prejuízo de que possam participar de atividades educativas, religiosas, esportivas ou outras similares, com participação da comunidade, de organizações não-governamentais e de outras instituições privadas”. Todas essas normas devem ser consideradas em uma análise global da posição do SIDH, que excede o escopo dessa contribuição - focada exclusivamente no comentário ao art. 12 da CADH - mas cuja análise é recomendada.

13 “Artigo 18. Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liber-

o PIDCP¹⁴, e a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções de 1981.¹⁵

Quanto a outros sistemas regionais de Direitos Humanos, a CEDH reconhece a liberdade religiosa em sua vertente positiva e, ao mesmo tempo, enumera suas limitações,¹⁶ e a segunda versão da Carta Árabe de Direitos Humanos - aprovada pela Liga Árabe em 2004 – apesar de pertencer a um sistema em incipiente construção, faz uma descrição importante do seu conteúdo.¹⁷

4. Definição de liberdade de consciência e religião

A liberdade de religião é a liberdade de professar ou não professar uma religião, entendida como relação do homem com o divino (não necessariamente com um Deus pessoal, mas uma relação com a

dade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular”.

- 14 “Artigo 18. 1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções”.
- 15 “Artigo 1. §1. Toda pessoa tem o direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito inclui a liberdade de ter uma religião ou qualquer convicção a sua escolha, assim como a liberdade de manifestar sua religião ou suas convicções individuais ou coletivamente, tanto em público como em privado, mediante o culto, a observância, a prática e o ensino. §2. Ninguém será objeto de coação capaz de limitar a sua liberdade de ter uma religião ou convicções de sua escolha. §3. A liberdade de manifestar a própria religião ou as próprias convicções estará sujeita unicamente às limitações prescritas na lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais”. “Artigo 6. Conforme o “artigo 1º” da presente Declaração e sem prejuízo do disposto no “§3 do artigo 1º”, o direito à liberdade de pensamento, de consciência, de religião ou de convicções compreenderá especialmente as seguintes liberdades: a) A de praticar o culto e o de celebrar reuniões sobre a religião ou as convicções, e de fundar e manter lugares para esses fins. b) A de fundar e manter instituições de beneficência ou humanitárias adequadas. c) A de confeccionar, adquirir e utilizar em quantidade suficiente os artigos e materiais necessários para os ritos e costumes de uma religião ou convicção. d) A de escrever, publicar e difundir publicações pertinentes a essas esferas. e) A de ensinar a religião ou as convicções em lugares aptos para esses fins. f) A de solicitar e receber contribuições voluntárias financeiras e de outro tipo de particulares e instituições; g) A de capacitar, nomear, eleger e designar por sucessão os dirigentes que correspondam segundo as necessidades e normas de qualquer religião ou convicção. h) A de observar dias de descanso e de comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos de uma religião ou convicção. i) A de estabelecer e manter comunicações com indivíduos e comunidades sobre questões de religião ou convicções no âmbito nacional ou internacional”.
- 16 É importante notar que este instrumento não define a liberdade religiosa, mas simplesmente a regula: “Artigo 9. Liberdade de pensamento, de consciência e de religião. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem”.
- 17 “Artigo 8. A liberdade de consciência e profissão, e a livre prática da religião estarão garantidas. Ninguém que respeite a lei e a ordem pode ser submetido a medidas que restrinjam o exercício dessas liberdades”. “Artigo 30. a) Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, crença e religião, que não pode estar sujeita a nenhuma restrição não prevista em lei; b) a liberdade de expressar sua religião ou convicção ou de praticar individual ou coletivamente os ritos de sua religião só pode estar sujeita a restrições previstas em lei e necessárias em uma sociedade tolerante e que respeita as liberdades e Direitos Humanos para a proteção da segurança pública, ordem pública, saúde pública ou moralidade pública, ou as liberdades e direitos de terceiros; c) os pais ou responsáveis asseguram livremente a educação religiosa e moral de seus filhos”.

transcendência), da qual emergem certas convicções éticas, opiniões, crenças e observâncias religiosas. Estas se exteriorizam positivamente através da livre manifestação individual ou coletiva, pública ou privada, mediante várias expressões particulares. O bem protegido dessa liberdade não é precisamente a religião, mas sim a liberdade humana exercida em sentido religioso, a qual merece proteção e promoção para seu pleno gozo e exercício.

4.1 Âmbito: o religioso

A dificuldade em definir a “religião” é unanimemente reconhecida tanto na ciência jurídica quanto fora dela. Antropólogos, filósofos, sociólogos, juristas, políticos, teólogos e psicólogos não chegam a um acordo com um conceito comum a respeito, e isso é ainda mais verdadeiro quando se trata de fazer distinções com outros conceitos próximos, como espiritualidade. Essa dificuldade deriva, em boa medida, da confusão sobre a relação entre religião e outras expressões metafísicas, tais como as espiritualidades indígenas, esoterismo, gnosticismo, magia, etc. Naturalmente, o Estado não tem competência para se tornar um “super teólogo” e definir o que ele considera religioso e o que não, mas, em vez disso, pode - e deve - realizar essa tarefa através do caminho da definição negativa do que constitui “religião” para efeitos normativos, é claro, com a devida limitação legal de seu poder qualificador. Nesse campo, não há soluções perfeitas, mas progressivamente aperfeiçoáveis.

Essas dificuldades em definir o que é religioso têm consequências nos sistemas jurídicos nacionais, que devem enfrentar o desafio de criar regimes constitucionais e legais específicos a entidades e pessoas religiosas, através das quais são obrigadas a circunscrever previamente o âmbito desses regimes.¹⁸ No entanto, em nossa opinião, essas restrições não são relevantes para o SIDH, uma vez que o sistema não se destina a regular o fenômeno religioso com relevância jurídica - que é tarefa dos Estados partes da CADH - mas simplesmente *controlar o respeito pelo princípio da não discriminação e igualdade de todas as crenças, religiosas ou não, e em particular o do direito humano à liberdade de consciência e religião*. Nesse sentido, não é necessário para o SIDH diferenciar conceitualmente entre consciência e religião, uma vez que ambas são formuladas em conjunto como uma liberdade única.¹⁹ Portanto, nem a CADH nem os órgãos que promovem seu cumprimento, se preocuparam em definir um conceito operacional de “religião” ou “fins religiosos”; uma vez que “consciência” e “religião” são áreas protegidas em pé de igualdade pela CADH, resulta irrelevante entrar na tarefa de distingui-los.

Para a CADH, é evidente que a liberdade de consciência e religião constituem uma única liberdade com dois âmbitos: religioso e não religioso. Isso se confirma por uma consideração da Corte IDH em um dos primeiros casos em que teve a oportunidade de se pronunciar sobre a suposta violação da liberdade de religião;²⁰ nesse caso Corte IDH determinou justamente a existência de um único direito com duas dimensões. Nesse sentido, a CADH segue os outros instrumentos e tratados internacionais de Direitos Humanos.²¹

18 Assim, por exemplo, em nossas sociedades há leis de diferentes períodos sobre liberdade religiosa, organizações religiosas e relações Igreja-Estado no Peru, Chile, Equador, Colômbia, Brasil, México, etc. Em outros países, como Argentina e Bolívia, leis dessa natureza estão em fase de formação.

19 Por outro lado, para muitos de seus Estados partes, essa distinção será necessária, pois eles concedem às organizações religiosas um status jurídico diferente de outras organizações civis com ideias não religiosas (incluindo, por exemplo, benefícios fiscais especiais).

20 Em outros dois casos, a Corte IDH se pronunciou sobre a liberdade religiosa, *ver* Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. M. 2004. Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005. No caso “*A Última Tentação de Cristo*”, a CIDH alegou violação da liberdade de religião e consciência, mas a Corte IDH rejeitou a alegação, dizendo que não havia sido comprovada.

21 É importante notar que há alguma confusão terminológica na normativa internacional. A DUDH proclamou o direito à “liberdade de pensamento, consciência e religião”, abrangendo tanto a palavra “direito” quanto a “liberdade” no singular, e também estabeleceu uma dicotomia clara entre “religião” e “crença”. O PIDCP e a CADH fizeram o mesmo quando também declararam no singular a ‘liberdade de consciência e de religião’ e diferenciaram ‘religião’ e ‘crenças’. Nessa mesma linha, o Ato Final da Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa (conhecido como Ata Final de Helsinque de 1 de agosto de 1975) anunciou no singular a ‘liberdade de pensamento, consciência, religião ou cren-

Nestes instrumentos é estabelecida a existência de três liberdades autônomas, apesar de serem colocadas como se fossem uma: liberdade de religião, liberdade de consciência e liberdade de pensamento. Sugere-se que a liberdade de pensamento tenha como âmbito as “crenças” (entendidas como crenças do tipo seculares), a liberdade de consciência e as “convicções” (aquelas de caráter ético não religioso), e a liberdade religiosa que então conteria a “religião”, incluiria crenças religiosas e convicções ético-religiosas.

A última posição é a que melhor nos ajuda na orientação do tema - embora aparentemente artificial por distinguir manifestações do espírito difíceis de separar - e por manter a coerência conceitual das definições jurídicas internacionais. Aparentemente, este também foi o raciocínio utilizado pelo juiz de Roux Rengifo na fundamentação de seu voto no caso “*A Última Tentação de Cristo*”:

É necessário ter presente, a esse respeito, que o artigo 12 da Convenção Americana não se limita a consagrar, em abstrato, a liberdade de conservar ou de mudar de crenças, mas protege explicitamente, contra toda restrição ou interferência, o processo de mudar de religião. Não é outro o sentido do inciso 2º do artigo 12, quando estabelece, em sua parte pertinente, que “ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças”.²²

No caso referido, a Corte IDH não encontrou violação à liberdade religiosa por não ter sido devidamente provado que as crenças ou práticas religiosas de alguém foram afetadas pela censura do referido filme cinematográfico; mas determinou, ao invés disso, que havia uma violação da liberdade de expressão.²³ Vários juristas espanhóis especializados no direito à liberdade religiosa compartilham um critério conceitual semelhante.²⁴

ça’, mas introduziu uma quarta expressão, “liberdade de crença”, que igualou à liberdade de pensamento e liberdade de consciência, na qual inicialmente parecia estar incluído. Da mesma forma, a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação com Base em Religião ou Convicções enfatizou repetidamente uma distinção nítida entre ‘religião’ e ‘convicções’ em seus artigos 1 e 6, fazendo o mesmo que a Ata Final de Helsinque, com a diferença de que a quarta liberdade adicionada não se chama “liberdade de crença”, mas “liberdade de convicções”. Por fim, vale mencionar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - citada aqui por ser uma experiência valiosa de integração jurídica internacional - que segue o padrão da DUDH no reconhecimento das liberdades estudadas. Mas um denominador comum pode ser obtido com tudo isso: todas as novas expressões introduzidas marcam uma distância da religião, que permanece um termo bem singularizado. Diferentemente do que acontece em muitas constituições nacionais nas quais os termos ‘crenças’ ou ‘convicções’ são conceitualmente intercambiados e associados à religião, nos textos internacionais o uso dos conceitos ‘crenças’ e ‘convicções’ não está vinculado às crenças ou convicções religiosas, mas pelo contrário, às crenças não-religiosas, como pode ser visto nas seguintes expressões dicotômicas: “liberdade de manifestar sua religião ou suas convicções”, “liberdade de ter ou adotar a religião ou crenças de sua escolha”, “Liberdade para manifestar a religião ou crenças”, “liberdade para ter uma religião ou qualquer convicção de sua escolha”. Assim, a partir de textos internacionais de Direitos Humanos, conclui-se inequivocamente que a religião se distingue claramente de convicções, crenças, pensamentos e consciência, de modo que a liberdade religiosa seria a liberdade exercida em referência às opções de fé e não a escolas filosóficas, convicções éticas e outras opções ideológicas. Assim, então, crenças e convicções não pertenceriam ao campo da liberdade religiosa, pois isso consiste em ter e manifestar uma religião ou não a ter (mas apenas “não a ter”, pois a sua manifestação e prática já pertenceria ao campo da liberdade religiosa e de outras liberdades).

22 Corte IDH. Caso “*A Última Tentação de Cristo*” (*Olmedo Bustos e outros*) vs. *Chile*. MRC. 2001. Voto individual.

23 Sobre o caso de “*A Última Tentação de Cristo*” e a liberdade de expressão, ver o comentário no artigo 13 (liberdade de pensamento e expressão) de Bertoni e Zelada.

24 Os esforços teóricos para distinguir entre liberdade religiosa, liberdade de consciência e liberdade ideológica (um termo do direito constitucional espanhol) vêm, como já dissemos, dos diferentes estatutos legais de cada liberdade. Assim, Pedro Viladrich afirma, por exemplo, que o ateísmo se encaixa, em parte, no direito à liberdade religiosa e, em parte, na liberdade de pensamento e consciência. Este autor distingue dois momentos que levarão à solução do problema teórico; um primeiro momento em que a pessoa exerce sua liberdade de escolha entre acreditar ou não: é a chamada “liberdade do ato de fé”, que pode dar resultados positivos ou negativos e faz parte do exercício do direito à liberdade religiosa. O segundo momento é a “liberdade de culto ou prática religiosa”, que, por razões óbvias, não corresponderia mais a ateus ou agnósticos. Assim, o ato de escolher não ter crenças religiosas seria parte do direito da liberdade religiosa no momento de exercer a liberdade de escolha. Porém, uma vez externalizada, essa escolha já se torna uma manifestação do exercício da liberdade de consciência ou pensamento visto “que está contida no sistema

4.2. Natureza

Seguimos o jurista espanhol Iván Ibán, quando afirma que o direito à liberdade religiosa integra direitos de três categorias: aqueles que exigem imunidade de coação por parte do Estado, aqueles que capacitam o seu titular a realizar determinada conduta sem interferência do Estado e aqueles que exigem uma obrigação estatal positiva de dar ou fazer.²⁵ Quanto a este último, nem todo o conteúdo do direito à liberdade religiosa tem natureza prestacional, mas apenas naquilo que exige uma ação positiva para o seu igual exercício e real vigência - seja fazendo ou dando - do Estado (sem afetar o princípio da não discriminação).

A dimensão da liberdade de religião relativa ao direito de possuir crenças religiosas é um aspecto que exigiria apenas um dever de abstenção ou de não interferência por parte do Estado, que de modo algum poderia reclamar-se uma exigência prestacional (ao pretender-se, por exemplo, que seja o Estado quem promova que seus cidadãos tenham uma ou outra crença religiosa).

Em relação à dimensão de manifestar as crenças, a situação é diferente. A discriminação existente a certas minorias religiosas tornaria altamente necessário que o Estado promova as condições para que sua prática religiosa seja respeitada através de uma intervenção especial de sua parte. Assim, por exemplo, adotando legislação específica que proteja o direito dos trabalhadores e estudantes que observam o dia de repouso não dominical, toda vez que os centros de trabalho e de educação se organizem com base no ritmo semanal estabelecido pelo descanso dominical.

4.3. Fundamento

A DUDH não registra uma declaração sobre os fundamentos filosóficos e morais dos direitos proclamados nela, devido à grande diversidade e contraste das ideologias representadas na Assembleia que adotou esse instrumento. Portanto, a afirmação filosófica mais “ousada” em suas disposições acabam sendo as que afirmam “a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis”, a qual, inclusive, foi objeto de questionamento por parte da delegação soviética e de seus países satélites, embora o dispositivo não detalhe qual é o fundamento último da referida dignidade.

No preâmbulo da Carta de São Francisco de 1945 apelava-se a este fundamento filosófico de que os povos reafirmavam sua “fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana [...]”. Depois da DUDH, o PIDESC e o PIDCP reconheceram que os Direitos Humanos - e, portanto, a liberdade religiosa - “decorrem da dignidade inerente à pessoa humana”; o último texto político de alcance universal em que isso também é reconhecido é a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993. Neste instrumento se afirma que esses direitos se originam “na dignidade e valor inerente à pessoa humana, e que esta é o sujeito central dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais,

ideológico e ético”. A exteriorização crente da referida escolha seria antes uma manifestação do exercício da liberdade religiosa. Cfr: Viladrich, P. “Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución”, em *Ius Canonicum*. Vol. XXII, n.º 43, 1982, p. 33. Por outro lado, Dionisio Llamazares declara nesse sentido quando afirma que “é verdade que o direito à liberdade religiosa é o direito de ter fé religiosa e não de ter”, mas isso não implica que ter convicções ou crenças não religiosas ou mesmo o antirreligioso está incluído nele (no que seria um “argumento artificial distorcido, contrário às leis mais elementares da lógica”), mas sim que “o que está incluído [...] é o direito de não ter crenças religiosas, mas nada mais; não ter outras convicções e outro sistema de ideias e crenças. O que está incluído no direito de liberdade religiosa, além do direito de ter crenças religiosas, é pura negatividade: não ter crenças religiosas e não ser forçado a tê-las; mas não poder ter uma ou outras ideias e crenças não religiosas, que fazem parte do conteúdo do direito à liberdade de consciência (ideológico ou de pensamento), no qual ambas as alternativas têm conteúdo positivo”. Llamazares, D. *Derecho de la Libertad de Conciencia*. Civitas, Madri, 1997, p. 16. Javier Hervada também afirma que “o que é protegido pela liberdade religiosa é radicalmente a religião, ou seja, a relação ou comunhão do homem com a divindade [...] os fenômenos do ateísmo e agnosticismo também são objetos de liberdade religiosa (ao contrário, o sistema de pensamento ateuista ou agnóstico pertence à liberdade de pensamento)”, ver Hervada Xiberta, J. *Los Eclesiasticistas ante un Espectador*. EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1993.

25 Ibán, I. “El Derecho Eclesiástico”, em Ibán, I. e Prieto Sanchís, L. *Lecciones de Derecho Eclesiástico*. Tecnos, Madri, 1987.

razão pela qual deve ser a principal beneficiária desses direitos e liberdades e participar ativamente de sua realização”. (Preâmbulo, § 2).

Nesse sentido, a CADH se pronunciou sobre o fundamento dos Direitos Humanos em seu Preâmbulo:

Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos [...];

O fundamento da liberdade religiosa está enraizado na dignidade intrínseca, natural e universal da pessoa humana. É anterior e superior ao Estado e é o fundamento de sua legitimidade perante seus cidadãos e a comunidade internacional. Como bem afirma Javier Hervada, a dignidade é o “estatuto ontológico da pessoa humana”.²⁶

5. Inciso 1: Titularidade e dimensão positiva da liberdade de religião

5.1 Titularidade: “toda pessoa”

A primeira frase do artigo 12 da CADH indica que “toda pessoa” é titular deste direito. Neste aspecto é onde se verifica uma clara diferença entre as normas convencionais interamericanas e europeias, uma vez que a CADH apenas reconhece como titulares dos direitos convencionais as pessoas naturais,²⁷ enquanto no SEDH as pessoas jurídicas podem ser consideradas como sujeitos titulares de Direitos Humanos (como o direito à propriedade). No sistema interamericano, não poucos ordenamentos jurídicos nacionais reconhecem também os grupos religiosos como titulares da liberdade de religião. Nos parágrafos seguintes, nos referimos a isso e às nuances que esta regra geral possui.

5.1.1 Titularidade individual

O direito de liberdade religiosa e de consciência é um direito eminentemente subjetivo do qual todas as pessoas naturais são titulares em virtude do princípio da supremacia da dignidade humana. A pessoa humana é o ponto de referência primário de onde parte o reconhecimento ao exercício coletivo dos respectivos direitos confessionais; assim, os direitos fundamentais reconhecidos aos sujeitos coletivos “só têm razão de ser quando exigidos para o melhor desenvolvimento da pessoa individual e a plena realização de seu direito à igualdade na liberdade”.²⁸ Isso não é apenas uma constatação jurídica, mas está enraizada na dinâmica histórica: o núcleo básico das modernas liberdades individuais teve como sua primeira formulação a liberdade religiosa, da qual derivaram as demais, por isso foi chamada “a primeira das liberdades”. Então, sua construção foi eminentemente individualista e em oposição aos poderes absolutistas e universais da época, a Monarquia e o Papado.

A CADH indica em seu artigo 1.2 que “pessoa é todo ser humano”. Dessa definição só se cabe concluir que a liberdade de religião pertence a todo ser humano sob a jurisdição dos Estados partes da CADH.²⁹

26 Hervada Xiberta, J., *op. cit.*

27 Com exceção da reconhecida propriedade dos direitos dos povos indígenas e tribais. *Cf.*: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-22/16. *Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de Direitos Humanos*. 2016, §§ 74 a 82.

28 Llamazares, D., *op. cit.*, p. 234.

29 CIDH. Relatório n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Peru*, 22 de fevereiro de 1991, considerando 1 e 2. CIDH. Relatório n.º 39/99, *Caso S. A. vs. Argentina*, 11 de março de 1999, § 17.

Em virtude do princípio da não discriminação e frente à definição de pessoa, a condição de estrangeiro não pode ser uma condição limitante para gozar da liberdade religiosa, independentemente de existirem certos direitos fundamentais que não lhes tenham sido atribuídos nos ordenamentos nacionais ou que lhes tenham sido especialmente limitados constitucionalmente.

5.1.2 Os menores de idade

Há um aviso a ser feito no caso dos menores de idade. No parecer consultivo sobre a *condição jurídica e os Direitos Humanos da criança*, a Corte IDH manifestou que as crianças “de igual maneira como os adultos, possuem os Direitos Humanos que correspondem a todos os seres humanos [...] e têm também direitos especiais derivados de sua condição, aos quais correspondem deveres específicos da família, da sociedade e do Estado.”³⁰ No mesmo parecer consultivo a Corte IDH não se referiu à liberdade religiosa dos menores, mas é precisamente essa circunstância uma das condições naturais do menor titular da liberdade religiosa, pois – como afirma Joaquín Mantecón – ele não será capaz de exercê-la plenamente como os adultos, ao menos até que “atinga um nível suficiente de autoconsciência, uma vez que o exercício desse direito é muito pessoal e implica em uma decisão livre e consciente por parte do titular.”³¹

A própria CDC assim o dispõe nos artigos 12,³² 13³³ e especialmente no 14.³⁴ Agora, quando se pode estimar que um menor de idade tem maturidade intelectual e psicológica suficiente para autode-terminar-se em assuntos religiosos? O assunto é da maior importância se considerarmos as práticas religiosas, como as das Testemunhas de Jeová, nas quais as transfusões de sangue são recusadas por motivos religiosos, mesmo para menores de idade.³⁵

30 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002, § 54.

31 Mantecón, J. “Confesiones religiosas y registro”, citado em Souto Galván, B. *El reconocimiento estatal de las entidades religiosas*. Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 2000, p. 123.

32 “Artigo 12. 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional”.

33 “Artigo 13. 1. A criança deve ter o direito de expressar-se livremente. Esse direito deve incluir a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e ideias de todo tipo, independentemente de fronteiras, seja verbalmente, por escrito ou por meio impresso, por meio das artes ou por qualquer outro meio escolhido pela criança. 2. O exercício de tal direito poderá estar sujeito a certas restrições, que serão unicamente aquelas previstas em lei e consideradas necessárias: a) para o respeito dos direitos ou da reputação de outras pessoas; ou b) para a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger a saúde pública e os costumes”.

34 “Artigo 14. 1. Os Estados Partes devem reconhecer os direitos da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de crença religiosa. 2. Os Estados Partes devem respeitar o direito e os deveres dos pais e, quando aplicável, dos tutores legais de orientar a criança com relação ao exercício de seus direitos, de maneira compatível com sua capacidade em desenvolvimento. 3. A liberdade de professar a própria religião ou as próprias crenças pode esta sujeita unicamente às limitações prescritas em lei e necessárias para proteger o interesse público em relação à segurança, à ordem, aos costumes ou à saúde, ou ainda aos direitos e liberdades fundamentais de outras pessoas”.

35 Nesse sentido, vários dramas de vida ou morte foram enfrentados pelos menores de idade membros das Testemunhas de Jeová, que morreram devido à rejeição de transfusões de sangue ou porque seus guardiões ou procuradores as rejeitaram por eles. No primeiro caso, a questão é a idade em que uma criança é capaz de tomar uma decisão tão importante para sua sobrevivência. No segundo, a questão é se o direito dos pais e responsáveis de educar com suas próprias convicções religiosas pode ser tal que sejam colocados em risco de morte ou se tornem mártires. Para o procurador-geral do Estado espanhol, Eduardo Torres-Dulce, existem várias suposições que devem ser analisadas e diferentes maneiras de proceder: “1. O “menor maduro” recusa uma transfusão de sangue ou outra intervenção com risco grave para sua vida, mas seus representantes legais são favoráveis: nesse caso, o médico pode realizar a intervenção sem ter que recorrer ao juiz. Se a situação não for urgente, é aconselhável recorrer ao juiz de plantão, diretamente ou através do promotor. 2. O “menor maduro” rejeita a transfusão e seus representantes legais também. - Nesse caso, o médico deve resolver o conflito perante o juiz de plantão diretamente ou através do promotor, mas, se a situação for urgente, ele poderá realizar o procedimento. Intervenção sem autorização judicial, protegida pela causa da justificativa do cumprimento de um dever e estado de necessidade. 3. O “menor maduro” dá seu consentimento e

Não se define na ordem interamericana, e tampouco a legislação comparada lança muita luz a respeito,³⁶ sendo a Lei 16/2001 de 22 de junho de 2001 de Portugal - intitulada “*Lei da Liberdade Religiosa*” -, uma das poucas - se não a única - que se pronuncia sobre esse assunto.³⁷ Tal inovação portuguesa tem um precedente imediato no projeto de lei de liberdade religiosa italiano de 1997, denominado “*Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi*”, que contempla no artigo 4 o direito dos pais de educar seus filhos de acordo com sua própria fé “com respeito à sua personalidade e sem prejuízo da sua saúde” e o direito dos menores com 14 anos de idade de decidir autonomamente a respeito de sua própria escolha religiosa.³⁸

As relações entre os poderes paterno-filiais e a liberdade religiosa dos menores de idade têm gerado uma série de questões importantes que Martín Sánchez classificou basicamente em três, e vale a pena resenhar aqui: 1. a conexão entre o pátrio poder e a educação religiosa do menor de idade, 2. a incidência dos contrastes entre os detentores da pátrio poder na educação de seus filhos menores e, finalmente, 3. os possíveis conflitos entre a liberdade religiosa do menor de idade e daqueles que exercem sobre ele o pátrio poder.³⁹ Sánchez indica que a jurisprudência europeia dos Direitos Humanos ajudou a estabelecer algumas regras para lidar com esses problemas. Por exemplo, a antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos, diante de um caso de contradição sobre decisões religiosas entre pais ou responsáveis que exercem pátrio poder e a vontade do menor de idade, sustentou que a liberdade religiosa deste último prevalece se tiver atingido o grau idôneo de maturidade. Até que não chegue a esse ponto, é possível impor as escolhas religiosas dos pais ou responsáveis no exercício das faculdades que o pátrio poder lhes confere, e quando o menor de idade atingir a maturidade, ele não poderá mais tarde alegar que seu direito à liberdade religiosa foi violado.⁴⁰

5.1.3 As pessoas privadas de liberdade

Vamos agora nos referir à situação de pessoas privadas de liberdade que vivem em condições de limitação de alguns direitos ou em um regime de segurança.

seus representantes se opõem a ele. - O médico pode aplicar o tratamento sem intervenção judicial, dada a capacidade de autodeterminação que a lei reconhece para o menor maduro. 4. Os representantes do “menor imaturo” não consentem com a intervenção, gerando sérios riscos à sua vida ou saúde - O médico deve levar o conflito perante o juiz de plantão, diretamente ou através do Ministério Público mas, em situações urgentes, o médico pode aplicar diretamente o tratamento contra a vontade dos pais, sendo o comportamento totalmente protegido por duas causas de justificação. De qualquer forma, os promotores devem emitir sua opinião preferencialmente e com urgência e promover perante o tribunal de guarda um processo de jurisdição voluntária”. *Diario El País*. “Los Testigos de Jehová no podrán oponerse a las transfusiones a sus hijos”, 5 de outubro de 2012. Disponível em: https://elpais.com/sociedad/2012/10/05/actualidad/1349469630_361762.html (data de último acesso: 01/07/2017).

36 No caso mexicano, a “Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público”, promulgada em 13 de julho de 1992, estabelece que apenas cidadãos maiores de idade podem ser membros de Associações Religiosas (como “associados”), o que, em nossa opinião, viola flagrantemente a liberdade religiosa de menores de idade exigentes que desejam ingressar ativamente em uma determinada organização.

37 Esta lei estabelece no artigo 11 que, no que diz respeito à educação religiosa de menores: “os pais têm o direito de educação dos filhos em coerência com as próprias convicções em matéria religiosa, no respeito da integridade moral e física dos filhos e sem prejuízo da saúde destes [...] E que [...] os menores, a partir dos 16 anos de idade, têm o direito de realizar por si as escolhas relativas a liberdade de consciência, de religião e de culto”.

38 “Art. 4. (Figli minori). I genitori hanno diritto di istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio, in coerenza con la propria fede religiosa o credenza, nel rispetto della loro personalità e senza pregiudizio della salute dei medesimi. Fermo restando quanto disposto dall’articolo 316 del codice civile, i minori, a partire dal quattordicesimo anno di età, possono compiere autonomamente le scelte pertinenti all’esercizio del diritto di libertà religiosa; in caso di contrasto fra i genitori decide il giudice competente, tenendo conto dell’interesse primario del minore”. Ver, para a problemática del menor en el derecho italiano, Lariccia, S. “I diritti delle minoranze religiose in Italia”, en Goti Ordeñana, J. (ed.) *Aspectos Socio- Jurídicos de las Sectas desde una Perspectiva Comparada*. The Onati International Institute for the Sociology of Law, 1991.

39 Martín Sánchez, I. *La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la Jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las Libertades de Conciencia, Religiosa y de Enseñanza*. Comares, Granada, 2002, pp. 128 e ss.

40 Decisão 2525/67 no caso *X vs. Islândia*, citado em: Martín Sánchez, I., *op. cit.*, p. 129.

A CADH não faz nenhuma menção específica, o instrumento mais completo e específico da matéria no SIDH são os “Princípios e Boas Práticas sobre Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas”, cujos artigos já reproduzimos seções anteriores. Esses princípios têm força interpretativa e, de acordo com seu conteúdo, pessoas privadas de liberdade têm o direito de não serem discriminadas no exercício de sua religião no interior dos centros penitenciários, e que sua identidade religiosa seja respeitada na recepção de alimentos e roupas fornecidos pelas autoridades penitenciárias, e o direito de participar de atividades religiosas.

A CIDH adotou a referida resolução com o objetivo de preparar a aprovação de uma nova declaração interamericana a respeito, observando com preocupação a necessidade de identificar boas práticas de proteção nas quais incluía liberdade religiosa. A própria CIDH constatou:

[...] a situação crítica de violência, superlotação e falta de condições de vida digna em diferentes locais de privação de liberdade nas Américas; bem como a situação particular de vulnerabilidade de pessoas com deficiência mental privadas de liberdade em hospitais psiquiátricos e em instituições penitenciárias; e a situação de grave risco em que se encontram crianças, mulheres e idosos mantidos em outras instituições públicas particulares, migrantes, solicitantes de asilo ou refúgio, apátridas e indocumentados, e pessoas privadas de liberdade no contexto de conflitos armados.

A limitação da liberdade pessoal aplicada através do internamento em centros penitenciários dos acusados ou condenados por cometer crimes, levanta uma situação que justifica, mais do que em qualquer outra, a necessidade de facilitar o exercício da liberdade religiosa no ambiente prisional, além da necessidade de ressocialização do preso para quem o fator religioso possa contribuir positivamente.

O direito de receber assistência religiosa é uma manifestação da liberdade religiosa das pessoas internadas em centros penitenciários, e é, em definição precisa de Manuel López Alarcón:

a ação do Estado para estabelecer as condições ou a infraestrutura adequada para que os cidadãos cujas reduzidas possibilidades de receber assistência espiritual porque estão internados em centros caracterizados por um regime especial de contenção possam receber essa assistência direta de seus respectivos grupos religiosos.⁴¹

Seu fundamento está na necessidade de superar através de medidas positivas e promocionais a cargo do Estado, o prejuízo no exercício do direito à liberdade religiosa que – como produto dessas circunstâncias especiais - sofrem as pessoas sujeitas a elas, bem como solucionar situações potencialmente discriminatórias no gozo do direito à liberdade de culto.

A Corte IDH teve a oportunidade de se pronunciar sobre os direitos dos menores de idade em centros penitenciários. A esse respeito, afirmou que:

A privação de liberdade traz frequentemente, como consequência inevitável, a afetação do gozo de outros Direitos Humanos além do direito à liberdade pessoal. Podem, por exemplo, ver-se restringidos os direitos de privacidade e de intimidade familiar. Esta restrição de direitos, consequência da privação de liberdade ou efeito colateral da mesma, entretanto, deve se limitar de maneira rigorosa, visto que toda restrição a um direito humano somente é justificável perante o Direito Internacional quando é necessária em uma sociedade democrática.⁴²

41 López Alarcón, M. “La Asistencia Religiosa”, en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994, pp. 1159-1160.

42 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. EPMRC. 2004, § 154. Neste §, a Corte IDH cit: *Cfr: Corte IDH. Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. MRC. 2004, § 108. Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. MRC. 2003, § 87. *Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPMRC. 2003, § 96. *Cfr: ONU. Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos*. Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, celebrado em Genebra em 1955, e aprovadas

A restrição de outros direitos, ao contrário – como à vida, à integridade pessoal, à liberdade religiosa e ao devido processo – não somente não tem justificação fundada na privação de liberdade, mas também está proibida pelo Direito Internacional. Estes direitos devem ser efetivamente respeitados e garantidos como os de qualquer pessoa não submetida à privação de liberdade.⁴³

Como veremos mais adiante, a liberdade de religião tem tamanha intensidade axiológica para o desenvolvimento da pessoa humana que a CADH não autoriza a suspensão do exercício nem mesmo em situações de excepcional gravidade ou urgência, como indica o artigo 27. Com ainda mais razão não pode ser suspensa no interior dos centros penitenciários onde multidões de pessoas desenvolvem suas vidas de maneira cotidiana.

5.1.4 Titularidade coletiva?

Como apontamos nos parágrafos acima, a CADH não reconhece que as pessoas jurídicas sejam titulares dos direitos, no entanto, a Corte IDH “matizou” essa posição para evitar constituir um obstáculo ao gozo dos Direitos Humanos das pessoas naturais que realizam seus direitos através de pessoas jurídicas. Nas palavras da Corte IDH:

[...] embora a figura das pessoas jurídicas não tenha sido expressamente reconhecida pela CADH [...] isso não restringe a possibilidade de que, sob certas circunstâncias, o indivíduo possa acudir ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos para fazer valer seus direitos fundamentais, mesmo quando cobertos por uma figura ou ficção jurídica criada pelo próprio sistema de direito.⁴⁴

5.1.4.1 Grupos religiosos

O critério geral citado pela Corte IDH é, sem dúvida, aplicável ao caso de grupos religiosos.⁴⁵ Os relatórios da CIDH têm sido abundantes em alusão à situação do direito à liberdade religiosa da Igreja Católica Romana e igrejas não católicas em vários países com déficits democráticos, por meio dos quais tem sido reconhecida implicitamente a titularidade de tal liberdade.

A liberdade de religião é essencialmente exercida coletivamente através da liberdade de culto. Em alguns países, os Estados têm celebrado acordos de cooperação com certos grupos religiosos não católicos, o que significou reconhecer uma importante relevância para os propósitos de desenvolvimento de seus direitos e liberdade religiosa no espaço público. Nestes Estados, os grupos religiosos são titulares do direito à liberdade religiosa enquanto tais, e não enquanto constituam externalizações organizadas dos direitos individuais. Como Prieto afirma:

[...] a relevância que a estas se reconhece, sua disciplina normativa específica e sua qualidade de sujeitos em uma relação de cooperação com o Estado se justificam precisamente por serem titulares do direito fundamental da liberdade religiosa; de um direito que não é o resultado da soma aritmética dos direitos dos indivíduos que compõem a comunidade, mas que existe e pode ser operado de modo independente. A proteção legal da liberdade religiosa

pelo Conselho Econômico e Social em suas resoluções n.º 663C (XXIV) de 31 de julho de 1957 e n.º 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977, § 57. *Cfr.* Corte IDH. *Caso “Cinco Aposentados” vs. Peru*. MRC. 2003, § 116. Artigo 5 do Protocolo de San Salvador.

43 *Corte IDH. Caso Instituto de reeducação do menor vs. Paraguai*. EPMRC. 2004, § 155.

44 *Corte IDH. Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, § 29.

45 Aqui dizemos “grupos religiosos” e não “confissões religiosas” ou “igrejas”, uma vez que essas denominações correspondem às formas cristãs de organização da vida religiosa coletiva. O termo “confissão religiosa” não reflete a natureza diversa dos diferentes grupos religiosos existentes, mas, apesar disso, tanto no direito comparado quanto na doutrina mais esclarecida, ganhou aceitação puramente convencional, para designar qualquer grupo religioso organizado com próprias crenças, adoração e ministério. A rigor, o termo “confissão” refere-se histórica e sociologicamente a grupos religiosos herdados da tradição protestante e não a islâmicos ou judeus.

das comunidades tem, portanto, uma base constitucional, sem que para obter a dita tutela seja preciso acudir a via indireta de considerar violados os direitos individuais de seus membros.⁴⁶

5.1.4.2 Povos indígenas e tribais

Os grupos religiosos tradicionais não são as únicas entidades coletivas cujo exercício da religião é uma questão de observação pelo SIDH. Povos indígenas e tribais foram mencionados em vários relatórios da CIDH nos quais se analisam sua liberdade de religião e crença, assim como sentenças da Corte IDH.⁴⁷

A CIDH promoveu a proteção da liberdade de religião e consciência com base nas obrigações que emanam da DADDH. Isso ocorreu em casos litigados contra Estados que não assinaram a CADH, ou que o fizeram mas não ratificaram ou aceitaram a jurisdição da Corte IDH. Entre esses casos se encontram: *Mary e Carrie Dann vs. Estados Unidos, de 2002*; *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belize, de 2004*; e o caso *Grupo de Tratado Hul “qumi” num vs. Canadá, de 2009*.

Por sua vez, a Corte IDH desenvolveu uma jurisprudência vanguardista sobre os direitos dos povos indígenas e, em particular, sobre seu direito à identidade cultural e religiosa. De acordo com essa jurisprudência, será aplicável o artigo 12 para proteger as cosmovisões e crenças indígenas com base em um significado amplo do termo “religião”. Essa linha jurisprudencial é consistente com o que é observado pelo Comitê de Direitos Humanos:

O artigo 18.º protege convicções teístas, não teístas e ateístas, bem como o direito de não professar nenhuma religião ou crença. Os termos “crença” e “religião” devem entender-se no seu sentido lato. O artigo 18.º não está limitado na sua aplicação a religiões tradicionais ou a religiões e crenças com características institucionais ou práticas análogas às das religiões tradicionais. Assim, o Comitê vê com preocupação qualquer tendência a discriminar contra qualquer religião ou crença, em particular as mais recentemente estabelecidas ou as que representam as minorias religiosas que possam ser objeto de hostilidade por parte de uma comunidade religiosa predominante.⁴⁸

Mais adiante, nos referiremos aos direitos espirituais e religiosos dos povos indígenas ao discutir o conteúdo da liberdade de religião, de acordo com o inciso 2 do artigo 12 da CADH. Nesta seção, basta que tomemos nota da titularidade coletiva que esses povos ostentam para defender a liberdade religiosa de seus membros, bem como a de grupos religiosos.

5.2 A dimensão positiva da liberdade de religião: “[e]sse direito implica a liberdade de [...]”

Continuando com a análise do inciso 1 do artigo 12 da CADH, advertimos que esse inciso descreve o conteúdo da dimensão positiva da liberdade religiosa, diferentemente de seu inciso 2, que representa a dimensão negativa da mesma.

O Estado geralmente tem uma gama de obrigações positivas de respeito e adoção de disposições de direito interno favoráveis ao seu exercício.⁴⁹ Entre essas obrigações positivas se encontram, por

46 Prieto Sanchís, L. “El Derecho Fundamental de Libertad Religiosa”, in Ibán, I. y Prieto Sanchís, L. *Lecciones de Derecho Eclesiástico*. Tecnos, Madrid, 1987, p. 144.

47 Como se sabe, a CADH está em dívida com seu tempo por não ter contemplado nenhuma referência aos povos indígenas ou ao direito à identidade cultural em seu texto. No entanto, sob o enfoque do princípio da não discriminação, dos direitos culturais e do direito de propriedade, tanto a CIDH quanto a Corte IDH desenvolveram um conjunto interessante de normas sobre o direito à liberdade de religião e a crença dos povos indígenas.

48 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 22, Liberdade de pensamento, de consciência ou de religião (art. 18). CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 27 de setembro de 1993, § 2.

49 ver os comentários aos artigos 1 (obrigação de respeitar os direitos) e 2 (obrigação de adotar disposições de direito interno) de Ferrer Mac-Gregor e Pelayo.

exemplo, a adoção de políticas públicas e legislação que supere as lacunas entre os direitos reconhecidos na CADH e as leis internas, incluindo sua implementação prática. Isso pode muito bem significar a necessidade de adotar leis de liberdade religiosa - ou atualizar as existentes que não estão em conformidade com os ideais de uma sociedade democrática - de maneira que explicitem quais são as obrigações dos operadores do direito quanto aos direitos de pessoas de coletivos que representem crenças religiosas minoritárias na sociedade.⁵⁰

Mesmo assim, na gama de obrigações positivas do Estado está o dever de realizar investigações e julgar a violação de um determinado direito. Neste ponto, houve um notável caso argentino informado pela CIDH sobre a ação de grupos antissemitas e de algumas autoridades policiais daquele país, que não haviam recebido a devida investigação ou sanção:

A Comissão considera que, embora o antissemitismo que em algumas ocasiões foi desencadeado na Argentina provém de grupos fanáticos que se encontram fora da responsabilidade governamental, *ao Governo lhe corresponde adotar uma política de controle da atividade de grupos e promover o respeito pelas minorias, de acordo com os instrumentos jurídicos internacionais sobre o assunto.*⁵¹

Portanto, o Estado tem obrigações positivas para proteger o exercício da liberdade religiosa e de consciência, a qual contém dois aspectos: o de ter crenças religiosas e o de manifestá-las.

A liberdade de ter crenças religiosas pode admitir, por sua vez, os seguintes aspectos: os direitos de adotar, mudar e abandonar crenças religiosas. Por sua vez, a liberdade de expressar crenças religiosas abrange uma gama rica e diversa de concretizações: direitos de liberdade de culto (relacionados ao ritual), direitos de difusão religiosa, direitos de formação, educação e ensino religioso, direitos de reunião e associação para fins religiosos e direitos de consciência religiosa (relativos aos critérios éticos baseados na fé).

5.2.1 A liberdade de ter religião

A CADH desenvolveu o direito de ter religião mediante várias disposições: 1. a determinação de caráter não passível de suspensão do artigo 12, mesmo em situações de estado de emergência ou exceção, conforme o artigo 27 da CADH; 2. a proibição de não devolução (*non-refoulement*) de uma pessoa a outro país se houver o risco de ser reprimida por sua religião, de acordo com o artigo 22 da CADH; e 3. a proibição do discurso de ódio religioso no artigo 13 da CADH. Estas disposições são uma condenação à discriminação religiosa e, a esse respeito, não parece que estamos diante de condutas proibidas que busquem ameaçar ou sancionar a prática de uma religião, mas ao contrário estimular a existência de crenças de natureza religiosa.

5.2.2 A liberdade de manifestar a religião

Uma dimensão importante da liberdade de manifestar a religião é a liberdade de culto, cujo objeto é a proteção do fenômeno do rito (este é um dos elementos mais característicos e marcantes da religião). De um modo geral, o ritual é “um ato simbólico através do qual os crentes tentam se comunicar com os seres superiores, como a pregação ou o ato penitencial”,⁵² isto é, uma linguagem para se comunicar

50 Assim, por exemplo, *ver* a legislação interna dos seguintes países: Argentina. Lei 21.745 “Registro Nacional de Cultos”, promulgada em 15 de fevereiro de 1978. Chile. Lei 19638 “Establece Normas sobre la Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas”, promulgada em 1 de outubro de 1999. Colômbia. Lei 133 “Ley Estatutaria de Libertad Religiosa y de Cultos”, publicada no Diário Oficial n.º 41.369, de 26 de maio de 1994. México. “Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público”, publicada no Diário Oficial da Federação em 15 de julho de 1992. Peru. Lei n.º 29635 “Ley de Libertad Religiosa”, publicada em 21 de dezembro de 2010.

51 CIDH. Relatório de País, Argentina, 1980, Capítulo X, § 4. (grifo nosso) Da mesma forma e recentemente, em um caso venezuelano de antissemitismo, *ver* CIDH. Relatório Anual 2008 - Capítulo IV Venezuela, § 367. (grifo nosso)

52 Marzal, M. *Tierra Encantada, Tratado de Antropología Religiosa de América Latina*. Trotta-Fondo Editorial PUCP, Lima, 2002, p. 28.

com o divino que pode ter diferentes modalidades: ritos de passagem (que marcam acontecimentos na vida pessoal, como nascimento, morte, casamento etc.), ritos de iniciação (que marcam a entrada de um grupo religioso), ritos festivos (para celebrar eventos ou personagens sagrados), ritos penitenciais (para atrair perdão divino) e rituais imperativos (para obter favores divinos).⁵³

Assim, a liberdade de culto é o direito de praticar nas cerimônias, celebrações, ritos que derivam de crenças religiosas, e que podem ser praticados tanto individual quanto coletivamente, por meio de associação ou reunião.⁵⁴ Portanto, essa dimensão da liberdade de religião é vinculada aos artigos 16 (liberdade de associação religiosa) e 22 (direito de circulação e residência).⁵⁵

Em particular, a Corte IDH analisou essa dimensão da liberdade consagrada no artigo 12 da CADH no marco da identidade cultural e espiritual dos povos e comunidades indígenas. Os fatos analisados pela Corte IDH tratam, principalmente, sobre graves violações de Direitos Humanos cometidas contra membros de comunidades como desaparecimentos forçados, execuções extrajudiciais ou massacres, e sobre os efeitos destrutivos das atividades extrativas sobre suas terras, territórios e recursos naturais.

Conforme se estabelece na jurisprudência que examinamos a seguir, a Corte IDH tem analisado os efeitos dessas violações na celebração de ritos funerários e na possibilidade de acesso a terras sagradas e tem brindado, paulatinamente, proteção à vida espiritual e cultural dos povos e comunidades indígenas no marco do artigo 12 da CADH.

Na sentença do caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, de 2000,⁵⁶ as crenças das comunidades indígenas Maias da Guatemala foram especialmente consideradas, ao se dispor como reparação que os parentes sobreviventes da vítima (que havia sido torturada, assassinada e desaparecida) poderiam receber seus restos mortais para serem sepultados de acordo com os ritos de sua cultura. Em seus argumentos finais escritos, a CIDH havia destacado a repercussão de não ter dado o sepultamento digno aos restos mortais, “pela relevância central que t[inha] em sua cultura o vínculo ativo que une os vivos com os mortos”, uma vez que a “falta de um lugar sagrado onde acudir para velar [...] constitui[ia] uma preocupação profunda que brota[va] dos testemunhos de muitas comunidades Maias”.

A Corte IDH aceitou esse argumento e, em um voto de profundo conteúdo histórico e espiritual, o juiz Cançado Trindade se estendeu sobre quatro reflexões: 1. o respeito pelos mortos nas pessoas dos vivos; 2. a unidade do gênero humano nos vínculos entre os vivos e os mortos; 3. os laços de solidariedade entre os mortos e os vivos; e 4. a prevalência do direito à verdade, em relação aos mortos e aos vivos.⁵⁷

Posteriormente, a sentença do caso da *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua* foi aquela que – de acordo com o mesmo juiz Cançado Trindade – aprofundou-se mais no conceito de

53 *Idem*.

54 Na década de 1970, a CIDH se pronunciou sobre um decreto do ditador Jorge Videla que proibia as atividades do grupo religioso das Testemunhas de Jeová na Argentina e determinava o fechamento de suas instalações. Como a Argentina ainda não havia ratificado a CADH, a CIDH aplicou o artigo III da DADDH à liberdade religiosa e declarou que a ditadura havia violado o direito à liberdade e culto religioso, recomendando que o decreto fosse revogado e que toda perseguição contra aquela religião fosse interrompida, ver CIDH. *Caso Testemunhas de Jeová vs. Argentina*, Caso 2137, 18 de novembro de 1978. Da mesma forma, em seu Relatório Anual 1979-1980, a CIDH examinou o direito de adquirir personalidade jurídica no Paraguai; novamente, baseando sua decisão na DADDH, chamou a atenção para esse país por ter retirado a personalidade jurídica das Testemunhas de Jeová e impedido de realizar suas atividades. ver CIDH. Relatório Anual 1979-1980 - Capítulo V Paraguai, § 10.

55 Para uma análise mais aprofundada sobre o conteúdo desses artigos, consulte os comentários de Mujica (sobre liberdade de associação) e de Uprimny e Sánchez (sobre o direito de circulação e residência).

56 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. M. 2000.

57 *Idem*. Voto individual do juiz A. A. Cançado Trindade. Em virtude desses vínculos entre os vivos e os mortos originários da cultura maia, a Corte IDH decidiu estender a noção de “vítimas” aos familiares da vítima assassinada, uma vez que se constatou que “a sorte de alguém está inelutavelmente ligada à sorte dos demais. Não se pode viver em paz diante do infortúnio de um ente querido. E a paz não deve ser um privilégio dos mortos. O desaparecimento forçado de uma pessoa também vitimiza seus familiares imediatos.” *Idem*.

identidade cultural e cosmovisão indígena, convertendo-se em um caso emblemático ou *leading case* na matéria.⁵⁸ Na mencionada sentença, pela primeira vez, a Corte IDH avançou no conceito de que a relação dos povos indígenas com suas terras não é meramente de propriedade ou de posse, mas sim espiritual:

[...] Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. [...] Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, *mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações.*⁵⁹

Entretanto, é importante mencionar que nesse caso se tratou de uma interpretação progressiva do artigo 21 da CADH relativa ao direito de propriedade, e não do artigo 12 sobre liberdade de religião. Apesar disso, existe um vínculo especial e interdependente entre a posse da terra e a identidade cultural indígena, a qual em última análise é espiritual, para que as terras também possam ser - e inclusive melhor - protegidas alegando a violação do direito à liberdade religiosa. Esta relação especial entre comunidades indígenas e seus territórios foi fortemente reafirmada em sentenças subsequentes da Corte IDH,⁶⁰ assim como nas decisões e relatórios da CIDH,⁶¹ que consolidaram uma tendência jurisprudencial para a interpretação combinada do artigo sobre o direito à propriedade, com o da identidade cultural e liberdade religião.

No caso *Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* em 2004, ventilou-se a aplicação direta do artigo 12 da CADH. O Estado guatemalteco aceitou sua responsabilidade internacional pela violação de vários artigos, incluindo a liberdade de consciência e religião; a Corte IDH enfatizou que essa transgressão específica havia constituído em que “a comunidade do Plan de Sánchez só poderia realizar o enterro de alguns de seus familiares de acordo com as cerimônias Maias, suas crenças e religiosidade”,⁶² e - seguindo sua linha precedente -, sinalizou que os familiares das 268 pessoas assassinadas ostentavam a condição de “vítimas” devido a angústia sofrida.

No ano seguinte, na sentença do caso da *Comunidade Moiwana vs. Suriname*,⁶³ de maneira notável, o juiz Cançado Trindade postulou a tese de “dano espiritual” e “dano ao projeto pós vida” nos seguintes termos:

Me atreveria a conceituá-lo como dano espiritual, como uma forma agravada de dano moral que tem uma implicação direta na parte mais íntima do gênero humano, a saber, seu ser interior, suas crenças no destino da humanidade e suas relações com os mortos. O dano espiritual não é suscetível, obviamente, a compensação material, mas existem outras formas de compensação. É aqui que se apresenta a ideia, pela primeira vez na história, ao meu leal entendimento.

[...]

58 Cançado Trindade, A. A. “The right to cultural identity in the evolving jurisprudential construction of the Inter-American Court of Human Rights”, em Sienho, Y. e Morin J. (eds.), *Multiculturalism and international law*. Brill, Leiden, 2009, p. 485.

59 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awaj Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, § 149. (grifo nosso)

60 Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. M. 2004. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. MRC. 2006. Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005.

61 CIDH. *Caso Tim Coulter e outros vs. Brasil*, Caso n.º 7615, 5 de março de 1985. CIDH. Relatório n.º 75/02, *Caso Mary e Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, Mérito, 27 de dezembro de 2002. CIDH. Relatório n.º 40/04, *Caso Comunidades Indígenas Mayas do Distrito de Toledo vs. Belize*, Caso 12.053, Mérito, 12 de outubro 2004. CIDH. Relatório n.º 105/09, *Caso Grupo de Tratado Hul'qumi'num vs. Canadá*, Caso 592-07, Admissibilidade, 30 de outubro de 2009.

62 Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. M. 2004, § 42.30.

63 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005.

O [...] caso da Comunidade Moiwana, ao meu modo de ver, abrange ainda mais do que o direito emergente a um projeto de vida. Há alguns anos, [a] Corte estabeleceu jurisprudência ao afirmar a existência de dano ao projeto de vida. A interpretação geral do caso levou em consideração, no entanto, aos vivos. No presente caso, no entanto, posso visualizar, na penalidade dos N'djukas, da aldeia de Moiwana, a pretensão ao direito a um projeto pós vida, que leva em conta os vivos em suas relações com os mortos, como um conjunto. O Direito internacional em geral, e o Direito Internacional dos Direitos Humanos em particular, não podem permanecer indiferentes ante as manifestações espirituais do gênero humano, tais como as verificadas na avaliação iniciada por esta Corte no presente Caso da Comunidade Moiwana.

Não existe razão sumamente poderosa para permanecer no mundo exclusivamente dos vivos. No *cas d'espèce*, me dá a impressão que os N'djukas têm o direito de apreciar seu projeto pós vida, o encontro de cada um deles com seus antepassados, a relação harmoniosa entre os vivos e os mortos. Sua visão de vida e pós vida abrange valores fundamentais, há muito tempo esquecidos e perdidos pelos filhos e filhas das “revoluções” industriais e comunicativas (ou outras evoluções, desde a perspectiva espiritual).⁶⁴

Hennebel sugeriu que na realidade trata-se de honrar as obrigações para com os mortos, cumprindo-as através dos vivos, e salienta que a sentença da Corte IDH no caso da *Comunidade Moiwana*:

[...] sugere que o assunto se refere diretamente ao direito de uma pessoa morta de gozar de um enterro decente, embora na prática, esse direito seja materializado pelo direito das famílias à verdade [...]. Se, com a morte de um indivíduo, ele deixa de ser o titular de direitos, não deixa de ser verdade que seus restos mortais estão legalmente protegidos. O respeito dos mortos é uma obrigação que se deve aos vivos.⁶⁵

A sentença da Corte IDH no caso do *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*, de 2012,⁶⁶ sublinhou a interdependência entre o direito à propriedade comunitária indígena e o direito à sua própria identidade cultural e religiosa, ao destacar o profundo vínculo cultural, imaterial e espiritual que o Povo Sarayaku mantém com seu território, em particular, as características específicas de sua “selva viva” (*Kawsak Sacha*) e a relação íntima entre esta e seus membros, que não se limita a garantir sua subsistência, mas sim integra sua própria cosmovisão e identidade cultural e espiritual.

No caso dos *Massacres de Río Negro vs. Guatemala*, também de 2012, a Corte IDH declarou a violação do artigo 5 da CADH em relação ao artigo 12 da CADH, ao estabelecer uma relação entre a deterioração da vida cultural e espiritual dos membros da comunidade e as violações à sua integridade pessoal.⁶⁷

O caso se referia à destruição da Comunidade Maia de Río Negro, através de uma série de massacres realizados pelo Exército da Guatemala e membros das Patrulhas Cívicas de Autodefesa nos anos 1980 e 1982, bem como a perseguição e eliminação de seus membros, e as violações subsequentes contra os sobreviventes. Segundo a Corte IDH, a deterioração da vida cultural e espiritual da comunidade se deve “à impossibilidade de enterrar seus mortos de acordo com suas crenças, [...] a perda de guias espirituais e lugares sagrados, bem como à deterioração em sua estrutura familiar e social.”⁶⁸

Na sentença, a Corte IDH reconhece a importância dos rituais de despedida dos mortos e acesso a locais sagrados na cultura Maia.⁶⁹ Ao fazer a respectiva análise jurídica, a Corte IDH lembrou que, de

64 *Ibidem*, §§ 68-69.

65 Hennebel, L. “La protection de l'intégrité spirituelle des indigènes: réflexions sur l'arrêt de la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme dans l'affaire Comunidad Moiwana c. Suriname du 15 juin 2005”, em *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 17e année, no 66, 1er avril 2006.

66 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012.

67 Corte IDH. *Caso Massacre de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, § 165, ponto resolutivo 4.

68 *Ibidem*, § 153.

69 *Ibidem*, § 158. ver a perícia apresentada por Rosalina Tuyuk durante a audiência pública, nos § 156 e 158 da sentença.

acordo com sua jurisprudência constante, embora a CADH não contemple explicitamente o “direito de enterrar os mortos”, esse tema foi abordado:

[...] *não como um direito substantivo, mas sim no marco de reparações em casos de desaparecimentos forçados, principalmente como consequência de outro direito que sim [se encontra] previsto na CADH.* Assim, por exemplo, [...] ordenou que, ao encontrar-se os restos de uma pessoa desaparecida, estes sejam entregues aos seus familiares e que o Estado cubra as despesas do funeral ou enterro [e em outros casos] se referiu à impossibilidade de enterrar os mortos como um fato que aumenta o sofrimento e a angústia dos familiares, o que pode[ria] ser considerado nas reparações para determinar um montante como compensação imaterial a favor dos familiares.⁷⁰

Observou que no caso em estudo:

[...] Por um lado, [os membros da Comunidade Río Negro] não [puderam] realizar seus rituais fúnebres devido ao fato de o Estado não hav[er] localizado e nem identificado a maioria dos restos mortais de pessoas supostamente executadas durante os massacres, e de que 17 pessoas se enc[ontravam] desaparecidas forçosamente. Mas, por outro lado, tampouco p[oderiam] realizar qualquer outro tipo de rituais porque os lugares sagrados para os quais costumavam ir foram inundados como resultado da construção da usina hidrelétrica de Chixoy. [...] [A] relação especial dos povos indígenas com seus territórios ancestrais não reside apenas em que constituem o seu principal meio de subsistência, mas sim um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e, portanto, sua identidade [...] ou integridade cultural, que é um direito fundamental e de natureza coletiva das comunidades indígenas, que devem ser respeitadas em uma sociedade multicultural, pluralista e democrática [...], como é a da Guatemala.⁷¹

Finalmente, se referiu às más condições de vida que padeciam os sobreviventes dos massacres, bem como seu estado geral de abandono, que gerava sofrimento “que necessariamente [afeta]va a integridade mental e moral dos membros da comunidade [...]”⁷² Em atenção a todos estes fatos, a Corte IDH considerou que a Guatemala havia violado o artigo 5.1 da CADH, em relação aos artigos 12.1 e 1.1 do mesmo instrumento.

5.2.3 O direito à igualdade religiosa

As obrigações positivas do Estado também devem ser entendidas como um dever de adotar políticas e disposições, que permitam o gozo da liberdade religiosa sem discriminação e em igualdade de condições a certas categorias de pessoas discriminadas e particularmente vulneráveis, como mulheres, minorias religiosas, menores de idade, povos indígenas, pessoas com deficiência, etc. Isso nos remete

70 *Ibidem*, § 155. (grifo nosso) Neste §, a Corte IDH cita os seguintes casos: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. MRC. 2006, § 232. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPMRC. 2012, § 291. Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009, § 87. Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. M. 2004, §§ 226 e 292.

71 Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, § 160. Na nota de rodapé 249 deste §, a Corte IDH cita os seguintes casos e fontes: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakyé Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005, § 135. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 261. Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012, § 213. Convenção sobre os povos indígenas e tribais em países independentes, 1989 (n.º 169) da OIT, considerando quinto. Na nota 250 deste parágrafo, a Corte IDH cita o caso do povo indígena *Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012, § 217, e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007, sobre a qual afirma que foi “amplamente aceita ao ter sido adotada no órgão respectivo com a assinatura de 143 Estados (inclusive a Guatemala), contempla o direito desses povos de determinar livremente sua condição política, a buscar livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural, a participar da adoção das decisões que os afetem, e a participar plenamente, caso assim queiram, da vida política, econômica, social e cultural do Estado (arts. 3, 4, 5, 18, 19, 20, 23, 32, 33 e 34)”.

72 *Ibidem*. (nota de rodapé omitida)

ao princípio de não discriminação e igualdade, que aplicados ao campo religioso se denominaria igualdade religiosa para explicar o gozo igualitário da liberdade de religião.⁷³

6. Inciso 2: A dimensão negativa da liberdade de consciência e de religião

Além da função positiva do direito, descrita até agora, a liberdade de consciência e religião possui, naturalmente, também sua clássica vertente “negativa”; isto é, para proteger o titular contra interferências indevidas a essa liberdade por parte do Estado ou de terceiros (na medida em que aplique o efeito horizontal dos Direitos Humanos).

Por exemplo, a CIDH criticou a Cuba em razão da inobservância da liberdade de religião reconhecida na DADDH,⁷⁴ devido à nacionalização das escolas particulares em 1961, o que significou a eliminação da educação religiosa, a abolição dos feriados religiosos, a organização de atividades esportivas e aulas de doutrinação aos domingos, os quais dificultavam a participação nos ofícios religiosos, a proibição das procissões religiosas, o aumento do êxodo de pessoas para fora do país devido à hostilidade do governo, a diminuição dos membros da comunidade judaica a uma décima parte, a cessação do funcionamento de igrejas devido à falta de pessoal religioso devido a restrições governamentais, o treinamento militar obrigatório sem permitir objeções de consciência, etc.⁷⁵

Embora geralmente se considere que os movimentos teológicos e éticos do *forum* interno não são suscetíveis a afetação externa, pensamos que em casos extremos isso pode acontecer quando, por exemplo, pretende-se afetar a psique humana com a finalidade de induzi-la a determinado pensamento ou crença religiosa, ou quando a prática religiosa é inexistente (por temor fundado a ser eliminado), as pessoas são assediadas e perseguidas apenas pelo fato de serem conhecidas por uma certa crença religiosa. Nesses casos, não se trata de uma repressão à exteriorização da crença, mas algo mais grave: de uma indução não solicitada a ter certas crenças. Este aspecto da imunidade à coação é desenvolvido nos parágrafos seguintes.

6.1 O direito à livre formação da consciência

Em um interessante trabalho, Isidoro Martín Sánchez afirmou que o direito à livre formação de consciência é um direito derivado do direito à liberdade de consciência.⁷⁶ Por meio dessa formulação se busca proteger não apenas a livre posse de crenças religiosas e não religiosas, mas também o processo de maturação espiritual anterior à escolha dessas crenças, ou seja: a liberdade interna. O referido autor ressalta que o *forum internum* da pessoa é protegido pelo reconhecimento dessa liberdade, que, por sua vez, é expressão direta da liberdade de consciência em seu aspecto interno.

Tal proteção estaria implícita no PIDCP, o qual manifesta que “ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha”, bem como em outras normas jurídicas internacionais, tal como o interpreta e sustenta o autor citado,⁷⁷ entre elas o artigo 12 da CADH.

73 Nesse sentido, a CIDH teve várias oportunidades para se pronunciar sobre a não discriminação por motivos religiosos e o direito à igualdade. Na grande maioria dos casos em que o artigo 12 da CADH é examinado pela CIDH, há uma preocupação central com essa dimensão. ver CIDH. Relatório de País, Cuba, 1983. CIDH. *Caso Testemunhas de Jeová vs. Argentina, Caso 2137, 18 de novembro de 1978*. Para citar apenas alguns exemplos.

74 CIDH. Relatório de País, Cuba, 1983, Capítulo VII, § 32.

75 *Ibidem*, §§ 18-26.

76 Martín Sánchez, I. “El derecho a la formación de la conciencia en el ordenamiento jurídico internacional”. Ponencia presentada al Congreso Latinoamericano sobre Libertad Religiosa, PUCP, Lima, 2000, pp. 35 e ss.

77 *Ibidem*, pp. 38-41.

Por sua vez, o ex juiz da Corte IDH, Roux Rengifo, indica que:

O artigo 12 da Convenção contempla várias hipóteses de violação do direito à liberdade de consciência e de religião, entre as quais se inclui a que consiste em impedir que alguém mude de crença religiosa. Para alcançar esse último efeito, não é relevante que se constranja física ou mentalmente a pessoa em questão a permanecer atada à fé que professa. Esta seria a forma mais evidente, mas não a única, de afetar sua liberdade de consciência e de religião. A mudança de religião ou de crenças costuma ser o resultado de um processo longo e complexo, que inclui dúvidas, reflexões e buscas. O Estado deve garantir que cada pessoa possa realizar esse processo, caso decida empreendê-lo, em uma atmosfera de completa liberdade e, em particular, que não seja limitada a ninguém a possibilidade de se reunir, sem infringir os direitos dos demais, todos os elementos de vida e emocionais, conceituais e informativos ou de qualquer outra natureza que considere necessários para optar adequadamente pela mudança ou manutenção de sua fé. Se o Estado cometer uma falta, por ação ou omissão, em relação a esses deveres, viola o direito à liberdade de religião e de consciência.⁷⁸

6.2 O direito à objeção de consciência

Algumas vezes, as crenças e convicções éticas de uma pessoa colidem com mandatos e deveres jurídicos, o que gera um conflito de valores e interesses que ao direito interessa resolver. Tais situações são aquelas que constituem supostos casos de objeção de consciência.

Quanto à estrutura essencial de toda conduta que reclame constituir-se em objeção de consciência, nos interessa citar aqui a definição doutrinária que Joaquín Navarro Valls e Rafael Palomino dão a ela:

[...] toda reivindicação contrária à lei motivada por razões axiológicas - não meramente psicológicas -, de conteúdo primordialmente religioso ou ideológico, seja para fins de escolha menos prejudicial para a consciência entre as alternativas previstas na norma, seja para eludir o comportamento contido no imperativo legal ou na sanção prevista por seu descumprimento ou, aceitando o mecanismo repressivo, lograr a alteração da lei contrária ao pessoal imperativo ético.⁷⁹

A CADH menciona o direito à objeção de consciência de uma maneira não muito sistemática. Assim, declara no artigo 6 (proibição de escravidão e servidão): “3. [n]ão constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo: [...] b. o serviço militar e, nos países onde se admite a isenção por motivos de consciências, o serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele”.

No caso 12.219 contra o Chile, a CIDH teve a oportunidade de se pronunciar sobre esse assunto.⁸⁰ Tratou-se do caso de três jovens chilenos, que, tendo completado 18 anos, expressaram sua total e completa objeção de consciência ao serviço militar. Os petionários alegaram que havia sido violada sua liberdade de consciência por não respeitarem suas crenças sobre como deveriam determinar seus próprios planos de vida.⁸¹ A CIDH preparou uma extensa e detalhada análise da jurisprudência internacional sobre a objeção de consciência,⁸² e sustentou que a jurisprudência internacional de Direitos Humanos restringia o direito à objeção de consciência aos casos em que os países os haviam estabelecido

78 Corte IDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. MRC. 2001. Voto fundamentado.

79 Navarro Valls, R. y Palomino, R. “Las objeciones de conciencia”, em *Tratado de Derecho Eclesiástico*. EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994, p. 1095.

80 CIDH. Relatório n.º 43/05, *Caso Cristian Daniel Sahli Vera e outros vs. Chile*, Caso 12.219, Mérito, 10 de março de 2005.

81 Sobre a isenção por motivos de consciência do serviço militar, ver o comentário ao artigo 6 (proibição de escravidão e servidão) de Andreu.

82 CIDH. Relatório n.º 43/05, *Caso Cristian Daniel Sahli Vera e outros vs. Chile*, Caso 12.219, Mérito, 10 de março de 2005, §§ 38-83.

anteriormente em sua legislação interna, portanto, decidiu que não havia violação da liberdade de consciência dos peticionários.

A CIDH sinalizou que, embora o termo “objeção de consciência” não estivesse explícito na CADH, a expressão “isenção por razões de consciência” poderia ser considerada um sinônimo. A CIDH argumentou que o artigo 6.3.b. da CADH deve ser lido em conjunto com o artigo 12 do mesmo instrumento, de modo que na ordem interamericana a objeção de consciência estava sujeita à legislação nacional anterior. Nesse ponto, a CIDH acrescentou que o artigo 6.3.b. da CADH implicitamente reconhecia que a objeção de consciência poderia ser reconhecida por alguns países e por outros não. Toda vez que o Chile negava a existência do direito à objeção de consciência em sua legislação, o fez sob o argumento de que seu exercício ameaçava a segurança pública do país - que era um limite legítimo convencional para restringir a liberdade de consciência no artigo 12 convencional – de modo que a CIDH concluiu não poder deixar de reenviar a solução do caso para que o próprio Estado decidisse sobre a petição dos jovens objetores.⁸³

Este é um dos casos verdadeiramente paradigmáticos do SIDH em torno do artigo 12 da CADH, e não seria estranho que no futuro vejamos um julgamento da mesma Corte IDH pronunciando-se sobre o tema, já que nas últimas décadas houve um “renascimento” da objeção de consciência por múltiplas razões religiosas.

7. Inciso 3: As limitações da liberdade de consciência e religião

O dever de convivência harmoniosa entre os membros de uma sociedade leva ao estabelecimento mútuo de restrições para que todos possam usufruir igualmente de seus direitos. Apesar da DADDH não mencionar explicitamente quais seriam os limites da liberdade religiosa, isso não quer dizer que para os países que não sejam parte da CADH, ou que não aceitaram a jurisdição da Corte IDH, os referidos limites são inexistentes. Esses limites estão implícitos no artigo XXIX da DADDH (instrumento supervisionado pela CIDH), que sinaliza: “O indivíduo tem o dever de conviver com os demais, de maneira que todos e cada um possam formar e desenvolver integralmente a sua personalidade”.

Por sua parte, a CADH estabelece limites, os quais não se aplicam ao direito de ter ou adotar uma religião - pertencente ao âmbito interno da pessoa - mas sim ao direito de manifestá-la ou externalizá-la. Assim o inciso 3 do artigo 12 estabelece o seguinte: “[a] liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pelas leis e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou moral pública ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.”.

Portanto, as limitações à liberdade de consciência e religião devem ser legais e legítimas. A seguir examinaremos ambas condições.

7.1 Legalidade das limitações permitidas no artigo 12 da CADH

As limitações deverão respeitar o princípio de legalidade, ou seja, devem haver sido previstas em “lei” e devem ser “necessárias”.⁸⁴ Em particular, a CADH sujeita a legalidade da determinação às noções autônomas,⁸⁵ de “lei” e de “necessidade em uma sociedade democrática”. Assim, para o caso de restrições estabelecidas por “lei” ao exercício dos Direitos Humanos.

83 *Ibidem*, § 100.

84 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas* 1985, § 67.

85 “O significado da palavra leis deve ser buscado como um termo incluído em um tratado internacional. Consequentemente, não se trata de determinar o significado das leis substantivas no direito interno de um Estado Parte”. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1986, § 19.

Em sua opinião sobre a expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,⁸⁶ a Corte IDH realizou esclarecimentos muito importantes, razão pela qual vale a pena nos deter-nos nesta opinião:

[...] não é possível interpretar a expressão ‘leis’, utilizada no artigo 30 [da CADH], como sinônimo de qualquer norma jurídica, pois isso equivaleria a admitir que os direitos fundamentais podem ser restringidos por apenas uma determinação do poder público, sem outra limitação formal do que a de consagrar tais restrições em disposições de caráter geral.⁸⁷

Trata-se, portanto, de leis cuja hierarquia supõe requisitos exigentes de aprovação que sirvam para reduzir a interferência da vontade dos poderes públicos nas liberdades:

[...] A Corte conclui que a expressão leis, usada no artigo 30 [da CADH], não pode ter outro significado que não seja o de lei formal, ou seja, norma legal adotada pelo órgão legislativo e promulgada pelo Poder Executivo, de acordo com o procedimento requerido pelo direito interno de cada Estado.⁸⁸

Portanto, para que a limitação imposta ao exercício da liberdade de religião esteja em conformidade com o padrão interamericano *deve ter sido prevista por uma norma jurídica aprovada pelo Poder Legislativo, mas também, deve ter sido democraticamente aprovada pelo referido Poder para que não seja apenas legal, mas também legítima*:

A lei no Estado democrático não é simplesmente um mandato da autoridade revestido de certos elementos formais necessários. Implica um conteúdo e está dirigida a um propósito. [...] Numa sociedade democrática, o princípio de legalidade está inseparavelmente ligado ao da legitimidade, em virtude do sistema internacional que se encontra na base da própria Convenção, referente ao “exercício efetivo da democracia representativa”, que se traduz, *inter alia*, na eleição popular dos órgãos de criação jurídica, o respeito pela participação das minorias e a gestão do bem comum.⁸⁹

A Corte IDH conclui definindo a noção de “leis”:

[...] a palavra leis no artigo 30 da Convenção significa norma jurídica de caráter geral, vinculada ao bem comum, emanada dos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos, e elaboradas de acordo com o procedimento estabelecido pelas constituições dos Estados Partes para a formação das leis.⁹⁰

Nesse ponto, devemos efetuar a seguinte distinção: a opinião da Corte IDH sobre a noção de “lei” que apresentamos aqui foi construída especificamente no artigo 30 da CADH, que, entre para outros fins, busca restringir a atividade do Estado quando se trata de limitar as liberdades pessoais. A Corte IDH então passa a analisar o propósito do artigo 30 e a elaborar sua noção de “lei” nesse marco específico. Mas aqui coletamos essa elaboração para aplicá-la também à fórmula do artigo 12, uma vez que a própria Corte IDH indica que os critérios do artigo 30 são aplicáveis aos casos como liberdade de consciência e religião

86 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86, *op. cit.* O artigo 30 (escopo das restrições) da CADH estabelece o seguinte: “as restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas, exceto em conformidade com às leis promulgadas por razões de interesse geral e para os fins para os quais foram estabelecidas.”

87 *Ibidem*, § 26.

88 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86, *op. cit.*, § 27.

89 *Ibidem*, § 32.

90 *Ibidem*, § 38. Em relação a um caso nacional em que uma lei declarou ilegal e punível opor as crenças religiosas “à revolução”, a CIDH estabeleceu o seguinte: “[...] se apresentam novamente neste artigo expressões ambíguas que impedem que o mesmo funcione como garantia adequada do direito proclamado. Assim, considerar “ilegal e punível opor a fé ou crença religiosa à Revolução” é deixar aos órgãos políticos a tarefa de interpretar o escopo jurídico de eventuais crenças ou ações opostas “à Revolução”. CIDH. Relatório do País, Cuba, 1983, Capítulo VII, § 5.

Não obstante o exposto, os critérios do artigo 30 são aplicáveis a todos aqueles casos em que a expressão lei ou frases equivalentes são empregadas pela Convenção com propósitos de restrições que a mesma autoriza em relação a cada um dos direitos protegidos. De fato, a Convenção não se limita a proclamar o conjunto de direitos e liberdades cuja inviolabilidade é garantida a todo ser humano, mas também faz referência a condições particulares nas quais é possível restringir o gozo ou exercício de tais direitos ou liberdades sem violá-los.⁹¹

Isso nos leva a outro tema: as restrições enumeradas no artigo 12 da CADH são as únicas que podem ser aplicadas à liberdade de consciência e religião, ou outras poderiam ser aplicadas. Essa abordagem é válida sempre que, em princípio, o fato de certos limites serem enumerados em um artigo não significa que eles são os únicos possíveis. Em primeiro lugar, porque a CADH é um sistema e não um simples agregado de normas desconexas e autossuficientes, para as quais seu conteúdo deve ser sistematicamente interpretado como um todo, juntamente com o fato de que embora cada direito enunciado na CADH tenha autonomia normativa, isso não implica que esteja desligado dos princípios ou regras gerais aplicáveis a toda CADH. Em segundo lugar, porque uma enumeração pode muito bem estar fechada ou aberta, ou cumprir uma função pedagógica sem pretender ser taxativa.

No caso do artigo 12 da CADH, é possível inferir que seus limites são aqueles estabelecidos “unicamente” mediante lei (ou seja, pelos ordenamentos jurídicos nacionais), referindo-se aos limites que resultam dos consensos alcançados democraticamente em cada país. Portanto, embora o artigo 32.2 da CADH poderia ter introduzido uma limitação adicional (o “bem comum”), isso não é possível no caso da liberdade de consciência e de religião.⁹² *Mutatis mutandis*, em relação à liberdade de expressão, a Corte IDH sustentou que:

[...] é válido sustentar, em geral, que o exercício dos direitos garantidos pela Convenção deve se harmonizar ao bem comum. Isso não indica, entretanto, que, a critério da Corte, o artigo 32.2 seja aplicável de forma automática e idêntica a todos os direitos protegidos pela Convenção, *sobretudo nos casos em que se especificam taxativamente as causas legítimas que podem fundamentar as restrições ou limitações para um direito determinado*. O artigo 32.2 contém um enunciado geral que opera, em especial, naqueles casos em que a Convenção, ao proclamar um direito, não dispõe nada em concreto sobre suas possíveis restrições legítimas.⁹³

E com relação a possíveis restrições adicionais que possam surgir do artigo 30, a Corte IDH apon-
tou que:

O artigo 30 não pode ser interpretado como um tipo de autorização geral para estabelecer novas restrições aos direitos protegidos pela Convenção, que seriam acrescentadas as limitações permitidas na regulamentação específica de cada uma delas. Pelo contrário, o que o artigo pretende é impor uma condição adicional para que as restrições, singularmente autorizadas, sejam legítimas.⁹⁴

Portanto, as únicas limitações à liberdade de religião são as taxativamente listadas no artigo 12 da CADH, que devem ser aplicadas mediante uma lei que seja necessária em uma sociedade democrática; esta segunda condição é examinada abaixo.

7.2 Legitimidade das limitações

91 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86, *op. cit.*, § 17.

92 O artigo 32 intitulado correlação entre direitos e deveres - referente ao capítulo V da CADH “Deveres das pessoas” - estabelece o seguinte: “1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade. 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.”

93 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85, *op. cit.*, § 65. (grifo nosso)

94 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86, *op. cit.*, § 17.

O teste para julgar se uma restrição à referida liberdade é legítima, passará primeiro por uma análise de legalidade e depois de legitimidade. Quanto ao primeiro, como já estabelecemos, se trata de analisar se a norma restritiva atende aos padrões gerais, orientada para o bem comum, produzida por um Poder Legislativo democrático e elaborada respeitando a Constituição. Em quanto ao segundo, a legitimidade consiste em determinar se a referida lei é necessária em uma sociedade democrática,⁹⁵ e também proporcional aos propósitos que persegue, ou seja, que ao aplicar uma devida ponderação se demonstre que o sacrifício da liberdade em questão está em apropriada relação ao fim público perseguido para evitar que este seja cerceado apenas como pretexto para restringir o primeiro. Portanto, ao analisar as limitações impostas, o juiz deve estabelecer sua legitimidade de acordo com a técnica da ponderação e com um teste rigoroso.⁹⁶

A expressão “que sejam necessárias, numa sociedade democrática” é introduzida em outros artigos da CADH e não no artigo sobre liberdade de religião, no qual diz apenas “necessária” (ao contrário da CEDH, onde isso aparece em seu artigo 9 sobre liberdade religiosa), mas essa diferença na terminologia:

[...] perde significado posto que a Convenção Europeia não contém nenhuma provisão comparável com o artigo 29 da Americana, que dispõe regras para interpretar suas disposições e proíbe que a interpretação possa “excluir outros direitos e garantias [...] que decorrem da forma democrática representativa de governo”.⁹⁷

Existindo então o mesmo significado teleológico em ambas as Convenções a noção de “necessidade numa sociedade democrática” se erige como outro condicionamento da atividade legislativa do Estado no momento de restringir a liberdade de religião.

A restrição à liberdade religiosa deverá ser legal, legítima, e, portanto, proporcional e necessária em uma sociedade democrática, além disso também deve buscar um fim legítimo. No caso da liberdade religiosa, os fins legítimos são enunciados como a segurança, saúde e moral públicas assim como os direitos ou liberdades dos demais. Mas sua aplicação mecânica não é suficiente, mas, pelo contrário, esses conceitos devem ser objeto de uma interpretação estritamente limitada às “justas exigências” de “uma sociedade democrática”, que tenha em conta o equilíbrio entre os diferentes interesses em jogo e a necessidade de preservar o objeto e a finalidade da CADH. Vejamos no que consistem.

7.2.1 A segurança pública

Ninguém pode manifestar livremente sua própria religião se isso ameaçar a segurança pública. A segurança pública em questão aqui é focada na proteção de pessoas e bens, e na manutenção da tranquilidade ou ordem pública, no âmbito de atuação das forças de segurança em face de atos de violência, calamidades, perigos, graves perturbações da tranquilidade e ordem, etc. Uma causa de ameaça ou atentado à segurança pública deve ser verificada quando o perigo seja comprovado e grave, e não com base em especulações, hipóteses ou possibilidades; nesse caso, se tornaria uma restrição ilegítima.

7.2.2 A saúde pública

95 Entender como “necessário” aquela medida que implica a “existência de uma necessidade social imperativa necessariamente inevitável”, como afirma a Corte IDH. *Ibidem*, § 46.

96 A esse respeito, é apropriado remeter a uma observação crítica feita pela advogada espanhola Zoila Combalía sobre os preconceitos existentes nos ‘operadores’ da lei de seu país ao aplicar as restrições à liberdade religiosa: “[...] dá a impressão de que a liberdade de consciência é o direito legal que deve sempre ser transferido e somente quando não viola nenhum outro, merece a proteção da lei. Essa abordagem não é, na minha opinião, muito sensível à proteção das liberdades”. Combalía, Z. “Os limites do direito à liberdade religiosa”, em *Tratado de Derecho Eclesiástico*. EUNSA Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1994, p. 493. O que Zoila Combalía afirmou se origina de fatores culturais - o que não é necessário explicar aqui -, bem como o desconhecimento do teste convencional aplicado para determinar se uma limitação estatal ao direito de liberdade religiosa era legítima ou não.

97 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85, *op. cit.*, § 44.

O exercício da liberdade religiosa não pode chegar ao ponto de pôr em risco ou prejudicar a saúde pública. Observe que se trata da saúde pública e não da privada. Em nossa opinião, não caberia alegar essa limitação convencional para o caso de pessoas que, por razões de consciência religiosa, se recusam a receber transfusões de sangue e, assim, colocam em risco sua própria integridade e saúde.⁹⁸

Quando se trata de que a saúde individual seja afetada, as autoridades públicas devem procurar não cair na tentação de apelar ao argumento da “saúde pública” para justificar restrições às práticas religiosas que unicamente afetam a saúde privada. Quando isso acontece, ocorre em um abuso contra a liberdade religiosa do paciente. Obviamente, isso não significa que se trate de qualquer saúde privada, mas da própria saúde privada e não a de terceiros. E acima de tudo, não se deverá proteger a liberdade religiosa em grave sacrifício da saúde se esse terceiro for um incapaz ou for menor de idade sujeito ao pátrio poder. Nesses casos, a proteção da saúde seria preferível à proteção de liberdade religiosa, já que ninguém tem o direito de impor o martírio aos demais, muito menos a quem não pode manifestar sua vontade consciente ou totalmente madura e plena.

Finalmente, quando a observância de uma crença religiosa traz perigo à saúde pública –como provocar uma epidemia– a saúde é preferida como prioritária, e mesmo essa ponderação pode levar a que o grupo religioso que promove a crença de que é prejudicial à saúde pública não seja inscrito no registro oficial de entidades religiosas.⁹⁹

7.2.3 A ordem pública

A introdução da “ordem pública” como limite à liberdade religiosa remonta à Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo artigo 10 afirmava que “ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”. Trata-se de um conceito jurídico que pode ser entendido conceitualmente apenas em referência direta a certas circunstâncias político-sociais, razão pela qual, segundo elas, têm sido interpretado de várias maneiras: ora em uma chave democrática, ora em uma chave autoritária e ditatorial.

O conceito de “ordem pública” mencionado pela CADH é uma noção autônoma que pertence ao âmbito do direito interamericano dos Direitos Humanos, que não pode e não deve ser entendido a partir da determinação feita pelos legisladores ou juízes nacionais. Sendo que corresponde à Corte IDH garantir o cumprimento da CADH, constituiria uma transgressão desse mandato conferido pelos Estados que sejam esses, e não aqueles, os que têm o poder de definir o alcance do conceito de “ordem pública” estabelecido na mesma CADH. A noção interamericana de ordem pública não é, portanto, assimilável às noções do direito privado ou público dos direitos nacionais (ordem pública, ordem interna, ordem da rua ou ordem policial). Como afirma a Corte IDH:

[...] um possível significado de ordem pública no âmbito da Convenção refere-se às condições que asseguram o funcionamento harmonioso e normal das instituições sobre a base de um sistema coerente de valores e princípios. Nesse sentido, as restrições poderiam ser justificadas ao exercício de certos direitos e liberdades para garantir a ordem pública.¹⁰⁰

7.2.4 A moral pública

Embora a moralidade pública possa ter sido entendida no passado a partir de uma concepção religiosa, contemporaneamente tal significado não pode ser mantido em virtude do reconhecimento da

98 *ver supra* a análise do inciso 5.2.1. sobre os menores de idade pertencentes às Testemunhas de Jeová que precisam receber transfusões de sangue para salvar suas vidas.

99 Na Espanha, surgiu um caso em que a Administração se negou a inscrever a Igreja da Cientologia, pois esta excluía seus seguidores de receber cuidados médicos, induzindo-os a fazer terapias realizadas por pessoas sem certificação profissional, o que foi considerado um impacto negativo na saúde pública. Dado que ela violava esse limite constitucional, o registro dessa Igreja foi negado.

100 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85, *op. cit.*, § 64.

liberdade e igualdade religiosa. Contudo, esta afirmação não modifica a indeterminação do conceito de moral pública, uma vez que não é imutável, mas variável de um lugar para outro e de tempos em tempos, *de modo que sua interpretação deve estar rodeada pelas garantias necessárias para evitar limitações injustificadas*. A moral pública, que qualifica como limite da liberdade religiosa é aquela que constitui o elemento ético mínimo do sistema jurídico, bem como comum da vida social (por esse motivo, é “pública”). O Comitê de Direitos Humanos declarou a esse respeito que: o conceito de moral se deriva de muitas tradições sociais, filosóficas e religiosas; portanto, as limitações impostas à liberdade de demonstrar religião ou crenças com o objetivo de proteger a moral devem basear-se em princípios que não são derivados exclusivamente de uma única tradição.¹⁰¹

Além disso, o relator da ONU para a liberdade de expressão declarou que:

[...] embora as morais públicas possam ser muito diferentes e dependem muito do contexto nacional, incluindo seus aspectos culturais, o que implica deixar para os Estados uma margem de valoração a esse respeito, as restrições à liberdade de expressão sob o critério da moral pública não deveriam ser aplicadas de maneira que promovam o preconceito e a intolerância. Além disso, reconhece a importância de proteger a liberdade de expressão de opiniões minoritárias, incluindo as opiniões que poderiam ser ofensivas ou irritantes para a maioria.¹⁰²

7.2.5 Os direitos dos demais

Os limites à liberdade de religião consistentes com o respeito de outros direitos ou valores legítimos nos traz a necessidade de lembrar que não existe uma hierarquia rígida de Direitos Humanos pré-estabelecida pela CADH, uma vez que esses direitos são interdependentes e indivisíveis. Em cada situação específica, dever-se-á decidir um eventual conflito pesando-o com base em certos critérios que não nos corresponde desenvolver em detalhes aqui, mas como é conhecido, tem a ver com: 1. a intangibilidade do núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que não possam, em caso algum, ser afetados por essa ponderação, 2. a exigência de justificação da limitação do direito, que está relacionada à razoabilidade da limitação, e 3. a devida proporcionalidade ao realizá-lo.¹⁰³ Os resultados da ponderação não podem ser aplicados a todas as circunstâncias em abstrato, mas sempre tentará decidir, em cada caso particular, qual dos bens em conflito resulta mais necessário, relevante ou justificado que seja preservado. A questão aqui não é qual dos dois bens é anulado, mas qual dos dois contribui melhor para a preservação essencial do bem constitucional.

7.2.6 Inderrogabilidade da liberdade de consciência e de religião, mesmo durante estados de exceção

O artigo 27 da CADH menciona que existem circunstâncias excepcionais como a guerra, perigo público ou outra emergência que ameace a independência ou a segurança do Estado, em que se pode suspender as liberdades e garantias da CADH. No entanto, o inciso 2 do mesmo artigo afirma expressamente que a liberdade de consciência e de religião faz parte do “núcleo duro de direitos”, cuja

101 Comitê DHONU. Observação Geral n.º 22, *op. cit.*, § 8.

102 ONU. Relatório do Relator para a Liberdade de Expressão, E/CN.4/1995/32, de 14 de dezembro de 1994, § 55.

103 Proporcionalidade, que por sua vez é dividida em quatro outros elementos. “Primeiro, um fim constitucionalmente legítimo como base para a interferência na esfera dos direitos, porque, se não houver tal fim e a ação legal for livre, ou se for ilegítima do ponto de vista constitucional, então não há nada a ponderar, porque falta um dos termos da comparação. Segundo, a adequação ou adequação da medida adotada para proteger ou alcançar esse objetivo, ou seja, a lei ou medida restritiva deve ser consistente com o bem ou com o objetivo para o qual foi estabelecida. Terceiro, a necessidade de intervenção ou, o que é o mesmo, o sacrifício ou a violação do direito que é limitado, mostrando que não há procedimento menos oneroso ou restritivo. E, finalmente, a chamada proporcionalidade, no sentido estrito, que envolve pesar danos e benefícios, ou seja, provar que existe um certo equilíbrio entre os benefícios obtidos com a medida limitadora, a fim de proteger um bem constitucional ou alcançar uma finalidade legítima e os danos ou ferimentos dele derivados para o exercício do direito”. ONU. Relatório do Relator para a Liberdade de Expressão, E/CN.4/1995/32, de 14 de dezembro de 1994, p. 78.

suspensão não está autorizada em situações excepcionais, nem das garantias judiciais que existem para defender essa liberdade.¹⁰⁴

8. Inciso 4: Direito dos pais de educar religiosa e moralmente seus filhos de acordo com suas próprias convicções

8.1. Antecedentes

Diferentemente dos três primeiros incisos do artigo 12 da CADH, o inciso quarto relativo ao direito dos pais a educar seus filhos de acordo com suas convicções, não estava incluído na primeira versão do projeto da CADH discutido na Conferência Especializada em Direitos Humanos, em San José, em 1969. Esse fato motivou o governo do Chile a apontar para a referida omissão, e assinalou que havia consenso para que também o futuro tratado regional incluísse essa disposição - no então artigo 11 do projeto -, uma vez que o PIDCP já fazia isso.¹⁰⁵

Uma vez levado em consideração o texto do artigo com essa adição, foi o Governo do México que sugeriu reparos. Antes da leitura do texto, o México se adiantou ao recordar uma reserva feita com anterioridade, na qual afirmava que não podia aprovar nenhum artigo convencional que fosse contra sua própria Constituição,¹⁰⁶ em óbvia referência à educação religiosa, já que no México a escola é laica. Colocados em votação cada um dos quatro itens, os três primeiros foram facilmente aprovados. Enquanto o quarto era lido, várias delegações pediram o uso da palavra.

O Delegado do Chile propôs o direito a que as crianças recebessem educação moral e religiosa de acordo com suas convicções. O Delegado da Colômbia discordou, pois isso obrigaria o Estado a pagar por essa educação, o Delegado de Honduras expressou preocupação com as repercussões políticas do referido inciso, e o Presidente da sessão a defendeu, observando que somente os países totalitários não reconheceram esse direito. Finalmente, o texto do artigo 12 da CADH com seus quatro parágrafos foi aprovado, e o relatório final dos trabalhos preparatórios testemunhou que:

[q]uanto ao direito à liberdade de consciência e de religião, consagrado neste artigo, não houve outras discussões de mérito, com o debate ocorrendo, quase em sua totalidade, sobre a incorporação de um quarto parágrafo que consagra o direito dos pais e, quando seja o caso, os responsáveis, de que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral de acordo com suas próprias convicções.¹⁰⁷

8.2 Aplicação

Quanto ao direito de educar as crianças em sua própria concepção religiosa, a CIDH observou que, por exemplo, Cuba proibiu o acesso das igrejas e erradicou a instrução religiosa no sistema educacional,

104 Para mais informações sobre direitos inderrogáveis, consulte a seção correspondente do comentário ao artigo 27 (suspensão de garantias) de Rodríguez.

105 OEA. Conferência especializada em Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 à 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencial-DH-Derechos-Humanos-1969.pdf> (data do último acesso: 25/06/2017), observações do Governo do Chile, p. 39.

106 *Ibidem*, p. 211.

107 *Ibidem*. Relatório do Relator da Comissão I, p. 298. O México faria uma última declaração quando o artigo 12 da CADH fosse aprovado: “a delegação do México emite seu voto de aprovação porque considera que o texto não contradiz as disposições da Constituição, que se referem à limitação do culto público dentro dos templos, que estão sob a supervisão das autoridades, assim como está submetida a disciplina externa em matéria religiosa”. Acta de la Segunda sesión Plenaria (resumida), p. 444. Com essa declaração – que escondia em realidade uma reserva interpretativa do artigo 12 -, o texto acabou definitivamente consolidado.

com o que violou a liberdade religiosa reconhecida na DADDH.¹⁰⁸ No mesmo caso, a CIDH censurou que a nacionalização das escolas particulares em 1961 significasse a eliminação da educação religiosa; que a supressão de feriados religiosos e a organização de atividades esportivas e que as aulas de doutrinação política aos domingos buscavam dificultar o comparecimento a ofícios religiosos, e que existisse hostilidade contra os Adventistas do Sétimo Dia por não trabalhar ou não enviar seus filhos para estudar aos sábados.

No direito comparado, o TEDH resolveu casos em que os pais de um menor de idade se enfrentam por razões educacionais - dada a mudança de religião de um deles - pela custódia dos filhos, deduzindo três princípios para resolver o caso: 1. o da continuidade, segundo o qual não é razoável alterar a orientação religiosa ou ideológica em que o menor está sendo educado se não houver justificativa;¹⁰⁹ 2. a de proteção da saúde do menor, que proíbe a modificação da formação religiosa do menor quando isso pode causar perigo à sua saúde ou desenvolvimento harmônico¹¹⁰ e, finalmente, 3. o respeito pela vontade do menor, quando este já tiver suficiente grau de maturidade.¹¹¹

9. Conclusão

A liberdade de consciência e de religião do artigo 12 da CADH teve um desenvolvimento jurisprudencial modesto, expressado basicamente em quatro sentenças da Corte IDH: “Última Tentação de Cristo”, *Moiwana*, *Massacre Plan de Sánchez* e *Massacre de Río Negro*. Em duas dessas sentenças se vincula essa liberdade de maneira indireta através do direito indígena à identidade cultural; em outra faz referência direta a ela, mas sem fornecer grandes desenvolvimentos conceituais; e em outra determina sua violação em detrimento da vida espiritual e cultural de uma comunidade indígena em relação às violações à integridade pessoal de seus membros.

Outro é o panorama das decisões da CIDH - que aplicou principalmente o Artigo III da DADDH - onde sim encontramos contribuições substanciais destacando, entre elas, o caso de *Cristian Daniel Sahli Vera e outros vs. Chile*, no qual se realiza uma extensa e detalhada análise do direito à objeção de consciência no DIDH.

De nenhuma maneira o acima exposto significa que o artigo III da DADDH tem mais “potencialidade de proteção” do que o artigo 12 da CADH. Trata-se, simplesmente, de que a CIDH teve mais oportunidades de se pronunciar sobre supostas violações da liberdade religiosa devido ao exercício de seus próprios poderes, ou como instância prévia à Corte IDH, órgão ao qual não chegam todos os casos conhecidos pela CIDH.

Em vista de tudo isso, observa-se que, embora o SIDH não tenha tido em suas primeiras décadas de existência muitas oportunidades de se pronunciar sobre assuntos com implicações religiosas, tal situação está mudando à luz dos casos recentes em análise pela CIDH e pela Corte IDH.

Por fim, deve-se notar que existem interessantes possibilidades para um maior desenvolvimento da liberdade religiosa à luz do DIDH, especialmente o Comitê de Direitos Humanos e o TEDH, a julgar pelos conflitos entre a secularização progressiva do Estado e normas jurídicas *versus* a conservação da consciência religiosa de cidadãos e cidadãs. É questão de tempo para que a jurisdição interamericana também desenvolva sua própria jurisprudência.

108 CIDH. Relatório de País, Cuba, 1983, Capítulo VII, § 32.

109 Decisão 2648/65, no caso *X vs. Holanda*, citado na CIDH. Relatório de País, Cuba, 1983, Capítulo VII, p. 133.

110 TEDH. *Caso Eriksson vs. Suécia*, n.º 11.373/85, 22 de junho de 1989, citado em *Ibidem*.

111 Decisão 3110/76 no caso *X vs. República Federal da Alemanha*, citado em *Ibidem*.

Artigo 13. Liberdade de Pensamento e de Expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessária para assegurar:
 - a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
 - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos à censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. Caso “*A Última Tentação de Cristo*” (*Olmedo Bustos e outros*) vs. *Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C n.º 73. Doravante: Corte IDH. Caso “*A Última Tentação de Cristo*” (*Olmedo Bustos e outros*) vs. *Chile*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C n.º 74. Doravante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C n.º 107. Doravante: Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPMRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C n.º 111. Doravante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. MRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C n.º 135. Doravante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. Série C n.º 141. Doravante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C n.º 151. Doravante: Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de maio de 2008. Série C n.º 177. Doravante: Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. MRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de janeiro de 2009. Série C n.º 193. Doravante: Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C n.º 194. Doravante: Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C n.º 195. Doravante: Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009. Série C n.º 207. Doravante: Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C n.º 213. Doravante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C n.º 219. Doravante: Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fontevecchia e D’Amico vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2011. Série C n.º 238. Doravante: Corte IDH. *Caso Fontevecchia e D’Amico vs. Argentina*. MRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C n.º 248. Doravante: Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. Mérito e Reparações. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C n.º 249. Doravante: Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. MR. 2012.

Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de agosto de 2013. Série C n.º 265. Doravante: Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de maio de 2014. Série C n.º 279. Doravante: Corte IDH. *Caso do Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. MRC. 2014.

Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C n.º 302. Doravante: Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de junho de 2015. Série C n.º 293. Doravante: Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPMRC. 2015.

Opiniões consultivas

Corte IDH. *Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas (artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A n.º 5. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. *Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas*. 1985.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. *Relatório Anual 1994*. Capítulo V: Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev., Washington D.C., 1995.

CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. *Marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão*. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09, Washington D.C., 2009.

CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. *O direito de acesso à informação no marco jurídico interamericano*. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.1/09, Washington D.C., 2009.

CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. *Padrões de Liberdade de Expressão para uma Radiodifusão Livre e Inclusiva*.

OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.3/09, Washington D.C., 2009.

CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. *O Direito de acesso à informação no Marco Jurídico Interamericano. Padrões Interamericanos e Comparação de Marcos Legais*. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.7/12, Washington, D.C., 2012.

CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. *Princípios sobre a regulamentação da publicidade oficial e da liberdade de expressão*. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 6/12, Washington, D.C., 2012.

CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. *Reparação pela violação da liberdade de expressão no Sistema Interamericano*. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.5/12, Washington, D.C., 2012.

CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. *Liberdade de Expressão e Internet*. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/

INF. 11/13, Washington, D.C., 2013.

CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. *Violências contra jornalistas e funcionários de meios de comunicação: padrões interamericanos e práticas nacionais de prevenção, proteção e realização da justiça*. OEA/Ser.L/V/II.CIDH/RELE/INF. 12/13, Washington, D.C., 2013.

CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. *Jurisprudência Nacional sobre o Direito de Liberdade de Expressão e Acesso à Informação*. OEA/Ser.L/V/II.147.CIDH/RELE/INF. 10/13, Washington, D.C., 2013.

CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. *Transição a uma TV digital aberta, diversa, plural e inclusiva*. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.13/15, Washington D.C., 2014.

CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. *Órgãos de Supervisão do Direito de Acesso à Informação Pública*. OEA/Ser.L/V/II.CIDH/RELE/INF. 14/16, Washington D.C., 2016.

CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. *Liberdade de expressão nas Américas: os cinco primeiros relatórios do Escritório do Relator Especial para a Liberdade de Expressão*. IIDH, San José, 2003.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TEDH. *Caso Handyside*, Sentença de 7 de dezembro de 1976, Series A n.º 24.

TEDH. *Caso Sunday Times*, Sentença de 26 de abril de 1979, Série A n.º 30.

TEDH. *Caso Barthold*, Sentença de 25 de março de 1985, Série A n.º 90.

TEDH. *Caso Lingens*, Sentença de 8 de julho de 1986, Série A n.º 103.

TEDH. *Caso Müller e outros*, Sentença de 24 de maio de 1988, Série A n.º 133.

TEDH. *Caso Otto-Preminger-Institut vs. Áustria*, Sentença de 20 de setembro de 1994, Série A n.º 295-A.

Referências acadêmicas

AGUIAR, A. *La libertad de expresión y prensa, Jurisprudencia Interamericana (1987-2009)*. Sociedad Interamericana de Prensa, Colección Chapultepec, Miami, 2009.

BERTONI, E. “Libertad de expresión en el hemisferio: Nuevos desafíos”, em *Debates sobre derechos humanos y sistema interamericano*, n.º 1, Revista del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil), 2005. n.º 1

BERTONI, E. *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*. Editores del Puerto, 2a. ed., Buenos Aires, 2008.

BERTONI, E. “The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: A Dialogue on Freedom of Expression”, em *European Human Rights Law Review*, Issue 3, 2009.

BERTONI, E. e ZELADA, C. J. “Sin participación ni información: La libertad de expresión desde la perspectiva de los derechos de las mujeres”, em *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2009.

BERTONI, E. (comp.) *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Libertad de expresión y Derecho Penal en América Latina*. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE). Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2010.

BERTONI, E. (comp.) *Internet y derechos humanos. Aportes para la discusión de políticas públicas en América Latina*. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE). Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2014.

BERTONI, E. (comp.) *Internet y derechos humanos II. Aportes para la discusión de políticas públicas en América Latina*. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE). Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2015.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. *Los límites de la libertad de expresión*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008.

GARCÍA RAMÍREZ, S. e GONZA, A. *La Libertad de Expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2007.

GROSSMAN, C. *Desafíos de la libertad de expresión dentro del Sistema Interamericano: Un análisis jurisprudencial*. Porrúa, México, 2013.

VENTURA ROBLES, M. *El Derecho a la libertad de pensamiento y expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

VOORHOOF, D. “Freedom of Expression under the European Human Rights System. From Sunday Times (n.º 1) v. U.K. (1979) to Hachette Filipacchi Associés (“Ici Paris”) v. France (2009)”, em *Inter-American and European Human Rights Journal*, n.º 1-2, Vol. 2, 2009.

Outras referências não acadêmicas

Asociación por los Derechos Civiles. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires, 2008.

Sumário

1. Introdução.....	401
2. O início da jurisprudência da Corte IDH em torno ao artigo 13 da CADH: parecer consultivo OC-5/85	402
3. A proibição da censura prévia	403
4. Os meios indiretos de violação da liberdade de expressão	404
5. Direito de acesso à informação	408
6. A imposição de responsabilidades ulteriores.....	410
6.1. Os delitos de difamação.....	410
6.2. As leis de desacato	417
6.3. Criminalização da liberdade de expressão.....	419
6.4. A imposição de responsabilidades ulteriores por meio de sanções civis.....	420
6.5. A imposição de responsabilidades ulteriores por meio de sanções disciplinares	421
7. Os temas pendentes na agenda jurisprudencial do artigo 13 da CADH.....	422

1. Introdução

Até quase uma década e meia atrás, o direito à liberdade de pensamento e expressão (adiante como, “direito à liberdade de expressão” ou “liberdade de expressão”) tinha sido pouco tratado na jurisprudência da Corte IDH. A jurisprudência da Corte IDH em torno do artigo 13 da CADH cresceu de tal maneira nos últimos anos que hoje nos apresenta tendências marcantes sobre uma variedade de temas específicos.

Até o início do século XXI, a Corte IDH havia se referido especificamente ao artigo 13 da CADH apenas no famoso parecer consultivo sobre o *registro profissional obrigatório de jornalistas*, proferido por ocasião de uma pergunta apresentada pela Costa Rica sobre a compatibilidade do direito de liberdade de expressão com o registro profissional obrigatório dos jornalistas.¹ Aqueles que procuravam entender o conteúdo desse artigo estavam obrigados - naquela época- a sempre se referir a esse parecer consultivo. Apesar de até aquele momento o trabalho do outro órgão de proteção do SIDH nas Américas, a CIDH, era muito mais abundante nessa área,² a verdade é que não foi até 2001 que a Corte IDH começou a pronunciar-se a respeito das reivindicações de vítimas específicas que consideravam violados seus direitos de se expressar livremente. Certamente o panorama mudou desde então.

Para analisar os aspectos centrais das decisões da Corte IDH sobre esse assunto, as agruparemos de acordo com quatro eixos temáticos: 1. a proibição de censura prévia, 2. os meios indiretos de violação da liberdade de expressão; 3. o direito de acesso à informação; e 4. a imposição de responsabilidades ulteriores.

1 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas*. 1985.

2 Como parte desse processo, em 1997, a Corte IDH criou o Escritório do Relator Especial para a Liberdade de Expressão, que é um escritório permanente, com sua própria estrutura operacional e independência funcional, que opera no âmbito jurídico da CIDH.

Antes disso, no entanto, é necessário fazer uma breve referência à contribuição do parecer consultivo mencionado sobre o *registro obrigatório de jornalistas*, que é onde todo esse desenvolvimento jurisprudencial se inicia. Finalmente, nosso comentário ao artigo 13 da CADH termina com uma reflexão sobre as questões pendentes da agenda de liberdade de expressão nas Américas, algumas das quais foram abordadas pela CIDH em seus relatórios temáticos, mas ainda não foram tratadas pela jurisprudência da Corte IDH.

2. O início da jurisprudência da Corte IDH em torno ao artigo 13 da CADH: parecer consultivo OC-5/85

Em 1985, a Costa Rica consultou a Corte IDH sobre a compatibilidade das leis que obrigavam os jornalistas a filiarem-se para realizar seu trabalho.³ A Corte IDH determinou que essas leis violavam a liberdade de expressão; para chegar a essa resposta, a Corte IDH teve a “virtude” de responder muito além da consulta solicitada pela Costa Rica.

Em resposta, a Corte IDH estabelece os dois pilares básicos para a interpretação do artigo 13 da CADH: o primeiro, que chamaremos de “padrão democrático”; o segundo, o chamado “padrão das duas dimensões ou bidimensional”.

Por meio do *padrão democrático*, a Corte IDH propõe que a liberdade de expressão é um valor que, se perdido, põe em risco a validade dos princípios essenciais para a existência de uma sociedade democrática. A proteção do direito de expressar ideias livremente se torna, portanto, fundamental para plena validade do restante dos Direitos Humanos. De fato, sem liberdade de expressão, não há uma democracia plena, e sem democracia - como mostra a triste história hemisférica - se colocam em sério perigo desde o direito à vida até a propriedade. Nas palavras da Corte IDH:

A liberdade de expressão é uma pedra angular na própria existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública [...]. É, enfim, condição para que a comunidade, na hora de exercer suas opções, esteja suficientemente informada. Deste modo, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre.⁴

Por outro lado, o *padrão bidimensional* postula que o conteúdo da liberdade de expressão não deve vincular-se apenas ao aspecto individual do direito, mas também à dimensão coletiva ou social da mesma. Nesse sentido, o texto do parecer consultivo OC-5/85 estabelece o seguinte:

O artigo 13 afirma que a liberdade de pensamento e de expressão “compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza [...]”. Estes termos estabelecem literalmente que quem está sob a proteção da Convenção tem não apenas o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, mas também o direito e a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza. Portanto, quando se restringe ilegalmente a liberdade de expressão de um indivíduo, não é apenas o direito desse indivíduo que está sendo violado, mas também o direito de todos a “receber” informações e ideias, do que resulta que o direito protegido pelo artigo 13 tem um alcance e um caráter especiais.⁵

Tal como observou a Corte IDH, assim se apresentam as duas dimensões da liberdade de expressão. Por um lado, exige que ninguém seja arbitrariamente prejudicado ou impedido de manifestar seu

3 Em nosso sistema regional, a Corte IDH pode exercer sua jurisdição consultiva quando os Estados fizerem perguntas, por exemplo, sobre a compatibilidade de sua legislação com a CADH. Para saber mais sobre a função consultiva da Corte IDH, consulte o comentário sobre suas disposições comuns, de Nuño.

4 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85, *op. cit.*, § 70.

5 *Ibidem*, § 30.

próprio pensamento e representa, portanto, um direito de cada indivíduo; por outro lado, implica também um direito coletivo de receber qualquer informação e conhecer a expressão do pensamento que corresponde a outro.⁶

3. A proibição da censura prévia

Transcorridos pouco mais de quinze anos desde o parecer consultivo sobre o *Registro Profesional Obligatório dos Jornalistas*, a Corte IDH proferiu a sentença “*A Última Tentação de Cristo*” (*Olmedo Bustos e outros*) vs. *Chile*. Esta sentença está relacionada à rejeição da exibição do filme “*A Última Tentação de Cristo*” pelas autoridades administrativas e judiciais chilenas. Os fundamentos das autoridades estavam sustentados na Constituição nacional e em várias normas internas. O artigo 19, inciso 12, da Constituição Política do Chile de 1980, - em vigor na época do litígio - estabelecia, por exemplo, um sistema de censura para a exibição e publicidade da produção cinematográfica.

Em sua decisão, a Corte IDH declarou que a proibição da exibição do filme era contrária ao artigo 13 da CADH. Da decisão da Corte IDH podemos resgatar duas questões. A primeira está ligada com o esclarecimento explícito, por parte da Corte IDH, em torno da proibição da censura prévia no marco do SIDH. A segunda, com a afirmação de que as violações à liberdade de expressão podem originar-se de qualquer poder do Estado, inclusive do judiciário.

Em relação ao primeiro aspecto - e reafirmando os conceitos já sustentados no parecer consultivo sobre o *registro obrigatório de jornalistas* - a Corte IDH expandiu seus critérios ao afirmar que:

o artigo 13.4. da C[ADH] estabelece uma exceção à censura prévia, já que a permite no caso de espetáculos públicos, *mas unicamente com o fim de regular o acesso a eles*, para a proteção moral da infância e adolescência. *Em todos os demais casos, qualquer medida preventiva implica o prejuízo da liberdade de pensamento e expressão.*⁷

É importante destacar a força desta última frase para sustentar que, para a Corte IDH, a proibição da censura prévia é praticamente absoluta.

Quanto ao segundo aspecto, a Corte IDH declarou o seguinte:

a responsabilidade internacional do Estado pode ser gerada por atos ou omissões de qualquer poder ou órgão, independentemente de sua hierarquia, que violem a C[ADH]. *Isto é, todo ato ou omissão, imputável ao Estado, em violação às regras do Direito Internacional dos Direitos Humanos, compromete a responsabilidade internacional do Estado.* No presente caso, esta [referida responsabilidade] foi gerada em virtude de que o artigo 19, inciso 12, da Constituição [Política do Chile] estabelece a censura prévia na produção cinematográfica e, portanto, determina os atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.⁸

Além disso, citando o TEDH, a Corte IDH declarou que os mecanismos de proteção da liberdade de expressão alcançavam:

não apenas para as informações ou ideias que são favoravelmente recebidas ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também para aquelas que chocam, inquietam ou ofendem o Estado ou uma fração qualquer da população. Estas são as demandas do pluralismo, da tolerância e do espírito de abertura, sem as quais não existe uma ‘sociedade democrática’.⁹

6 *Idem.*

7 Corte IDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. MRC. 2001, § 70 (grifo nosso)

8 *Ibidem*, § 72. (grifo nosso)

9 Corte IDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. MRC. 2001, § 70. As decisões do

4. Os meios indiretos de violação da liberdade de expressão

No dia seguinte ao proferimento da sentença “*A Última Tentação de Cristo*”, a Corte IDH proferiu sua decisão no caso *Ivcher Bronstein vs. Peru*. No referido julgamento, a Corte IDH abordou uma situação concreta que a conduziu a determinar a importância, o conteúdo e a maneira de identificar os meios indiretos de violação à liberdade de expressão.

Artigo 13.3 da CADH prevê que:

Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

Embora seja verdade que a CADH estabelece explicitamente que a liberdade de expressão não pode ser limitada através de meios indiretos, em algumas ocasiões a apuração da existência de um meio indireto que limite a liberdade de expressão pode ser bastante difícil. Em *Ivcher Bronstein* a Corte IDH nos deu algumas pautas para sua identificação, retomando alguns padrões já estabelecidos.

Anteriormente, no parecer consultivo sobre o *registro obrigatório de jornalistas*, havia apontado que: “[as] infrações ao artigo 13 podem se apresentar sob diferentes hipóteses, segundo conduzem à supressão da liberdade de expressão ou apenas impliquem a restringi-la além do legitimamente permitido.”¹⁰

No mesmo parecer consultivo, a Corte IDH distinguiu ainda entre supressões “radicais” e “não radicais” do direito à liberdade de expressão. Quanto às primeiras, a Corte IDH indicou que:

[...] a supressão radical da liberdade de expressão [...] ocorre quando o poder público estabelece meios para impedir a livre circulação de informação, ideias, opiniões ou notícias. Exemplos disso são a censura prévia, o confisco ou a proibição de publicações e, em geral, todos os procedimentos que condicionam a expressão ou a difusão de informação ao controle governamental. Nesta hipótese, há uma violação radical tanto do direito de cada pessoa a se expressar como do direito de todos a estarem bem informados, de modo que afeta uma das condições básicas de uma sociedade democrática.¹¹

E em relação às supressões não radicais, a Corte IDH declarou que:

A supressão da liberdade de expressão como foi descrita no parágrafo anterior, embora constitua o exemplo mais grave de violação do artigo 13, não é a única hipótese em que este artigo possa ser desrespeitado. De fato, também é contrário à Convenção todo ato do poder público

TEDH mencionadas foram as seguintes: TEDH. *Caso Handyside*, Sentença de 7 de dezembro de 1976, Série A n.º 24, § 49. TEDH. *Caso Sunday Times*, Sentença de 26 de abril de 1979, Série A n.º 30, §§ 59 e 65. TEDH. *Caso Barthold*, Sentença de 25 de março de 1985, Série A n.º 90, § 55. TEDH. *Caso Lingens*, Sentença de 8 de julho de 1986, Série A n.º 103, § 41. TEDH. *Caso Muller e outros*, Sentença de 24 de maio de 1988, Série A n.º 133, § 33. TEDH. *Caso Otto-Preminger-Institut vs. Áustria*, Sentença de 20 de setembro de 1994, Série A n.º 295-A, § 49. Após a decisão da Corte IDH, o Chile realizou uma série de emendas legislativas destinadas a cumprir a sentença interamericana. Assim, na etapa de supervisão do cumprimento da sentença, o Estado informou que o Congresso havia aprovado um projeto de reforma constitucional que visava consagrar o direito à criação artística livre e a eliminação da censura cinematográfica. O último também seria substituído por um sistema de qualificação regulamentado por lei, segundo a norma estabelecida um sistema de avaliação com base na idade, destinado a orientar a população adulta no conteúdo da produção de filmes, continuando a proteger crianças e adolescentes; o filme “*A Última Tentação de Cristo*” se enquadra na categoria” para maiores de 18 anos”. A empresa encarregada de distribuir o filme no Chile finalmente conseguiu transmiti-lo em março de 2003; o primeiro pedido de exibição foi feito em 1988.

10 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85, *op. cit.*, § 53.

11 *Ibidem*, § 54.

que implique uma restrição ao direito de buscar, receber e difundir informações e ideias, em maior medida ou por meios distintos dos autorizados pela mesma Convenção; e tudo isso com independência de se essas restrições beneficiam ou não ao governo.¹²

Entretanto, até então, a Corte IDH não havia tido a oportunidade concreta de proferir uma sentença sobre as medidas classificadas como “não radicais” ou “extremas” ou, como melhor podemos chamá-las, de “indiretas”.

No caso *Ivcher Bronstein vs. Peru*, a suposta vítima era um cidadão peruano naturalizado, que era acionista majoritário de um canal de televisão que transmitia um programa jornalístico, no qual se realizavam fortes críticas ao então governo, incluindo a transmissão de reportagens sobre abusos, tortura e atos de corrupção cometidos pelo Serviço de Inteligência Nacional. Como consequência dessas transmissões, o Estado revogou a cidadania peruana do peticionário e tomou o controle do canal para entregá-lo aos acionistas minoritários (em 1997, a legislação daquele país exigia que os proprietários dos meios de comunicação fossem de nacionalidade peruana). A partir de então, a linha editorial do meio de comunicação deixou de ser crítica ao governo.

Em sua decisão, a Corte IDH reafirmou o “padrão de duas dimensões” do direito à liberdade de expressão, mas também indicou que:

e[ra] fundamental que os jornalistas que trabalham nestes meios gozem da proteção e da independência necessárias para realizar suas funções integralmente, já que são eles os que mantêm informada à sociedade, requisito indispensável para que esta goze de uma liberdade plena.¹³

Da mesma forma, a Corte IDH deixou claro os critérios para a distinção entre restrições legítimas e ilegítimas do direito à liberdade de expressão, ao sinalizar que:

Ao avaliar uma suposta restrição ou limitação à liberdade de expressão, [a Corte IDH] não deve se sujeitar unicamente ao estudo do ato em questão, *mas deve igualmente examinar este ato à luz dos fatos do caso em sua totalidade, incluindo as circunstâncias e o contexto nos quais estes ocorreram.*¹⁴

[...]

No contexto dos fatos indicados, esta Corte observa que a resolução que deixou sem efeito jurídico o título de nacionalidade do senhor Ivcher constituiu um meio indireto para restringir sua liberdade de expressão, assim como a dos jornalistas que trabalhavam e investigavam para o programa Contrapunto do Canal 2 da televisão peruana.¹⁵

[...]

Ao separar o senhor Ivcher do controle do Canal 2, e excluir os jornalistas do programa Contrapunto, o Estado não apenas restringiu o direito destas pessoas de circular notícias, ideias e opiniões, mas afetou também o direito de todos os peruanos a receber informação, limitando assim sua liberdade para exercer opções políticas e desenvolver-se plenamente em uma sociedade democrática.¹⁶

Em 2009, a Corte IDH conheceu dois novos casos que invocavam o uso de meios indiretos para restrição da liberdade de expressão. Em *Ríos e outros* e *Perozo e outros* - ambos contra a Venezuela -, a CIDH alegou no processo contencioso interamericano que os jornalistas e trabalhadores de dois canais de televisão venezuelana (respectivamente RCTV e Globovisión nos casos em questão) haviam sido

12 *Ibidem*, § 55.

13 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. MRC. 2001, § 150.

14 *Ibidem*, § 154. (grifo nosso)

15 *Ibidem*, § 162.

16 *Ibidem*, § 163.

vítimas de vários atos de agressão e ameaças por parte de indivíduos, inclusive com armas de fogo, e que as sedes dos dois meios de comunicação tinham sido objeto de ataques. A CIDH considerou que em ambos os casos o Estado não cumpriu sua obrigação de diligência na investigação e prevenção desses eventos.

Embora a Corte IDH tenha enquadrado boa parte da análise dos fatos na configuração de supostas violações dos artigos 13.1 e 5.1 da CADH, especificamente sobre o artigo 13.3 sustentou que não devia perder-se de vista que sua lista de “meios indiretos” não era taxativa e não impedia considerar “quaisquer outros meios” ou vias indiretas, como as derivadas de novas tecnologias.¹⁷

A Corte IDH declarou, além disso, que a responsabilidade do Estado por restrições ou vias indiretas poderiam advir de atos de particulares quando o Estado se omite em seu dever de garantia, considerando a previsibilidade de um risco real ou imediato, ou quando este deixa de cumprir seu dever de proteção.¹⁸ Essas restrições, de acordo com a Corte IDH, poderiam ocorrer mesmo quando delas não se deriva uma vantagem para funcionários públicos que as provocam ou as toleram, mas sempre e quando “*a via ou o meio efetivamente restrinjam, ainda que seja de forma indireta, a comunicação e a circulação de ideias e opiniões*”.¹⁹

Nos dois casos, a Corte IDH examinou uma série de declarações emitidas por altas autoridades do Estado “sob circunstâncias de alta polarização política e conflitividade social na Venezuela” para apontar que, no contexto de vulnerabilidade descrito, algumas dessas expressões “poderiam ser percebidas como ameaças e provocar um efeito amedrontador, e inclusive autocensura, nas supostas vítimas, por sua relação com o meio de comunicação referido”.²⁰

Em ambas as sentenças, no entanto, a Corte IDH concluiu - diríamos que surpreendentemente - que os efeitos de tais pronunciamentos estavam relacionados apenas aos artigos 1.1 e 13.1 da CADH, sem ser suficiente para configurar uma violação de seu artigo 13.3.²¹

Em 2012, a Corte IDH conheceu o caso do ataque perpetrado contra o jornalista Luis Gonzalo “Richard” Vélez Restrepo por parte de membros do Exército Nacional da Colômbia enquanto filmava uma manifestação durante a qual soldados espancaram vários dos manifestantes. O jornalista e sua família também foram vítimas de ameaças, assédio e até uma suposta tentativa de privação de liberdade arbitrária enquanto o jornalista tentava promover os processos judiciais contra seus agressores. A Corte IDH considerou o Estado colombiano responsável por não ter protegido adequadamente a Richard Vélez diante das ameaças recebidas, e por não ter investigado efetivamente o ataque e os assédios sofridos posteriormente.

A Corte IDH destacou que “o exercício jornalístico só pode ser realizado livremente quando as pessoas que o realizam não são vítimas de ameaças ou ataques físicos, psicológicos ou morais ou outros atos de assédio”; portanto, os Estados “têm o dever de fornecer medidas de proteção à vida e à integridade de jornalistas sujeitos a [um] risco especial”.²² E na mesma linha, em 2013, a Corte

17 Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, § 340. Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, § 367.

18 Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, §§ 107-110 e 340. Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, § 368.

19 Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, §§ 340. Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, § 368. (grifo nosso)

20 Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, § 341. Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPFMC. 2009, § 369.

21 Em ambos os casos, o tribunal indicou que “obstrução, obstaculização e amedrontamento para o exercício do trabalho jornalístico das supostas vítimas, expressadas em ataques ou ao colocar em risco sua integridade pessoal, que nos contextos dos referidos pronunciamentos de altos funcionários públicos e da omissão das autoridades estatais em seu dever de devida diligência nas investigações”, constituíam apenas violações da obrigação de garantir o artigo 1.1 da CADH, em relação aos artigos 13.1 e 5.1 do mesmo instrumento. Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, §§ 334 e 416. Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, §§ 362 e 426.

22 Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. EPMRC. 2012, § 209.

IDH condenou o Estado venezuelano por sua responsabilidade pela violação, entre outros, ao direito à liberdade de expressão de Luis Enrique Uzcátegui, vítima de um série de assédios e ameaças depois de relatar ao Ministério Público o assassinato de seu irmão Néstor, e afirmar, através de diferentes meios de comunicação, que o então Comandante Geral das Forças Armadas da Polícia Estadual de Falcon era responsável por vários homicídios executados por “grupos de extermínio” sob seu comando. A Corte IDH declarou que “e[ra] possível que a liberdade de expressão [fora] ilegitimamente restrita por *condições de fato* que coloquem, direta ou indiretamente, em situação de risco ou maior vulnerabilidade para quem a exerça” e que é obrigação do todo Estado “*abster-se de agir de maneira que propicie, estimule, favoreça ou aprofunde essa vulnerabilidade*”.²³

Em 2015, a Corte IDH proferiu uma nova decisão em relação aos mecanismos indiretos para restringir a liberdade de expressão. No caso *Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, a Corte IDH declarou que a Venezuela violou o direito à liberdade de expressão como consequência do fechamento do canal de televisão RCTV. Em sua decisão, a Corte IDH levou em consideração a existência de uma particular relação de tensão entre o governo venezuelano e outros meios de comunicação, e avaliou como prova o discurso intimidador do setor governamental contra os jornalistas, bem como as declarações de funcionários públicos, que inclusive haviam mencionado a possibilidade de não renovar as concessões para os meios de comunicação que mantiveram uma posição contrário ao governo.

Embora a Corte IDH já tenha enfatizado desde o início a importância do pluralismo no marco do exercício do direito à liberdade de expressão, sinalizando que a pluralidade informativa ou de meios de comunicação²⁴ constitui uma garantia efetiva da liberdade de expressão,²⁵ o julgamento do caso *Radio Caracas Televisión* permitiu-lhe desenvolver sua jurisprudência em torno do abuso de controles oficiais ou particulares de radiofrequências como mecanismo de restrição indireta à liberdade de expressão.

A Corte IDH reconheceu o poder e a necessidade dos Estados de regulamentar a atividade de radiodifusão, mas destacou o dever do Estado de “minimizar restrições à informação e equilibrar, tanto quanto possível, a participação das diferentes correntes no debate público, impulsando o pluralismo informativo.”²⁶ Em relação ao pluralismo das mídias, a Corte IDH recordou que “os cidadãos de um país têm o direito de acessar informações e ideias de uma diversidade de posições, que devem ser garantidas nos diversos níveis, como os tipos de meios de comunicação, as fontes e o conteúdo.”²⁷

Considerando que o espaço radioelétrico é um bem escasso, a Corte IDH destacou que “o pluralismo de ideias nos meios não se pode medir a partir da quantidade de meios de comunicação, *mas que as ideias e a informação transmitida sejam efetivamente diversas e sejam abordadas desde posições divergentes sem haver uma única visão ou postura*.”²⁸ Citando o artigo 12 da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, a Corte IDH lembrou que as atribuições de frequências de rádio e televisão devem levar em conta critérios democráticos que garantam a igualdade de oportunidades para todos os indivíduos no acesso às mesmas. Seguindo essa linha, desenvolveu uma série de critérios para os processos de concessão, renovação de concessões ou licenças de radiodifusão, a fim de evitar o abuso de controles oficiais e a geração de possíveis restrições indiretas.

No caso específico, a Corte IDH determinou que a não renovação da licença atribuída à RCTV – meio de comunicação que mantinha uma linha crítica contra o governo –, implicou em “um desvio de poder, uma vez que foi feito uso de um poder do Estado com o objetivo de alinhar editorialmente o meio de comunicação com o governo.”²⁹ Embora o Estado tenha indicado que o fechamento da RCTV foi

23 Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. MR. 2012, § 190. (grifo nosso)

24 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85, *op. cit.*, § 117.

25 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPMRC. 2004, § 116. Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colombia*. EPMRC. 2012, § 141.

26 Corte IDH. *Caso Granier e outros (Rádio Caracas Televisão) vs. Venezuela*. EPMRC. 2015, § 144.

27 *Ibidem*, § 170.

28 *Idem*. (grifo nosso)

29 Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisão) vs. Venezuela*. EPMRC. 2015, § 197.

produzido com o objetivo de garantir a pluralidade de mídias, a Corte IDH determinou que “o propósito real procurou silenciar [as] vozes críticas ao governo”.³⁰ Portanto, ordenou ao Estado devolver o canal e os equipamentos confiscados, e devolver ao ar até um novo processo de concessão.

5. Direito de acesso à informação

Nas sentenças de *Claude Reyes e outros vs. Chile*, e *Gomes Lund e outros. (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, a Corte IDH não se referiu à formulação clássica do artigo 13 da CADH (em termos de liberdade de expressão), mas apoiou a existência de um novo direito humano: o direito de acesso à informação.

No caso *Claude Reyes e outros vs. Chile*, as vítimas haviam solicitado a um ente de direito público informações relacionadas com um contrato de investimento estrangeiro originalmente firmado entre o Estado e duas empresas estrangeiras e uma empresa receptora chilena, para desenvolver um projeto de industrialização florestal que gerou grande discussão pública devido ao impacto ambiental que poderia ter.³¹ O que havia sido solicitado consistia em sete pontos, três dos quais não foram respondidos pelo Estado. A recusa gerou a reclamação na jurisdição local que, uma vez esgotada, habilitou a instância internacional.

Na sentença, a Corte IDH afirmou que:

o artigo 13 da C[ADH], ao estipular expressamente os direitos de “buscar” e “receber” “informações” protege o direito toda pessoa tem de solicitar acesso a informações sob o controle do Estado, com as exceções permitidas sob o regime de restrições da [própria Convenção]. Consequentemente, *este artigo ampara o direito das pessoas a receberem esta informação e a obrigação positiva do Estado de fornecê-la, de tal forma que a pessoa possa ter acesso a conhecer essa informação ou receba uma resposta fundamentada quando, por algum motivo permitido pela C[ADH], o Estado possa limitar o acesso à mesma para o caso concreto.*³²

A informação solicitada foi considerada pela Corte IDH como de interesse público, uma vez que “tal solicitação [...] tinha relação com a verificação da ação adequada e do cumprimento de suas funções por parte de um órgão estatal”.³³ Essa decisão é considerada histórica por muitas organizações de Direitos Humanos, dado que a Corte IDH se tornou o primeiro tribunal internacional a afirmar que o acesso à informação constitui um direito fundamental.

No entanto, a Corte IDH não apenas interpretou que o acesso à informação é um direito garantido pela CADH, mas coletou algumas pautas sobre esse direito, que haviam sido previamente formuladas pela CIDH e por organizações da sociedade civil. Por exemplo, a Corte IDH determinou que a informação “deve[ria] ser entregue sem necessidade de comprovar um interesse direto para sua obtenção ou uma interferência pessoal”;³⁴ também estabeleceu “o princípio de máxima divulgação, o qual estabelece a presunção de que toda informação é acessível, sujeita a um sistema restrito de exceções.”³⁵ Além disso, sobre as exceções às quais o direito de acesso está sujeito à informação, observou que:

deve[riam] cumprir uma restrição nesta matéria, em primeiro lugar devem estar previamente determinadas por lei como meio para assegurar que não fiquem ao arbítrio do poder público.

30 *Ibidem*, § 198.

31 Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. MRC. 2006, § 73.

32 *Ibidem*, § 77. (grifo nosso)

33 *Idem*.

34 Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. MRC. 2006, § 77.

35 *Ibidem*, § 92.

Estas leis devem ser aprovadas “por razões de interesse geral e com o propósito para o qual foram estabelecidas”.³⁶

Sobre este último aspecto, a Corte IDH esclareceu que:

a restrição estabelecida por lei deve responder a um objetivo permitido pela Convenção Americana. A este respeito, o artigo 13.2 da Convenção permite que se realizem restrições necessárias para assegurar “o respeito aos direitos ou à reputação dos demais” ou “a proteção da segurança nacional, da ordem pública ou da saúde ou da moral públicas”.³⁷

A esse respeito, a Corte IDH explicou que “as restrições que se impõem dever[m] ser necessárias em uma sociedade democrática, o que depende de que estejam orientadas para satisfazer um interesse público imperativo”,³⁸ e que o ônus da prova de possíveis restrições a esse direito se encontrava em mãos do Estado.³⁹ Em outras palavras, toda limitação que impeça os cidadãos de exercer seu direito de acesso à informação deveria estar sujeita a um controle no âmbito do teste de proporcionalidade.

Durante o trâmite do processo, a Corte IDH avaliou positivamente o fato de que “o Chile ha[via] realizado importantes avanços em matéria de consagração normativa do direito de acesso à informação sob controle do Estado, que inclu[íam][.] entre outros [.] uma reforma constitucional, e que [...] se enc[ontrava] em trâmite um projeto de lei sobre o referido direito. No entanto, a Corte IDH entendeu que o Estado, em conformidade com o disposto no artigo 2 da CADH, deveria ir além e:

adotar as medidas necessárias para garantir a proteção ao direito de acesso à informação sob controle do Estado, dentro das quais deve garantir a efetividade de um procedimento administrativo adequado para a tramitação e resolução dos pedidos de informação, que fixe prazos para decidir e entregar a informação, e que se encontre sob a responsabilidade de funcionários devidamente capacitados.⁴⁰

Em relação a este último ponto, a Corte IDH ordenou ao Estado, *inter alia*, realizar:

a capacitação dos órgãos, autoridades e agentes públicos encarregados de atender os pedidos de acesso à informação sob controle do Estado, sobre a normativa que protege este direito, que incorpore os parâmetros convencionais que devem ser respeitados em matéria de restrições ao acesso a esta informação.⁴¹

Posteriormente, no caso *Gomes Lund e outros vs. (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, a Corte IDH retomou o tema do direito de acesso à informação, mas desta vez em um contexto muito diferente do caso *Claude Reyes*. Em *Gomes Lund* - decisão sobre a detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de dezenas de pessoas como resultado das operações do exército brasileiro durante a ditadura militar-, a CIDH apresentou, entre outras, uma alegação sobre a violação do direito de acesso à informação que haviam sofrido os familiares das vítimas.

Nessa sentença a Corte IDH reiterou por completo sua jurisprudência no caso *Claude Reyes*, e foi além, estabelecendo que:

casos de violações de Direitos Humanos, as autoridades estatais não se podem amparar em mecanismos como o segredo de Estado ou a confidencialidade da informação, ou em razões

36 *Ibidem*, § 89.

37 *Ibidem*, § 90.

38 *Ibidem*, § 91.

39 *Ibidem*, § 93.

40 *Ibidem*, § 163.

41 Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. MRC. 2006, § 165.

de interesse público ou segurança nacional, para deixar de aportar a informação requerida pelas autoridades judiciais ou administrativas encarregadas da investigação ou processos pendentes.⁴²

Nesse sentido, a Corte IDH sustentou que quando se trata da investigação de um ato punível, a decisão de classificar a informação como secreta e negar sua entrega, ou determinar se a documentação existe, nunca pode depender, exclusivamente, do órgão estatal cujos membros são acusados do cometimento do fato ilícito.

Finalmente, a Corte IDH concluiu que o Estado não podia se amparar na falta de provas da existência de documentos solicitados pelas vítimas ou seus familiares, mas, pelo contrário, deveria fundamentar adequadamente a recusa em fornecê-los, demonstrando ter adotado todas as medidas ao seu alcance para comprovar, de fato, que a informação solicitada não existia. Nas palavras da Corte IDH:

É essencial que, para garantir o direito à informação, os poderes públicos atuem de boa-fé e realizem diligentemente as ações necessárias para assegurar a efetividade desse direito, especialmente quando se trata de conhecer a verdade do ocorrido, em casos de violações graves de Direitos Humanos, como os desaparecimentos forçados e a execução extrajudicial do presente caso.⁴³

6. A imposição de responsabilidades ulteriores

Nos referiremos agora à imposição de responsabilidades posteriores, seja por via penal, civil ou administrativa. As decisões nesses casos são baseadas, em maior ou menor grau, em critérios extraídos da jurisprudência do TEDH, também delineados no parecer consultivo sobre a *registro obrigatório para jornalistas*. Em resumo, para a Corte IDH a possibilidade de impor responsabilidades subsequentes ao alegado exercício abusivo do direito à liberdade de expressão é apenas admissível quando sua imposição seja “necessária em uma sociedade democrática”. De acordo com a própria Corte IDH isso significa que:

a legalidade das restrições à liberdade de expressão fundamentadas no artigo 13.2, dependerá de que estejam orientadas a satisfazer um interesse público imperativo. Entre várias opções para alcançar esse objetivo deve-se escolher aquela que restrinja em menor medida o direito protegido. Dado este padrão, não é suficiente que se demonstre, por exemplo, que a lei cumpre um propósito útil ou oportuno; para que as restrições sejam compatíveis com a Convenção devem ser justificadas de acordo com objetivos coletivos que, por sua importância, preponderem claramente sobre a necessidade social do pleno gozo do direito que o artigo 13 garante e não limitem mais que o estritamente necessário o direito protegido no artigo 13. Isto é, a restrição deve ser proporcional ao interesse que a justifica e ajustar-se estritamente ao alcance desse objetivo legítimo.⁴⁴

6.1 Os delitos de difamação

A primeira sentença da Corte IDH em matéria de difamação como crime foi o caso de *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Esta sentença analisou o processo e as sanções penais impostas ao jornalista Mauricio Herrera Ulloa e a sanção civil recebida por este último e Fernán Vargas Rohrmoser, representante legal do jornal “La Nación” da Costa Rica, como resultado de ter publicado vários artigos

42 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, § 202.

43 *Ibidem*, § 211.

44 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85, *op. cit.*, § 46.

que reproduziam parcialmente informações de alguns jornais europeus referentes a supostas atividades ilegais de Félix Przedborski. Na época dessas publicações, Przedborski foi representante da Costa Rica na Agência Internacional de Energia Atômica, na Áustria, na qualidade de cônsul *ad honorem*. Quatro dos artigos publicados no jornal foram objeto de duas queixas apresentadas por Przedborski, que resultaram na condenação de Herrera Ulloa como a autor de quatro crimes de “publicação de crimes de ofensas sob a modalidade de difamação” com suas respectivas consequências criminais e civis. Além disso, condenou-se o jornal “La Nación” como responsável civil solidário.

Ao proferir a sentença, a Corte IDH adiantou que não analisaria se as notas jornalísticas publicadas constituíam um delito determinado e em conformidade com a legislação da Costa Rica, mas, se por meio das condenações civis e criminais (e suas consequências) impostas ao Sr. Mauricio Herrera Ulloa, o Estado havia violado o direito à liberdade de expressão consagrado no artigo 13 da CADH. Ao resolver a questão de mérito, a Corte IDH declarou que:

as expressões relativas a funcionários públicos ou outras pessoas que exercem funções de natureza pública devem gozar, nos termos do artigo 13.2 da C[ADH], de uma margem de abertura a um amplo debate sobre questões de interesse público, o que é essencial para o funcionamento de um sistema verdadeiramente democrático. Isso não significa, de qualquer forma, que a honra de funcionários públicos ou pessoas públicas não deva ser legalmente protegida, mas deve estar em conformidade com os princípios do pluralismo democrático.

[...] a ênfase desse limiar diferente de proteção não se baseia na qualidade do sujeito, mas sim no caráter de interesse público que envolvem as atividades ou atuações de uma pessoa determinada. Aquelas pessoas que influem em questões de interesse público se expõem voluntariamente a um escrutínio público mais exigente e, conseqüentemente, se veem expostas a maior risco de sofrer críticas, já que suas atividades estão fora do domínio da esfera privada para inserir-se na esfera do debate público.⁴⁵

Herrera Ulloa foi submetido a um processo penal que culminou em uma condenação na qual o juiz local, aplicando o Código Penal da Costa Rica, considerou que o jornalista deveria ser condenado dado que não demonstrou a veracidade dos fatos atribuídos por vários jornais europeus sobre Przedborski. Durante todo o processo interno Herrera Ulloa só conseguiu demonstrar que “o querelante [havia sido] questionado em nível jornalístico na Europa”.⁴⁶ Para a Corte IDH, esta exigência “implica uma limitação excessiva à liberdade de expressão, inconsistente com o disposto no artigo 13.2 da C [ADH]”⁴⁷, uma vez que “produz[ia] um efeito dissuasivo, assustador e inibidor para todos aqueles que exercem a profissão de jornalista, que, por sua vez, impe[dia] o debate público sobre temas de interesse da sociedade.”⁴⁸

A Corte IDH entendeu que o Estado havia violado o artigo 13 da C[ADH], uma vez que a restrição imposta ao exercício da liberdade de expressão de Herrera Ulloa havia excedido o padrão contido na referida norma.

A decisão da Corte IDH teve forte impacto na jurisdição interna, já que, uma vez notificado ao Estado, o tribunal da Costa Rica que impôs a condenação penal concordou em revogá-la, juntamente com seus efeitos, para dar cumprimento à decisão internacional.

A segunda sentença sobre difamação criminal decidida pela Corte IDH foi o caso *Ricardo Canese vs. Paraguai*. Canese foi processado e condenado pelo crime de difamação como consequência de várias expressões formuladas em 1992, quando ele era candidato à presidência do Paraguai. Suas declarações questionavam o outro candidato, Juan Carlos Wasmosy, que foi descrito como infiltrado

45 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPMRC. 2004, §§ 128-129.

46 *Ibidem*, § 132. De fato, durante o processo penal interno, Herrera Ulloa apelou ao uso da *exceptio veritatis* como forma de defesa frente às acusações contra ele.

47 *Idem*.

48 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPMRC. 2004, § 133.

ou “testa de ferro” da família do ditador Stroessner em uma empresa. Alguns dos sócios da referida empresa apresentaram uma queixa criminal contra Canese pelos crimes de calúnia e injúria, pelos quais Canese foi condenado em primeira instância em 1994. Canese recorreu da decisão, no entanto, a sentença foi confirmada em 1997, impondo uma sentença de dois meses de prisão e uma multa. Como consequência do processo penal, foi submetido a restrições de saída do país por mais de 8 anos. Em 11 de dezembro de 2002 - depois que o pedido foi apresentado perante a Corte IDH - a Suprema Corte de Justiça do Paraguai aceitou um recurso de revisão interposto por Canese, no qual foi ordenada a anulação de todas as sentenças contra ele. A sentença da Corte IDH ressaltou a importância dessa decisão da Suprema Corte paraguaia, mas fez notar que:

os fatos geradores das violações alegadas foram cometidos durante o processo penal contra a suposta vítima até o proferimento de sentença absolutória, em 11 de dezembro de 2002. A Corte deve recordar que a responsabilidade internacional do Estado é gerada imediatamente após o ilícito internacional, apesar de que apenas pode ser exigida depois de que o Estado tenha tido a oportunidade de repará-lo por seus próprios meios. Uma possível reparação posterior realizada no direito interno não inibe a Comissão nem a Corte de conhecer um caso que já se iniciou por supostas violações à Convenção Americana, tal como o presente que se iniciou no Sistema Interamericano em julho de 1998. *É por isso que o proferimento das mencionadas decisões por parte da Câmara Penal da Corte Suprema de Justiça do Paraguai, em agosto e dezembro de 2002, não podem ser considerados pela Corte como elementos para deixar de conhecer as alegadas violações à Convenção Americana supostamente ocorridas com anterioridade a essas decisões.*⁴⁹

Ao referir-se ao artigo 13 da CADH, a Corte IDH analisou as duas dimensões que englobam o direito em questão e ressaltou, mais uma vez, o “padrão democrático” ao qual nos referimos em linhas anteriores. Em relação a este último, a Corte IDH fez uma nova avaliação a respeito das expressões proferidas durante os períodos eleitorais:

no contexto de uma campanha eleitoral, a liberdade de pensamento e de expressão em suas duas dimensões constitui um bastião fundamental para o debate durante o processo eleitoral, devido a que se transforma em uma ferramenta essencial para a formação da opinião pública dos eleitores, fortalece a disputa política entre os vários candidatos e partidos que participam nas eleições e se transforma em um autêntico instrumento de análise das plataformas políticas propostas pelos diferentes candidatos, o que permite uma maior transparência e fiscalização das futuras autoridades e de sua gestão.⁵⁰

Além disso, a Corte IDH sustentou que era indispensável que:

se proteja e garanta o exercício da liberdade de expressão no debate político que precede as eleições das autoridades estatais que governarão um Estado. A formação da vontade coletiva através do exercício do sufrágio individual se nutre das diferentes opções que os partidos políticos apresentam através dos candidatos que os representam. O debate democrático implica que se permita a circulação livre de ideias e informação a respeito dos candidatos e seus partidos políticos por parte dos meios de comunicação, dos próprios candidatos e de qualquer pessoa que deseje expressar sua opinião ou apresentar informação. É preciso que todos possam questionar e indagar sobre a capacidade e idoneidade dos candidatos, bem como dissentir e confrontar suas propostas, ideias e opiniões de maneira que os eleitores possam formar seu critério para votar. Nesse sentido, o exercício dos direitos políticos e a liberdade de pensamento e de expressão se encontram intimamente vinculados e se fortalecem entre si.⁵¹

49 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. MRC. 2004, § 71. (grifo nosso)

50 *Ibidem*, § 88.

51 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. MRC. 2004, § 90.

A avaliação da Corte IDH em relação ao processo penal e ao julgamento contra Canese veio reforçar - mas não consolidar - a linha jurisprudencial iniciada no caso *Herrera Ulloa*. Em primeiro lugar a Corte IDH fez referência às restrições permitidas em uma sociedade democrática, utilizando-se do parâmetro de “necessidade” elaborado no parecer consultivo sobre o *registro profissional obrigatório para jornalistas*. Em segundo lugar, destacou a maior margem de tolerância que deve existir frente às afirmações e apreciações expressas no debate político ou sobre questões de interesse público,⁵² e, conectando com isso, explicou que “as declarações concernentes a funcionários públicos ou a outras pessoas que exercem funções de natureza pública devem gozar, nos termos do artigo 13.2 da Convenção, de uma margem de abertura a um debate amplo a respeito de assuntos de interesse público.”⁵³ A consequência do exposto foi insistir, como havia feito em *Herrera Ulloa*, sobre o limiar diferente de proteção que desfrutam certas pessoas, não por causa de suas qualidades pessoais, mas pelo que podem envolver as expressões que sobre elas são feitas:

em se tratando de funcionários públicos, de pessoas que exercem funções de uma natureza pública e de políticos, deve-se aplicar um limite diferente de proteção, o qual não se assenta na qualidade do sujeito, mas no caráter de interesse público que implicam as atividades ou atuações de uma pessoa determinada.⁵⁴

Em *Herrera Ulloa*, a Corte IDH já havia estabelecido que “as expressões relativas às autoridades públicas ou outras pessoas que exercem funções de natureza pública dev[eria]m gozar, nos termos do artigo 13.2 da C[ADH], de uma margem de abertura a um amplo debate sobre assuntos de interesse público, o que é essencial para o funcionamento de um sistema verdadeiramente democrático”.⁵⁵ Sobre estas bases, a Corte IDH considerou que, no processo contra Canese, os tribunais paraguaios deveriam ter levado em consideração o contexto da campanha eleitoral em que haviam sido produzidas as declarações, “ponderando o respeito pelos direitos ou reputações dos demais com o valor que tem em uma sociedade democrática o debate aberto sobre questões de interesse ou preocupação pública.”⁵⁶ Imediatamente, a Corte IDH fez sua conclusão mais importante:

O processo penal, a consequente condenação imposta ao senhor Canese durante mais de oito anos e a restrição aplicada para sair do país durante oito anos e quatro meses, fatos que sustentam o presente caso, constituíram uma punição desnecessária e excessiva pelas declarações que a suposta vítima emitiu no contexto da campanha eleitoral, a respeito de outro candidato à Presidência da República e sobre assuntos de interesse público; e também limitaram o debate aberto sobre temas de interesse ou preocupação pública e restringiram o exercício da liberdade de pensamento e de expressão do senhor Canese de emitir suas opiniões durante o restante da campanha eleitoral. De acordo com as circunstâncias do presente caso, não existia um interesse social imperativo que justificasse a punição penal, pois limitou desproporcionalmente a liberdade de pensamento e de expressão da suposta vítima sem levar em consideração que suas declarações se referiam a questões de interesse público. Isso constituiu uma restrição ou limitação excessiva em uma sociedade democrática, ao direito à liberdade de pensamento e de expressão do senhor Ricardo Canese, incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana.

[...] Além disso, o Tribunal considera que, neste caso, o processo penal, a consequente condenação imposta ao senhor Canese durante mais de oito anos e as restrições para sair do país durante oito anos e quatro meses, constituíram meios indiretos de restrição à liberdade de pensamento e de expressão do senhor Canese. A este respeito, depois de ser condenado penalmente,

52 *Ibidem*, § 97.

53 *Ibidem*, § 98.

54 *Ibidem*, § 103.

55 *Ibidem*, § 128.

56 *Ibidem*, § 105.

o senhor Canese foi despedido do meio de comunicação no qual trabalhava e durante um período não publicou seus artigos em nenhum outro jornal.⁵⁷

É importante notar que nestas sentenças, tanto em *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* como em *Ricardo Canese vs. Paraguai*, a Corte IDH começou a delinear o argumento que questiona o uso do direito penal para impor responsabilidades adicionais a expressões que possam afetar a honra dos funcionários públicos.⁵⁸ Essa tendência foi consolidada alguns anos depois no caso *Kimel*, em que a Corte IDH também invalidou a sentença penal proferida contra um jornalista como consequência de expressões pelas quais um funcionário público se sentiu afetado, porém foi revertida mais adiante no caso *Mémoli*, como detalharemos abaixo.

Em *Kimel vs. Argentina*, a Corte IDH deu um passo adiante com respeito a *Herrera Ulloa* e *Canese* pois considerou que a tipificação penal destes delitos era pouco específica e violava o “princípio de legalidade que ordena que os elementos dos delitos estejam descritos claramente na lei”. Os crimes de calúnia e difamação, ao serem violadores do princípio de legalidade, não podem ser validamente admitidos como responsabilidades ulteriores no âmbito da CADH. Por esse motivo, a Corte IDH considerou que a legislação penal - neste caso, a argentina - devia ser modificada.

O progresso é evidente. Em *Kimel* a Corte IDH impulsiona a modificação legislativa dos crimes de calúnia e difamação na Argentina, o que não havia feito em *Herrera Ulloa* ou em *Canese*.⁵⁹ Apesar deste progresso, a Corte IDH introduziu em *Kimel* um parágrafo infeliz onde se afasta da tendência de descriminalizar os crimes de calúnia e difamação - firmemente sustentada pela CIDH-. O parágrafo 78 do julgamento mostra a tensão evidente dentro do tribunal:

A Corte [IDH] não considera contrária à Convenção qualquer medida penal a propósito da expressão de informações ou opiniões, mas esta possibilidade deve ser analisada com especial cautela, ponderando a respeito a extrema gravidade da conduta realizada pelo emissor daquelas, o dolo com o qual atuou, as características do dano injustamente causado e outros dados que manifestem a absoluta necessidade de utilizar, de forma verdadeiramente excepcional, as medidas penais. Em todo o momento, o ônus da prova deve recair em quem formula a acusação. Nesta ordem de considerações, a Corte observa os movimentos na jurisprudência de outros Tribunais encaminhados a promover, com racionalidade e equilíbrio, a proteção que

57 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. MRC. 2004, §§ 106 e 107. Observe que, em Ricardo Canese, ao contrário do que foi estabelecido em *Herrera Ulloa*, a Corte IDH também enfatiza a falta de proporcionalidade do próprio processo penal e não apenas da sanção derivada dele.

58 Em *Herrera Ulloa*, o então Presidente da Corte IDH, Sergio García Ramírez, questionou em seu voto individual na sentença: “se era necessário e conveniente para a solução adequada do problema [...] recorrer à solução penal, ou basta[va] prever responsabilidades de outra ordem e desencadear reações legais de natureza diferente: administrativa e civil, por exemplo[?]”. A esta pergunta continuou com uma contundente apreciação teórica: “[...] deve-se lembrar que, em geral - e salvo atrasos históricos e tentações autoritárias, que não são poucas e nem estão em recesso - prevalece a corrente favorável ao chamado direito penal “mínimo”, ou seja, ao emprego moderado, restritivo e marginal do dispositivo punitivo, reservado precisamente para aqueles casos em que é impossível ou francamente inapropriado optar por soluções menos impressionantes. O aparato penal constitui a ferramenta mais severa disponível para o Estado - a sociedade, ainda melhor - na implantação de seu monopólio da força, para enfrentar comportamentos que ameaçam gravemente - muito gravemente - contra a vida de sua comunidade e dos direitos fundamentais de seus membros”. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPMRC. 2004. Voto individual fundamentado do juiz Sergio García Ramírez, pars. 14-15. Essas sugestões são refletidas - embora não com igual clareza - na sentença do caso Ricardo Canese: “[...] corresponde ao Tribunal determinar se, neste caso, a aplicação de responsabilidades penais ulteriores relativas ao alegado exercício abusivo do direito à liberdade de pensamento e de expressão através de declarações relacionadas a assuntos de interesse público, pode considerar-se o atendimento ao requisito de necessidade em uma sociedade democrática. A esse respeito, deve-se lembrar que o direito penal é o meio mais restritivo e severo para estabelecer responsabilidades em relação a condutas ilegais”. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. MRC. 2004, § 104. A pergunta em ambos os casos é idêntica, e a apreciação teórica que precede é similar: a aplicação do direito penal, nesses casos, resulta desnecessária.

59 Note-se que os tipos penais da Argentina não diferiam substancialmente de seus pares na Costa Rica e no Paraguai.

merecem os direitos em aparente disputa, sem debilitar as garantias que a livre expressão requer como sustentáculo do regime democrático.⁶⁰

Enquanto o juiz García Ramírez era fiel com o que havia expressado em seus votos anteriores, o juiz García Sayán desenvolveu em seu raciocínio a ideia de que em certas ocasiões as sanções penais podem ser impostas, sem violar a CADH, como consequência de expressões que poderiam prejudicar a honra dos funcionários públicos.

Em meados de 2009, a Corte IDH proferiu uma nova sentença sobre o tema, desta vez no caso *Tristan Donoso vs. Panamá*. O advogado panamenho Santander Tristán Donoso havia sido condenado pelos crimes de difamação e injúria por ter afirmado em uma entrevista coletiva que um funcionário do Estado havia gravado suas conversas telefônicas e as divulgado a terceiros. A Corte IDH considerou que a divulgação das conversas telefônicas violou o artigo 11 da CADH em detrimento de Santander Tristán Donoso,⁶¹ e decidiu que o Estado, ao impor uma sanção penal sobre o advogado também violou o artigo 13 da CADH. No caso, a Corte IDH reiterou suas conclusões feitas nos casos *Herrera Ulloa, Canese e Kimel* de que, no contexto democrático, as expressões sobre funcionários públicos ou pessoas que exercem funções públicas, assim como os candidatos a exercer cargos públicos, devem ter uma margem de abertura particularmente reforçada que os expõe em maior grau ao escrutínio e críticas do público. De acordo com a Corte IDH, o anterior exposto justifica-se, precisamente, pelo caráter de interesse público das atividades que realizam, porque se expuseram voluntariamente a um escrutínio mais exigente e porque têm uma enorme capacidade de contestar informações por meio de seu poder de convocação pública.⁶²

No entanto, em *Tristán Donoso*, a Corte IDH não encontrou violação do artigo 2 da CADH, diferente do aconteceu em *Kimel*. Esta conclusão, no entanto, parece responder às circunstâncias do próprio caso. Nas palavras da Corte IDH:

Por outro lado, não foi demonstrado no presente caso que a referida sanção penal tenha resultado das supostas deficiências no marco normativo que regulamentava os delitos contra a honra no Panamá. Por isso, o Estado não descumpriu a obrigação geral de adotar disposições de direito interno estabelecida no artigo 2 da Convenção Americana.

Além disso, a Corte observa e valora positivamente que, com posterioridade aos fatos que motivaram o presente caso, foram aprovadas importantes reformas no marco normativo panamenho em matéria de liberdade de expressão.⁶³

Da mesma forma, a Corte IDH sustentou que:

[...] apesar de a sanção penal de dias-multa não parecer excessiva, a condenação penal imposta como forma de responsabilidade ulterior estabelecida no presente caso é desnecessária. Adicionalmente, os fatos sob exame do Tribunal evidenciam que o temor à sanção civil, diante da pretensão do ex-Procurador de uma reparação civil sumamente elevada, pode ser, a todas as luzes, tão ou mais intimidante e inibidora para o exercício da liberdade de expressão que uma sanção penal, na medida em que tem o potencial de comprometer a vida pessoal e familiar de quem denuncia um funcionário público, com o resultado evidente e muito negativo de auto-censura, tanto para o afetado como para outros potenciais críticos da atuação de um servidor público.⁶⁴

60 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. MRC. 2008, § 78. Sugere-se comparar as ideias expressas nos votos concorrentes a esta sentença dos juízes García Sayán e García Ramírez.

61 Para mais informações sobre a privacidade das comunicações, consulte o comentário ao artigo 11 (proteção da honra e dignidade) de Bertoni e Zelada.

62 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPMRC. 2009, § 115.

63 *Ibidem*, §§ 131-132. A Corte IDH também não considerou que o princípio da legalidade estabelecido no artigo 9 da CADH foi violado.

64 *Ibidem*, § 129. (grifo nosso)

O argumento quanto ao efeito inibidor não apenas das sanções penais, mas também das que possam emanar de processos civis, tiveram um impacto positivo em casos futuros, como explicaremos mais adiante nesta seção. Contudo, a decisão do caso *Tristán Donoso* não avança a ponto de afirmar que a aplicação dos delitos de difamação criminal sejam *per se* violadores da CADH, mesmo quando a expressão sob estudo esteja referida a funcionários públicos ou assuntos de interesse público. Como em *Kimel*, a sentença em *Tristán Donoso* deixa em aberto a possibilidade para que, sujeito a certas condições, o uso dos delitos de difamação seja permitido mesmo em casos envolvendo funcionários do Estado ou expressões sobre questões de interesse público. Se a Corte IDH reconheceu o efeito inibidor das sanções criminais e civis, caberia perguntar-se por que não foi afirmado que os delitos de difamação, ao gerar tal efeito, poderiam resultar incompatíveis com a CADH.

A tudo isso, deve-se acrescentar o que foi afirmado pela Corte IDH na sentença de *Usón Ramírez vs. Venezuela*, proferida no final de 2009.⁶⁵ Francisco Usón, militar aposentado, foi condenado na Venezuela por crime de “insulto às Forças Armadas Nacionais”,⁶⁶ após emitir opiniões críticas em um programa de televisão sobre o desempenho dessa instituição no caso de um grupo de soldados que haviam sido gravemente feridos em uma instalação militar. Como em *Kimel*, a Corte IDH considerou que a norma penal aplicada à sanção de Usón não cumpria os requisitos do princípio de legalidade por ser ambígua, e considerou que a aplicação do direito penal ao caso não era idônea, necessária e estritamente proporcional. A Corte IDH ordenou ao Estado, entre outras medidas, que anulasse o processo de prisão militar contra a vítima e que modificasse,⁶⁷ dentro de um prazo razoável, o tipo penal utilizado.

Como havíamos antecipado, um grande retrocesso sobre esse assunto ocorreu em 2013, quando a Corte IDH proferiu sua sentença no caso *Mémoli vs. Argentina*. Embora o tribunal tenha apontado de maneira reiterada que “não estima[va] contrári[a] à C[ADH] qualquer medida penal referente à expressão de informações ou opiniões”,⁶⁸ pela primeira vez, neste caso, considerou que a sentença penal de injúria e calúnia não afetava a liberdade de expressão protegida no artigo 13 da CADH. A sentença reflete os critérios que o juiz García Sayán havia adiantado em seu voto separado no caso *Kimel*, no sentido de que certas sanções penais podem ser impostas como resposta a expressões que puderam prejudicar a honra, sem que isso constitua uma violação da CADH.

Como resulta da jurisprudência que comentamos, até esse caso a Corte IDH havia condenado pela violação da liberdade de expressão a todos os Estados cuja jurisdição havia aplicado uma norma penal para sancionar pessoas acusadas por delitos de injúria e calúnia contra funcionários públicos. A Corte IDH reiterou sua opinião de que funcionários públicos e pessoas que exercem funções de natureza pública gozam de um limite de proteção diferente, não em virtude da qualidade dos sujeitos, mas da natureza de interesse público de suas ações.⁶⁹ No entanto, no caso *Mémoli*, a Corte IDH realizou uma interpretação restrita do que constitui o interesse público, e com base nessa interpretação - contrária às suas decisões anteriores -, entendeu que a sentença de prisão pelos crimes de injúria e calúnia contra os irmãos Carlos e Pablo Mémoli, em virtude das denúncias públicas que fizeram contra os diretores de uma sociedade mútua que recebeu valas de um cemitério municipal a título de locação, os quais eram de propriedade pública não violou a CADH. A Corte IDH determinou que:

65 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPMRC. 2009.

66 Por meio do tipo penal estabelecido no artigo 505 do Código Orgânico da Justiça Militar, “incorrerá na pena de três a oito anos de prisão aquele que em alguma forma injuria, ofende ou menospreza as Forças Armadas Nacionais ou alguma de suas unidades”. A CIDH e os representantes da vítima sustentaram que esta norma era em realidade uma nova formulação do delito de “desacato” ou “vilipêndio”. A Corte IDH, sem embargo, evitou qualificar o tipo penal do artigo 505 do Código Orgânico da Justiça Militar como tal. Abordaremos o tratamento do “desacato” no seguinte tópico deste trabalho.

67 Observe que a Corte IDH ordenou modificar e não “revogar” o tipo penal em questão.

68 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. MRC. 2008, § 78. Corte IDH. *Caso Fontevecchia e D’Amico vs. Argentina*. MRC. 2011, § 55.

69 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. MRC. 2008, § 86.

tanto a via civil como a via penal são legítimas, sob certas circunstâncias e na medida em que reúnam os requisitos de necessidade e proporcionalidade, como meios para estabelecer responsabilidades ulteriores à expressão de informações ou opiniões que afetam a honra ou a reputação.⁷⁰

Particularmente preocupante é a falta de motivação da Corte IDH nesta sentença, considerando que em *Kimel* havia indicado que os crimes de injúria e calúnia do Código Penal Argentino eram contrários à CADH, violando o princípio de legalidade. Enquanto, em *Mémoli*, a aplicação desses mesmos crimes não foi considerada uma violação da CADH, sem que essa alteração de critérios seja explicada ou fundamentada de maneira razoável pela Corte IDH.

6.2 As leis de desacato

Ao contrário dos casos sobre difamação criminal já expostos, na sentença do caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, a Corte IDH se inclinou claramente pela necessidade de revogação dos crimes de desacato,⁷¹ cuja incompatibilidade com o artigo 13 da CADH havia sido mantida de maneira reiterada pela CIDH desde 1995.⁷²

Os fatos expostos na denúncia diziam respeito à proibição da publicação do livro de Palamara Iribarne, intitulado “Ética y Servicios de Inteligencia”, no qual se abordou aspectos relacionados “com a inteligência militar e a necessidade de adaptá-la a certos parâmetros éticos; a alegada apreensão de exemplares do livro, seus originais, um disco contendo o texto completo e a matriz eletrostática da publicação e tudo o que foi realizado na sede da editora onde se publicaria; bem como a suposta exclusão do texto do livro do disco rígido do computador pessoal que estava na casa de Palamara Iribarne, e a apreensão dos livros que estavam neste mesmo endereço”.⁷³

Conforme indicado pela CIDH, o “Sr. Palamara Iribarne, oficial aposentado do exército Chileno, estava trabalhando na época dos fatos como funcionário civil da Armada do Chile na cidade de Punta Arenas.”⁷⁴ A CIDH indicou que Palamara Iribarne havia sido submetido a “um processo por dois delitos de desobediência” pelos quais foi condenado e que este “deu uma conferência de imprensa [pela qual também] foi processado e, ao final, foi condenado pelo crime de desacato.”⁷⁵

Com relação à violação do artigo 13 da CADH, a Corte IDH teve de decidir acerca de duas perguntas: 1. Se a proibição de censura prévia trazida pelo artigo 13.2. tem apenas a limitação do artigo 13.4; e 2. Se os crimes de desacato são compatíveis com o artigo 13. Os argumentos da Corte IDH respondem a essas duas questões.

Em relação ao primeiro ponto, a Corte IDH evitou afirmar claramente que a censura prévia é permitida unicamente sob as premissas do inciso 4 do artigo 13.⁷⁶ Como foi dito mais acima, isso havia sido estabelecido em “*La Última Tentación de Cristo*”. *Palamara Iribarne* é um caso faticamente mais complexo para elucidar os limites da censura prévia. Se um militar adquire conhecimento de certos segredos relacionados à segurança nacional e decide publicá-los, parece claro que o Estado deveria ter

70 Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPMRC. 2013, § 126.

71 Não se deve esquecer que a sentença de *Palamara Iribarne* foi decidida antes do caso *Kimel*.

72 CIDH. Relatório Anual 1994. Capítulo V: Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev., Washington D.C., 1995.

73 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. MRC. 2005, § 2.

74 *Idem*.

75 *Idem*.

76 *Ibidem*, §§ 72-73. No referido parágrafo, afirmou-se que: “[como] a Corte [IDH] estabeleceu, “a expressão e a difusão do pensamento são indivisíveis”, para garantir efetivamente o direito à liberdade de pensamento e expressão, o Estado não pode limitar indevidamente o direito de difundir ideias e opiniões. No presente caso, para que o Estado garantisse efetivamente o exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão do Sr. Palamara Iribarne não bastava permitir-lhe escrever suas ideias e opiniões, pois a proteção compreendia o dever de não restringir sua divulgação, para que pudesse distribuir o livro usando qualquer meio apropriado para levar essas ideias e opiniões ao maior público possível e que estes poderiam receber essas informações.”

o poder não apenas de sancionar o indivíduo, mas também de impedir a publicação em si. Por exemplo, se durante um conflito armado um oficial militar decidir publicar a localização das tropas ou estoques bélicos, é razoável que seja impedido de fazê-lo. No entanto, até *Palamara Iribarne* a leitura que a Corte IDH havia dado é que a censura prévia só é admitida para os casos do inciso 4 do artigo 13, de maneira que a situação do militar em questão ficaria de fora.

Em *Palamara Iribarne*, a Corte IDH declarou que não analisaria se o oficial militar aposentado deveria reservar-se sobre certos assuntos confidenciais dado que havia sido demonstrado que seu livro abordava assuntos de interesse público e que não foram adquiridos em razão de seu cargo nas forças armadas. A pergunta é, então, o que teria acontecido se esta não tivesse sido a situação? seria possível a censura prévia? Nossa opinião é que, mesmo quando a Corte IDH expressamente decidiu que não analisaria a questão do dever de confidencialidade, a resposta está em suas próprias palavras quando afirma que a violação do dever de confidencialidade pode implicar responsabilidades ulteriores sem referência à possibilidade de restrição ou censura prévia.⁷⁷

Em relação ao crime de desacato, em *Palamara Iribarne*, a Corte IDH dá uma interpretação final positiva e em conformidade com o que a CIDH vinha argumentando sobre a incompatibilidade das referidas normas com a CADH. Ao ler a decisão, constantemente se adverte as referências ao “presente caso” e à “desproporção” da reação do Estado. Até então, os argumentos de condenação por violação ao artigo 13 da CADH seguiam as linhas de *Canese e Herrera Ulloa*, mesmo com a questão do limite diferente aplicável em casos de manifestações de interesse público. Mas, a partir do parágrafo 89 da sentença, a Corte IDH gira a sua linha argumentativa e ordena que o Chile revogue o crime de desacato que subsistia na legislação.⁷⁸

Por fim, a Corte IDH afirma que:

77 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. MRC. 2005, § 77. A Corte IDH observou que: “[p]ode ocorrer que os funcionários ou empregados de uma instituição tenham o dever de manter confidencialidade sobre determinadas informações sobre as quais tenham acesso no exercício de suas funções, quando o conteúdo dessas informações for coberto pelo referido dever. O dever de confidencialidade não cobre informações relacionadas à instituição ou às funções que esta realizava quando havia se tornado pública. No entanto, em certos casos, a violação do dever de confidencialidade pode gerar responsabilidades administrativas, civis ou disciplinares. No presente caso, não será analisado o conteúdo do dever de confidencialidade, porque foi demonstrado que ao escrever o livro ‘Ética y Servicios de Inteligencia’ o Sr. Palamara Iribarne, usou informações de fontes abertas”.

78 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. MRC. 2005, §§ 89, 92-93. Nesses parágrafos, a Corte IDH declarou: “[a] Corte considera que no presente caso, através da aplicação do crime de desacato utilizou-se a persecução penal de forma desproporcional e desnecessária em uma sociedade democrática, de modo que privou-se o Sr. Palamara Iribarne do exercício do seu direito à liberdade de pensamento e expressão, em relação às opiniões críticas que ele teve em relação a assuntos que o afetavam diretamente e estavam diretamente relacionados à maneira pela qual as autoridades da justiça militar cumpriram suas funções públicas nos processos aos quais ele foi submetido. A Corte considera que a legislação sobre desacato aplicada ao Sr. Palamara Iribarne estabelecia sanções desproporcionais por criticar o funcionamento das instituições estatais e de seus membros, suprimindo o debate essencial ao funcionamento de um sistema verdadeiramente democrático e restringindo desnecessariamente o direito à liberdade de pensamento e expressão. A Corte observa com preocupação que, apesar da valiosa contribuição da reforma legislativa, o artigo 264 do Código Penal reformado preserva um tipo penal de “ameaça” às mesmas autoridades que constituíam, antes da reforma do referido Código, o sujeito passivo do crime de desacato. Dessa forma, verifica-se no Código Penal uma descrição ambígua e que não delimita claramente qual é o âmbito típico da conduta delitativa, o que poderia levar a interpretações amplas que permitiriam que as condutas anteriormente consideradas como desacato sejam penalizadas indevidamente através do tipo penal de ameaça. Por isso, se decidir conservar essa norma, o Estado deve precisar de que tipo de ameaças se trata, de forma que não reprima a liberdade de pensamento e de expressão de opiniões válidas e legítimas ou quaisquer inconformidades e protestos em relação às ações dos órgãos públicos e de seus membros. Além disso, este Tribunal observa que a modificação legislativa estabelecida pela Lei n° 20.048 não abrangeu todas as normas que contemplam o crime de desacato, já que o Código de Justiça Militar conserva sua tipificação. Dessa forma, o Estado continua estabelecendo sanções desproporcionais a quem criticar o funcionamento das instituições estatais e seus membros, conferindo uma maior proteção ainda maior às instituições militares e seus membros, à diferença das instituições civis em uma sociedade democrática, o que não é compatível com o artigo 13 da C[ADH]”.

ao ter incluído em suas diretrizes internas normas sobre desacato contrárias ao artigo 13 da C[ADH], algumas ainda em vigor, o Chile violou a obrigação geral de adotar disposições do direito interno que emana do artigo 2 da C[ADH].⁷⁹

Não foi declarado o descumprimento do artigo 2 da CADH nos casos *Herrera Ulloa, Canese, Tristán Donoso* e - como veremos abaixo - tampouco em *Fontevecchia e D'Amico*, mas sim em *Kimel* e *Usón Ramírez*. Podemos dizer que, se antes de *Kimel* havia dúvidas, com *Palamara Iribarne* - onde o desacato foi analisado - a Corte IDH, sem nenhuma hesitação, solicitou sua revogação.⁸⁰

6.3 Criminalização da liberdade de expressão

Além da difamação e das leis de desacato, em 2014 a Corte IDH teve a oportunidade de pronunciar-se sobre outras formas de criminalização da liberdade de expressão, processos e condenações penais impostas a oito dirigentes, membros e ativistas do povo indígena Mapuche como autores de crimes em aplicação da chamada “Lei Antiterrorista” no Chile, em um contexto de protesto social pela recuperação de seus territórios ancestrais.

Na sua decisão no caso dos *Povos Indígenas Mapuche vs. Chile*, a Corte IDH examinou a compatibilidade das penas acessórias impostas contra as vítimas, em virtude das quais ficaram inabilitadas por um período de quinze anos para explorar um meio de comunicação social ou ser diretor ou administrador do mesmo, ou para desempenhar funções relacionadas à emissão ou difusão de opiniões ou informações.

A Corte IDH considerou que a pena constituiu uma restrição indevida ao exercício da liberdade de expressão das vítimas:

não somente por haver sido imposta fundamentando-se em sentenças condenatórias que aplicaram uma lei penal violadora do princípio de legalidade e de várias garantias processuais [...], mas também porque, nas circunstâncias do presente caso, é contrária ao princípio da proporcionalidade da pena.⁸¹

Além disso, a Corte IDH constatou que as vítimas eram autoridades tradicionais do povo indígena Mapuche, e que, como tal, tinham um papel determinante na comunicação de interesses e gestão política, espiritual e social de suas respectivas comunidades, de maneira que “a imposição da referida pena acessória lhes restringiu a possibilidade de participar na difusão de opiniões, ideias e informação através do desempenho de funções em meios de comunicação social”,⁸² o que afetou negativamente tanto a dimensão individual quanto a dimensão social do direito à liberdade de expressão. Por fim, a Corte IDH considerou que a maneira pela qual a “Lei Antiterrorismo” foi aplicada aos membros do povo indígena Mapuche poderia ter causado um temor razoável em outros membros deste mesmo povo envolvidos em ações relacionadas a protestos sociais e à reivindicação de seus direitos territoriais ou que eventualmente desejaram participar destes.

A sentença abre as portas para o desenvolvimento de uma linha jurisprudencial não apenas sobre criminalização do protesto, mas também de maneira mais ampla sobre o emprego de outras normas penais, que inclusive em conformidade com o princípio da legalidade e das garantias processuais, podem ser contrárias ao princípio da proporcionalidade da pena e gerar um efeito inibidor sobre o livre exercício da liberdade de expressão.

79 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. MRC. 2005, § 95.

80 Sobre o escopo e o descumprimento do artigo 2 da CADH (dever de adotar disposições de direito interno), ver o comentário ao referido artigo de Ferrer Mac-Gregor e Pelayo.

81 Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. MRC. 2014, § 374.

82 *Ibidem*, § 375.

6.4 A imposição de responsabilidades ulteriores por meio de sanções civis

Além das restrições à liberdade de expressão impostas pelo direito penal, a Corte IDH teve a oportunidade de se pronunciar sobre a compatibilidade entre a CADH e as sanções civis aplicadas em virtude do exercício da liberdade de expressão. No caso *Fontevicchia e D'Amico vs. Argentina*, a Corte IDH abordou pela primeira vez a problemática da imposição de responsabilidades civis ulteriores como um mecanismo de restrição indevida da liberdade de expressão.

Nesse caso, os tribunais argentinos impuseram uma condenação civil a Jorge Fontevicchia e Héctor D'Amico, diretor e editor, respectivamente, da revista "Noticias", pela responsabilidade da publicação de dois artigos. Nos textos se fez a referência à existência de um filho não reconhecido de Carlos Saúl Menem, então presidente da nação, com uma deputada, e as relações forjadas ao longo dos anos entre esses personagens. A Corte Suprema de Justiça da Nação considerou que o direito do alto funcionário à privacidade havia sido violado como resultado daquelas publicações.

No momento de realizar sua análise, a Corte IDH examinou, tal como nos casos onde foi imposta uma sanção penal, "a medida de responsabilidade ulterior imposta internamente não cumpriu o requisito de ser necessária em uma sociedade democrática, não analisará se o montante da condenação civil no presente caso foi ou não desproporcional."⁸³ Em outras palavras, aplicou a totalidade do marco analítico da relevância da difamação às responsabilidades civis ulteriores.

A Corte IDH observou que a informação publicada no caso era de interesse público e que na data de sua divulgação já se encontrava em domínio público e, portanto, não encontrou uma interferência arbitrária no direito à privacidade de Menem. A Corte IDH deu ênfase especial à análise dos atos do então Presidente em torno a esses fatos para concluir que – sob esse contexto – não era de sua responsabilidade alegar uma expectativa razoável de proteção de sua privacidade. Assim, a Corte IDH considerou que a imposição da sanção civil constituía *per se* uma violação do artigo 13 da CADH:

[...] [que] as publicações realizadas pela revista Noticias a respeito do funcionário público eleito de mais alto nível do país tratavam de assuntos de interesse público, que os fatos no momento de serem difundidos se encontravam no domínio público e que o suposto afetado com sua conduta não havia contribuído a resguardar a informação cuja difusão posteriormente objetou. Por isso, não houve uma ingerência arbitrária no direito à vida privada do senhor Menem. De tal modo, a medida de responsabilidade ulterior imposta, que excluiu qualquer ponderação no caso concreto dos aspectos de interesse público da informação, foi desnecessária em relação à alegada finalidade de proteger o direito à vida privada.⁸⁴

Outro aspecto a ser destacado, seguindo o que foi dito em *Tristán Donoso*, é a afirmação da Corte IDH quanto ao efeito inibidor que a imposição de sanções civis também pode causar em tais contextos:

a Corte [IDH] considera oportuno reiterar que o temor de uma sanção civil desproporcional pode ser, em todo caso, tão ou mais intimidante e inibidor para o exercício da liberdade de expressão que uma sanção penal, na medida em que a potencialidade de comprometer a vida pessoal e familiar de quem denuncia ou, como no presente caso, publica informação sobre um funcionário público, com o resultado evidente e muito negativo de autocensura, tanto para o afetado como para outros potenciais críticos da atuação de um servidor público.⁸⁵

No caso, os representantes também alegaram que o artigo 1071 bis do Código Civil Argentino era incompatível com o artigo 2 da CADH, na medida em que: 1. Concedia ampla margem de manobra ao juiz para determinar a arbitrariedade das interferências na vida privada dos indivíduos, mas sem considerar se a informação era ou não de interesse público; e 2. Não estabelecia critérios claros para a

83 Corte IDH. *Caso Fontevicchia e D'Amico vs. Argentina*. MRC. 2011, § 51. 84 *Ibidem*, § 71. 85 *Ibidem*, § 74.

84 *Ibidem*, § 71.

85 *Ibidem*, § 74.

determinação dos valores por condenações civis em que se determinasse uma violação do direito à intimidade. A Corte IDH, contudo, considerou que no caso “não foi a norma em si mesma que determinou o resultado lesivo e incompatível com a Convenção Americana, mas sua aplicação no caso concreto pelas autoridades judiciais do Estado, a qual não observou os critérios de necessidade mencionados”.⁸⁶ Para a Corte IDH:

aquela disposição, em grau suficiente, permite às pessoas regular suas condutas e prever razoavelmente as consequências de sua infração. De tal modo que a conformidade de sua aplicação com a Convenção dependerá de sua interpretação judicial no caso concreto”.⁸⁷

Ironicamente, parece que no âmbito das regras que regulam a imposição de sanções civis, a Corte IDH estava disposta a aceitar um certo grau de imprecisão e incerteza – impensável na esfera criminal - para não cair em uma espécie de “rigidez excessiva”.⁸⁸ Talvez casos futuros em torno desse tema possam esclarecer mais essa questão.

6.5 A imposição de responsabilidades ulteriores por meio de sanções disciplinares

Até recentemente, a Corte IDH só havia tido a oportunidade de decidir sobre os possíveis violações à liberdade de expressão mediante a imposição de sanções penais e civis. As sanções em aplicação do direito administrativo, como as ocorridas no caso *Ivcher*, haviam sido abordadas como restrições indiretas à liberdade de expressão. Isso mudou na sentença do caso *López Lone e outros vs. Honduras*, proferida em 2015, quando a Corte IDH se pronunciou sobre a imposição de responsabilidades ulteriores através de processos disciplinares contra operadores judiciais no contexto do golpe de Estado em Honduras de 2009.

Em sua decisão, a Corte IDH reconhece a relação entre direitos políticos, liberdade de expressão, o direito de reunião e a liberdade de associação, e que esses direitos, tomados em conjunto, fazem possível o jogo democrático. Além disso, a Corte IDH indica que as manifestações e expressões a favor da democracia devem ter a máxima proteção possível e, dependendo das circunstâncias, podem estar vinculadas a todos ou alguns dos direitos mencionados. A Corte IDH também afirma que o direito de defender a democracia constitui uma manifestação específica do direito a participar de assuntos públicos e inclui, por sua vez, o exercício conjunto de outros direitos, como a liberdade de expressão e liberdade de reunião, de modo que não possam se restringir a uma certa profissão ou grupo de pessoas. A Corte IDH reconhece a conformidade com a CADH da restrição de certas condutas dos juízes, a fim de proteger a independência e imparcialidade no exercício da justiça, compreendendo como um “direito ou liberdade dos demais”. No entanto, alerta que a faculdade dos Estados para regulamentar ou restringir esses direitos não é discricionária e deve ser interpretada de forma restritiva, de forma que os juízes não possam ser impedidos de participar de qualquer discussão de natureza política.⁸⁹

A Corte IDH conclui que:

em momentos de graves crises democráticas [...] não são aplicáveis às ações dos juízes e das juízas em defesa da ordem democrática as normas que normalmente restringem seu direito à participação na política. Nesse sentido, [...] as condutas das supostas vítimas em relação às quais foram iniciados procedimentos disciplinares não podem ser consideradas contrárias às suas obrigações como juízes ou juízas e, nessa medida, infrações ao regime disciplinar que originalmente lhes era aplicável. Ao contrário, devem ser entendidas como um exercício legítimo

86 *Ibidem*, § 91.

87 *Ibidem*, § 92.

88 *Ibidem*, § 90.

89 Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, § 172.

de seus direitos como cidadãos de participar da política, da liberdade de expressão e do direito de reunião e manifestação.⁹⁰

Sendo fiel com sua jurisprudência sobre responsabilidades ulteriores em outros âmbitos de aplicação da lei, a Corte IDH declara que “o mero fato de iniciar um processo disciplinar contra os juízes e a magistrada por suas ações contra o golpe de estado e a favor do Estado de direito poderia ter o efeito intimidador previamente indicado e, portanto, constituir uma restrição indevida aos seus direitos.”⁹¹

7. Os temas pendentes na agenda jurisprudencial do artigo 13 da CADH

O parecer consultivo sobre o *Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas* refletiu vários critérios gerais,⁹² os mesmos que, quase três décadas depois, ainda estão em vigor como parâmetros úteis para resolver casos que debatem questões relacionadas à censura prévia, meios indiretos de ameaça à liberdade de expressão, acesso à informação e responsabilidades ulteriores. A jurisprudência proferida pela Corte IDH sobre estes temas nos permitiu entender melhor o alcance do artigo 13 da CADH e teve um impacto decisivo na jurisprudência interna dos diferentes Estados membros da OEA.

Cabe mencionar que não foi o objetivo deste trabalho esgotar todos os comentários ou interpretações que a Corte IDH fez em relação ao artigo 13 da CADH. De fato, por meio de *obiter dicta*, a Corte IDH também estabeleceu critérios nas sentenças relacionadas ao direito à liberdade de expressão e uso da linguagem,⁹³ a liberdade de opinião,⁹⁴ liberdade de expressão de funcionários públicos,⁹⁵ a importância da liberdade de expressão nos processos eleitorais,⁹⁶ a importância do jornalismo como manifestação da liberdade de expressão,⁹⁷ as condições de proteção e independência a ser garantidas aos

90 *Ibidem*, § 174.

91 *Ibidem*, § 176.

92 *Inter alia*, padrão democrático, dupla dimensão da liberdade de expressão, limitação das responsabilidades ulteriores.

93 “A Corte [IDH] considera que um dos pilares da liberdade de expressão é precisamente o direito de falar, e que este implica necessariamente o direito das pessoas de usarem o idioma de sua escolha na expressão de seus pensamentos”. *Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras*. MRC. 2006, § 164.

94 “Como tal, a opinião não pode ser sancionada, especialmente quando se trata de um julgamento de valor sobre um ato oficial de um funcionário público no desempenho de seu cargo. Em princípio, a verdade ou a falsidade é empregada apenas com relação a fatos. Portanto, a prova sobre juízos de valor não podem ser submetidas a requisitos de veracidade”. *Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina*. MRC. 2008, § 93.

95 “Em uma sociedade democrática não apenas é legítimo, mas em algumas ocasiões constitui um dever das autoridades estatais pronunciar-se sobre questões de interesse público. No entanto, ao fazê-lo estão submetidas a certas limitações na medida em que devem constatar de forma razoável, ainda que não necessariamente exaustiva, os fatos nos quais fundamentam suas opiniões, e deveriam fazê-lo com uma diligência ainda maior à empregada pelos particulares, em razão de sua alta investidura pública, do amplo alcance e eventuais efeitos que suas expressões podem ter em certos setores da população, e para evitar que os cidadãos e outras pessoas interessadas recebam uma versão manipulada de determinados fatos. Além disso, devem ter em conta que, como funcionários públicos, têm uma posição de garante dos direitos fundamentais das pessoas e, portanto, suas declarações não podem desconhecer estes direitos nem podem constituir formas de ingerência direta ou indireta ou pressão lesiva aos direitos daqueles que pretendem contribuir com a deliberação pública por meio da expressão e difusão de seu pensamento. Este dever de especial cuidado se vê particularmente acentuado em situações de maior conflitividade social, alterações da ordem pública ou polarização social ou política, precisamente pelo conjunto de riscos que podem implicar para determinadas pessoas ou grupos em um dado momento.” *Corte IDH. Caso Ríos vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, § 139.

96 “A Corte considera importante ressaltar que, no contexto de uma campanha eleitoral, a liberdade de pensamento e de expressão em suas duas dimensões constitui um bastião fundamental para o debate durante o processo eleitoral, devido a que se transforma em uma ferramenta essencial para a formação da opinião pública dos eleitores, fortalece a disputa política entre os vários candidatos e partidos que participam nas eleições e se transforma em um autêntico instrumento de análise das plataformas políticas propostas pelos diferentes candidatos, o que permite uma maior transparência e fiscalização das futuras autoridades e de sua gestão.” *Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. MRC. 2004, § 88.

97 “Nesse contexto, o jornalismo é a manifestação primária e principal dessa liberdade e, por esse motivo, não pode ser concebido apenas como a prestação de um serviço ao público através da aplicação de conhecimentos ou treinamentos adquiridos na Universidade.” *Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPMRC. 2004, § 118.

jornalistas,⁹⁸ a restrição da liberdade de expressão através de condições *de facto*,⁹⁹ e a participação de pessoas e grupos de oposição em uma sociedade democrática.¹⁰⁰ No entanto, os problemas para o exercício da liberdade de expressão nas Américas vão muito além de todos os tópicos acima mencionados.

Sem querer ser exaustivo, podemos mencionar uma lista de problemas que frequentemente geram tensões com o direito à liberdade de expressão em nossa região: uso arbitrário - e às vezes discriminatório - de publicidade oficial por parte dos governos; a distribuição arbitrária de frequências de radiodifusão para instalar estações de rádio ou televisão; a concentração da propriedade dos meios de comunicação; a publicidade de pesquisas em tempos de campanha eleitoral; os discursos de ódio e incitação à violência; e as particularidades da aplicação do artigo 13 da CADH às comunicações, ideias e informações difundidas e acessadas pela Internet.

Todas essas questões foram tratadas de maneira abrangente e detalhada pela CIDH através de estudos e relatórios temáticos elaborados por sua Relatoria Especial,¹⁰¹ através dos quais têm contribuído de maneira decisiva para a interpretação do artigo 13 da CADH e com o desenvolvimento de normas para seu cumprimento efetivo. No entanto, até o momento, a Corte IDH não decidiu casos específicos sobre esses tópicos.

O desenvolvimento da jurisprudência do SIDH em relação ao artigo 13 depende então de que todos os atores do SIDH litiguem estrategicamente outros casos, para que as questões trazidas à luz da Corte IDH não se limitem a reiterar os critérios existentes, mas sim que permitam o desenvolvimento de nova jurisprudência sobre as questões que afetam o exercício pleno do direito à liberdade de expressão no hemisfério.

98 “Nesse sentido, a Corte IDH indicou que é essencial que jornalistas que trabalhem nos meios de comunicação gozem da proteção e independência necessárias ao desempenho pleno de suas funções, uma vez que são eles que mantêm a sociedade informada, um requisito essencial para que ela desfrute de total liberdade e para que o debate público seja fortalecido”. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPMRC. 2004, § 119.

99 “[...] A Corte IDH estabeleceu que a liberdade de expressão pode ser ilegalmente restringida por condições de fato que colocam, direta ou indiretamente, aqueles que a exercem em risco ou em maior vulnerabilidade. Portanto, o Estado deve se abster de agir de maneira a promover, estimular, favorecer ou aprofundar essa vulnerabilidade e deve adotar, quando apropriado, medidas necessárias e razoáveis para evitar violações ou proteger os direitos daqueles nessa situação. Da mesma forma, a liberdade de expressão, particularmente em questões de interesse público, garante a disseminação de informações ou ideias, inclusive aquelas desagradáveis para o Estado ou qualquer setor da população”. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, § 172.

100 “[...] As vozes de oposição são essenciais para uma sociedade democrática, sem as quais não é possível chegar a acordos que abordem as diferentes visões que prevalecem em uma sociedade. Portanto, a participação efetiva de indivíduos, grupos e organizações e partidos políticos de oposição em uma sociedade democrática deve ser garantida pelos Estados, por meio de normas e práticas apropriadas que permitam seu acesso real e efetivo aos diferentes espaços deliberativos em igualdade de condições, mas também através da adoção de medidas necessárias para garantir seu pleno exercício, atendendo à situação de vulnerabilidade em que os membros de determinados setores ou grupos sociais se encontram”. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, § 173.

101 ver os documentos citados na seção “Referências acadêmicas” no início deste comentário.

Artigo 14. Direito de retificação ou resposta

1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.
2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.
3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C n.º 154. Doravante: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPMRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de maio de 2008. Série C n.º 177. Doravante: Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. MRC. 2008.

Pareceres Consultivos

Corte IDH. *Proposta de modificação à Constituição Política de Costa Rica relacionada com a naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A n.º 4. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84. *Proposta de modificação à Constituição Política de Costa Rica relacionada com a naturalização*. 1984.

Corte IDH. *Exigibilidade do Direito de Retificação ou Resposta (arts. 14.1, 1.1 e 2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Série A No. 7. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-7/86. *Exigibilidade do Direito de Retificação ou Resposta*. 1986.

Sentenças proferidas por cortes e tribunais nacionais

Corte Suprema de Justiça da Argentina

Costa vs. Ciudad de Buenos Aires, 12/3/87, Fallos de la CSJA, Buenos Aires, 310:508.

Ekmekdjian vs. Neustadt, 1/12/88, Jurisprudência Argentina, Buenos Aires, 1989-II-383, e Fallos, 311:2497.

Sánchez Abelenda vs. La Urraca, 1/12/88, Fallos de la CSJA, Buenos Aires, 311:2553.

Ekmekdjian vs. Sofovich, 7/7/92, La Ley, Buenos Aires, 1992-C-543, Fallos de la CSJA, 315:1492.

Petric, Domagoj Antonio vs. Diario Página 12, 16/4/98, Fallos de la CSJA, Buenos Aires, 321:885.

Documentos adotados no âmbito de organizações internacionais

Organização dos Estados Americanos

OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Referências acadêmicas

BADENI, G. *Libertad de prensa*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

BALLESTER, E. C. *Derecho de respuesta, réplica, rectificación: el público, la información y los medios*. Astrea, Buenos Aires, 1987.

- BIDART CAMPOS, G. e PIZZOLO (h), C. (Coords.). *Derechos Humanos. Corte Interamericana. Opiniones consultivas. Textos completos y comentarios*. Ed. Cuyo, Mendoza, s/f, t. I.
- CULLEN, P. "Derecho de réplica", em *Discrepancias, Federación Argentina de Colegios de Abogados*, n.º 3, Buenos Aires, 1990.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. (Coord.) *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. UNAM, México, 2001.
- PONCE DE LEÓN, R". "Derecho de Réplica", em VEGA, J. C. y GRAHAM, M. A. *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*. Astrea, Buenos Aires, 1996.
- PUCCINELLI, Ó". "Las garantías de rectificación y respuesta y su exigibilidad en el derecho interno", em *El Derecho*. Buenos Aires, 1990.
- RIVERA (h), J. C. *La constitucionalidad del derecho de rectificación o respuesta*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.
- SAGÜÉS, N. P. *La interpretación judicial de la Constitución*. 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
- SAGÜÉS, N. P. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. 5ª ed. Astrea, Buenos Aires, 2007.
- SAGÜÉS, N. P. *Censura judicial y derecho de réplica*. Astrea, Buenos Aires, 2008.
- SAGÜÉS, N. P". "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", em *Estudios Constitucionales*, n.º 1, año 8, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2010.
- VENTURA, M. E. e ZOVATTO, D. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios, 1982-1987*. Civitas, Madrid, 1989.

Sumário

1. Introdução	425
2. A retificação ou resposta como um direito	426
3. Concordâncias e conflitos entre a retificação ou resposta, a liberdade de expressão, o direito à honra e à dignidade, e os limites aos direitos	427
4. Exigência (ou não) de lei reguladora para a operatividade da retificação ou resposta	428
5. A margem de apreciação nacional na legislação reguladora	430
6. Temas conflituosos. A retificação ou resposta contra jornais e filmes	431
7. As "informações" "imprecisas ou ofensivas"	432
8. Conclusão. Temas pendentes	434

1. Introdução

A CADH aborda no seu artigo 14º o direito de retificação ou resposta. Não existem muitos dados sobre a gestação desta norma; o texto do projeto original foi discutido pela primeira vez na nona sessão da CIDH, em 14 de novembro de 1969, na Costa Rica, no âmbito da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, onde inclusive houve moções dos Estados Unidos e do Brasil para eliminar esta cláusula, que é considerada pelos seus objetores como discutível e de pouca validade internacional. Contudo, foi decidido, nesta sessão, criar um "grupo de trabalho", composto por Argentina, Colômbia, Equador, Nicarágua, Panamá, México e Estados Unidos, para reelaborar a regra proposta.

O assunto foi novamente discutido na décima sexta sessão, em 18 de novembro de 1969, já com o parecer do grupo de trabalho, em que foram introduzidos - sem apresentar maiores fundamentos - certos

critérios restritivos sobre o exercício do direito de retificação ou de resposta, limitando-o, por exemplo, aos meios de divulgação “legalmente regulamentados”. Assim, o texto hoje em vigor foi aprovado, com certas discrepâncias.¹

No parecer consultivo sobre a *exigibilidade do direito de retificação ou de resposta*, de 29 agosto de 1986 (documento no qual a Corte IDH se ocupa especificamente deste instituto), a Corte IDH esclarece que a retificação ou resposta é “um direito” (por exemplo, parágrafos 22 e 24). Não são, portanto, dois, mas apenas um, o direito aqui em jogo. Retificação e resposta querem dizer - tanto para a CADH como para o seu intérprete máximo - a mesma coisa. Na doutrina, por outro lado, existem diferenças a esse respeito.²

Nem a CADH nem a Corte IDH utilizam o termo “direito de réplica” como sinônimo de retificação ou resposta. A palavra “réplica” é acusada, de vez em quando, de ser antiquada, de antigo uso na Espanha, e também imprópria, uma vez que acomoda forçadamente a ideia de controvérsia ou conflito.³ No entanto, é frequentemente utilizada em alguns locais, por exemplo na Argentina, onde é muito mais utilizada do que as outras duas expressões. É também comum em inglês.⁴

2. A retificação ou resposta como um direito

Como referido, a Corte IDH salientou que tal instituto é um direito.⁵ Por isso - a Corte IDH explica os dois últimos incisos do artigo 14º da CADH se concentram nas responsabilidades de quem provocou o seu exercício, e exige a obrigação de que alguém responda.

Alguns autores entendem que mais do que um direito, a retificação ou resposta é uma “garantia”. A distinção entre direitos e garantias não é pacífica e, para muitos, uma garantia importa também um direito. Em geral, se admitirmos distinções, poderíamos dizer que a garantia é o veículo processual para proteger o direito (assim, por exemplo, a garantia do *habeas corpus* protegeria tradicionalmente a liberdade de circulação, e o recurso de amparo, também como garantia, protegeria outros direitos em geral).

A retificação ou resposta, já como variável do recurso de amparo, mas como procedimento autônomo, protege a honra e a dignidade das pessoas, que são os bens citados pela Corte IDH na sua consideração 23 do parecer consultivo *sobre a exigibilidade do direito de retificação ou de resposta*.⁶

1 OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2., pp. 217-220, 281 e ss.

2 Para acessar uma versão impressa completa deste parecer consultivo, consulte, por exemplo, Ventura, M. E., e Zovatto, D. *La función consultiva de la Corte IDH de Derechos Humanos. Naturaleza y principios*, 1982-1987. Civitas, Madri, 1989, pp. 393-438; Bidart Campos, G. y Pizzolo (h), C. (Coords.). *Derechos Humanos. Corte IDH. Opiniones consultivas. Textos completos y Comentarios*. Ed. Cuyo, Mendoza, s/f, t. I, pp. 433-488. Uma versão não completa do parecer consultivo - embora contenha seus pontos essenciais - é encontrada em García Ramírez, S. (Coord.) *La jurisprudencia de la Corte IDH de Derechos Humanos*. UNAM, México, 2001, pp. 997 e ss. Entre os autores que distinguem o “direito de retificação” do “direito de resposta”, atribuindo ao primeiro a correção de dados errôneos e, ao segundo, as informações ofensivas, consulte Puccinelli, Ó. “Las garantías de rectificación y respuesta y su exigibilidad en el derecho interno”, em *El Derecho*. Buenos Aires, 1990.

3 Ballester, E. C. *Derecho de respuesta, réplica, rectificación: el público, la información y los medios*. Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 32-33.

4 Ver, por exemplo, a Resolução 26 de 2 de julho de 1974, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que na versão em inglês é titulada *On the right of reply*.

5 Da mesma forma, ver Corte IDH. Parecer Consultivo OC-7/86. *Exigibilidade do Direito de Retificação ou Resposta*, 1986, considerando 22.

6 Sobre o tema, ver Sagués, N. P. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. 5ª ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 63 e 139. Entre aqueles que vêem a retificação ou resposta como uma garantia ver Puccinelli, Ó., *op. cit.*; e Cullen, I. “Derecho de réplica”, em *Discrepancias*, Federación Argentina de Colegios de Abogados. Buenos Aires, n.º 3, 1990.

O artigo 14.3 do Pacto de San José refere-se à defesa “da honra e da reputação”. Esta é a versão mais ajustada dos bens protegidos por este direito, já que nem toda dignidade da pessoa está atendida pela retificação ou resposta, mas sim a parcela da dignidade humana conectada à sua honra e reputação. Por exemplo, não se refere a respeito da dignidade no trabalho forçado (artigo 6.2 da CADH).

A Corte IDH, no entanto, no parecer consultivo acima mencionada não aplica tal categorização distintiva entre direitos e garantias, ao menos a respeito do dispositivo que comentamos.

No voto individual do ex-juiz da Corte IDH Héctor Gross Espiell, no já mencionado parecer consultivo *sobre a exigibilidade do direito de retificação ou de resposta* (ponto 5), ele entende o direito a retificação ou resposta em um duplo sentido. O juiz Gross Espiell viu uma dimensão individual da retificação ou resposta, onde a pessoa lesada por uma informação imprecisa ou ofensiva tem “a possibilidade de expressar seus pontos de vista e seu pensamento sobre essa informação emitida em seu detrimento”. Na segunda dimensão, social, a retificação ou resposta “permite que cada membro da comunidade receba novas informações que contradizem ou discordam com a anterior, imprecisa ou ofensiva”.

Esta distinção, certamente de interesse, não foi aceita nem rejeitada pela maioria da Corte IDH. Vincula-se, desde logo, com a também dupla vertente da liberdade de expressão, individual e social, por ela sustentada reiteradamente. A tese de Gross Espiell não resulta, é claro, descartável e, ao invés, resulta atrativa, dentro do quadro ideológico da Corte IDH sobre o direito à livre expressão.

3. Concordâncias e conflitos entre a retificação ou resposta, a liberdade de expressão, o direito à honra e à dignidade, e os limites aos direitos

No mesmo parecer consultivo sobre a *exigibilidade do direito de retificação ou de resposta*, a Corte IDH enfatizou que existe uma correspondência entre o artigo 14 e outros preceitos da CADH. Em primeiro lugar, há uma correspondência com o artigo 13.2, referente à liberdade de pensamento ou de expressão, pois ela deve estar sujeita aos direitos ou à reputação dos demais. A Corte IDH ressalta essa necessária comunicação entre a retificação ou resposta e a liberdade de expressão. Ao regular o primeiro, os Estados também devem respeitar o segundo. E vice-versa, a liberdade de expressão não deve ser entendida como uma negação da retificação ou resposta. A Corte IDH também lembrou - pontualmente-, que a Resolução (74) 26 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, fundamentou o direito de resposta no artigo 10º da Convenção Europeia, sobre a liberdade de expressão. Em segundo lugar, há uma relação com os artigos 11.1 e 11.3, no sentido de que toda pessoa tem o direito ao respeito de sua honra e sua dignidade, e o direito à proteção da lei contra interferências ou ataques às mesmas. Em terceiro lugar, há uma correspondência com o artigo 32.2, quando estabelece que os direitos de cada pessoa estão limitados “pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática”.⁷

Esta tese da Corte IDH, quando compensa e torna compatível o exercício da liberdade de imprensa com a proteção de outros direitos pessoais e do bem comum, é vital para superar as fortes objeções presentes em vários cenários jurídicos, onde se tentou argumentar que a réplica (retificação ou resposta) era incompatível com a liberdade de imprensa, uma vez que implicava uma espécie de censura sobre o meio de difusão afetado, obrigando-lhe, contra a sua vontade, a incluir na sua programação os textos de réplica.⁸

A tese da Corte IDH importa uma opção ideológica de coexistência entre os direitos acima mencionados, e parte do pressuposto óbvio de não entender a liberdade de expressão como um direito absoluto e sempre predominante sobre os demais.

7 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-7/86, *op. cit.*, considerandos 23 e 25.

8 *ver* Badeni, G. *Libertad de prensa*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 161-164.

Um dos argumentos mais sólidos para a tese negativista do direito de retificação ou resposta é a sentença da Suprema Corte dos Estados Unidos, proferida em 1974, no caso *Miami Herald Publishing Co. vs. Patrick Tornillo*, onde declarou-se inconstitucional o direito de réplica (*right of reply*), implementado por uma lei do Estado da Flórida. No entanto, o vigor dessa decisão é discutido por se referir ao exercício do direito de retificação e resposta pelos candidatos, e durante os processos eleitorais, em temas de propaganda.⁹ Também foi observado que o direito de retificação ou resposta previsto pela CADH tem uma filosofia, sustento e alcances muito diferentes dos projetados na lei da Flórida; que não existe no direito norte americano uma tutela à honra pessoal frente à imprensa, e que a proteção dos indivíduos, em todo caso, é contra uma ação do Estado.¹⁰

Apesar deste argumento, o caso *Miami Herald* é conclusivo quando nega a constitucionalidade da compulsão a publicar algo, e a retificação ou resposta é uma forma disso. A rigor da verdade, e, como assinalamos, o critério da Corte IDH resolve a questão com uma opção ideológica: a liberdade de expressão é uma liberdade estratégica (sistêmica, preferimos chamá-la, por causa do seu papel decisivo na funcionalidade do sistema democrático), mas não importa em um valor excludente de todos os demais, de tal modo que a réplica, retificação ou resposta, *opera como uma fórmula razoável de coabitação dessa liberdade com outros direitos e valores, vinculados à dignidade das pessoas*.

O já mencionado voto individual do Juiz Hector Gross Espiell (parágrafo 5), sublinha essa compatibilidade entre liberdade de pensamento e de expressão e retificação ou resposta, colocando inclusive esta última como um meio importantíssimo para alcançar um equilíbrio na informação necessária para lograr uma adequada e veraz formação da opinião pública em uma sociedade democrática e pluralista. A harmonização entre o direito de se expressar e o respeito pela reputação dos indivíduos exige, nesse contexto, uma retificação ou resposta. Tal ideia da necessidade obrigatória de implementar a retificação, como um requisito da democracia, não foi, sem embargo, assumida pela Corte IDH.

A coexistência do direito de retificação ou de resposta com a liberdade de expressão e de imprensa tem sido igualmente apoiada no âmbito interno ou nacional.¹¹ É notório que isto é feito numa diferença ideológica em relação à norte americana, o que revela que o texto da mesma diretiva constitucional (por exemplo, aquela em vigor em matéria de liberdade de expressão nos Estados Unidos e na Argentina), pode ter diferentes interpretações de acordo com o contexto ideológico do país em questão.

4. Exigência (ou não) de lei reguladora para a operatividade da retificação ou resposta

O artigo 14.1 da CADH especifica que o exercício do direito de retificação ou resposta, está sujeito “às condições que estabeleça a lei”. Uma leitura meramente literal do preceito levaria aqui a aplicar, estritamente falando, o princípio da mediação da lei: a retificação ou resposta somente poderia operar

9 Ponce de León, R. “Derecho de Réplica”, em Vega, J. C. e Graham, M. A. *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 132.

10 Rivera (h), J. C. *La constitucionalidad del derecho de rectificación o respuesta*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2004, pp. 106 e ss.

11 Por exemplo, Corte Suprema de Justiça da Argentina, *caso Petric, Domagoj Antonio c. Diario* Página 12, 16/4/98, en Fallos, Buenos Aires, 321:885. A Suprema Corte considerou compatível a réplica, retificação ou resposta fornecida pelo Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 14, com o artigo 14 da Constituição nacional argentina, que estabelece o princípio de publicar ideias pela imprensa, sem censura prévia. A decisão destaca que, no exercício do direito de resposta, não há apenas uma proteção dos direitos da parte lesada devido a informações imprecisas ou ofensivas, *mas também um interesse social em conhecer a versão de cada uma* (a da mídia e a da parte lesada por esta), *para que todos possam se informar e detectar a verdade*. A resposta, portanto, teria um caráter bifrontal, uma tese ligada, como ressaltamos, ao pensamento de Héctor Gross Espiell, e que mencionamos acima, parágrafo 2. Na decisão, houve um voto dissidente do juiz Belluscio, que contestou a resposta como inconstitucional, com base no pressuposto do direito à liberdade de expressão como um direito absoluto. *ver* Sagués, N. P. *Censura judicial y derecho de réplica*. Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 119 e ss.

nos termos que determine a lei reguladora. E, se tal lei não existe, o direito não pode ser exercido. Até houve jurisprudência nacional que determinou isso.¹² Naturalmente, tal interpretação não é aceitável: subordina a vigência real do direito, emergente de uma convenção internacional, àquilo que dispõe (ou não) o legislador nacional.

A Corte IDH ocupou-se desse problema em seu parecer consultivo sobre a *exigibilidade do direito de retificação ou resposta*, e deu uma resposta legítima e funcional: a retificação ou resposta deve ser praticada mesmo se inexistir uma lei nacional formal que a regule. Para este fim, a Corte IDH, partindo do pressuposto de que a retificação ou resposta é um “direito” das pessoas, considera 1) que não está em conformidade com a CADH (parágrafo 23) a ideia de que os Estados podem criar por lei esse direito sem serem obrigados a garanti-lo enquanto a sua ordem jurídica interna não o regulamentar; 2) que se em um Estado os indivíduos não podem exercê-lo, por falta de regulamentação, isso implicaria uma violação da CADH (parágrafo 28). De acordo com o artigo 1.1 e o artigo 2 (princípio do “efeito útil”), os Estados comprometem-se a respeitar e garantir os direitos consagrados neste instrumento internacional, e a adotar “as medidas legislativas ou de outra natureza” para torná-los efetivos (parágrafos 29 e 30). Assim sendo, a criação, existência ou aplicabilidade do direito de retificação ou resposta, determina a Corte IDH, “não depende da vontade do Estado, já que emerge da CADH. Compete aos Estados implementar, e não negar, o exercício de direito em questão” (parágrafo 33).

Por último, o que significa a palavra “lei” no artigo 14.1 da CADH? Para a Corte IDH, a palavra “lei” tem significados diferentes de acordo com os seus diferentes artigos. Quando se trata de restringir o uso de um direito, “lei” significa direito formal. Mas quando se trata de potencializar o exercício de um direito, tal como o de retificação ou de resposta, o Estado deve realizá-lo de fato, “seja por meio de legislação ou quaisquer outras medidas que possam ser necessárias de acordo com o seu sistema interno para alcançar esse fim” (parágrafo 33).

Um caso sugestivo de acompanhamento desta diretriz da Corte IDH, agora obrigatória para todos juízes nacionais em virtude da doutrina do “controle de convencionalidade”,¹³ é a posição tomada pela Corte Suprema de Justiça da Argentina. Este tribunal, que inicialmente rejeitou o exercício do direito de réplica, retificação ou resposta, por não existir disposição constitucional ou legal para sua implementação, acabou no famoso caso *Ekmekdjian vs. Sofovich*¹⁴ por implementá-lo, desta vez por meio de uma sentença judicial, e seguindo as pautas da Corte IDH que descrevemos.

Em definitiva, a Corte IDH concluiu no parecer consultivo sobre a *exigibilidade do direito de retificação ou resposta*, por unanimidade, que a retificação ou resposta é um direito exigível de fonte internacional, que os Estados devem respeitar e assegurar o livre e pleno exercício destes direitos a toda pessoa, e que quando tal direito não possa ser exercido na ordem jurídica interna de um Estado, o mesmo tem a obrigação de adotar de acordo com os seus procedimentos constitucionais e das disposições da CADH, as medidas legislativas ou de outro caráter que possam ser necessárias.

Por seis votos contra um, determinou-se que a palavra “lei”, usada no Artigo 14.1 da CADH, refere-se ao dever do Estado contemplado no seu artigo 2º (princípio de “efeito útil” dos tratados) de tal modo que inclui as medidas a serem tomadas pelo Estado, que compreendem todas as disposições internas que sejam apropriadas, segundo o sistema jurídico em questão, para assegurar o livre e pleno

12 Corte Suprema de Justiça de Argentina, *casos Costa vs. Ciudad de Buenos Aires*, 12/3/87, Fallos de la CSJA, Buenos Aires, 310:508; *Ekmekdjian vs. Neustadt*, 1/12/88, Jurisprudência Argentina, Buenos Aires, 1989-II-383, y Fallos, 311:2497; *Sánchez Abelenda vs. La Urraca*, 1/12/88, Fallos de la CSJA, Buenos Aires, 311:2553.

13 De acordo com essa doutrina, ampliada no caso da Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPMRC. 2006, os juízes nacionais devem, mesmo de ofício, 1) não aplicar o direito interno oposto à CADH e a jurisprudência da Corte IDH e 2) interpretar o direito interno de acordo com esse Pacto e sua Jurisprudência. Nos referimos a Sagüés, N. P. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, em *Estudios Constitucionales*, n.º 1, año 8, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2010, pp. 117 e ss.

14 Corte Suprema de Justiça de Argentina, *Ekmekdjian vs. Sofovich*, 7/7/92, La Ley, Buenos Aires, 1992-C-543, Fallos de la CSJA, 315:1492.

exercício do direito de retificação ou resposta. Mas, quando tais medidas restringirem um direito reconhecido pela CADH, será necessária a existência de uma lei formal.

5. A margem de apreciação nacional na legislação reguladora

O parecer consultivo sobre a *exigibilidade do direito de retificação ou resposta* se referiu também ao conteúdo das normas reguladoras do direito que os Estados devem aprovar. No parágrafo 27, a Corte IDH adverte que o artigo 14 da CADH não regula se as pessoas afetadas por informações imprecisas ou ofensivas têm o direito de responder num espaço igual ou maior daquele onde estas foram difundidas, o tempo em que o direito pode ser exercido, que terminologia é admissível, etc. Estas podem variar de Estado para Estado, mas 1) dentro do razoável e 2) de acordo com os conceitos afirmados pela Corte IDH. Em última análise, estes Estados “fixam as condições para o exercício do direito de retificação ou resposta” (parágrafo 28), respeitando estas diretrizes.

De fato, a Corte IDH aplica aqui a doutrina da margem de apreciação nacional, que anteriormente havia admitido no parecer consultivo sobre a *proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização*.¹⁵ Esta doutrina tem diferentes aspectos, tem sido vista como técnica de interpretação de direitos, a fim de delimitá-los em superfície e profundidade. Para alguns, reconhece que em todos os direitos há um núcleo duro, básico e elementar, que sempre deve ser protegido, mas também tem outro, flexível, onde operam as experiências e as idiosincrasias locais. Tal ideia é refletida na CADH quando se refere, por exemplo, aos conceitos limitantes de direitos, por exemplo, de ordem pública, segurança nacional, saúde e moral públicas, interesses sociais, etc., que aparecem em vários artigos da CADH (por exemplo, arts. 12, 16, 21). Também opera na suspensão das garantias, para merecer os conceitos de “perigo público ou outra emergência que justificam tal suspensão (artigo 27º); e nos poderes regulamentares do exercício de certas ações e processos, tais como, por exemplo, a proteção do artigo 25, o *habeas corpus* do artigo 7.6, e, precisamente a “lei” de desenvolvimento do direito de retificação ou resposta que demanda do artigo 14º. O que automaticamente faz pensar em um regime processual de termos, procedimentos, órgãos competentes, passos e mecanismos recursivos, espaços e tempos para exercício da retificação ou resposta, etc., em parte diferentes de um país ao outro.

Nesse sentido, um olhar sobre o direito americano no que diz respeito a este direito, exhibe regulamentos múltiplos, constitucionais e muitas vezes também legais, alguns genéricos e outros com regras específicas na resposta eleitoral (Brasil); ocasionalmente quando subsumida pelo recurso de amparo mas em outros casos com regras processuais próprias, ou inseridas na lei sobre delitos de imprensa (México). Os textos são geralmente curtos, sem prejuízo da existência de textos longos (Uruguai). Não faltam documentos constitucionais provinciais argentinos, poucos no fim, que têm se negado ao exercício do direito de resposta, em contravenção às regras da CADH.¹⁶

15 ver Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84. *Proposta de modificação à Constituição Política de Costa Rica relacionada com a naturalização*. 1984. Sobre a doutrina da margem nacional de apreciação, suas variáveis, sua projeção para o SIDH, ver Sagués, N. P. *La interpretación judicial de la Constitución*. 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 222 e ss.

16 Nos referimos a Sagués, N. P. *Censura judicial y derecho de réplica*, *op. cit.*, p. 144, 153 e ss., com um tratamento sinótico da legislação em vigor no cenário latino americano. A título de exemplo, deve-se lembrar que o Brasil possui extensa legislação nessa área. Na época, a Lei 5250 permitia o direito de resposta a favor de pessoas físicas ou jurídicas, com prazo de validade para exercê-lo por sessenta dias a partir da publicação ou transmissão. A resposta deve ser inserida gratuitamente. Se o meio de difusão não a aceitar, cabe a ação judicial, com uma audiência para a pessoa responsável pelo meio de difusão se defender. A sentença de primeira instância é passível de recurso com efeito devolutivo. Se a decisão de admissão for revogada em uma segunda instância, o causador da resposta pagará o custo da publicação. Assuntos relacionados a críticas literárias, teatrais, artísticas, científicas ou esportivas não dão lugar a réplica, a menos que sejam difamatórias ou ofensivas. Por sua vez, a lei eleitoral 9504 regulava o direito de resposta em questões eleitorais, em favor de candidatos afetados por conceitos, imagens ou declarações difamatórias, ofensivas ou intencionalmente falsas. É apresentado perante a justiça eleitoral. O Decreto 52.795/63, que regulamenta os serviços de radiodifusão, permitia a resposta mesmo em relação a queixas contra um falecido, exercíveis por seu cônjuge,

Recordemos que quando não há uma lei reguladora formal, como acontece na Argentina na esfera federal, por exemplo, os Estados (e seus juízes, é claro) devem de todos os modos, implementar o exercício do direito de retificação ou resposta, como já apontamos, arbitrando soluções que podem variar de país para país, embora na maioria das vezes seja utilizado um mecanismo processual já existente, como a ação de amparo ou outra análoga, para diligenciar as petições do caso.

6. Temas conflituosos. A retificação ou resposta contra jornais e filmes

Um dos pontos mais controversos da CADH em relação ao direito com o qual estamos lidando, é o seu exercício contra os meios de difusão. O artigo 14º, em efeito, o estabelece no que diz respeito a informações imprecisas ou ofensivas “por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral”. Não há maiores problemas para praticá-lo, portanto, no que diz respeito à rádios e emissoras de televisão, normalmente sujeitas a um regime de concessão, mas sim quanto a jornais e revistas (ou seja, a imprensa escrita tradicional), que normalmente não se encontram, em sentido estrito, “legalmente regulamentados”. Em princípio, aparentemente, estariam isentos da resposta.

Vimos que a exigência de praticar o direito de retificação ou de resposta em relação a meios de comunicação legalmente regulamentados, aparece (sem maiores explicações), no documento elaborado pelo “grupo de trabalho” ao que nos referimos no parágrafo 1, no âmbito da conferência da Costa Rica em 1969.

ascendente, descendente ou alguns parentes colaterais. Na Colômbia, a falta de lei regulatória não impediu a realização do direito à retificação por meio da ação de tutela (amparo), em favor de pessoas físicas ou jurídicas. Na Costa Rica, o amparo também foi o veículo para praticar o direito de resposta, mas com um procedimento específico. A Lei 7135 determina que, se as queixas foram feitas a um grupo ou coletividade, a legitimação ativa corresponde, se o grupo estiver organizado, à pessoa autorizada da mesma e se não for uma pessoa coletiva, por seu representante legal. A mídia pode se recusar a veicular resposta que exceda limites razoáveis ou que não está diretamente relacionada à publicação em questão. No Chile, a Lei 19.733 determinou que os esclarecimentos e retificações devem se referir ao assunto que os motiva e não podem exceder mil palavras ou dois minutos nos casos de transmissão de som ou televisão. Eles serão projetados na mesma página em que as informações imprecisas ou ofensivas apareceram, ou ao mesmo tempo e com características semelhantes à transmissão que causou a retificação. Não há resposta sobre comentários especializados de críticas políticas, literárias, históricas, artísticas, científicas, técnicas e esportivas. Além disso, deve ser exercido dentro de vinte dias a partir da data de emissão. Se a resposta for concedida, o tribunal poderá ordenar multas se não for executado. Na Guatemala, a retificação ou resposta foi disposta pela lei de emissão de pensamento livre. Seu artigo 37 permitiu propor esclarecimentos, retificações, explicações ou refutações, todos gratuitos e na mesma página ou coluna em que o aviso original apareceu, mas não podem exceder o dobro do comprimento. Se é uma publicação que afeta várias, basta publicar uma única retificação, com menção das demais pessoas interessadas nesse texto. Para exercer esse direito, a lei contempla um procedimento judicial muito simples, perante uma justiça da paz. No México, a lei sobre ofensas de impressão obrigava a publicar retificações ou respostas, solicitados por autoridades ou indivíduos. Porém, a resposta deve ser enviada dentro de oito dias após a publicação e não deve exceder o triplo (no caso de funcionários) ou o dobro (no caso de indivíduos) do texto original. A resposta não deve ser ofensiva ou imprópria, nem deve atacar terceiros. Além disso, existem sanções penais se a resposta não for eficaz. O Panamá, através da lei 22/2005, estabeleceu que o espaço para a resposta deve ser igual ao das notícias ou referências que a motivam, embora possa ser ampliado de acordo com as circunstâncias. A mídia terá que reservar um espaço ou seção permanente para a publicação das respostas e para esclarecimentos ou comentários dos leitores ou de qualquer pessoa afetada pelas notícias. Em caso de oposição, é fornecida uma proteção judicial “sem formalidades excessivas”, que inclui uma multa contra a mídia que rejeitou o direito de retificar ou responder. O Paraguai inicialmente editou a Lei 1262, que prevê retificação ou resposta contra qualquer meio de comunicação social. O direito deve ser exercido dentro de sete dias corridos após sua divulgação. Se a mídia se opuser, a lei estabelece um procedimento judicial sumário para permitir a resposta. Como detalhe de interesse, o artigo 7 forçou a mídia de rádio e audiovisual a gravar e contrariar transmissões que aludem a terceiros. No Peru, sobre réplica, realizou uma reforma constitucional, uma vez que o texto de 1993 previa o *habeas data* como meio processual para implementá-lo, enquanto pelas leis 26.775 e 26.847 foi estabelecido que era a ação de amparo, conforme estabelecido no atual código processual constitucional. Parte da doutrina peruana diferencia o direito de retificação, destinado a corrigir informações incorretas, do direito de resposta ou réplica, para formular argumentos ante imputações referentes a pessoas. De acordo com a legislação vigente, esse direito deve ser exercido dentro de quinze dias após a divulgação questionada.

A questão não foi abordada pelo plenário da Corte IDH no parecer consultivo amplamente referido sobre a *exigibilidade do direito de retificação ou de resposta*, mas sim no voto individual do juiz Héctor Gross Espiell, que advertiu que o parágrafo em questão só apareceu na última fase de redação da CADH, na Conferência Especializada de 1969, e como proposta do grupo de trabalho.

O Juiz Gross Espiell, entrando na exegese da norma, propôs que fosse interpretada em sentido amplo e abrangente de “todos os meios de difusão que estão regulados de uma forma ou de outra, por meio da lei, no direito interno dos Estados partes” (parágrafo 4 do seu voto). Esclareceu que se referia a qualquer tipo de regulamento, que exija ou não, concessão ou autorização prévia para trabalhar. O texto da CADH, acrescentou, não faz distinção entre regulamentações amplas ou mínimas e, por conseguinte, não cabe formular distinções. Se, por outro lado, se limitasse a correção ou resposta à imprensa radiofônica ou televisiva, e se excluísse a escrita, haveria uma discriminação desigual oposta aos artigos 1.1 e 24.º da CADH.

Embora o tema seja naturalmente polêmico, também nos inclinamos para a tese de Gross Espiell. Os jornais, por exemplo, são também - em certa medida - regulamentados. A própria CADH os regula num ponto, no próprio artigo 14.3, quando processa publicações e empresas jornalísticas que indiquem “uma pessoa responsável” que não goza de imunidades especiais. Supõe-se que as mesmas, em geral, podem ser passíveis do exercício da retificação ou da resposta.

No que diz respeito aos filmes, não são, em princípio, “meios de difusão”, mas sim “obras a difundir”, por conseguinte, não é sensato permitir o direito de retificação ou de resposta contra eles. Podem ser comparados, em certa medida, a um livro, por exemplo. No entanto, a parte final do artigo 14 do Pacto de San José determina que, para tornar efetiva a proteção da honra e da reputação, a “empresa cinematográfica” (como as de jornalismo, rádio ou televisão), terão de designar uma pessoa responsável, para, assim, habilitar a resposta contra filmes.

Uma forma adequada de compreender este preceito é considerar que certos filmes, conhecidos por exemplo, como “documentários”, funcionaram, de fato, como meios de difusão social, como jornais, revistas, programas de televisão e jornais em geral. Trata-se de filmes (agora em declínio, uma vez que a maioria deles desapareceram), essencialmente informativos, que são transmitidos e continuam a ser transmitidos consecutivamente, e em relação aos quais a réplica, retificação ou resposta possam fazer sentido.

7. As “informações” “imprecisas ou ofensivas”

O artigo 14.1 da CADH habilita a retificação ou resposta relativamente a “informações”. Isso conduziu ao pressuposto de que as *meras opiniões ou críticas não estão incluídas no exercício de tal direito*, embora possam eventualmente (em princípio) dar lugar a outros tipos de responsabilidades exercidas por outras vias processuais. Tampouco existe, portanto, a “réplica ideológica”.

A inaplicabilidade do direito de resposta frente às opiniões baseia-se também no fato de o artigo 19 do PIDCP determinar que “ninguém poderá ser molestado por suas opiniões”. Por sua vez, a Corte IDH, no processo *Kimel contra Argentina*, com referência a certas observações feitas pelo autor de um livro enquadrado dentro do chamado jornalismo de investigação, de que tais opiniões não poderiam considerar-se verdadeiras nem falsas, declarou que “enquanto tal, a opinião não pode ser objeto de sanção.”¹⁷

A questão é que algumas vezes uma informação pode ser disfarçada de opinião, dependendo do modo verbal que é empregado, o giro linguístico utilizado, ou a forma de exteriorizar como um fato. Por exemplo, se ao invés de dizer “João enganou Pedro”, “Eu acho que João enganou Pedro”, esta última modalidade excluiria a questão do direito a resposta? E tratando-se de proteger o direito à honra e à

17 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. MRC. 2008, § 93.

reputação, não se fere tanto com a expressão de uma informação como, por exemplo, mediante uma crítica ou opinião profundamente agressiva?

Outro ponto discutível da CADH é analisar a retificação ou resposta no que diz respeito a informações “inexatas ou ofensivas”. Dada a disjunção causada pelo “ou”, é possível analisar o direito que contemplamos para questionar estas informações: 1) inexatas e ofensivas, 2) inexatas, mas não ofensivas 3) exatas, mas ofensivas.

A respeito das informações imprecisas, a sua lista pode incluir notícias desatualizadas, as sabidamente falsas, as simplesmente errôneas. A CADH exige que cause dano, mesmo que esse dano, em homenagem ao valor da verdade, pode ser gerado pelo simples fato de se dizer algo sobre alguém que não o corresponde. Isto prejudica a imagem correta de uma pessoa, ou seja, o direito à sua própria imagem. De todo modo, surge o problema de provar a exatidão ou inexactidão da informação. Essa prova pode ser simples ou complexa, de acordo com o caso, e suscita o problema dos poderes do juiz para retificação ou resposta, no que diz respeito ao seu espectro de conhecimento. A questão já foi abordada no referido voto individual de Hector Gross Espiell. O referido juiz argumentou que, se houvesse controvérsia entre as partes, o sistema judicial deveria verificar a origem da reclamação, num trâmite que respeitasse o devido processo a que se refere o artigo 8 da CADH. Em suas palavras, a retificação não deveria ser um procedimento automático (parágrafo 3 do seu voto). Outros autores exigem, igualmente, que se presuma que a informação impugnada é inexata¹⁸.

Também o voto particular do juiz da Corte IDH Rodolfo Piza Escalante se deteve na conveniência de reprimir o abuso do exercício do direito de retificação ou de resposta, e previu a necessidade de instrumentalizar um recurso efetivo e célere, adequado à natureza e urgência do caso (ponto 39 do seu parecer), que resolvesse “qualquer conflito sobre a existência de agravo” (ponto 48, “conclusões”, I-3).

Outra corrente, em sentido contrário, considera que para exercer a retificação ou a resposta, basta simplesmente que a pessoa afetada discorde das informações alegadamente imprecisas ou ofensivas, sem a necessidade de demonstrar a certeza das suas alegações.¹⁹ O problema é que, para demonstrar a verdade ou o erro de uma informação questionada, a questão pode, eventualmente, e em função das características de cada caso, demorar muito tempo, com o que a retificação ou resposta poderia perder a sua atualidade, e, por conseguinte, a sua eficácia.²⁰

Sugerimos, como alternativa intermediária, possibilitar a retificação ou resposta com a versão formulada pela parte lesada, sem prejuízo do direito de os meios de comunicação social reiterarem o seu ponto de vista inicial, divergente do defendido pelo ofendido. Deste modo, ambos farão valer a sua posição e a sociedade estará consciente das duas posições, sendo cada uma delas capaz de aderir à que parece ser a mais convincente, ou simplesmente inteirar-se sem emitir uma opinião.²¹

Com boa doutrina, o Tribunal Constitucional do Peru, no caso *Prudencio Estrada Salvador*, cuja sentença foi proferida no processo 3362/2004, determinou que a notícia questionada pode ser total ou parcialmente inexata, proveniente tanto de um ato doloso como culposos, e que a retificação ou resposta tenha por objetivo oferecer a versão da pessoa, assim como suprir as deficiências de uma informação, e não para excluir as informações inexatas, falsas ou incompletas.

O tema das informações exatas, mas “ofensivas”, é farinha de outro saco. Se ocorre a divulgação de um fato que é verídico, mas que ofende o envolvido no fato, o que pode ser retificado? Exceto para registrar que o tom ou as palavras utilizadas nas notícias foram dolorosas, agressivas ou intencionalmente

18 Rivera (h), J. C. La constitucionalidad del derecho de rectificación o respuesta, *op. cit.*, p. 77.

19 Ponce de León, R. “Derecho de Réplica”, *op. cit.*, p. 137.

20 A título anecdótico, no famoso caso argentino *Ekmekdjian vs. Sofovich*, que mencionamos no texto, a ação de amparo na qual foi discutido o exercício do direito de resposta levou praticamente quatro anos. Segundo as versões admitidas pelo Supremo Tribunal de Justiça, era necessário ler a resposta em um programa de televisão semelhante ao que originalmente emitiu a informação ofensiva, uma vez que o original havia terminado há algum tempo.

21 Sagués, N. P. Censura judicial y derecho de réplica, *op. cit.*, p. 141.

lesivas, se a notícia for estritamente certa, pouco poderá ser feito. No entanto, o lesado pode eventualmente alegar que o fato divulgado, apesar da sua veracidade, pertence à sua esfera pessoal, e que em consequência a sua privacidade foi violada, pois é proibido que se divulgue, por exemplo, atos íntimos ou informações sensíveis cuja divulgação possa criar problemas. Nesse caso o ofendido poderia argumentar, por conseguinte, por meio de uma resposta, que o conteúdo publicado nunca deveria ter sido publicado.²²

Nesta matéria, porém, temos de avançar com prudência. A divulgação de um ato ilícito, mas verídico, importa -naturalmente- uma informação precisa, e claro que ela pode resultar “ofensiva” (no sentido que cause ofensa) a quem for condenado, pelo conseqüente desprestígio social em seu caráter. Por exemplo, se é divulgada a sentença de prisão de uma pessoa que cometeu uma fraude. Um requisito para permitir-se resposta das notícias ofensivas, mas verídicas, é que elas sejam propositais e produzam claramente “uma ofensa de gravidade substancial”, conforme observado pela Corte Suprema da Argentina em *Ekmekdjian vs. Sofovich*.²³

No caso citado nesta mesma seção, o Tribunal Constitucional do Peru declarou que, nos casos em que uma informação afete a honra da pessoa, é suficiente para a retificação ou resposta que se verifique no caso concreto a aparente violação da referida honra.

8. Conclusão. Temas pendentes

Temos seguido neste estudo uma descrição do artigo 14 da CADH, atendendo aos pontos onde a Corte IDH, ou algum voto separado de especial interesse, tenham sido proferido sobre a sua interpretação.

Em concreto, a Corte IDH realizou o seguinte trabalho: definiu a retificação ou resposta como um direito humano operativo que os Estados devem garantir e efetivar, mesmo na ausência de legislação regulamentadora; negou que os Estados pudessem congelar a eficácia do referido direito sob o pretexto da falta de regulamentação; declarou esse direito como compatível com outros enunciados da CADH (em particular, com a liberdade de expressão, a proteção da honra e dignidade); previu que os Estados, ao regulamentar o direito, atendam segundo seu critério questões significativas de procedimento e determinação (por exemplo, tempo para exigir a retificação, espaços para torná-la eficaz); e determinou que essa margem de apreciação regulatória dos Estados estava subordinada às pautas de razoabilidade e às diretrizes da própria Corte IDH.

Em geral - com exceção do parecer consultivo sobre a *exigibilidade do direito de retificação ou resposta* - a Corte IDH não se pronunciou com maior detalhe sobre o direito de retificação, resposta ou réplica. Os casos contenciosos trataram de outras normas da CADH. O direito aqui tratado não parece ter causado demasiada controvérsia para justificar seu tratamento pela Corte IDH, ou pela CIDH. O seu material jurisprudencial, por conseguinte, não é quantitativamente significativo, embora existam definições de peso no referido parecer consultivo.

Ficam assim pendentes de definição pela Corte IDH alguns subtemas importantes desse instituto, a saber: 1) se os jornais estão ou não compreendidos dentro do exercício do direito de retificação ou resposta, e, entre outros, 2) se, em caso de haver controvérsia sobre o caráter inexacto ou ofensivo de uma informação, quem promove a retificação e a resposta deve comprovar os fatos alegados e abrir um debate judicial a respeito. Anteriormente expusemos nossa opinião a respeito, reconhecendo que ambas as questões são polêmicas.

22 No entanto, Julio César Rivera (h) questiona profundamente o exercício da resposta sobre os fatos transmitidos com exatidão, mesmo que o limiar de privacidade das pessoas tenha sido violada. *ver* Rivera (h), J. C. La constitucionalidad del derecho de rectificación o respuesta, *op. cit.*, p. 70.

23 Corte Suprema de Justicia da Argentina, *Ekmekdjian vs. Sofovich*, 7/7/92, La Ley, Buenos Aires, 1992-C-543, Fallos de la CSJA, 315:1492.

Outro tema novo, que por razões históricas não foi abordado no momento da adoção do instrumento convencional em 1969, é o eventual exercício do direito de retificação e resposta a informações inexatas ou ofensivas incluídas em *blogs* ou sites semelhantes no mundo da internet. Num sentido lato, os *blogs* podem ser entendidos como algo basicamente semelhante a um “meio de difusão”, uma vez que se destinam ao público em geral e o seu conteúdo flutua de acordo com a material “postado” por quem o alimenta. Se entendermos que a CADH tem aqui uma espécie de vácuo ou lacuna, utilizando-se do procedimento de integração e, em especial, da analogia, é possível inserir os *blogs* dentro do artigo 14.1 da CADH.²⁴

A questão se complica porque os *blogs* - em princípio - não estão “legalmente regulamentados”, com o que se repetirá, em respeito a eles, a problemática do exercício do direito de retificação e de resposta, no que diz respeito aos jornais. A fim de superar esta dificuldade, é possível observar algum tipo de regulamentação mesmo que mínima; e que as razões de tutela da “honra e a reputação” das pessoas, que promovem o direito de retificação e resposta nos termos do artigo 14.3 do Pacto de San José, são igualmente válidas para esses sites ou plataformas. Se esta tese que sustentamos for aceita, o *blog* deveria incluir um responsável, conforme também tal artigo.

As restantes prescrições do artigo 14 da CADH não parecem causar maiores controvérsias. O inciso 2 do artigo 14 estabelece que a apresentação de uma retificação ou resposta é independente de outras responsabilidades (de tipo civil ou penal), hipoteticamente emergentes de informação imprecisa ou ofensiva. O inciso 3 refere-se à designação de uma pessoa responsável por parte do meio de comunicação.

Pode constatar-se, também em termos gerais, uma espécie de uso moderado e, portanto, louvável, deste direito por parte dos cidadãos. Isto explica que os litígios sobre o assunto sejam relativamente reduzidos.

24 Sobre a integração como um método para preencher lacunas ou vazios constitucionais, nos referimos a Sagüés N. P. *La interpretación judicial de la Constitución, op. cit.*, p. 127.

Artigo 15. Direito de reunião

É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

Artigo 16. Liberdade de associação

1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.
2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.
3. O disposto neste artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de fevereiro de 2001. Série C n.º 72. Doravante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de março de 2005. Série C n.º 121. Doravante: Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Peru*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de julho de 2007. Série C n.º 167. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz vs. Peru*. EPMRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de abril de 2009. Série C n.º 196. Doravante: Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. MRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de julho de 2009. Série C n.º 200. Doravante: Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C n.º 213. Doravante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C n.º 302. Doravante: Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPMRC. 2015.

Pareceres Consultivos

Corte IDH. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas (Arts. 13 e 29 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A n.º 5. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas*. 1985.

Corte IDH. *A expressão "Leis" no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A n.º 6. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC -6/86. *A expressão "Leis" no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1986.

Corte IDH. *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-10/89 de 14 de julho de 1989. Série A n.º 10. Doravan-

te: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-10/89. *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1989.

Corte IDH. *Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretação e alcance do artigo 1.2, em relação aos artigos 1.1., 8, 11.2., 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, e 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim como do artigo 8.1. A e B do Protocolo de San Salvador)*. Parecer Consultivo OC-22/16 de 26 de fevereiro de 2016. Série A n.º 22. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-22/16. *Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. 2016.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. *Caso Comadres vs. El Salvador*. Relatório n.º 13/96, Caso 10.948, 1 de março de 1996.

CIDH. *Caso Dianna Ortiz vs. Guatemala*. Relatório n.º 31/96, Caso 10.526, 6 de setembro de 1996.

CIDH. *Caso Gómez López vs. Guatemala*. Relatório n.º 29/96, Caso 11.303, 16 de outubro de 1996.

CIDH. *Caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein e Rodolfo Izal Elorz vs. México*. Relatório n.º 49/99, Caso 11.610, 13 de abril de 1999.

CIDH. Relatório Anual 1998, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 6 rev., 16 de abril de 1999.

CIDH. Relatório sobre Terrorismo e Direitos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., Washington, 22 de outubro de 2002.

CIDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku e seus Membros vs. Equador*. Relatório n.º 62, 13 de outubro de 2004.

CIDH. Relatório sobre a Situação das Defensoras e Defensores dos Direitos Humanos nas Américas, OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1, 7 de março de 2006.

CIDH. Relatório Anual 2006, Capítulo IV, Desenvolvimento dos Direitos Humanos na região, Cuba, Direitos Trabalhistas e Liberdade Sindical.

CIDH. Relatório sobre Democracia e Direitos Humanos na Venezuela, OEA/ Ser. L/V/II., Doc. 54, 30 de dezembro de 2009.

CIDH. Relatório sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos, 31 de dezembro de 2009.

CIDH. Comunicado de Imprensa 35/09. CIDH condena atos de violência no Peru, 8 de junho de 2009.

CIDH. Comunicado de Imprensa 65/09. CIDH condena uso excessivo da força em repressão das manifestações em Honduras, 22 de setembro de 2009.

CIDH. Comunicado de Imprensa 87/11. CIDH manifesta preocupação por violência contra protestos estudantis no Chile, 6 de agosto de 2011.

CIDH. Comunicado de Imprensa 108/11. CIDH urge a garantir a integridade física e a segurança de manifestantes na Bolívia, 17 de outubro de 2011.

CIDH. Segundo Relatório sobre a Situação das Defensoras e dos Defensores de Direitos Humanos nas Américas, 2011.

Sentenças, resoluções e decisões proferidas por outros tribunais internacionais

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TEDH. *Caso Sidiropoulos vs. Grécia*, 10 de julho de 1998.

TEDH. *Caso Rekvényi vs. Hungria*, 20 de maio de 1999.

TEDH. *Caso Stankov e The United Macedonian Organisation Ilinden vs. Bulgária*, 13 de fevereiro de 2003.

Sentenças proferidas por cortes e tribunais nacionais.

Espanha

Tribunal Constitucional da Espanha. Sentença n.º 85/1988, 28 de abril de 1988, em Mandado de Segurança n.º 942/1987.

Tribunal Constitucional da Espanha. Sentença n.º 66/1995, 8 de maio de 1995.

Tribunal Constitucional da Espanha. Sentença n.º 195/2003, 27 de outubro de 2003.

Colômbia

Corte Constitucional da Colômbia. Sentença C-265, M. P. Alejandro Martínez Caballero, 2 de junho de 1994.

Documentos adotados no âmbito de organizações internacionais

Conselho da Europa

Comissão Europeia de Direito Humanos. Decisão sobre admissibilidade, *Rassemblement Jurassien vs. Suíça*, Petição n.º

8191/78, decisão de 10 de outubro de 1979.

Organização dos Estados Americanos

OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Organização Internacional do Trabalho

OIT. Convênio n.º 11, relativo aos direitos de associação e coalização dos trabalhadores agrícolas (agricultura), 1921.

OIT. Convênio n.º 84, relativo ao direito de associação e à solução dos conflitos de trabalho nos territórios não metropolitanos, 1947.

OIT. Convênio n.º 87, relativo à liberdade sindical e à proteção do direito de sindicalização, 1948.

OIT. Convênio n.º 98, relativo à aplicação dos princípios do direito de sindicalização e de negociação coletiva, 1949.

OIT. Convênio n.º 141, relativo às organizações de trabalhadores rurais e sua função no desenvolvimento econômico e social, 1975.

OIT. Convênio n.º 151, relativo à proteção do direito de sindicalização e os procedimentos para determinar as condições de emprego na administração pública, 1978.

OIT. *A Liberdade Sindical: Manual de Educação dos Trabalhadores*. 2ª ed. revisada, Genebra, 1988.

OIT. *A Liberdade Sindical: Recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT*. 3ª ed., Genebra, 1985.

OIT. *Liberdade Sindical e Negociação Coletiva*. Relatório da Comissão de Especialistas em Aplicação de Convênios e Recomendações (artigos 19, 22 e 35 da Constituição da OIT). 81ª reunião, Relatório III, Genebra, 1994.

OIT. *A Liberdade Sindical: Recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT*. 4ª ed. revisada, Genebra, 1996.

OIT. *A Liberdade Sindical: Recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT*. 5ª ed. revisada, Genebra, 2006.

Organização das Nações Unidas

Princípios Básicos sobre o Emprego da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei. Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes, La Habana, Cuba, 7 de setembro de 1990.

Conselho DHONU. Resolução A/HRC/RES/15/21. *Direito à liberdade de reunião pacífica e de associação*, 30 de setembro de 2010.

Conselho DHONU. Resolução A/HRC/25/L.20. A promoção e proteção dos Direitos Humanos no contexto das manifestações pacíficas. 25º Período de Sessões, 24 de março de 2014.

Conselho DHONU. Relatório do Relator Especial sobre os direitos à liberdade de reunião pacífica e de associação, Maina Kiai. A/HRC/29/25, 28 de abril de 2015.

Referências acadêmicas

O'DONELL, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de las sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colômbia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

DRZEEWCKI, K. *El derecho al trabajo y los derechos en el trabajo*. Escuela Nacional Sindical, Medellín, setembro de 1996.

KRSTICEVIC, V. "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano", en Yamin, A. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina*. Del invento a la herramienta. Plaza y Valdés, Ciudad de México, 2006.

TOCQUEVILLE, A. *La democracia en América*. Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

SARTHOU, H. "Perspectivas del derecho colectivo del trabajo", en *Revista Derecho Laboral*, n.º 123, t. XXIV, Montevideo, 1981.

Outras referências acadêmicas

Comisión Andina de Juristas. *Protección de los Derechos Humanos. Definiciones Operativas*. Lima, 1997.

O'DONELL, D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. 2ª ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989.

Sumário

1. Introdução.....	439
2. O direito de reunião	441
2.1. Questões gerais.....	443
2.2. O conteúdo normativo da liberdade de reunião	446
2.3. Normas da OIT sobre liberdade sindical	447
2.4. Limitações ao exercício do direito à liberdade de reunião.....	450
3. O direito de associação	456
3.1. Questões gerais.....	460
3.2. O conteúdo normativo do direito de associação	461
3.3. Limitações ao exercício do direito de associação.....	467

1. Introdução

Alexis de Tocqueville escreveu:

após a liberdade de agir sozinho, é mais natural ao homem combinar os seus esforços com os dos seus semelhantes e trabalharem em conjunto. O direito de associação me parece tão inalienável pela sua natureza como a liberdade individual. O legislador não pode querer destruí-lo sem atacar a própria sociedade.¹

Certamente, o direito de reunião constitui um pressuposto indispensável para consumir essa combinação de esforços referida por Alexis de Tocqueville, na medida em que opera como elemento para o exercício de outros direitos como a liberdade de expressão ou os direitos políticos e sindicais. Em efeito, o direito de reunião forma parte do conteúdo essencial do direito de associação, incluindo o direito à sindicalização e o direito à greve. Assim, a liberdade de reunião e o direito de associação para fins pacíficos não só se encontram intimamente inter-relacionados, mas tem adquirido uma importância substancial, tanto em nível nacional como internacional, para o desenvolvimento e o fortalecimento das sociedades inclusivas e democráticas.

Isso é demonstrado não só pelo destacado e amplo reconhecimento que ambos os direitos têm no Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também devido ao interesse crescente que a proteção dos mesmos suscita junto da comunidade internacional. Neste último âmbito, em 1º de maio de 2011, nomeou-se Maina Kiai como primeiro Relator Especial sobre o direito à liberdade de reunião e associação.²

1 Tocqueville, A. *La democracia en América*. Fondo de Cultura Económica, México, 2003, pp. 209-210.

2 Em 30 de setembro de 2010, o Conselho DHONU aprovou a Resolução 15/21, através da qual designou um Relator Especial sobre os Direitos de Liberdade de Reunião e Associação, encarregado, entre outras funções, de reunir todas as informações pertinentes sobre a promoção e proteção do direito à liberdade de reunião e associação pacíficas em todas as suas manifestações; solicitar e receber informações de governos, organizações não-governamentais, partes interessadas e quaisquer outras partes com conhecimento do assunto, a fim de promover e proteger o direito à liberdade de reunião e associação pacífica e responder às informações recebidas; denunciar violações, onde quer que ocorram, do direito à liberdade de reunião e associação pacíficas, bem como incidentes de discriminação, ameaças de emprego ou uso da força, assédio, perseguição, intimidação ou represália contra pessoas que exercem esse direito e informar o Conselho e o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos sobre situações de gravidade especial. Os relatores especiais são especialistas independentes nomeados pelo Conselho DHONU para examinar e informar sobre a situação em um país ou sobre uma questão específica de Direitos Humanos, exercem o cargo a título honorário, não fazem parte do pessoal da ONU e não recebem salário pelo desempenho de seu mandato, e fazem parte dos procedimentos especiais do Conselho DHONU. O mandato do Sr. Kiai concluiu em abril de 2017, a partir de 1 de maio de 2017 Annalisa Ciampi, de nacionalidade italiana, é a Relatora Especial sobre os Direitos da Liberdade de Reunião e Associação.

No que diz respeito à nossa região, cabe destacar que praticamente todos os países das Américas têm integrado em suas constituições o reconhecimento do direito de associação, incluindo o direito de organizar-se em partidos políticos, seja exclusivamente ou de forma conjunta com os direitos de reunião e manifestação.³

A CIDH delimitou que:

os direitos à liberdade de reunião e associação têm sido amplamente reconhecidos como direitos civis individuais substanciais que proporcionam proteção contra interferências arbitrárias do Estado quando as pessoas optam por se associar com outras, e são fundamentais para a existência e funcionamento de uma sociedade democrática.⁴

[...]

[a] proteção de tais direitos pode comportar não apenas a obrigação do Estado de não interferir no exercício do direito de reunião ou associação, mas também impõe, em determinadas circunstâncias, medidas positivas por parte do Estado para assegurar o exercício efetivo da liberdade, por exemplo, protegendo os participantes de uma manifestação da violência física empregada por pessoas que tenham opiniões opostas.⁵

Quanto à jurisprudência contenciosa e/ou consultiva da Corte IDH, é necessário indicar que esta tem sido bastante breve no seu papel de esclarecer e definir o conteúdo do direito de reunião, embora se deva reconhecer ter ela logrado realizar desenvolvimentos mais amplos, como será visto mais adiante, no que diz respeito ao direito de associação.

O fato de que os direitos de reunião e associação não foram objeto de pronunciamentos recorrentes dos órgãos de controle do SIDH não significa a ausência de violações neste campo. Esta situação parece estar mais relacionada com a especial gravidade que se constata a respeito de outros tipos de violações dos Direitos Humanos, tais como os direitos à vida e à integridade pessoal, que historicamente são prioridades do SIDH.

A isso pode-se somar que o fato de que, tal como indicou o Relator Especial, Maina Kiai, em seu quarto relatório, ao referir-se ao exercício dos direitos de associação e reunião pacífica por defensores dos recursos naturais:

dos inúmeros casos de violação dos direitos à liberdade de reunião pacífica e de associação denunciados, relativamente poucos têm sido investigados e dado causa ao processamento dos autores. Em contrapartida, continuam aumentando o número de prisões e processos abertos por crimes supostamente cometidos no transcurso do exercício legítimo dos direitos à liberdade de reunião e associação pacífica.⁶

A seguir será desenvolvido, em primeiro lugar, o alcance e as características da liberdade de reunião e o direito de associação pacífica protegidos pelos artigos 15 e 16 da CADH, e como estes direitos

3 A Constituição da Argentina em seu artigo 14; a da Bolívia em seus artigos 7.c e 222; o do Brasil em seus artigos 5 (inciso XVI) e 17; a do Chile em seus artigos 1 e 19 (números 13 e 15); a da Colômbia em seus artigos 37, 38 e 107; a da Costa Rica em seus artigos 25 e 26; a de Cuba em seus artigos 7 e 54; a do Equador em seu artigo 23 (número 19); a de El Salvador em seus artigos 7 e 72 (número 2); a dos Estados Unidos em sua Primeira Emenda de 1791; a da Guatemala em seus artigos 33, 34 e 223; a de Honduras em seus artigos 78 e 79; a do México em seu artigo 9; a da Nicarágua em seu artigo 54; o do Panamá em seus artigos 38 e 39; a do Paraguai em seus artigos 32 e 42; a do Peru em seu artigo 2 (números 12 e 13); o da República Dominicana em seu artigo 8 (número 7); a do Uruguai em seus artigos 38 e 39; e a da Venezuela em seus artigos 52, 53 e 58.

4 CIDH. Relatório sobre Terrorismo e Direitos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., Washington, 22 de outubro de 2002, § 359.

5 *Idem*.

6 Conselho DHONU. Relatório do Relator Especial sobre os direitos à liberdade de reunião pacífica e de associação, Maina Kiai. A/HRC/29/25, 28 de abril de 2015, § 33.

têm sido recepcionados em instrumentos interamericanos e outros instrumentos convencionais que fazem parte do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos. Em segundo lugar, será desenvolvido seu conteúdo específico, destacando, quando apropriado, os aspectos que ambos os direitos têm em comum, bem como, finalmente, as restrições a que ambos podem ser submetidos. Para o tratamento destas questões, apelaremos, quando corresponder, ao acervo doutrinário e à jurisprudência de outros órgãos do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, bem como às decisões de tribunais de justiça nacionais que contribuam para melhor desenvolver estes conteúdos.

2. O direito de reunião

O direito de reunião encontra-se reconhecido em uma ampla gama de instrumentos internacionais de Direitos Humanos, tanto de caráter universal como regional. De fato, a DADDH⁷ foi um dos primeiros tratados a reconhecer em seu artigo XXI o direito de todas as pessoas a reunir-se pacificamente com outras,⁸ “em manifestação pública, ou em assembleia transitória, em relação com seus interesses comuns, de qualquer natureza que sejam”.

O conteúdo deste artigo da DADDH coincide com o artigo 20 da DUDH, aprovado sete meses depois, que reconhece em seu parágrafo 1 o direito de todos à liberdade de reunião, especificando que seu alcance - como no instrumento interamericano - se limita apenas às reuniões de natureza pacífica. Ao que acrescenta que “[n]inguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação”.

No âmbito do sistema universal de proteção dos Direitos Humanos, o PIDCP reconhece este mesmo direito em seu artigo 21, destacando que seu exercício:

estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

No mesmo sentido, a Assembleia Geral da ONU reiterou que tanto o direito de reunião como a de associação:

podem estar sujeitos a certas limitações prescritas pela lei, necessárias em uma sociedade democrática em razão da segurança nacional ou da integridade da população, da ordem pública, da proteção da saúde ou da moral públicas ou da proteção dos direitos e liberdades dos demais.⁹

7 A DADDH contém e define os Direitos Humanos essenciais mencionados na Carta da OEA; segundo a Corte IDH, “a Carta da Organização em matéria de Direitos Humanos não pode ser interpretada e aplicada sem integrar suas normas pertinentes às disposições correspondentes da Declaração, como resultado da prática seguida pelos órgãos da OEA”. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-10/89. *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1989, § 43.

8 Como antecedente relevante no reconhecimento internacional do direito de associação, cabe destacar que um artigo sobre esse direito foi incluído desde o início na Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, também conhecida como Declaração de Direitos Sociais do Trabalhador, que foi aprovada no mês de maio de 1947. O texto do referido artigo dizia o seguinte: “[os] trabalhadores e empregadores, sem distinção de sexo, raça, credo ou ideias políticas, têm o direito de se associar livremente para a defesa de seus respectivos interesses, formando associações ou sindicatos profissionais que, por sua vez, podem se unir entre si. Essas organizações têm o direito de gozar de personalidade jurídica e de serem devidamente protegidas no exercício de seus direitos. Sua suspensão ou dissolução não podem ser impostas, exceto em virtude de um procedimento judicial apropriado. As condições de fundo e de forma que se exijam para a constituição e funcionamento das organizações profissionais e sindicais não devem restringir a liberdade de associação. A formação, operação e dissolução de federações e confederações estarão sujeitas às mesmas formalidades prescritas para os sindicatos. Os membros das diretorias dos sindicatos, no número estabelecido pela respectiva lei e durante o período de sua eleição e mandato, não poderão ser demitidos, transferidos do emprego ou prejudicados em suas condições de trabalho, senão por justa causa, previamente motivada, pela autoridade competente.” Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, artigo 46. A Carta foi adotada no Rio de Janeiro, Brasil, em 1947.

9 Conselho DHONU. Resolução A/HRC/RES/15/21. Direito à liberdade de reunião pacífica e de associação. Aprovada

A CADH, por sua vez, protege o direito de reunião pacífica em seu artigo 15 e especifica que além de serem pacíficas, as reuniões protegidas no instrumento convencional devem ser realizadas “sem armas”. O mesmo artigo enumera as condições sob as quais pode admitir-se uma restrição ao direito de liberdade de reunião que são, essencialmente, as mesmas já indicadas no PIDCP.

No âmbito europeu, o direito de reunião se encontra protegido pelo artigo 11 da CEDH, instrumento jurídico que através de dois incisos estabelece, por um lado, que “qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses”, e por outro lado que:

O exercício deste direito só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado.¹⁰

O artigo 15 da CDC reconhece os direitos das crianças “à liberdade de associação e à liberdade de realizar reuniões pacíficas” (número 1), sem que possam ser impostas restrições ao exercício desses direitos “a não ser as estabelecidas em conformidade com a lei e que sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou pública, da ordem pública, da proteção à saúde e à moral públicas ou da proteção aos direitos e liberdades dos demais”.

A CIEFDR, por sua vez, em seu artigo 5, IX, demanda que os Estados proibam e eliminem a discriminação racial em todas as suas formas, garantindo igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo do direito à liberdade de reunião e de associação pacífica, entre outros direitos.

O inciso a) do artigo 5 da Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos ou Órgãos da Sociedade de Promover e Proteger os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos (1998) também se refere ao direito de reunião; e estabelece que, a fim de promover e proteger os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais, toda a pessoa tem direito, individual ou coletivamente, em nível nacional e internacional, entre outros, “a se reunir ou manifestar pacificamente”.¹¹

Quanto ao seu âmbito de proteção subjetiva, o artigo 15 da CADH - em consonância com todas as outras normas citadas - garante o direito de reunião a todas as pessoas, sem que seja admissível uma restrição relativa à nacionalidade. Pode-se, portanto, inferir que a proteção proporcionada ao direito de reunião também inclui a proteção do direito de reunião dos residentes estrangeiros nos Estados partes da CADH. Reforçando esta prescrição, o artigo 26.1 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias (1990) exige que os Estados garantam o direito dos trabalhadores migrantes e seus familiares “a participar em reuniões e atividades de sindicatos e outras associações estabelecidos de acordo com a lei para proteger os seus interesses econômicos, sociais, culturais e outros, com sujeição, apenas, às regras da organização interessada”. No inciso 2 do mesmo artigo se acrescenta que o exercício deste direito só pode estar sujeito a “restrições previstas na lei e que se mostrem necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da ordem pública, ou para proteger os direitos e liberdades de outrem”.¹²

em 30 de setembro de 2010, § 4.

10 A mesma norma indica que o referido artigo “não proíbe a imposição de restrições legítimas ao exercício desses direitos por membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado”.

11 A Declaração sobre o direito e o dever dos indivíduos, grupos e instituições de promover e proteger os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais universalmente reconhecidos foi adotada pela Resolução 53/144, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 8 de março de 1999.

12 Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias, aprova-

Mais recentemente, o Conselho DHONU, reafirmando os propósitos e princípios da Carta da ONU e da DUDH, bem como recordando os tratados internacionais de Direitos Humanos na matéria (em particular o PIDCP e o PIDESC), e os instrumentos regionais pertinentes de Direitos Humanos, aprovou em 24 de março de 2014, a resolução sobre “a promoção e proteção dos Direitos Humanos no contexto de protestos pacíficos”, mediante a qual afirmou enfaticamente que as manifestações pacíficas podem contribuir para o pleno gozo dos direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais.¹³

Como pode ser visto, as normas internacionais acima mencionadas dão uma vasta amplitude ao direito de reunião e estabelecem um catálogo de critérios limitadores, cujo objetivo é que o direito só possa ser afetado por restrições compatíveis com as necessidades de uma sociedade democrática, com a finalidade da proteção dos demais bens e direitos convencionalmente protegidos, e de modo que todo limite imposto ao seu exercício responda a razões objetivas e resulte proporcional ao fim perseguido.

2.1 Questões gerais

O direito de reunião é considerado um direito civil e político, e pode ser definido como a faculdade de toda pessoa de se reunir com outras, em um lugar determinado, temporariamente e pacificamente, e sem a necessidade de autorização prévia, com o propósito comum de expor e/ou trocar livremente ideias ou opiniões, defender seus interesses ou acordar em ações comuns. *Constitui uma manifestação da vocação associativa do ser humano e um reflexo dos processos de interação humana. A intenção e o propósito da reunião constituem, além disso, os elementos primordiais que distinguem a reunião de uma coincidência acidental de pessoas.*¹⁴

A vigência do direito de reunião resulta essencial para o pleno gozo tanto dos direitos civis e políticos como dos direitos econômicos, sociais e culturais, e constitui uma parte inseparável e inerente à dignidade humana. Implica o reconhecimento do pluralismo inerente a cada sociedade democrática; e, ao mesmo tempo, ressalta o direito de toda pessoa e grupo de pessoas a expressar com liberdade suas próprias opiniões, seu direito de transmiti-las aos outros, escutar as dos outros e agir de acordo.

Ao falar do direito de reunião, é comum englobar-se duas modalidades: a própria *reunião*, que é de caráter estático, pois se realiza em um estabelecimento aberto ou fechado, cuja participação das pessoas deve ser totalmente voluntária e livre de coerções; e a *manifestação*, de caráter dinâmico pela essência, que geralmente é realizada nas vias públicas e, normalmente, envolve pessoas que se movimentam igualmente de forma voluntária e sem coerções, com o objetivo principal de expressar certas opiniões ou ideias.

De acordo com o Conselho DHONU

as manifestações pacíficas podem ocorrer em todas as sociedades, incluindo protestos espontâneos, simultâneos, não autorizados ou restritos, [...] a participação em protestos pacíficos pode ser uma importante forma de exercer os direitos à liberdade de reunião pacífica, de expressão, de associação e de participação na condução dos assuntos públicos, [...] e podem contribuir positivamente para o desenvolvimento, fortalecimento e eficácia dos sistemas democráticos e de processos democráticos, incluindo eleições e referendos, [assim como] contribuir para o pleno gozo dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.¹⁵

da pela Assembleia Geral das Nações Unidas mediante resolução 45/158 de 18 de dezembro de 1990, artigo 26.1.a.

13 Conselho DHONU. Resolução A/HRC/25/L.20. 25º período de sessões, 24 de março de 2014, sobre a promoção e proteção dos Direitos Humanos no contexto de protestos pacíficos.

14 Opinião divergente do Sr. Kurt Herndl, em relação às observações do Comitê DHONU, sobre a Comunicação nº 412/1990, *Auli Kivenmaa vs. Finlândia*, § 27, apresentado nas Nações Unidas, Relatório do Comitê de Direitos Humanos, Registros Oficiais da Assembleia Geral, vol. II Quadragésima Nona Sessão, Suplemento No. 40 (A/49/40), p. 98, e citado em Comisión Andina de Juristas. *Protección de los derechos humanos, definiciones operativas*. Lima, 1997.

15 Conselho DHONU. Resolução A/HRC/25/L.20, *op. cit.*

O direito de manifestação se encontra, por sua vez, intimamente ligado aos direitos de expressão e participação política, dado que, numa sociedade democrática o espaço público não é apenas uma área de circulação, mas também de participação. Este critério foi desenvolvido, entre outros, pelo Tribunal Constitucional Espanhol na sua sentença 85/1988 de 28 de abril de 1988 ao sustentar que:

o direito de reunião “é uma manifestação coletiva da liberdade de expressão exercida através de uma associação transitória, sendo concebida pela doutrina científica como um direito individual em termos de seus titulares, e coletivo em seu exercício, que opera como técnica instrumental posta a serviço do intercâmbio ou exposição de ideias, a defesa de interesses ou a publicidade de problemas ou reivindicações, constituindo, portanto, um canal do princípio democrático participativo, cujos elementos configuradores são, de acordo com a opinião dominante, o *subjetivo* - um agrupamento de pessoas-, o *temporal* - a sua duração transitória -, o *finalístico* - a legalidade do propósito - e o *real ou objetivo* - o lugar de celebração - o direito de reunião é uma manifestação coletiva da liberdade de expressão [...] constituindo portanto um canal para o princípio da democracia participativa.¹⁶

Todas as pessoas devem poder expressar suas queixas ou aspirações de forma pacífica, entre outras características, por meio de manifestações públicas, sem medo de represálias ou de serem intimidadas, assediadas, feridas, agredidas sexualmente, espancadas, presas e detidas arbitrariamente, torturadas, mortas ou sujeitadas a desaparecimentos forçados. Na mesma linha, a Corte IDH observou que sem o pleno gozo deste direito, é difícil exercer a defesa dos Direitos Humanos e, em consequência, os Estados são obrigados a garantir que nenhum defensor ou defensora dos Direitos Humanos seja impedido de reunir-se e se manifestar publicamente de forma pacífica, o que inclui tanto a participação na condução da manifestação, como proporcionar a defesa daqueles que dela participaram.¹⁷

Para o caso específico da defesa dos recursos naturais (o que poderia ser aplicado para a defesa de outros espaços e direitos), o Relator Especial sobre os direitos à liberdade de reunião pacífica e associação das Nações Unidas tem apontado que tais direitos

desempenham um papel fundamental na criação de espaços e oportunidades de participação real e efetiva da sociedade civil nos processos de tomada de decisão em todo o espectro das atividades de exploração dos recursos naturais. Estes direitos contribuem para promover a transparência e a prestação de contas na exploração dos recursos e são um requisito prévio essencial para o objetivo de garantir direitos substantivos. Os direitos de reunião e associação pacífica podem facilitar um diálogo construtivo, que é necessário em função de interesses comuns e, em certas ocasiões, as prioridades conflituosas inerentes à exploração dos recursos naturais.¹⁸

A vigência das duas modalidades de exercício do direito de reunião - os direitos de reunião e manifestação - resulta essencial para a existência de um Estado democrático, na medida em que permite que as pessoas expressem livremente suas ideias e opiniões, especialmente as de natureza política. Por outra parte, o caráter interdependente de todos os Direitos Humanos faz com que o direito à reunião não só se encontre intimamente ligado ao exercício de outros direitos, como também dependa em boa medida de seu pleno exercício. Em particular, se encontra intimamente ligado aos direitos à dignidade humana, à vida, a não discriminação, à igualdade e às liberdades de expressão, associação e circulação.

Em nosso hemisfério, a Corte Constitucional da Colômbia tem ressaltado que “no constitucionalismo e na doutrina dos Direitos Humanos, as liberdades de expressão, reunião e associação formam

16 Tribunal Constitucional da Espanha, Sentença n.º 85/1988, 28 de abril de 1988, em Recurso de Amparo n.º 942/1987. (grifo nosso). No mesmo sentido, *ver* Sentença n.º 66/1995, 8 de maio, FJ 3; n.º 196/2002, 28 de outubro, FJ 4; e n.º 301/2006, 23 de outubro, FJ 2.

17 CIDH. Relatório sobre a Situação das Defensoras e Defensores dos Direitos Humanos nas Américas, 7 de março de 2006, OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1, 7 março 2006, § 60. Conselho DHONU. Resolução A/ HRC/25/L.20, *op. cit.*

18 Conselho DHONU. Relatório do Relator Especial sobre os direitos à liberdade de reunião pacífica e de associação, Maina Kiai, *op. cit.*

uma trilogia de liberdades pessoais que se constitui em pré-requisito dos demais direitos de participação política”.¹⁹ Na mesma linha, a Corte IDH tem destacado esta inter-relação enfatizando que o direito de reunião traz consigo uma condição instrumental “na medida em que apoia o exercício de todos os outros demais direitos fundamentais, permitindo aos grupos alcançar os fins que não são expressamente proibidos por lei”.²⁰ Da mesma forma, o TEDH salientou este caráter instrumental em várias ocasiões. Por exemplo, no caso de *Rekvényi vs. Hungria*, quando argumentou que “a liberdade de expressão constitui um dos principais meios que permite garantir o exercício efetivo do direito à liberdade de reunião e de associação”.²¹ Igualmente em *Stankov e United Macedonian Organisation Ilinden vs. Bulgária*, quando afirmou que “a proteção das opiniões e da liberdade de expressá-las constitui um dos objetivos da liberdade de reunião”.²²

No caso *López Lone e outros vs. Honduras*, as vítimas foram juízes pertencentes à “Associação Juízes pela Democracia”, a qual havia emitido diversos comunicados públicos qualificando como golpe de Estado os fatos relacionados com a destituição do então presidente de Honduras Manuel Zelaya, em junho de 2009, em contradição com a versão oficial sustentada pela Corte Suprema de Justiça daquele país, que disse se tratar de uma sucessão constitucional. Os juízes foram objeto de processos disciplinares, os quais, segundo a Corte IDH, haviam sido estabelecidos com o objetivo de sancionar os atos ou expressões que fizeram contra o golpe de Estado e repletos de “múltiplas irregularidades que afetavam o devido processo”; a Corte IDH afirmou que:

[previamente] ha[via] reconhecido a relação existente entre os direitos políticos, a liberdade de expressão, o direito de reunião e a liberdade de associação, e que estes direitos, em conjunto tornar[iam] possível o jogo democrático.[...] Em situações de ruptura institucional, após um golpe de Estado, a relação entre esses direitos resulta[va] ainda mais evidente, especialmente quando se exerc[ia]m em conjunto com o propósito de protestar contra a ação de poderes estatais contrários à ordem constitucional e para reclamar o retorno da democracia. [Segundo a Corte IDH] [a]s manifestações e expressões relacionadas a favor da democracia dev[ia]m receber a máxima proteção possível e, dependendo das circunstâncias, p[oderiam] estar vinculadas com todos ou alguns dos direitos acima mencionados.

[...]

em tempos de graves crises democráticas [...] não são aplicáveis às ações de juízes e juízas em defesa da ordem democrática as regras que ordinariamente restringem seu direito à participação política. Neste sentido, seria contrário à própria independência dos poderes estatais, bem como às obrigações internacionais do Estado derivadas de sua participação na OEA, que os juízes e juízas não possam pronunciar-se contra um golpe de Estado. Portanto [...] as condutas das supostas vítimas pelas quais foram iniciados contra elas processos disciplinares não p[ode]riam ser consideradas como contrárias às suas obrigações como juízes e juízas, e nessa medida, as infrações do regime disciplinar que normalmente seria aplicável. Pelo contrário, [deveriam] ser entendidas como um *exercício legítimo de seus direitos como cidadãos de participar na política, liberdade de expressão e o direito de reunião e manifestação, conforme o caso da atuação específica realizada para cada uma [das] supostas vítimas*.²³

Do mesmo modo que o respeito aos outros direitos reconhecidos pela CADH, os Estados têm a obrigação geral de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício do direito de reunião para todas as

19 Corte Constitucional da Colômbia. Sentença C-265, M. P. Alejandro Martínez Caballero, 2 de junho de 1994.

20 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001, § 144. Ao fazer referência aos argumentos expostos em sua demanda pela CIDH.

21 TEDH. *Caso Rekvényi vs. Hungria*, 20 de maio de 1999, § 58.

22 TEDH. *Caso Stankov e United Macedonian Organisation Ilinden vs. Bulgária*, 13 de fevereiro de 2003, § 85.

23 Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, §§ 160 e 174. (grifo nosso e nota de rodapé omitida). Neste caso, a Corte IDH enfatizou o contexto particularmente sério na alteração da ordem democrática em que as violações foram analisadas.

pessoas sujeitas à sua jurisdição, sem qualquer tipo de discriminação.²⁴ Se o exercício do direito de reunião não está garantido por disposições legislativas ou de outro caráter no âmbito de referidos Estados, os mesmos têm o dever de adotar as medidas legislativas ou de outra natureza que sejam necessárias para tornar essa liberdade efetiva.²⁵

2.2. O conteúdo normativo da liberdade de reunião

Em sua sentença no caso *Escher e outros. vs. Brasil*, a Corte IDH observou que:

o artigo 15 da Convenção Americana consagra o direito de reunião pacífica e sem armas. Por sua vez, a liberdade de associação, prevista no artigo 16 do mesmo tratado pressupõe o direito de reunião e se caracteriza por habilitar as pessoas para criar ou participar de entidades ou organizações com o objetivo de atuar coletivamente na consecução dos mais diversos fins, sempre e quando estes sejam legítimos. Diferentemente da liberdade de associação, *o direito de reunião não implica necessariamente a criação ou participação em entidade ou organização*, mas pode se manifestar-se em uma união esporádica ou congregação para perseguir os mais diversos fins, desde que estes sejam pacíficos e conformes à Convenção.²⁶

Como pode ser apreciado acima, o conteúdo deste direito se encontra protegido em uma ampla gama de instrumentos jurídicos internacionais e regionais que, de acordo com o princípio *pro personae*, e a amplitude dos critérios de interpretação dos direitos estabelecidos pela CADH em seu artigo 29²⁷ - os quais têm sido progressivamente desenvolvidos pela jurisprudência da CIDH e Da Corte IDH - permitem integrar as referidas normas de forma a proporcionar conteúdo por meio da interpretação dos direitos protegidos pela CADH, apelando para a norma mais ampla, ou para a interpretação mais extensiva, quando se trata de reconhecer o alcance de tais direitos; e, inversamente, apelando à norma ou interpretação mais restrita quando se trata de estabelecer restrições permanentes ao exercício dos direitos.²⁸ Portanto, ao interpretar e aplicar as disposições dos instrumentos interamericanos relativos ao direito de reunião, deve ser levado em consideração, ao mesmo tempo, as obrigações que os Estados americanos assumiram em virtude de outros tratados de Direitos Humanos que, em conjunto, instituem um regime de proteção da lei inter-relacionado e que é mutuamente reforçado.

A Corte IDH identificou sobre esse tema que, historicamente, a falta de cumprimento das obrigações de respeito e garantia do direito de reunião por parte dos Estados da região tem resultado em atos

24 O Artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) estabelece: “Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.” *ver* também o comentário ao artigo 1 de Ferrer Mac-Gregor e Pelayo.

25 O artigo 2 (dever de adotar disposições de direito interno) estabelece que: “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”. Da mesma forma, *ver* o comentário ao artigo 2 de Ferrer Mac-Gregor e Pelayo.

26 Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. EPMRC. 2009, § 169. (grifo nosso)

27 O artigo 29 (regras de interpretação) estabelece: “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.” *ver* também o comentário ao artigo 29 de Rodríguez.

28 Nesse sentido, *ver* Krsticevic, V. “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”, em Yamin, A. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina. *Del invento a la herramienta*. Plaza e Valdés, Ciudad de México, 2006.

de violência generalizada em que não só o exercício desse direito é seriamente afetado, mas também são violados os direitos à vida, à integridade física, à liberdade e segurança pessoal das pessoas que participam de manifestações de protesto social.²⁹

2.3 Normas da OIT sobre liberdade sindical

Na medida em que, para interpretar o conteúdo dos direitos protegidos pela CADH, tanto a Corte IDH como a CIDH têm apelado a decisões tomadas por outros órgãos de supervisão do cumprimento dos tratados internacionais de Direitos Humanos, acreditamos ser importante fazer breve referência a algumas das normas que, no tocante ao direito de reunião, vêm conformando a doutrina elaborada a este respeito pela OIT.³⁰

Deve-se notar a este respeito que, embora a normativa da OIT sobre liberdade sindical não faça referência expressa ao direito à liberdade de reunião em nenhuma de suas convenções relativas à liberdade sindical, seus órgãos de controle têm sido responsáveis por um amplo desenvolvimento da doutrina relativa ao exercício do direito à liberdade de reunião no âmbito laboral, assumindo-o como um elemento intrínseco à liberdade sindical.

Neste sentido, por exemplo, o Comissão de Peritos para a Aplicação das Convenções e das Recomendações (CEACR) da OIT³¹ tem enfatizado que “a liberdade de reunião constitui um dos elementos essenciais dos direitos sindicais”;³² e seu Comitê de Liberdade Sindical (daqui em diante, CLS),³³ acrescentou que o direito das organizações profissionais de realizar reuniões em seus locais para examinar questões profissionais, sem autorização prévia e sem interferência das autoridades, constituem um elemento fundamental da liberdade de associação e as autoridades públicas deveriam abster-se de qualquer ação que possa limitar esse direito ou impedir seu legítimo exercício legal, exceto se tal exercício perturbe a ordem pública ou coloque em perigo grave e iminente a manutenção do mesmo.³⁴

29 CIDH. Relatório sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos, 31 de dezembro de 2009.

30 Os órgãos da SIDH geralmente comparam a CADH com as disposições de outros instrumentos internacionais como forma de destacar aspectos particulares da regulamentação de um certo direito, observando que “se a CADH e outro tratado internacional se aplicarem à mesma situação, deve prevalecer a norma mais favorável à pessoa humana”, em Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalista*. 1985, § 52.

31 Após a ratificação de uma convenção da OIT, os Estados são obrigados a apresentar, a cada certo número de anos, relatórios regulares sobre as medidas adotadas para implementá-la. A Comissão de Peritos é um órgão jurídico encarregado de examinar o grau de aplicação das Convenções e Recomendações pelos Estados membros da OIT. O exame da Comissão de Peritos baseia-se nos relatórios transmitidos periodicamente pelos governos, de acordo com os formulários de relatório aprovados pelo Conselho de Administração da OIT. O Comitê de Peritos se reúne uma vez por ano.

32 OIT. *A Liberdade Sindical: Recompilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT*. 3ª ed., Genebra, 1985, § 140, citado em OIT. *Liberdade Sindical e Negociação Coletiva*. Relatório da Comissão de Especialistas em Aplicação e Convênios e Recomendações (artigos 19, 22 e 35 da Constituição da OIT). 81ª reunião, Relatório III, Genebra, 1994.

33 Em 1951, a OIT arbitrou um procedimento especial para a violação dos direitos sindicais, que lhe permite mediar no caso de violação das Convenções nº 87 e 98 contra qualquer governo, independentemente de ter ratificado ou não as convenções acima mencionadas. As organizações de empregadores e de trabalhadores podem apresentar queixas contra os Estados-Membros. O CLS é um comitê do Conselho de Administração e é composto por um presidente independente e três representantes de governos, três de empregadores e três de trabalhadores. O CLS examina as reclamações que lhe são apresentadas e pode processá-las para exame pela Comissão de Inquérito e Conciliação sobre liberdade de associação. Se o CLS aceita o caso, entra em contato com o governo em questão para apurar os fatos e, se concluir que houve uma violação das regras ou princípios da liberdade de associação, emite um relatório através do Conselho Administrativo e faz recomendações sobre como a situação poderia ser remediada. Posteriormente, solicita-se aos governos que relatem a implementação de suas recomendações.

34 OIT. *A Liberdade Sindical: Recompilação de decisões e princípios* [...], 5ª ed. revisada, Genebra, 2006, § 130. CLS n.º 324, relatório do caso n.º 1893, § 461; CLS n.º 307, relatório do caso n.º 1850, § 116; ver CLS n.º 321, relatório do caso n.º 2066, § 338; CLS n.º 324, relatório do caso n.º 2014, § 923; CLS n.º 334, relatório do caso n.º 2153, § 158; CLS n.º 329, relatório do caso n.º 2198, § 685; CLS n.º 330, relatório do caso n.º 2144, § 715 e CLS n.º 334, relatório do caso n.º 2222, § 219.

O CLS observou que a liberdade de reunião é “uma condição fundamental para o exercício dos direitos sindicais”, portanto os governos “deveriam se abster de qualquer intervenção equivalente a um requisito de autorização prévia, o que limita o direito de realização de reuniões sindicais, ou que impeça o legítimo exercício desse direito”.³⁵ Também especificou que o direito de reunião “inclui o direito dos sindicatos de realizar reuniões livremente em suas próprias instalações [e que t]ambém implica no direito dos representantes dos funcionários a usufruir das condições necessárias para o bom desempenho de suas funções, incluindo o acesso aos seus locais de trabalho”.³⁶

Os trabalhadores devem poder usufruir do direito à manifestação pacífica para defender seus interesses profissionais.³⁷ De acordo com o acima exposto, ninguém “deve ser detido apenas por ter participado de uma manifestação, a menos que a ordem pública seja seriamente ameaçada”.³⁸ No caso de prisão ou acusação de perturbação da ordem pública, “os manifestantes devem poder recorrer com rapidez às autoridades judiciais e gozar de todas as garantias processuais, para que a autoridade judicial possa avaliar se as medidas em questão foram justificadas e, se for o caso, ordenar as correspondentes medidas de reparação. Os sindicatos também devem, além disso, ter a possibilidade de realizar reuniões em suas instalações para discutir questões sindicais, sem autorização prévia e sem interferência de autoridades”,³⁹ “redigir com plena liberdade as pautas e encaminhamentos dessas reuniões”,⁴⁰ “realizar essas reuniões sem ter que admitir a presença de membros da polícia”,⁴¹ “ou de um representante das autoridades”.⁴² Segundo a doutrina estabelecida pelo CLS, ademais, “a prisão de líderes sindicais com o objetivo de impedir a realização de uma reunião sindical seria uma grave violação do exercício dos direitos sindicais”.⁴³

Embora o CLS sempre tenha feito distinção entre manifestações com objetivos puramente sindicais, que considera como pertencentes ao exercício da liberdade sindical, e as manifestações com outros fins,⁴⁴ as ações de protesto são protegidas apenas pelos princípios da liberdade sindical quando estas ações estão organizadas por sindicatos ou podem ser consideradas como atividades sindicais legítimas abrangidas pelo artigo 3º da Convenção nº 87.45 da OIT⁴⁵.

É importante destacar que, dado que os convênios sobre liberdade sindical se aplicam igualmente a trabalhadores e empregadores, o CLS deixou claramente estabelecido que as organizações destes últimos devem ser capazes de realizar tais reuniões livremente sem interferência ou controle das autoridades.⁴⁶ Da mesma forma, apontou que, embora o direito de realizar reuniões sindicais seja um requisito básico para a liberdade sindical, as organizações (de empregadores e trabalhadores) devem cumprir as disposições gerais da lei e submeter-se à formalidades razoáveis quando tais reuniões são realizadas em locais públicos. O CLS afirmou que apesar dos governos serem responsáveis pela ma-

35 OIT. *A Liberdade Sindical: Manual de Educação dos Trabalhadores*. 2ª ed. revisada, Genebra, 1988, p. 108.

36 *Idem*.

37 OIT. *A Liberdade Sindical: Recompilação de decisões e princípios* [...], 5ª ed. revisada, Genebra, 2006, § 132; CLS n.º 306, relatório do caso n.º 1884, § 695; CLS n.º 307, relatório do caso n.º 1909, § 493; CLS n.º 320, relatório do caso n.º 2023, § 425. *ver* CLS n.º 321, relatório do caso n.º 2031, § 174; CLS n.º 326, relatório do caso n.º 2113, § 374; CLS n.º 330, relatório do caso n.º 2189, § 453; CLS n.º 335, relatório do caso n.º 2320, § 664; CLS n.º 336, relatório do caso n.º 2340, § 650; CLS n.º 337, relatório do caso n.º 2318, § 338, e caso n.º 2323, § 1043.

38 OIT. *A Liberdade Sindical: Recompilação de decisões e princípios* [...], 5ª ed. revisada, Genebra, 2006, § 147.

39 OIT. *A Liberdade Sindical: Recompilação de decisões e princípios* [...], 3ª ed. revisada, Genebra, 1985, § 142; CLS n.º 283. Relatório do caso n.º 1479 (Índia), § 98.

40 OIT. *A Liberdade Sindical: Recompilação de decisões e princípios* [...], 3ª ed. revisada, Genebra, 1985, § 145.

41 *Ibidem*, § 148. CLS n.º 278, relatório do caso n.º 1337 (Nepal), § 125.

42 OIT. *A Liberdade Sindical: Recompilação de decisões e princípios* [...], 3ª versão revisada, Genebra, 1985, § 149.

43 OIT. *A Liberdade Sindical: Manual de Educação dos Trabalhadores*. 2ª ed. revisada, Genebra, 1988, p. 109.

44 OIT. *A Liberdade Sindical: Recompilação de decisões e princípios* [...], 5ª ed. revisada, Genebra, 2006, §§ 133 e 464; CLS n.º 300, relatório do caso n.º 1818, § 364; CLS n.º 308, relatório do caso n.º 1934, § 131; CLS n.º 309, relatório do caso n.º 1852, § 340; CLS n.º 311, relatório do caso n.º 1969, § 148, CLS n.º 332, relatório do caso n.º 2238, § 968; e CLS n.º 334, relatório do caso n.º 2222, § 219.

45 CLS n.º 333, relatório do caso n.º 2204, § 228.

46 OIT. *Liberdade Sindical e Negociação Coletiva*. Relatório da Comissão de Especialistas em Aplicação de Convênios e Recomendações (artigos 19, 22 e 35 da Constituição da OIT). 81ª reunião, Relatório III, Genebra, 1994.

nutrição da ordem pública e, em circunstâncias especiais, competir a estes decidir se certas reuniões, incluindo reuniões sindicais, podem colocar em risco a ordem e a segurança públicas, assim como tomar medidas preventivas, as autoridades não deverão tomar medidas que, apesar de visarem preservar a legalidade, impeçam a realização de tais reuniões, e no caso de decidir proibir uma reunião em um lugar público, a fim de evitar distúrbios, “deveriam permitir que se celebre em um lugar onde não ocorra desordem, de modo que a liberdade de reunião seja preservada”.⁴⁷

A liberdade de reunião, - segundo o CLS -, também se aplica a reuniões internacionais; e qualquer medida que impeça um líder de uma organização de trabalhadores ou empregadores de comparecer em tais reuniões, ou a participação nelas, constitui uma séria limitação às garantias que estabelece o artigo 3º da Convenção nº 87 da OIT.⁴⁸

O direito de organizar reuniões públicas, incluindo desfiles para o 1º de maio ou qualquer outro apoio às demandas econômicas e/ou sociais, constitui um aspecto importante dos direitos sindicais.⁴⁹ No entanto, as organizações são obrigadas a respeitar disposições gerais sobre reuniões públicas, aplicáveis a todos.⁵⁰ Assim, quando existe o receio de que possa ocorrer desordem ou outras formas de distúrbios públicos, a proibição de manifestações ou desfiles na via pública em determinadas áreas não constitui *per se* uma violação dos direitos sindicais;⁵¹ no entanto, as autoridades devem fazer todos os esforços para se reunir com os organizadores dos eventos para que possam ser realizados em outro lugar onde a desordem não é temida.⁵² Embora deve-se admitir que se decretem limitações razoáveis, estas não devem prejudicar as liberdades civis fundamentais.

De acordo com a doutrina do CLS, as autoridades só devem utilizar a força pública quando existe uma ameaça real à ordem pública; a intervenção das forças públicas deve ser devidamente proporcional à ameaça à ordem pública que procura controlar e os governos devem garantir que as autoridades competentes recebam instruções apropriadas a fim de eliminar o perigo que implica os excessos de violência quando se trata de controlar manifestações que possam envolver perturbação da ordem pública.⁵³

47 OIT. *A Liberdade Sindical: Manual de Educação dos Trabalhadores*. 2ª versão revisada, p. 109.

48 OIT. Convênio nº 87, sobre liberdade sindical e proteção do direito de organização, 1948. Artigo 3: “1. As organizações de trabalhadores e empregadores têm o direito de redigir seus estatutos e regulamentos administrativos, escolher livremente seus representantes, organizar sua administração e atividades e formular seu programa de ação. 2. As autoridades públicas devem abster-se de qualquer intervenção que tenda a limitar essa direção ou dificultar seu exercício legal”. OIT. *Liberdade de associação: compilação de decisões e princípios* [...], 5ª ed. revisada, Genebra, 2006, § 171.

49 OIT. *A Liberdade Sindical: Recompilação de decisões e princípios* [...], 3ª ed. revisada, Genebra, 1985, §§ 154 a 156; CLS nº 283, relatório do caso nº 1590 (Lesoto), § 349. Da mesma forma, ver OIT. *A Liberdade Sindical: Recompilação de decisões e princípios* [...], 5ª ed. revisada, Genebra, 2006, § 135. CLS nº 308, relatório do caso nº 1894, § 539; CLS nº 323, relatório do caso nº 2074, § 148 e CLS nº 324, relatório do caso nº 2055, § 683.

50 OIT. *A Liberdade Sindical: Recompilação de decisões e princípios* [...], 3ª ed. revisada, Genebra, 1985, § 158. CLS nº 279, relatório do caso nº 1572 (Filipinas), § 583. Também, ver OIT. *A Liberdade Sindical: Recompilação de decisões e princípios* [...], 5ª ed. revisada, Genebra, 2006, § 141. CLS nº 300, relatório do caso nº 1791, § 339; CLS nº 304, relatório do caso nº 1865, § 247; CLS nº 308, relatório do caso nº 1914, § 670; CLS nº 327, relatório do caso nº 2148, § 802; CLS nº 335, relatório do caso nº 2285, § 1184; CLS nº 336, relatório do caso nº 2358, § 719, e CLS nº 337, relatório do caso nº 2318, § 339.

51 OIT. *A Liberdade Sindical: Recompilação de decisões e princípios* [...], 3ª ed. revisada, Genebra, 1985, § 163.

52 OIT. *A Liberdade Sindical: Recompilação de decisões e princípios* [...], 3ª ed. revisada, Genebra, 1985, § 164 e CLS nº 280, relatório dos casos nº 997, 999 e 1029 (Turquia), § 34. Da mesma forma, ver OIT. *A Liberdade Sindical: Recompilação de decisões e princípios* [...], 5ª ed. revisada, Genebra, 2006, § 137. CLS nº 300, relatório dos casos nº 1811 e 1816, § 311; CLS nº 304, relatório do caso nº 1837, § 55; CLS nº 308, relatório do caso nº 1914, § 670, CLS nº 311, relatório do caso nº 1865, § 336; CLS nº 320, relatório do caso nº 2027, § 872; CLS nº 328, relatório do caso nº 2143, § 593; CLS nº 330, relatório do caso nº 2189, § 872; CLS nº 328, relatório do caso nº 2143, § 593; CLS nº 330, relatório do caso nº 2189, § 453; CLS nº 332, relatório do caso nº 2218, § 422; CLS nº 336, relatório do caso nº 2340, § 651 e CLS nº 337, relatório do caso nº 2323, § 1031.

53 OIT. *A Liberdade Sindical: Recompilação de decisões e princípios* [...], 5ª ed. revisada, Genebra, 2006, § 137. CLS nº 300, relatório dos casos nº 1811 e 1816, § 311; CLS nº 304, relatório do caso nº 1837, § 55; CLS nº 308, relatório do caso nº 1914, § 670, CLS nº 311, relatório do caso nº 1865, § 336; CLS nº 320, relatório do caso nº 2027, § 872;

É importante notar neste ponto que enquanto a legislação internacional do trabalho e o Direito Internacional dos Direitos Humanos são disciplinas jurídicas diferentes, isso não impede que, como aponta Drzeewcki, não sejam considerados válidos como “dimensões complementares” da proteção dos direitos relacionados com o trabalho internacional moderno”.⁵⁴ Sobretudo, tendo em conta que, como diz O’Donell, “nem o Comitê de Direitos Humanos nem os órgãos do sistema interamericano têm adotado alguma doutrina de liberdade de reunião, e sua jurisprudência sobre o assunto não é extensa. Em contraste, ao C[LS] desenvolveu uma doutrina importante a este respeito.”⁵⁵

Por causa disso, embora os instrumentos suscetíveis de conhecimento por parte da Corte IDH são taxativos, esta tem levado em conta em várias oportunidades os convênios da OIT, e os interpretou em consonância com as violações das normas da CADH, como ocorreu nos casos *Baena Ricardo e outras vs. Panamá*, *Huilca Tecse vs. Peru*, e *Cantoral Huamani e García Santa Cruz vs. Peru*, entre outros.

Isto não implica, porém, que a Corte IDH tenha competência para declarar um Estado responsável pela violação das disposições dos convênios da OIT, mas pode, e deve, utilizar tais convenções como pauta de interpretação das obrigações convencionais, à luz do estabelecido no artigo 29 da CADH,⁵⁶ cujo inciso b) indica:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: [...] 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.

Assim, no caso do Estado denunciado ter ratificado qualquer convenção da OIT que tenha relação com os fatos de um caso, os órgãos do sistema não poderão interpretar a CADH em um sentido que limite o alcance da proteção reconhecida naquela convenção; ou, em outras palavras, deverão levar este reconhecimento em conta ao interpretar as regras da CADH.

2.4 Limitações ao exercício do direito à liberdade de reunião

Como todo direito fundamental, o direito de reunião não é um direito absoluto ou ilimitado, mas as restrições que se impõem ao seu exercício devem ajustar-se à lei, de acordo com as obrigações assumidas pelos Estados em virtude dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos aplicáveis, e sujeito a revisão administrativa ou judicial competente, independente, imparcial e diligente.

A análise comparativa dos instrumentos internacionais acima mencionados permite observar alguns elementos comuns ao direito de reunião e determinar suas modalidades de restrição. Quanto a seus elementos comuns, destaca o fato de que o direito de reunião se configura quando se trata de uma reunião pacífica, quando é realizada com o objetivo de promover um interesse comum, e quando se produz sem perturbar desproporcionalmente a ordem pública ou os direitos e liberdades de terceiros.

As limitações que podem ser aplicadas ao direito à liberdade de reunião são, em primeira instância, as decorrentes da própria redação do primeiro parágrafo do artigo 15 da CADH, isto é, que se trate de reunião “pacífica e sem armas”. As reuniões devem ser efetivamente pacíficas, ou seja, não deve haver uma alteração da ordem pública por aqueles que a realizam, excluindo-se o uso de armas e incluindo-se o compromisso de respeitar a propriedade pública e privada, bem como a tranquilidade pública.

CLS n.º 328, relatório do caso n.º 2143, § 593; CLS n.º 330, relatório do caso n.º 2189, § 872; CLS n.º 328, relatório do caso n.º 2143, § 593; CLS n.º 330, relatório do caso n.º 2189, § 453; CLS n.º 332, relatório do caso n.º 2218, § 422; CLS n.º 336, relatório do caso n.º 2340, § 651 e CLS n.º 33, relatório do caso n.º 2323, § 1031.

54 Drzeewcki, K. *El derecho al trabajo y los derechos en el trabajo*. Escuela Nacional Sindical, Medellín, setembro de 1996, p. 6.

55 O’Donell, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, p. 694.

56 CIDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku e seus membros vs. Equador*. Relatório n.º 62, 13 de outubro de 2004, § 49.

Crerios que, como a Corte Constitucional da Colômbia referiu em sua sentença T-456 de 14 de julho de 1992:

devem estar dirigidos exclusivamente à prevenção de ameaças graves e iminentes. De modo geral, é insuficiente um perigo eventual e genérico, um simples temor ou desconfiança. A natureza do direito de reunião, por si só é conflitante, e por isso não pode ser a justificação de regras limitativas. O direito de reunião e manifestação não pode ser considerado como sinônimo de desordem pública para restringi-lo *per se*.

Portanto, será violado o direito de reunião quando for *arbitrariamente* dificultado ou impedido, mediante o estabelecimento de cercos policiais ou outros métodos repressivos, que as pessoas possam assistir as reuniões convocadas; ou quando não se permita ou se dificulte que os organizadores possam expressar suas opiniões livremente; ou quando seus destinatários são impedidos de ouvi-las pela propagação de ruídos perturbadores ou pela realização de contra-manifestações, uma vez que, como o Tribunal Constitucional Espanhol mencionou em sua decisão 66/1995, em um caso em que precisamente se discutia os limites da liberdade de reunião, que “em uma sociedade democrática, o espaço urbano não é apenas uma área de circulação, mas também um espaço de participação”.⁵⁷

Em segundo lugar estão as restrições referidas na segunda parte do artigo 15 da CADH, ou seja, aquelas que são previstas por lei e “necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas”.

Em alguns contextos, as autoridades podem ser tentadas a empregar as questões relativas à segurança pública ou à ordem pública com a intenção de justificar limitações à liberdade de reunião; entretanto, é o caso de advertir que tais restrições têm por objetivo primordial a proteção dos direitos dos indivíduos que podem ser indevidamente afetados pelo exercício de tal direito, e não facultar a imposição de limitações arbitrárias ou desproporcionais por parte dos Estados. O critério básico que devem sujeitar-se as autoridades é o de promover o pleno exercício do direito, de tal forma que os limites que lhe são impostos tenham de ser interpretados de forma restritiva e, em todo caso, tenham uma fundamentação objetiva que impeça a presença de decisões irracionais ou arbitrárias.

2.4.1 As restrições só podem ser implementadas através de leis formais

Conforme disposto no artigo 30 da CADH, ao referir-se ao alcance das restrições permitidas por ela, tais restrições “ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas”.

Como a Corte IDH expressou:

não é possível interpretar o termo lei, utilizado no artigo 30, como sinônimo de qualquer norma jurídica, pois seria o mesmo que admitir que os direitos fundamentais podem ser restringidos pela determinação unilateral do poder público, sem outra limitação formal para consagrar tais restrições em disposições de caráter geral. Tal interpretação levaria a desconhecer os limites que o direito constitucional democrático tem estabelecido desde que no direito interno foi proclamada a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo; e não seria consistente com o Preâmbulo da C[ADH], segundo o qual “os direitos essenciais do homem [...] têm como fundamento os atributos da pessoa humana, razão pela qual justificam a proteção internacional, de natureza coadjuvante ou complementar da aquela oferecida pela lei interna dos Estados americanos”.⁵⁸

57 Tribunal Constitucional da Espanha, Sentença n.º 66/1995, 8 de maio de 1995.

58 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 1986, § 26.

“Bem comum” e “ordem pública” são, além disso, termos da CADH que, de acordo com a Corte IDH, “devem ser interpretados dentro de seu próprio sistema”, que tem uma concepção própria segundo a qual os Estados americanos “requerem a organização política dos mesmos com base no exercício efetivo da democracia representativa” (Carta da OEA, art. 3.d); e os direitos do homem, que têm “como fundamento os atributos da pessoa humana”, devem ser objeto de proteção internacional (Declaração Americana, Considerando que, § 2; CADH, Preâmbulo, § 2).⁵⁹

Por este motivo, a Corte IDH também ressaltou que:

[...] de nenhuma maneira se poderia invocar a “ordem pública” ou o “bem comum” como meios para suprimir um direito garantido pela Convenção ou para desnaturá-lo ou privá-lo de conteúdo real (ver o artigo 29.a) da Convenção). Estes conceitos, na medida em que sejam invocados como fundamento de limitações aos Direitos Humanos, devem ser objeto de uma interpretação estritamente limitada às “justas exigências” de “uma sociedade democrática” que tenha em consideração o equilíbrio entre os distintos interesses em jogo e a necessidade de preservar o objeto e fim da Convenção.⁶⁰

Em suma, somente a *lei formal*, entendida conforme a interpretação da Corte IDH, tem a capacidade de restringir o gozo ou exercício dos direitos reconhecidos pela CADH.⁶¹

2.4.2 A Conciliação entre a liberdade de reunião e os possíveis efeitos sobre os direitos de terceiros

Em outra ordem de ideias, cabe ressaltar que, embora o direito de reunião seja um direito de eficácia direta e imediata, não se sujeitando a um regime jurídico de autorização prévia para o seu exercício, ao lidar com o caso específico das reuniões cuja realização é convocada para realizar-se em uma praça ou na via pública, deve-se harmonizar o seu exercício e possíveis restrições a outros direitos, com o dever de proteger “a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas”. Dada a amplitude destes conceitos, será necessário fazer uma interpretação *favor libertatis* dos mesmos de forma que não se diminua a amplitude do direito a ser protegido, e se tenha em conta, conforme indicado no artigo 15 da própria CADH, que tais restrições devem ser necessárias “em uma sociedade democrática”.⁶²

Assim, as autoridades podem requerer serem informadas, com antecedência suficiente, sobre as reuniões realizadas em praças ou em vias públicas, de maneira que possam adotar as medidas necessárias e proporcionais para garantir que o direito de livre trânsito - também protegido pela CADH - não se veja limitado *além do estritamente necessário*; possibilitando, caso seja necessário, vias alternativas de circulação; e/ou adotando medidas igualmente necessárias e proporcionais para proteger os manifestantes ou, se necessário, prevenir e/ou suprimir, também de forma proporcional, a possível violação da integridade pessoal destes, de terceiros não participantes da manifestação ou, ainda, bens públicos ou privados. Neste sentido, a extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos sinalizou no caso do *Rassemblement Jurassien vs. Suíça* que “o interesse público vinculado à liberdade de reunião pacífica pode *momentaneamente ceder lugar ao interesse público igualmente legítimo* que representa a vida comunitária harmoniosa dos cidadãos em uma sociedade democrática”.⁶³ Assim, embora neste caso a

59 *Ibidem*, § 30.

60 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85, *op. cit.*, §§ 66 e 67.

61 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86, *op. cit.*, § 35.

62 A Corte IDH interpretou o alcance da expressão “que sejam necessárias, numa sociedade democrática” em seu parecer consultivo sobre a associação obrigatória de jornalistas, § 46, comparando a jurisprudência europeia e afirmando que “no sistema interamericano a restrição (i) deve responder à existência de uma ‘necessidade social imperativa’, isto é, deve ser orientada” para satisfazer um interesse público imperativo”; (ii) entre várias opções para atingir esse objetivo, “é preciso escolher a que restringe o direito protegido em menor escala”; e (iii) “a restrição deve ser proporcional ao interesse que o justifica e se ajustar de perto à consecução desse objetivo legítimo”.

63 Comissão Europeia de Direitos Humanos. Decisão sobre admissibilidade, *Rassemblement Jurassien vs. Suíça*, Petição

Comissão Europeia de Direitos Humanos tenha reconhecido que o direito à liberdade de reunião era de “interesse público” de uma sociedade democrática, também considerou que o direito poderia ser momentaneamente limitado quando o seu exercício dificultasse outros direitos igualmente legítimos.

O poder de regular o exercício da liberdade de reunião, no entanto, em nenhum caso autoriza as autoridades a impedi-la sem justificação ou, mesmo com justificação, para limitá-la de uma forma desnecessária e desproporcional. Por outro lado, as limitações previstas devem encontrar um equilíbrio adequado entre os interesses das pessoas que desejam exercer o seu direito à liberdade de reunião e os interesses do resto da sociedade. Assim, as restrições que a lei contempla, ou que as autoridades adotem, a fim de proteger o interesse e a segurança nacional, a segurança pública, ordem pública, saúde ou moralidade públicas, assim como os direitos e liberdades de outrem, tal como prescreve o artigo 15 da CADH e a jurisprudência internacional, de forma alguma poderá comportar um sacrifício desproporcional do direito daqueles que desejam exercer seu direito à liberdade de reunião. Isto foi destacado pela CIDH quando qualificou como “completamente desproporcional” a e de “extrema restrição” à liberdade de reunião uma legislação aprovada no Uruguai que exigia uma licença policial que tinha que ser solicitada com dez dias de antecedência para qualquer evento público, assembleia, eleição, conferência, desfile, congresso ou evento esportivo, cultural, artístico ou familiar.⁶⁴ Ou quando apontou que a prisão dos participantes em manifestações que estavam ocorrendo de forma pacífica atentava contra o direito de reunião, mesmo que a privação da liberdade não durasse mais do que algumas horas e não resultasse em uma acusação criminal.⁶⁵

A CIDH observou a este respeito que:

a exigência de uma notificação prévia não deve transformar-se na exigência de uma permissão prévia concedida por um agente com faculdades ilimitadamente discricionárias, ou seja, não se pode impedir uma manifestação porque se considera que é provável que colocará em risco a paz, a segurança ou a ordem públicas, sem levar em conta se é possível prevenir o perigo à paz ou o risco de desordem mediante a alteração das condições originais da manifestação (hora, lugar etc.). As restrições às manifestações públicas somente podem ter por objetivo evitar ameaças sérias e iminentes, não bastando um risco eventual.⁶⁶

De forma similar, quanto aos meios possíveis, legítimos e proporcionais para limitar o exercício deste direito, salvaguardando outros bens jurídicos igualmente protegidos, os Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (1990),⁶⁷ apontam que “[a]o dispersar grupos ilegais mas não-violentos, os responsáveis pela aplicação da lei deverão evitar o uso da força, ou quando isso não for possível, deverão restringir tal força ao mínimo necessário”,⁶⁸ e ao dispersar reuniões violentas, tais funcionários “[...] só poderão fazer uso de armas de fogo quando não for possível usar outros meios menos perigosos [...]”,⁶⁹ abstendo-se do uso de armas de fogo nesses casos, a menos que seja “em casos de legítima defesa própria ou de outrem contra ameaça iminente de morte ou ferimento grave, para impedir a perpetração de crime particularmente grave que envolva séria ameaça à vida, para efetuar a prisão de alguém que represente tal risco e resista à autoridade; ou para impedir a fuga de tal indivíduo, e isso apenas nos casos em que outros meios

n.º 8191-78, decisão de 10 de outubro de 1979. (grifo nosso)

64 CIDH. Relatório Anual 1979-1980, pp. 128-130 (Uruguai), citado em: O’Donell, D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. 2ª ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989.

65 CIDH. Relatório Anual 1979-1980, pp. 105-107 (Chile), citado em O’Donell, D., *idem*.

66 CIDH, Capítulo IV, Relatório Anual 2002, Vol. III “Relatório da Relatoria para a Liberdade de Expressão”, OEA/Ser. L/V/II. 117, Doc. 5 rev. 1, § 34, citado em CIDH. *Relatório sobre a Situação das Defensoras e Defensores dos Direitos Humanos nas Américas*, 7 de março de 2006, *op. cit.*

67 *Princípios básicos sobre o uso da força e de armas de fogo por autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei*, Adotados no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente, celebrado em La Habana, Cuba, em 7 de setembro de 1990.

68 *Ibidem*, princípio 13.

69 *Ibidem*, princípio 14.

menos extremados revele-se insuficientes para atingir tais objetivos. Em qualquer caso, o uso letal intencional de armas de fogo só poderá ser feito quando estritamente inevitável à proteção da vida”.⁷⁰

Neste sentido, a CIDH se pronunciou em diversos comunicados de imprensa a respeito dos fatos de violência ocorridos em diferentes manifestações em toda a região. Em 2011, se pronunciou em relação aos acontecimentos na Bolívia contra a construção de uma rodovia que atravessaria o Território Indígena do Parque Nacional Isiboro Sécuré;⁷¹ à repressão do “toque de cazuela” que ocorreu em Cuba no dia 24 de setembro no Reparto de Río Verde, Município de Boyeros, e sobre os eventos de violência ocorridos durante as manifestações estudantis realizadas em 4 de agosto para protestar contra as políticas educativas em vigor na época no Chile.⁷² Também se pronunciou em relação aos eventos ocorridos em Honduras no contexto da repressão das manifestações que ocorreram em setembro de 2009 em Tegucigalpa, dias após o golpe de Estado contra o Presidente Zelaya;⁷³ e com respeito ao Peru, pelos atos de violência ocorridos em 5 de junho de 2009 para dispersar o bloqueio que os grupos indígenas mantinham na rodovia de acesso à cidade de Bagua em protesto contra a aprovação de um conjunto de regras que ameaçavam seus direitos territoriais.⁷⁴

2.4.3 Objetividade e proporcionalidade na restrição da liberdade de reunião

Existindo dúvidas se o direito de reunião poderia produzir efeitos negativos em detrimento de outros, as restrições ao direito de reunião só irão encontrar apoio nos casos em que existam dados objetivos que permitam a dedução inquestionável que a manifestação não está em conformidade com os parâmetros convencionais, e especialmente em relação à necessidade de proteger a saúde e a moral públicas, assim como os direitos e liberdades dos demais. Por este motivo, as razões apresentadas para proibir ou restringir o direito de reunião não só devem ser convincentes e imperativas para que possam justificar as restrições a essa liberdade,⁷⁵ mas devem ser provadas. Isto é, não devem ser meras suspeitas, perigos incertos, nem argumentos insuficientes ou arbitrários; mas sim razões objetivas, suficientes e devidamente fundadas. Como indicou o Tribunal Constitucional espanhol:

se existissem dúvidas sobre se tal exercício em um determinado caso pode produzir os efeitos negativos contra a ordem pública com perigo para as pessoas e bens ou outros direitos e valores dignos de proteção constitucional, essas teriam de ser resolvidas com a aplicação do princípio ou critério de favorecimento do direito de reunião (*favor libertatis*), sem que seja suficiente para justificar sua modulação ou proibição a mera suspeita ou a simples possibilidade de que se produzam ditos resultados.⁷⁶

De acordo com o Relator Especial sobre os direitos à liberdade de reunião pacífica e de associação, Maina Kiai:

o Direito Internacional dos Direitos Humanos afirma que as pessoas têm o direito a expressar sua opinião, mesmo que essa opinião possa ser impopular ou contrária à do governo ou às suas políticas. O direito à liberdade de reunião pacífica é um instrumento fundamental para que as pessoas possam expressar sua opinião e não podem ser limitadas apenas por causa da mensagem ou do conteúdo da reunião.⁷⁷

70 *Ibidem*, princípios 14 e 9.

71 CIDH. Comunicado de Imprensa 108/11. CIDH urge garantir a integridade física e a segurança de manifestantes na Bolívia, 17 de outubro de 2011.

72 CIDH. Comunicado de Imprensa 87/ 11. CIDH manifesta preocupação por violência contra protestos estudantis no Chile, 6 de agosto de 2011.

73 CIDH. Comunicado de Imprensa 65/09. CIDH condena uso excessivo da força em repressão das manifestações em Honduras, 22 de setembro de 2009.

74 CIDH. Comunicado de Imprensa 35/09. CIDH condena atos de violência no Peru, 8 de junho de 2009.

75 Neste sentido, TEDH. *Caso Sidiropoulos vs. Grécia*, 10 de julho de 1998, § 40.

76 Tribunal Constitucional da Espanha, Sentença n.º 195/2003, 27 de outubro de 2003, fundamento 7.

77 Conselho DHONU. Relatório do Relator Especial sobre os direitos à liberdade de reunião pacífica e de associação,

Apesar disso, o Relator Especial observou que o conteúdo é muitas vezes determinante para a decisão de facilitar ou impedir uma reunião pacífica. Reuniões que apoiam a postura do Governo nunca, ou quase nunca, são obstruídas, mas as chances de repressão são muito maiores quando a reunião se opõe às teses governamentais. Isto é assim em geral, mas pode ser observado “especialmente no contexto de exploração dos recursos naturais”. De acordo com o anterior Relator Maina Kiai:

sempre e quando uma reunião seja pacífica, os Estados têm a obrigação de facilitá-la, independentemente de estarem de acordo ou não com o conteúdo da mensagem. Qualquer interferência em tais encontros pacíficos, incluindo medidas para a sua dissolução, devem cumprir rigorosamente os requisitos de necessidade e proporcionalidade conforme estipulados nas normas internacionais de Direitos Humanos.⁷⁸

Assim, a proibição deve constituir a última *ratio* para a qual a autoridade administrativa recorre para limitar o direito, devendo optar, se necessário, por medidas simplesmente restritivas, tais como propor a modificação do local do evento, sua data, horário, duração ou itinerário previstos. A proibição ou imposição de restrições ao exercício do direito de reunião devem encontrar-se devidamente motivadas pela autoridade competente, caso a caso, de modo que o direito seja apenas restrito por razões válidas, objetivas e razoáveis, e de forma alguma além do que é estritamente necessário. Entre outras razões, como o próprio Relator Especial apontou:

quando se restringem os direitos à liberdade de reunião pacífica e de associação, infringindo as normas internacionais de Direitos Humanos, surgem automaticamente dúvidas sobre a autenticidade dos processos de consulta ou das decisões sobre a validade da expressão do consentimento livre, prévio e informado das partes afetadas.⁷⁹

Finalmente, no já citado caso *López Lone e outros vs. Honduras*, a Corte IDH pronunciou-se, pela primeira vez, sobre o direito de reunião de pessoas que exercem funções jurisdicionais e sinalizou as restrições que podem ser colocadas ao exercício de seu direito devido a suas atividades profissionais:

é importante ressaltar que a C[ADH] garante esses direitos [de participação política, liberdade de expressão e reunião] a toda pessoa, independentemente de qualquer outra consideração, e, portanto, não cabe atribuí-la nem restringi-la a uma determinada profissão ou grupo de pessoas [...]. Entretanto, [...] tais direitos não são absolutos e podem, portanto, estar sujeitos a restrições compatíveis com a C[ADH] [...]. Devido às suas funções na administração de justiça em condições normais do Estado de Direito, os juízes e juízas podem ser sujeitas a diferentes restrições e em sentidos que não afetariam outras pessoas, incluindo outros funcionários públicos.

Os Princípios Básicos das Nações Unidas relativos à Independência do Poder Judiciário [...] reconhecem que “os magistrados gozam, como os outros cidadãos, das liberdades de expressão, de crença, de associação e de reunião; contudo no exercício destes direitos, *eles devem se comportar sempre de forma a preservar a dignidade do seu cargo e a imparcialidade e a independência da magistratura*” [...]. Da mesma forma, os Princípios de Bangalore sobre Conduta Judicial estabelecem que os membros do Judiciário são como os outros cidadãos quanto ao direito à liberdade de expressão, crença, associação e reunião, com a condição, entretanto, de que, ao exercer tais direitos, os juízes sempre se comportarão *de modo a preservar a dignidade de seus ofícios e a imparcialidade e independência do Judiciário.*” [...] Na mesma linha, o Tribunal Europeu observou que certas restrições sobre a liberdade de expressão dos juízes são necessárias em todos os casos em *que a autoridade e a imparcialidade do poder judiciário poderiam ser questionadas* [...].⁸⁰

Maina Kiai, *op. cit.*, §§ 39-40.

78 *Ibidem*.

79 *Ibidem*, § 11.

80 Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, §§ 169-170. (grifo nosso e notas de rodapé omi-

3. O direito de associação

Quando a Carta da OEA foi redigida, em 1948, foi anunciado que “a missão histórica da América é oferecer ao Homem uma terra de liberdade e um ambiente favorável ao desenvolvimento de sua personalidade e à realização de suas justas aspirações”.⁸¹ Para assegurar este propósito, foi definido um conjunto de princípios e mecanismos considerados indispensáveis para que o homem alcançasse “a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz”. Entre esses princípios e mecanismos foi incluído, no inciso c) do artigo 45 do mesmo instrumento, o direito dos empregadores e trabalhadores, tanto rurais como urbanos, de “associarem livremente para a defesa e promoção de seus interesses, inclusive o direito de negociação coletiva e o de greve por parte dos trabalhadores, o reconhecimento da personalidade jurídica das associações e a proteção de sua liberdade e independência, tudo de acordo com a respectiva legislação”; colocando em seu inciso g), além disso, “o reconhecimento da importância da contribuição das organizações tais como os sindicatos, as cooperativas e as associações culturais, profissionais, de negócios, vicinais e comunais para a vida da sociedade e para o processo de desenvolvimento”.

Em paralelo e tendo como antecedente os “princípios fundamentais” da Declaração da Filadélfia, adotada pela Conferência Geral da OIT em maio de 1944,⁸² a IX Conferência Internacional Americana do Rio de Janeiro adotou a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais,⁸³ a qual nos referimos anteriormente, cujo propósito é “declarar os princípios fundamentais que devem proteger os trabalhadores de toda classe”. Este instrumento “constitui o mínimo de direitos que eles devem gozar nos Estados Americanos, sem prejuízo de que as leis de cada um possam ampliar estes direitos ou reconhecer outros mais favoráveis”,⁸⁴ em seu artigo 26 consta que:

Os trabalhadores e empregadores, independentemente de sexo, raça, credo ou opiniões políticas, têm o direito de se associar livremente para a defesa de seus respectivos interesses, formando associações profissionais ou sindicatos, que, por sua vez, podem federar-se entre si. Estas organizações têm o direito de gozar de personalidade jurídica e de ser devidamente protegidas no exercício de seus direitos. Sua suspensão ou dissolução só pode ser imposta em razão de um procedimento judicial apropriado.

As condições de forma e substância necessárias para a constituição e funcionamento das organizações profissionais e sindicais não devem restringir a liberdade de associação.

A formação, funcionamento e dissolução de federações e confederações estarão sujeitas às mesmas formalidades prescritas para os sindicatos. Os membros da direção sindical, no número estabelecido pela respectiva lei, e para o período da sua eleição e mandato, não podem

tidas)

81 Preâmbulo da Carta da OEA.

82 Em 1919, a OIT foi criada, atribuindo-lhe uma missão de promover os direitos fundamentais de trabalhadores e empregados, proporcionar proteção social e melhorar as condições de trabalho por meio do diálogo social entre trabalhadores, funcionários, empregadores e governos. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a OIT enunciou na Filadélfia, em 1944, a Declaração da Filadélfia, baseada em quatro princípios fundamentais: 1) o trabalho não é uma mercadoria; 2) a liberdade de expressão e associação é essencial para o progresso constante; 3) a pobreza, em qualquer lugar, constitui um perigo para a prosperidade de todos; 4) O combate à necessidade deve ser perseguido com energia incansável dentro de cada nação e através de um esforço internacional contínuo e concertado, no qual os representantes dos trabalhadores e empregadores, colaborando em pé de igualdade com os representantes dos governos, participe de discussões livres e decisões democráticas, a fim de promover o bem-estar comum.

83 A formulação da Carta foi confiada ao Comitê Jurídico Interamericano através da resolução LVIII da Conferência Interamericana sobre problemas de guerra e paz, reunida no México em 1945, apresentando um Projeto de Carta Interamericana de Garantias Sociais no Rio de Janeiro em 1947, o mesmo foi finalmente aprovado pela resolução XXIX da Conferência Pan-Americana de Bogotá em 1948.

84 Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, artigo 1.

ser demitidos, transferidos de suas condições de trabalho, salvo por justa causa, previamente qualificadas pela autoridade competente.

O enfoque garantista destes instrumentos interamericanos coincide com os princípios adotados pela OIT em sua Convenção n.º 87 sobre a Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização, também de 1948. O artigo 2º da convenção reconhece o direito dos trabalhadores e empregadores, sem distinção e sem autorização prévia, “de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas”. Seu artigo 3º acrescenta que as organizações assim constituídas “terão o direito de elaborar seus estatutos e regulamentos administrativos, de eleger livremente seus representantes, de organizar a gestão e a atividade dos mesmos e de formular seu programa de ação”; além disso, prescreve que as autoridades públicas devem abster-se de “qualquer intervenção que possa limitar esse direito ou entravar o seu exercício legal”. Os artigos 4, 5 e 6 prescrevem ainda que as organizações constituídas por trabalhadores e empregadores sob este direito “não estarão sujeitas à dissolução ou à suspensão por via administrativa”; que têm “o direito de constituir federações e confederações, bem como o de filiar-se às mesmas”; que estas organizações têm “o direito de filiar-se às organizações internacionais de trabalhadores e de empregadores”; e que as disposições dos artigos 2, 3 e 4 também se aplicam “às federações e às confederações das organizações de trabalhadores e de empregadores”.

As restrições ao direito de associação sindical, por sua vez, estão reguladas pelo artigo 7º da Convenção, segundo a qual: “[a] aquisição de personalidade jurídica por parte das organizações de trabalhadores e de empregadores, suas federações e confederações, não poderá estar sujeita a condições de natureza a restringir a aplicação das disposições dos arts. 2, 3 e 4 acima”; e também pelo artigo 9º, que delega à legislação nacional o poder de determinar quais “garantias previstas pela presente Convenção se aplicarão [...] às forças armadas e à polícia”.

Estes princípios, que protegem o direito de associação no campo sindical, também têm sido igualmente desenvolvidos por outras convenções da OIT sobre o mesmo tema, tais como as Convenções n.º 11 (1921),⁸⁵ n.º 84 (1947),⁸⁶ n.º 98 (1949),⁸⁷ n.º 141 (1975)⁸⁸ e n.º 151 (1978).⁸⁹

Em 1948 aprovou-se a DADDH que, inspirada por um espírito semelhante ao dos instrumentos já referidos, embora em uma perspectiva mais ampla, consagrou em seu artigo XXII o direito de toda pessoa (e não mais apenas trabalhadores e empregadores), de “se associar com outras a fim de promover, exercer e proteger seus interesses legítimos, de ordem política, econômica, religiosa, social, cultural profissional, sindical ou de qualquer outra natureza”. Meses mais tarde, a DUDH também reconheceu, em seu artigo 20, o direito de toda pessoa “à liberdade de reunião e associação pacífica”, enfatizando a dimensão negativa do direito, que “[n]inguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação”.⁹⁰

Desenvolvendo a liberdade de associação enunciada pela DUDH, e de uma maneira igualmente ampla, o PIDCP, no artigo 22 estabeleceu que “[t]oda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de construir sindicatos e de a eles filiar-se, para a proteção de seus interesses”; que o exercício deste direito só pode estar sujeito às “restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas”;

85 OIT. Convenção n.º 11, relativa aos direitos de associação e de coalizão dos trabalhadores agrícolas (agricultura), 1921.

86 OIT. Convenção n.º 84, relativa ao direito de associação e à solução dos conflitos de trabalho nos territórios não metropolitanos, 1947.

87 OIT. Convenção n.º 98, relativa à aplicação dos princípios do direito de sindicalização e de negociação coletiva, 1949.

88 OIT. Convenção n.º 141, relativa às organizações de trabalhadores rurais e sua função no desenvolvimento econômico e social, 1975.

89 OIT. Convenção n.º 151, relativa à proteção do direito de sindicalização e os procedimentos para determinar as condições de emprego na administração pública, 1978.

90 DUDH, artigo 20, incisos 1 e 2.

que as salvaguardas acima não excluem a imposição de “restrições legais [d]o exercício desse direito por membros das forças armadas e da polícia”; e que nenhum Estado parte na Convenção nº 87 da OIT pode adotar medidas legislativas que restrinjam as garantias previstas aí previstas nem aplicar a lei de forma que pode prejudicar essas garantias.

Em paralelo, e desde uma perspectiva complementar, embora centrada na dimensão sindical do direito de associação, o PIDESC, em seu artigo 8º, estabelece o dever do Estado de assegurar “[o] direito de toda pessoa de fundar com outras, sindicatos e de filiar-se ao sindicato de escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais” prescrevendo que esse “direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias”.⁹¹ Também reconheceu o direito dos sindicatos “de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas”,⁹² bem como de “exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas”.⁹³ E também, finalmente, “o direito de greve, exercido de conformidade com as leis de cada país”.⁹⁴

Como no caso da Convenção nº 87 da OIT, o PIDESC admite que os Estados podem impor “restrições legais [a]o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da polícia ou da administração pública”⁹⁵, esclarecendo, no entanto, que nenhuma das disposições deste artigo autoriza os Estados partes da Convenção nº 87 “a adotar medidas legislativas que restrinjam - ou a aplicar a lei de maneira a restringir as garantias previstas na referida Convenção”.⁹⁶

Usando critérios similares aos do artigo 22 do PIDCP, a CADH proclama no artigo 16 que “[t]odas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos, ou de qualquer outra natureza”; e que “[o] exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas”. A CADH, no entanto, não só admite restrições legais ao exercício do direito de associação a respeito dos membros das forças armadas e da polícia, assim como o fazem na Convenção nº 87 da OIT, o PIDCP e o PIDESC, mas também permite, inclusive “a privação do exercício do direito de associação”.⁹⁷

Com características similares às estabelecidas pela Convenção nº 87 da OIT, e complementando as disposições da CADH, o Protocolo de San Salvador reconhece em seu artigo 8º - relativo aos direitos sindicais - “[o] direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e de filiar-se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses”,⁹⁸ e ressalta que, como projeção desse direito “os Estados Partes permitirão aos sindicatos formar federações e confederações nacionais e associar-se às já existentes, bem como formar organizações sindicais internacionais e associar-se à de sua escolha”,⁹⁹ permitindo que estas “funcionem livremente”.¹⁰⁰ O Protocolo de San Salvador reconhece expressamente o direito de greve,¹⁰¹ e afirma que o exercício desses direitos “só pode estar sujeito às limitações e restrições

91 PIDESC, artigo 8, parágrafo 1, inciso a).

92 *Ibidem*, inciso b).

93 *Ibidem*, artigo 8, parágrafo 1, inciso c).

94 *Ibidem*, artigo 8, parágrafo 1, inciso d).

95 PIDESC, artigo 8, parágrafo 2.

96 *Ibidem*, parágrafo 3.

97 CADH, artigo 16, parágrafo 3.

98 Protocolo de San Salvador, artigo 8.1.a.

99 *Idem*.

100 *Idem*.

101 *Idem*.

previstas pela lei, que sejam próprias de uma sociedade democráticas e necessárias para salvaguardar a ordem pública e proteger a saúde ou a moral públicas, e os direitos ou liberdades dos demais”¹⁰², incluindo o fato de que “[o]s membros das forças armadas e da polícia, bem como de outros serviços públicos essenciais, estarão sujeitos às limitações e restrições impostas pela lei”.¹⁰³ Reconhecendo explicitamente a dimensão negativa do direito de associação no campo sindical, estabelece ainda que “[n]inguém poderá ser obrigado a pertencer a um sindicato”.¹⁰⁴

Como se sabe, embora o Protocolo de San Salvador habilite a CIDH a incluir, nos relatórios anuais da Assembleia Geral ou em relatórios especiais, as observações e recomendações que considere relevantes para a situação de todos os direitos econômicos, sociais e culturais¹⁰⁵ ao mesmo tempo, limita-se exclusivamente ao caso das liberdades sindicais (artigo 8.1 a) e o direito à educação (artigo 13). No entanto, o mesmo Protocolo de San Salvador reconhece a competência contenciosa da Corte IDH para julgar os casos que alegam a violação destes artigos. Portanto, mediante aplicação do sistema de petições individuais regulamentado nos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da CADH, o acesso à CIDH estará disponível quando for considerado que esses direitos foram violados por uma ação diretamente atribuível a um Estado parte do Protocolo.¹⁰⁶

Dentre essas outras regras, podemos citar a CDC, que em seu artigo 15 prevê o direito das crianças “à liberdade de associação e à liberdade de realizar reuniões pacíficas”, proibindo, como no caso das regras citadas *supra*, a imposição de restrições ao exercício destes direitos “a não ser as estabelecidas em conformidade com a lei e que sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou pública, da ordem pública, da proteção à saúde e à moral públicas ou da proteção aos direitos e liberdades dos demais”.¹⁰⁷ Também para a CIEFDR, que institui o compromisso dos Estados Partes a “proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada uma à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica”, particularmente no que diz respeito ao gozo dos direitos civis, incluindo o “direito à liberdade de reunião e de associação pacífica” e quanto aos direitos econômicos, sociais culturais, principalmente o “direito de fundar sindicatos e a eles se filiar”.¹⁰⁸

O mesmo ocorre com o artigo 4º da Convenção de Belém do Pará, que reconhece que “[t]oda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os Direitos Humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos Direitos Humanos”; direitos que incluem, entre outros, o “direito de livre associação”.¹⁰⁹ Da mesma forma o artigo 26 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos membros das suas famílias (1990), com critérios bastante amplos, indica que estes têm o direito de “participar em reuniões e atividades de sindicatos e outras associações estabelecidos de acordo com a lei para proteger os seus interesses econômicos, sociais, culturais e outros, com sujeição, apenas, às regras da organização interessada”; podendo “inscrever-se livremente nos referidos sindicatos ou associações, com sujeição, apenas, às regras da organização interessada” e também “procurar o auxílio e a assistência dos referidos sindicatos e associações”. O artigo 40 da referida Convenção indica, ainda que

102 Protocolo de San Salvador, artigo 2.

103 *Idem*.

104 Protocolo de San Salvador, artigo 8.3.

105 Protocolo de San Salvador, artigo 19 parágrafos 1 a 5 e 7.

106 Protocolo de San Salvador, artículo 19.6. Mesmo assim, *ver* Corte IDH. Parecer Consultivo OC-22/16. *Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de Direitos Humanos*. 2016; e a seção ‘1.2.2.3. Sindicatos, federações e confederações, referente ao comentário aos artigos 44-47 (competência da CIDH), por Tojo. Sem prejuízo deste reconhecimento de competência para os artigos 8.1.a e 13 do Protocolo de San Salvador, conforme estabelecido na seção 2 sobre o direito de reunião, nos termos do artigo 29 da CADH, os órgãos da SIDH podem aplicar outras disposições do mesmo Protocolo de San Salvador - como as disposições da subseção 1.b do mesmo artigo 8 e / ou seus números 2 e 3 - ou outras normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, para interpretar o escopo e o conteúdo do direito e as restrições que podem afetá-lo validamente.

107 CDC, parágrafo 12.

108 CIEFDR, artigo 5, incisos d.ix. e e.ii.

109 Convenção de Belém do Pará, artigo 4.h.

os trabalhadores migrantes e membros de suas famílias têm “o direito de constituir associações e sindicatos no Estado de emprego para a promoção e a proteção dos seus interesses econômicos, sociais, culturais e de outra natureza”. Em ambos os casos, aponta que o exercício de tais direitos pode sujeitar-se apenas às restrições previstas na lei e que resultam necessárias em uma sociedade democrática “no interesse da segurança nacional, da ordem pública, ou para proteger os direitos e liberdades de outrem”.¹¹⁰

Outros instrumentos internacionais que protegem este direito são a CER (1951), cujo artigo 15 indica que “[o]s Estados Contratantes concederão aos refugiados que residem regularmente em seu território, no que concerne às associações sem fins políticos nem lucrativos e aos sindicatos profissionais, o tratamento mais favorável concedido aos nacionais de um país estrangeiro, nas mesmas circunstâncias”. Da mesma forma, a Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (1992), em seu artigo 2.4, refere-se a “[a]s pessoas pertencentes a minorias terão o direito de estabelecer e de manter as suas próprias associações”.¹¹¹

A mesma coisa faz a Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos ou Órgãos da Sociedade de Promover e Proteger os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos (1998),¹¹² cujo artigo 5º reconhece que, a fim de promover e proteger os Direitos Humanos e liberdades fundamentais, todos têm o direito, individualmente e em associação com outros, a nível nacional e internacional, “[d]e constituir organizações, associações ou grupos não governamentais, de aderir aos mesmos e de participar nas respectivas atividades”. E, finalmente, Os Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos das Nações Unidas, cujo Princípio 22 prevê que os deslocados internos que, vivem ou não nos campos, não devem sofrer a discriminação, como consequência da sua deslocação, no gozo, entre outros, do direito de “livre associação e participação nos assuntos da comunidade”.

Como se pode ver, o reconhecimento do direito à associação pacífica é amplo, e é considerado no caso específico da associação para fins sindicais, uma regra consuetudinária vinculante para todos os Estados membros da OIT, incluindo aqueles que não ratificaram a Convenção nº 87 sobre a liberdade sindical e proteção do direito de sindicalização.

Algumas dessas normas consagram a dimensão positiva e negativa do direito (isto é, o direito a fazer parte de uma entidade associativa ou não); e a maioria delas admite, como no caso de outros direitos fundamentais, que hajam restrições em observância ao princípio da legalidade, como objetivo de resguardar outros bens jurídicos igualmente protegidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, e satisfazer necessidades características de uma sociedade democrática. O regime interconectado de obrigações contratuais estabelecido por estes instrumentos internacionais pode e deve ser utilizado para assegurar uma interpretação abrangente e o mais ampla quanto possível do conteúdo e das possibilidades de exercício do direito, em conformidade com o disposto no artigo 29.b) da CADH.

3.1 Questões gerais

De acordo com os padrões internacionais em matéria de Direitos Humanos, a liberdade de associação autoriza as pessoas a constituir, de maneira voluntária e pacífica, grupos permanentes com o objetivo de atingir um ou mais objetivos específicos. Suas características são definidas pela existência de uma pluralidade de pessoas engajadas com um propósito comum de natureza permanente, e pela constituição de um novo sujeito de direitos e obrigações diferentes das pessoas que o compõe. Os propósitos que podem incentivar as pessoas a formar uma associação são variados e incluem propósitos de

110 Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migratórios e de seus Familiares, artigos 26.2 e 40.2.

111 A Declaração sobre os direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU em sua Resolução 47/135, de 18 de dezembro de 1992.

112 A Declaração sobre o direito e o dever dos indivíduos, grupos e instituições de promover e proteger os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais universalmente reconhecidos foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU na Resolução 53/144, de 9 de dezembro de 1998.

natureza ideológica, religiosa, política, econômica, laboral, social, cultural, esportiva ou qualquer outro tipo, conforme previsto no artigo 16 da CADH.

Diferente do exercício de liberdade de reunião, a confluência de pessoas durante o exercício do direito de associação não é esporádica, mas tem uma vocação de permanência no tempo; e implica, para as pessoas agrupadas com o propósito de promover e defender seus interesses comuns, um conjunto de prerrogativas e obrigações ligadas aos motivos que as unem.

O direito de associação implica um direito e uma liberdade, e tem uma dimensão individual e outra coletiva. Em sua dimensão individual, o direito implica o reconhecimento da liberdade das pessoas a formar e fazer parte de uma entidade associativa, fazer parte de uma entidade já existente (liberdade de associação positiva), bem como não fazer parte de uma, ou deixar de fazer parte de uma da qual é membro (liberdade de associação negativa).

Em sua dimensão coletiva, o direito de associação implica o direito da entidade associativa a se auto organizar, ou seja, gozar de autonomia para organizar sua formação interna, seu funcionamento e seu programa de ação, e de agir livremente em defesa dos interesses dos associados; um direito que, portanto, não repousa sobre estes, considerados individualmente, *mas sim na própria organização*, para que o interesse legalmente protegido tenha um caráter coletivo, que não é outro senão o conjunto de membros da associação que permanecerá constante embora o conjunto de seus membros mude.

A definição do direito de associação inclui um componente organizacional e outro de atividade. O componente organizacional ou estático da liberdade de associação é baseado na faculdade de agrupar-se coletivamente e constituir um sujeito coletivo como pressuposto de efetividade da atuação coletiva do conjunto de pessoas agrupadas tal fim. O componente dinâmico ou de atividade que distingue o direito de associação repousa, por sua vez, no próprio funcionamento da entidade constituída para promover os direitos e interesses de seus integrantes. O conteúdo essencial do direito envolve, pois, seu componente individual e coletivo e, ao mesmo tempo, suas facetas de organização e de atividade. Neste último aspecto, a autonomia orgânica, de funcionamento e de atuação, constitui uma condição essencial para a existência de uma efetiva liberdade de associação, conformada nesta dimensão pela liberdade normativa ou de regulamentação de representação, de gestão e de dissolução da entidade.

O direito de associação, em conclusão, reconhece e protege tanto o pluralismo organizacional e concorrente, como o direito ao autogoverno e sem interferências do ente coletivo conformado. Protege o direito de homens e mulheres que desejam exercê-lo (liberdade positiva), e também o de quem não deseja fazê-lo (liberdade negativa); e protege tanto os direitos da entidade associativa conformada, como os dos representados por esta e dentro dela. Dimensões, todas, que devem ser protegidas simultaneamente.

3.2 O conteúdo normativo do direito de associação

No final de 1985, a pedido da Costa Rica, a Corte IDH emitiu o parecer consultivo sobre a *registro profissional obrigatório de jornalistas*. Embora neste parecer a Corte tratou primordialmente sobre o conteúdo e os limites das liberdades de pensamento e de expressão, protegidas pelo artigo 13º da CADH, em parecer separado o Juiz Nieto Navia considerou apropriado explicar sobre o conteúdo do direito de associação:

O conteúdo do artigo 16.1 lida, por sua vez, com um direito e com uma liberdade, isto é, com o direito a formar associações, que não pode ser restringido, a não ser nos eventos e para os propósitos contemplados nos artigos 16.2 e 16.3 e com uma liberdade, no sentido de que ninguém pode ser compelido ou obrigado a se associar. É preciso entender que ambos os requisitos estão protegidos pela Convenção [...]. A liberdade de associação é o direito do indivíduo de se unir a outros de forma voluntária e duradoura para a realização comum de um fim lícito. As associações se caracterizam por sua permanência e estabilidade, o caráter ideal ou espiritual –em oposição ao físico ou material– da união, pela estrutura mais ou menos complexa que se

desenvolve no tempo e pela tendência a se expandir e a abrigar o maior número de membros interessados nos mesmos fins. Quanto a estes, os indivíduos voluntariamente associados não podem realizar atividades que correspondam ou estejam reservadas ao poder público, nem utilizar meios não permitidos para alcançar seus propósitos, nem realizar atividades que estejam proibidas aos seres humanos individualmente considerados.¹¹³

A Corte IDH expressou em várias oportunidades que a liberdade de associação “supõem que cada pessoa pode determinar sem coerção alguma se deseja ou não formar parte da associação”.¹¹⁴ No parecer consultivo acima mencionado sobre *o registro profissional obrigatório de jornalistas* qualificou esta declaração indicando que:

a organização das profissões em geral em conselhos profissionais, não é, *per se*, contrária à Convenção, mas constitui um meio de regulamentação e de controle da fé pública e da ética através da atuação dos colegas. Por isso, se se considera a noção da ordem pública no sentido anteriormente referido, isto é, como as condições que asseguram o funcionamento harmônico e normal das instituições sobre a base de um sistema coerente de valores e princípios, é possível concluir que a organização do exercício das profissões está incluída nessa ordem.¹¹⁵

Cabe destacar que, com respeito ao exercício do jornalismo - ao contrário da permissividade assumida com respeito a este tipo de limitações para certas profissões -, a Corte IDH sustentou enfaticamente sua rejeição ao seu registro obrigatório por causa do estreito vínculo entre o exercício dessa profissão e a liberdade de expressão. Assim, a Corte IDH conclui que:

as razões de ordem pública válidas para justificar o registro profissional obrigatório de outras profissões não podem ser invocadas no caso do jornalismo, pois conduzem a limitar de modo permanente, em prejuízo dos não colegiados, o direito de fazer uso pleno das faculdades reconhecidas a todo ser humano no artigo 13 da Convenção, o que infringe princípios primários da ordem pública democrática sobre os quais ela mesma se fundamenta.¹¹⁶

Por sua vez, desde uma perspectiva mais geral, a CIDH afirmou que:

[s]egundo a D[ADH], toda pessoa tem o direito ao trabalho, de se reunir pacificamente e de se associar com outros para promover, exercer e proteger seus legítimos interesses, e recorda-se que a Corte [IDH] determinou que o alcance do direito de livre associação em matéria sindical se traduz em “[no] poder de constituir organizações sindicais e de montar sua estrutura inteira, atividades e programa de ação, sem a intervenção das autoridades públicas que limite ou obstrua o exercício do respectivo direito”. Por outro lado, essa liberdade implica que cada pessoa pode determinar, sem coerção, se deseja ou não fazer parte da associação. Este é, portanto, o direito fundamental de se agrupar para a realização comum de um propósito lícito sem pressão ou interferência que possam alterar ou distorcer seu propósito.¹¹⁷

Da mesma forma, em vários casos tramitados perante a Corte IDH, esta tem enfatizado que “o artigo 16.1 da Convenção Americana estabelece que aqueles que estão sob a jurisdição dos Estados Partes

113 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85, *op. cit.*, 1985. Parecer separado do juiz Rafael Nieto Navia, §§ 4 e 6.

114 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001, §§ 4 e 6.

115 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85, *op. cit.*, 1985, § 68.

116 *Ibidem*, § 76. Do mesmo modo, a extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos no caso *Young, James e Webster vs. Reino Unido*, rejeitou o argumento de que o direito à liberdade de associação em seu aspecto negativo não foi expressamente incluído na CEDH, ou no processo *Singurjonsson vs. Islândia*, no qual estabeleceu que havia um consenso entre a grande maioria dos Estados partes na CEDH para salvaguardar o aspecto negativo da liberdade de associação, de modo que o artigo 11 da CEDH deveria ser considerado como abrangendo um direito negativo de associação. Por sua vez, o TEDH não considerou que impor restrições ao exercício da liberdade de associação por membros das forças armadas constitua uma violação da liberdade de associação. ECHR. *Caso Rekvényi vs. Hungria*, 20 de maio de 1999.

117 Em ambos os casos: CIDH. Relatório Anual 2006, Capítulo IV, *Desenvolvimento dos Direitos Humanos na região*, Cuba, Direitos Trabalhistas e Liberdade Sindical, § 81.

têm o direito de associar-se livremente com outras pessoas, sem intervenção das autoridades públicas que limitem ou maculem o exercício do referido direito”; que a finalidade desse direito é “agrupar-se com a finalidade de buscar a realização comum de um fim lícito, sem pressões ou intromissões que possam alterar ou desvirtuar tal finalidade”; e que, além das obrigações negativas acima mencionadas, a liberdade de associação também dá origem a obrigações positivas para “prevenir os atentados contra a mesma, proteger a quem a exerce e investigar as violações a essa liberdade. Essas obrigações positivas devem ser adotadas inclusive na esfera de relações entre particulares, se o caso assim o requireira”.¹¹⁸

Certamente, o direito de associação constitui uma prerrogativa de todas as pessoas, mas sua proteção adquire um significado especial quando repousa sobre a cabeça das pessoas que o exercem para defender e promover os direitos e liberdades dos demais, como o caso das defensoras e defensores dos Direitos Humanos. De fato, os órgãos de proteção dos Direitos Humanos do SIDH têm afirmado repetidamente a importância do trabalho que desenvolvem aquelas pessoas que, individual ou coletivamente, promovem e buscam a proteção e a realização dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, bem como a supervisão das instituições democráticas.¹¹⁹ A este respeito, a CIDH indicou que:

[a] liberdade de associar-se, no caso concreto das defensoras e defensores de Direitos Humanos, constitui uma ferramenta fundamental que permite que realizem o seu trabalho de forma plena e cabal, uma vez que, de maneira coletiva, podem conseguir maior impacto em suas tarefas. Por conseguinte, quando um Estado coíbe esse direito, em qualquer de suas esferas, não somente restringe a liberdade de associação, mas também obstrui o trabalho de promoção e defesa dos Direitos Humanos.¹²⁰

3.2.1 Dimensões individuais e coletivas

A CIDH enfatizou que o direito de reunião e a liberdade de associação têm sido amplamente reconhecidos como “direitos civis substanciais que protegem contra a interferência arbitrária do Estado quando as pessoas optam por se associar com outras, e são fundamentais para a existência e o funcionamento de uma sociedade democrática”.¹²¹ Interpretando o conteúdo desses direitos, a CIDH argumentou que a sua proteção não implica apenas uma obrigação do Estado de não interferir com o exercício destes, mas sim a obrigação de tomar medidas positivas para assegurar o exercício do direito efetivo, na medida em que “as restrições ao exercício desses direitos constituem graves obstáculos à possibilidade de as pessoas reivindicarem seus direitos, de darem a conhecer suas solicitações e a promover a busca de mudanças ou soluções para os problemas que as afetam”.¹²²

Em seu relatório sobre Direitos Humanos e democracia na Venezuela,¹²³ a CIDH também destacou que:

118 Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. EPMRC. 2009, §§ 170-171. Em sentido similar, ver Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Peru*. MRC. 2005, § 69. Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001, §§ 156 e 159. Corte IDH. *Caso Cantoral Humani e García Santa Cruz vs. Peru*. EPMRC. 2007, § 144.

119 Em seu Relatório Anual de 1998, a CIDH destacou a importância e a dimensão ética do trabalho realizado por pessoas dedicadas à promoção, monitoramento e defesa legal dos Direitos Humanos e das organizações às quais muitos deles são filiados. Além disso, recomendou que os Estados adotassem “as medidas necessárias para proteger a integridade física dos defensores dos Direitos Humanos e criar condições para que eles realizem seu trabalho”. *Cfr.* CIDH. Relatório Anual 1998, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 6 rev., 16 de abril de 1999. Da mesma forma, ver CIDH. Quinto Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos na Guatemala, Capítulo VI, Literal C, § 23, publicado em 6 de abril de 2001, OEA/Ser.L/V/II.111, citado em CIDH. Relatório sobre a Situação das Defensoras e Defensores dos Direitos Humanos nas Américas, OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1, 7 de março de 2006.

120 CIDH. Relatório sobre a Situação das Defensoras e Defensores dos Direitos Humanos nas Américas, OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1, 7 de março de 2006.

121 CIDH. Relatório sobre Terrorismo e Direitos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., Washington, 22 de outubro de 2002, § 359.

122 CIDH. Relatório sobre a Situação das Defensoras e Defensores dos Direitos Humanos nas Américas, OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1, 7 de março de 2006, §§ 50-51.

123 CIDH. Relatório sobre Democracia e Direitos Humanos na Venezuela, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 54, 30 de dezembro de 2009.

o trabalho dos defensores dos Direitos Humanos, através da proteção de indivíduos e grupos de pessoas que são vítimas de violações de Direitos Humanos, de denúncia pública das injustiças que afetam setores importantes da sociedade e o necessário controle cidadão que exercem sobre funcionários públicos e instituições democráticas, entre outras atividades, constitui uma peça insubstituível para a construção de uma sociedade democrática sólida e duradoura.¹²⁴

Segundo a CIDH, dado que “[a] defesa dos Direitos Humanos é do interesse público e geralmente envolve diferentes pessoas associadas umas às outras”, além de uma dimensão individual e social:

[v]ários dos direitos através dos quais esta defesa dos direitos realizada tem uma *vocação coletiva*, como o direito de associação, o direito de reunião ou algumas dimensões da liberdade de expressão. Em virtude disso, os Estados têm a obrigação de garantir a vocação coletiva de tais direitos.¹²⁵

Esse reconhecimento, no entanto, não impede aos Estados:

regulamentar a inscrição, vigilância e controle das organizações dentro de suas jurisdições, incluindo as organizações de Direitos Humanos. No entanto, de acordo com o direito de associar-se livremente [...] devem assegurar que os requisitos legais não impeçam, atrasem ou limitem a criação ou funcionamento dessas organizações.¹²⁶

No caso *Kawas Fernandez vs. Honduras*, relacionado com o assassinato de uma conhecida defensora dos Direitos Humanos, do meio ambiente e dos recursos naturais, a Corte IDH sustentou que a suposta violação da liberdade de associação por parte dos representantes deveria ser colocada “no contexto da relação que possui o exercício desse direito com o trabalho de promoção e defesa dos Direitos Humanos”¹²⁷. A este respeito, afirmou:

est[a Corte IDH] estabeleceu que os Estados têm o dever de facilitar os meios necessários para que os defensores dos Direitos Humanos exerçam suas atividades livremente; protegê-los quando ameaçados, a fim de evitar tentativas de atentado contra sua vida e integridade; abster-se de impor obstáculos à realização de seu trabalho, e investigar séria e efetivamente as violações cometidas contra eles, combatendo a impunidade [...] [a] partir dessa perspectiva, o artigo 16 da C[ADH] também inclui o direito de cada pessoa formar e participar livremente em organizações, associações ou grupos não governamentais orientados à vigilância, denúncia e promoção dos Direitos Humanos [e] [d]ada importância do papel que cumprem os defensores dos Direitos Humanos nas sociedades democráticas, o livre e pleno exercício desse direito impõe aos Estados o dever de criar condições legais e fáticas sobre as quais se possa desenvolver livremente sua função.¹²⁸

3.2.2 Matéria laboral

Por ocasião do caso *Baena Ricardo e outros vs. Panamá*, a Corte IDH se manifestou pela primeira vez com relação ao alcance e ao conteúdo do direito de associação em matéria trabalhista. O caso foi apresentado originalmente perante a Corte IDH através de uma petição que acusava o Estado do Panamá de demissão arbitrária de 270 funcionários públicos e dirigentes sindicais, engajados em uma série de protestos contra políticas governamentais e em defesa de seus direitos trabalhistas. O governo panamenho demitiu as referidas pessoas afirmando terem participado de tais manifestações e serem

124 *Ibidem*, § 556.

125 CIDH. Relatório sobre a Situação das Defensoras e Defensores dos Direitos Humanos nas Américas, OEA/ Ser.L/V/ II.124, Doc. 5 rev.1, 7 de março de 2006, § 33. (grifo nosso)

126 CIDH. Relatório sobre Democracia e Direitos Humanos na Venezuela, OEA/ Ser. L /V/II., Doc. 54, 30 dezembro de 2009, § 559.

127 Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. MRC. 2009, § 145.

128 *Ibidem*, §§ 145-146. No mesmo sentido, ver Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. EPMRC. 2009, §172.

cúmplices de uma revolta militar. Para efetivar a sanção, aplicou de maneira retroativa uma norma segundo a qual o trâmite das ações movidas pelos trabalhadores para repelir as demissões que haviam sofrido deveria ocorrer na jurisdição contencioso-administrativa e não na trabalhista, conforme estava determinado pela lei em vigor no momento dos fatos. A Corte Suprema do Panamá julgou improcedente todas as demandas relacionadas a este caso. Depois do procedimento perante a CIDH, onde havia sido alegada a violação, entre outros direitos, da liberdade sindical, esta instância apresentou o caso à Corte IDH que, finalmente, declarou que o Panamá havia violado os direitos à liberdade de associação, às garantias judiciais e à proteção judicial e aos princípios de legalidade e de irretroatividade da lei em prejuízo dos 270 trabalhadores mencionados.

Ao considerar se a violação da liberdade de associação foi ou não configurada, a Corte IDH observou que esta deveria “ser analisada em relação com a liberdade sindical”,¹²⁹ e que:

[a] liberdade de associação, em matéria sindical, consist[ia] basicamente na faculdade de constituir organizações sindicais e implementar sua estrutura interna, atividades e programa de ação, sem intervenção das autoridades públicas que limite[m] ou impeça[m] o exercício do respectivo direito. Por outro lado, essa liberdade presu[me] que cada pessoa p[oderia] determinar, sem coerção alguma, se deseja[va] ou não formar parte da associação.¹³⁰

Depois de indicar que “a liberdade de associação, em matéria sindical, é da maior importância para a defesa dos legítimos interesses dos trabalhadores e faz parte do *corpus juris* dos Direitos Humanos”,¹³¹ a Corte IDH referiu que:

[a] liberdade de associação em matéria laboral [...] compreende um direito e uma liberdade, a saber: o direito de formar associações sem outras restrições além daquelas permitidas pelos incisos 2 e 3 deste preceito convencional e a liberdade de toda pessoa de não ser compelida ou forçada a associar-se. O Protocolo de San Salvador de 17 de novembro de 1988, em seu artigo 8.3, retoma a mesma ideia e especifica que, em matéria sindical, “[n]inguém poderá ser obrigado a pertencer a um sindicato”.¹³²

A Corte IDH caracterizou como um obstáculo para o exercício do direito de associação dos trabalhadores a adoção arbitrária de represálias contra seus representantes, referindo que, neste caso:

[...] ao demitir os trabalhadores estatais, demitiu-se líderes sindicais que eram envolvidos em uma série de reivindicações. Além disso, demitiu-se os sindicalistas por atos que não constituíam motivo de demissão nos termos da legislação em vigor na época dos fatos. Isso mostra que, ao tornar a Lei 25 retroativa [...] pretendeu-se dar fundamento às demissões em massa de dirigentes sindicais e de trabalhadores do setor público, uma ação que sem dúvida limita as possibilidades de ação das organizações sindicais no referido setor.¹³³

Além das demissões, em muitos dos casos conhecidos pela CIDH e pela Corte IDH, as vítimas sofreram tortura, desaparecimentos forçados, execuções extrajudiciais ou perseguições por causa de suas respectivas filiações.¹³⁴ No caso de *Huilca Tecse vs. Peru*, por exemplo, em que analisou-se o assassinato de um líder sindical opositor e crítico das políticas do governo do ex-presidente Alberto Fujimori, a Corte IDH lembrou que o direito à liberdade de associação tem uma dimensão individual e outra

129 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001, § 156.

130 *Idem*.

131 *Ibidem*, § 158.

132 *Ibidem*, § 159.

133 *Ibidem*, § 160.

134 Na CIDH destacam-se os casos: CIDH. *Caso Gómez López vs. Guatemala*. Relatório n.º 29/96, Caso 11.303, 16 de outubro de 1996. CIDH. *Caso Comadres vs. El Salvador*. Relatório n.º 13/96, Caso 10.948, 1 de março de 1996. CIDH. *Caso Dianna Ortiz vs. Guatemala*. Relatório n.º 31/96, Caso 10.526, 6 de setembro de 1996. CIDH. *Caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein e Rodolfo Izal Elorz vs. México*. Relatório n.º 49/99, Caso 11.610, 13 de abril de 1999.

social, e que ambas devem ser protegidas simultaneamente.¹³⁵ Também ressaltou que *afetar o direito à vida de um líder sindical, implica, conjuntamente, a violação ao direito dos indivíduos à liberdade de associação sindical e a violação dos direitos sociais do grupo que exerce o seu direito de associação sindical*,¹³⁶ o que aconteceu neste caso, dado que a execução do Sr. Pedro Huilca Tecse teve um efeito amedrontador sobre os trabalhadores do movimento sindical peruano e assim impactou negativamente a liberdade, de um determinado grupo, de exercer esse direito.¹³⁷

Em sua decisão, a Corte IDH especificou que o artigo 16 da CADH inclui o direito de associar-se livremente para fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, laborais, sociais, culturais e esportivos ou qualquer outro; e que aqueles sob a proteção da C[ADH] têm não apenas o direito e a liberdade de associar-se livremente com outras pessoas, sem interferência das autoridades públicas que limitem ou dificultem o exercício do respectivo direito, o que representa, portanto um direito de cada indivíduo, mas também, ademais, gozam do direito e da liberdade de buscar a realização comum de um fim lícito, sem pressões ou interferências que possam alterar ou distorcer sua finalidade.¹³⁸

A dimensão individual da liberdade de associação em matéria trabalhista, disse a Corte IDH:

não se esgota com o reconhecimento teórico do direito a formar sindicatos, mas inclui, além disso e inseparavelmente, o direito de utilizar qualquer meio apropriado para exercer essa liberdade. Quando a C[ADH] proclama que a liberdade de associação inclui o direito de se associar livremente com fins “de qualquer [...] natureza”, está enfatizando que a liberdade para associar-se e a perseguição de determinados objetivos coletivos são indivisíveis, de modo que uma restrição das possibilidades de associar-se representa diretamente, e na mesma medida, um limite ao direito da coletividade de alcançar os objetivos propostos.¹³⁹

Em sua dimensão social, acrescentou, “a liberdade de associação é um meio que permite aos membros de um grupo ou coletividade laboral alcançar determinados objetivos em conjunto e se beneficiar dos mesmos”.¹⁴⁰

De acordo com os critérios da Corte IDH, “o conteúdo da liberdade sindical, uma forma de liberdade de associação, implica o poder de eleição a respeito de como exercê-la”, de modo que os indivíduos não poderão gozar do pleno exercício do direito à liberdade de associação “se, na realidade, esta faculdade não existe ou é reduzida de tal forma que não pode ser posta em prática”. Como um correlato do acima exposto, “o Estado deve garantir que as pessoas possam exercer livremente a sua liberdade sindical sem temor de serem submetidos à violência, caso contrário poderá diminuir a capacidade dos grupos para se organizarem para a proteção de seus interesses”.¹⁴¹

No caso de *Cantoral Huamaní e García Santa Cruz vs. Peru*, no que diz respeito à execução extrajudicial no Peru d líder sindical mineiro Saúl Isaac Cantoral Huamaní e de sua assessora Consuelo Trinidad García Santa Cruz, a Corte IDH especificou que às obrigações negativas de respeitar o direito e a liberdade dos indivíduos para se associarem livremente com outras pessoas, sem a intervenção

135 Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Peru*. MRC. 2005, § 72.

136 *Ibidem*, § 69.

137 Em sua sentença no caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*, relacionada à execução extrajudicial do senador Colômbia no pertencente à formação política da “União Patriótica”, a Corte IDH aplicou raciocínio semelhante, afirmando que “as violações aos direitos do Sr. Cepeda tiveram efeitos amedrontadores e intimidatórios na comunidade de pessoas que militavam em seu partido político ou simpatizam com sua ideologia. As violações neste caso transcendiram os leitores da coluna semanal *Voz*, apoiadores e membros da UP e os eleitores desse partido”. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, § 178.

138 Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Peru*. MRC. 2005, § 69.

139 *Ibidem*, § 70.

140 *Ibidem*, § 71.

141 *Ibidem*, § 77.

das autoridades públicas que limitem o exercício desse direito, bem como o de gozar do direito e a liberdade de reunir-se com o propósito de buscar um objetivo comum de um fim legal, sem pressões ou interferências que possam alterar ou distorcer esse propósito, são adicionadas “obrigações positivas para prevenir ataques contra a mesma, proteger aqueles que a praticam e investigar as violações dessa liberdade”; obrigações positivas que “devem ser adotadas, inclusive no campo das relações entre indivíduos, se o caso assim o justificar”.¹⁴²

De fato, as liberdades civis são a base necessária para a liberdade sindical, e é por isso que esta não pode se concretizar sem o respeito à generalidade dos Direitos Humanos.¹⁴³ Os fundamentos invocados pela Corte IDH nos casos acima guardam total correspondência com as prescrições do CLS da OIT que, em reiteradas oportunidades observou que “[a] liberdade sindical só pode ser exercida em uma situação em que se respeitem e se garantam plenamente os Direitos Humanos fundamentais, em particular, os relativos à vida e à segurança da pessoa”,¹⁴⁴ e que “[u]m movimento sindical verdadeiramente livre e independente não pode se desenvolver em um clima de violência e incerteza”.¹⁴⁵ Os fatos imputáveis a particulares, segundo o CLS:

responsabilizam os Estados por causa da obrigação de diligência e de intervenção dos Estados para prevenir as violações dos Direitos Humanos. Em consequência, os governos devem procurar não violar seus deveres de respeito dos direitos e das liberdades individuais, mas também cumprir seu dever de garantir o direito a vida dos sindicalistas.¹⁴⁶

3.3 Limitações ao exercício do direito de associação

A liberdade de associação pode estar sujeita a restrições, desde que estas sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a segurança pública, a ordem pública, a saúde e a moral pública, e os direitos e liberdades dos demais. Alguns instrumentos de Direitos Humanos, como vimos *supra*, admitem a imposição de restrições, ou mesmo a privação do direito, aos membros das forças armadas e da polícia.

A CADH não se limita a exigir a existência de uma lei para que sejam juridicamente lícitas as restrições ao gozo e exercício dos direitos e liberdades, mas exige que as leis sejam feitas por razões de interesse geral e com o nítido propósito para o qual tenham sido estabelecidas.¹⁴⁷

Nesse sentido, a Corte IDH tem enfatizado que, de acordo com a regulação do direito de associação, suas limitações devem estar sempre em conformidade com o princípio de legalidade. Isso significa que as restrições ao referido princípio só podem ser estabelecidas por uma lei (promulgada por um parlamento) e não por uma norma emitida unilateralmente pelo Governo:

As restrições à liberdade de associação só serão válidas se forem estabelecidas por lei (por decisão do Parlamento ou norma equivalente não escrita do *common law*) e não se permite que se estabeleçam por decreto governamental ou outra decisão administrativa. A C[IDH] reitera que o princípio da legalidade também inclui que a limitação esteja formulada de forma expressa,

142 Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz vs. Peru*. EPMRC. 2007, § 144.

143 Sarthou, H. “Perspectivas del derecho colectivo del trabajo” en *Revista Derecho Laboral*, n.º 123, t. XXIV, Montevideo, 1981, p. 585.

144 OIT. *A Liberdade Sindical: Recompilação de decisões e princípios...*, 4ª ed. revisada, Genebra, 1996, § 46, CLS n.º 300, relatório do caso n.º 1649, § 453; CLS n.º 305, relatório do caso n.º 1876, § 322; CLS n.º 307, relatório do caso n.º 1876, § 312; CLS n.º 308, relatório do caso n.º 1892, § 401; CLS n.º 316, relatório do caso n.º 1970, § 548; CLS n.º 324, relatório do caso n.º 1787, § 273, CLS n.º 329, relatório do caso n.º 2201, § 508; CLS n.º 332º, relatório do caso n.º 2201, § 546, CLS n.º 333, relatório do caso n.º 1787, § 450, e CLS n.º 334, relatório do caso n.º 2254, § 1088.

145 OIT. *A Liberdade Sindical: Recompilação de decisões e princípios...*, 4ª ed. revisada, Genebra, 1996, § 48, CLS n.º 302, relatório do caso n.º 1849, § 202; CLS n.º 304, relatório do caso n.º 1850, § 207; CLS n.º 326, relatório do caso n.º 2027, § 176, e CLS n.º 337, relatório do caso n.º 2318, § 340.

146 OIT. *A Liberdade Sindical: Recompilação de decisões e princípios...*, 4ª ed. revisada, Genebra, 1996, §§ 19 e 50, CLS n.º 308, relatório de caso n.º 1934, § 135.

147 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001, § 170.

taxativa e prévia, requisitos exigidos para dar segurança jurídica ao cidadão, ademais, a lei que contém a restrição deve ter sido promulgada por razões de interesse geral e estabelecendo o propósito para a qual havia sido estabelecida. Os Estados devem abster-se de promover leis e políticas que utilizem definições vagas, imprecisas e amplas no que diz respeito aos motivos legítimos para restringir as possibilidades de formação e funcionamento das organizações de Direitos Humanos.¹⁴⁸

Por outro lado, no caso *Escher e outros vs. Brasil*, a Corte IDH teve a oportunidade de destacar que, embora reconheça o direito de livre associação, a CADH estabeleceu que seu exercício pode estar sujeito a restrições previstas por lei, sempre que persigam um fim legítimo e sejam necessárias em uma sociedade democrática. Neste sentido, ressalta a Corte IDH, “o sistema estabelecido pela Convenção resulta equilibrado e idôneo para harmonizar o exercício do direito de associação com a necessidade de prevenir e investigar eventuais condutas que o direito interno tipifique como delitivas”.¹⁴⁹

Finalmente, cabe indicar que embora o direito de associação (tal como o direito de reunião) se encontra consignado na CADH como parte dos direitos suscetíveis de suspensão, quaisquer medidas tomadas pelos Estados a fim de suspender o exercício destes direitos deve cumprir rigorosamente as regras e princípios que regem as derrogações, incluindo os princípios de necessidade e de proporcionalidade.¹⁵⁰

148 CIDH. Segundo Relatório sobre a Situação das Defensoras e dos Defensores de Direitos Humanos nas Américas, 2011, § 165.

149 Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. EPMRC. 2009, § 173.

150 CIDH. Relatório sobre Terrorismo e Direitos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., Washington, 22 outubro 2002, § 360.

Artigo 17. Proteção da família

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.
3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes.
4. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.
5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso das “Crianças de rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Exceções Preliminares. Sentença de 11 de setembro de 1997. Série C n.º 32. Doravante: Corte IDH. *Caso das “Crianças de rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. EP. 1997.

Corte IDH. *Caso das Irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de março de 2005. Série C n.º 120. Doravante: Corte IDH. *Caso das Irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. Exceções Preliminares. Sentença 7 de março 2005. Série C n.º 122. Doravante: Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. EP. 2005.

Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. Sentença de 1 de julho de 2006. Série C n.º 148. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de janeiro de 2009. Série C n.º 193. Doravante: Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de julho de 2009. Série C n.º 200. Doravante: Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C n.º 212. Doravante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C n.º 216. Doravante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C n.º 221. Doravante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011.

Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2011. Série C n.º 232. Doravante: Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Fontevecchia e D’Amico vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2011. Série C n.º 238. Doravante: Corte IDH. *Caso Fontevecchia e D’Amico vs. Argentina*. MRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença del 24 de fevereiro de 2012. Série C n.º 239. Doravante: Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C n.º 242. Doravante: Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacres de Rio Negro vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C n.º 250. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de Rio Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 novembro de 2012. Série C n.º 253. Doravante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 novembro de 2012. Série C n.º 257. Doravante: Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y outros (“Fecundação in vitro”) vs. Costa Rica*. EPMRC. 2012.

Pareceres Consultivos

Corte IDH. *O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. Série A n.º 2. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-2/82. *O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1982.

Corte IDH. *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-10/89 de 14 de julho de 1989. Série A n.º 10. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-10/89. *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1989.

Corte IDH. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1 de outubro de 1999. Série A n.º 16. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*. 1999.

Corte IDH. *Situação jurídica e Direitos Humanos da criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A n.º 17. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Situação jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002.

Resoluções e decisões

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) vs. Costa Rica*. Acordo de solução amistosa assinado entre o Estado da Costa Rica e a parte demandada, de 4 de agosto de 2016.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. *Relatório Anual, Capítulo VI Situação dos Direitos Humanos em Vários Estados, Uruguai*. 1983-1984.

CIDH. Relatório n.º 38/96, *Caso X e Y vs. Argentina*, Caso n.º 10.506, 15 de outubro de 1996.

CIDH. *Relatório Sobre a Situação dos Direitos Humanos dos Solicitantes de Asilo no Marco do Sistema Canadense de Determinação da Condição de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev., 28 de fevereiro de 2000.

CIDH. Relatório n.º 4/01, *Caso María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso n.º 11.625, 19 de janeiro de 2001.

CIDH. Relatório n.º 59/03, *Caso Sonia Arce Esparza vs. Chile*, Caso n.º 12.433, Admissibilidade, 10 de outubro de 2003.

CIDH. Relatório n.º 71/03, *Caso María Mamérita Mestanza Chávez vs. Peru*, Petição n.º 12.191, Solução amistosa, 10 de outubro de 2003.

CIDH. Relatório n.º 25/04, *Caso Ana Victoria Sanchez Villalobos e outros vs. Costa Rica*, Petição n.º 12.361, Admissibilidade, 11 de março de 2004.

CIDH. Relatório n.º 40/08, *I. V. vs. Bolívia*, Petição n.º 270-07, Admissibilidade, 23 de julho de 2008.

CIDH, Relatório n.º 156/10, *Caso Daniel Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita e outros vs. Costa Rica*, Petição 1368/04, Admissibilidade, 1 de novembro de 2010.

Sentenças, resoluções e decisões proferidas por outros tribunais internacionais

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TEDH. *Caso Tyrer vs. Reino Unido*, 25 de abril de 1978.

TEDH. *Caso Loizidou vs. Turquia (Exceções Preliminares)*, 23 de março de 1995.

TEDH. *Caso X, Y e Z vs. Reino Unido*, Sentença n.º 21830/93, 22 de abril de 1997.

TEDH. *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, Sentença n.º 33290/96, 21 de março de 2000.

TEDH. *Caso K. e T. vs. Finlândia*, Sentença n.º 25702/94, 12 de julho de 2001.

TEDH. *Caso Karner vs. Áustria*, 24 de julho de 2003.

Sentenças proferidas por cortes ou tribunais nacionais

México

Suprema Corte de Justiça da Nação do México, Ação de Inconstitucionalidade A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010.

Documentos no âmbito de organizações internacionais

Organização dos Estados Americanos

OEA. Resolução n.º 2435, “Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (XXXVIII-O/08), 3 de junho de 2008.

OEA. Resolução n.º 2504, “Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (XXXIX-O/09), 4 de junho de 2009.

OEA. Resolução n.º 2600, “Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (XL-O/10), 8 de junho de 2010.

OEA. Resolução n.º 2653, “Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (XLI-O/11), 7 de junho de 2011.

Organização das Nações Unidas

Assembleia Geral

ONU. Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores (Regras de Beijing), adotadas pela Assembleia Geral de Nações Unidas em sua Resolução 40/33, 28 de novembro de 1985.

ONU. Declaração sobre os princípios sociais e jurídicos relativos à proteção e o bem estar das crianças, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 41/85, 3 de dezembro de 1986.

ONU. Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil (Diretrizes de Riad), adotadas e proclamadas pela Assembleia Geral em sua Resolução 45/112, 14 de dezembro de 1990.

ONU. Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da criança relativo a Venda de Crianças, a Prostituição e a Pornografia Infantis. Assembleia Geral em sua Resolução A/RES/54/263 de 25 de maio de 2000.

ONU. Declaração sobre Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, Assembleia Geral de Nações Unidas, A/63/635, 22 de dezembro de 2008.

ONU. Diretrizes sobre as modalidades alternativas de cuidado das crianças, aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas mediante Resolução 64/142, 20 de novembro de 2009.

ONU. Relatório da Conferência Internacional sobre a População e o Desenvolvimento. A/CONF.171/13/Rev.1. El Cairo, 5 a 13 de setembro de 1994.

Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 14, “O direito ao desfrute do mais alto nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)”, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 15, “O direito à água (artigos 11 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)”, E/C.12/2002/11, 20 de janeiro de 2003.

Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 18, “O direito ao trabalho”, E/C.12/GC/18, 6 de fevereiro de 2006.

Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 20, “A não discriminação e os direitos econômicos, sociais e culturais (artículo 2, § 2 do PIDESC)”, E/C.12/GC/20, 2 de julho de 2009.

Comitê de Direitos Humanos

Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 4 “Artigo 3 - Igualdade de homens e mulheres no gozo dos direitos civis e políticos”, 1981.

Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 16 “Direito à intimidade (artigo 17)”, 1988.

Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 17 “Direitos da Criança (artigo 24)”, 1989.

Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 18 “Não discriminação (37º período de sessões)”, 1989.

Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 19 “Proteção à Família, o Direito ao Casamento e a Igualdade dos Cônjuges (artigo 23)”, 1990.

Comitê DHONU. *Caso Darwinia Rosa Mónaco de Gallichio vs. Argentina*, Comunicação n.º 400/1990, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/400/1990 (1995), Decisão de 27 de abril de 1995.

Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 28 “Artículo 3 (A igualdade de direitos entre homens e mulheres) (substitui o Comentário Geral n.º 4)”, 2000.

Comitê DHONU. Observações finais, El Salvador, CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003.

Comitê DHONU. Observações finais, Estados Unidos de América, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 de dezembro de 2006.

Comitê DHONU. Observações finais, Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 de abril de 2007.

Comitê DHONU. Observações finais, Barbados, CCPR/C/BRB/CO/3, 14 de maio de 2007.

Comitê dos Direitos da Criança

Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 3, “O VIH/SIDA e os direitos da criança”, 2003.

Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 4, “A saúde e o desenvolvimento dos adolescentes no contexto da Convenção sobre os Direitos da Criança”, 2003.

Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 6, “Tratamento aos menores não acompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem”, 2005.

Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 7, “Realização dos direitos da criança na primeira infância”, 2005.

Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 12, “O direito da criança a ser escutada”, 2009.

Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher

Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher ONU. Recomendação Geral n.º 21, “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”, 1994.

Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher ONU. Recomendação Geral n.º 24, “Artigo 12 da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher – A mulher e a saúde”, 1999.

Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher ONU. Comunicação n.º 4/2004, Caso A. S. vs. Hungria, 36º período de sessões, 29 de agosto de 2006.

Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher ONU. Recomendação General n.º 27, “Mulheres maiores e a proteção de seus Direitos Humanos”, 2010.

Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher ONU. Projeto de Recomendação Geral n.º 28 relativo ao artigo 2 da Convenção, 2010.

Comitê contra a Tortura

Comitê contra a Tortura ONU. Comentário Geral n.º 2, “Aplicação do artigo 2 pelos Estados Partes”, CAT/C/GC/2, 24 de janeiro de 2008.

Referências Acadêmicas

ALSTON, P. *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*. Clarendon Press, Oxford, 1994.

BELOFF, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. IIDH, 1ª. edición, San José, 1996.

GHERSI, C. *Derechos fundamentales de la persona humana*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

O'DONNELL, D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. 2ª. ed., Comisión Andina de Juristas, 1989.

Sumário

1. Introdução.....	473
2. Legislação sobre o direito à proteção da família	474
3. Direito de casar e fundar uma família	477
3.1. Direito a contrair matrimônio.....	479
3.2. Igualdade de direitos dos cônjuges e filhos nascidos dentro e fora do matrimônio.....	481
3.3. Planejamento Familiar	486
4. Direito à proteção da família contra as interferências arbitrárias.....	490

5. Relação do direito à proteção familiar com os direitos da criança. Deveres e obrigações da família, da sociedade e do Estado	492
5.1. O direito de viver e permanecer com a família. A excepcionalidade da separação familiar	494
5.2. Medidas para a proteção de crianças separadas de seu meio familiar	499
6. Não suspensão da proteção da família	508
7. Conclusão	508

1. Introdução

Para os diversos instrumentos de proteção dos Direitos Humanos, tanto regionais quanto internacionais, a família é considerada um “elemento natural e fundamental” da sociedade. Por esta razão, prescrevem sua ampla proteção através do reconhecimento de vários direitos: o direito de se casar e o direito de fundar uma família, a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges como manifestação de princípio geral da igualdade entre homem e mulher e, especificamente, o direito à proteção da família, que não deve sofrer interferências arbitrárias.

O conceito de família passou por uma notável evolução no Direito Internacional dos Direitos Humanos ao longo dos anos, teve de se adaptar à mudança das circunstâncias, contextos e realidades sociais, passando de uma concepção mais tradicional e restritiva para noções mais abertas e plurais.

A fim de interpretar os múltiplos significados da instituição “família” e assegurar sua devida proteção, é essencial ter em mente que a Corte IDH estabeleceu, em consonância com o TEDH, que os tratados de Direitos Humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem de acompanhar a evolução dos tempos e das condições de vida atuais.¹

Duas decisões do ano de 2012 da Corte IDH são centrais para uma abordagem adequada ao artigo 17 da CADH. Por um lado, o caso *Atala Riffo e crianças vs. Chile*² e, por outro, o caso *Fornerón vs.*

1 *Cfr.* Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*. 1999, § 114. Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. EP. 2005, § 106. No mesmo sentido, *ver* TEDH. *Tyler vs. Reino Unido*, 25 de abril de 1978, § 31; TEDH. *Loizidou vs. Turquia (Exceções Preliminares)*, 23 de março de 1995, § 71. Da mesma forma, a Corte IDH declarou que: “[...] conforme a interpretação autorizada, os Estados membros entenderam que a D[ADDH] contém e define aqueles Direitos Humanos essenciais a que a Carta se refere, de maneira que não se pode interpretar e aplicar a Carta da O[EA] sobre Direitos Humanos, sem integrar suas normas pertinentes às disposições correspondentes da D[ADDH], como resulta a prática seguida pelos órgãos da OEA”. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-10/89. *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1989, § 43.

2 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012. O caso *Atala Riffo e crianças vs. Chile* trata de vários aspectos relacionados à proteção da família, incluindo a igualdade e a proibição de discriminação, o direito à privacidade, o direito à vida familiar, os direitos da criança e a proteção judicial. A Sra. Atala processou o Estado chileno perante a Corte IDH por discriminação depois que a Suprema Corte do Chile negou-lhe a custódia de suas filhas como resultado de viver com sua parceira homossexual com base nos efeitos que tal convivência poderia ter no bem-estar e desenvolvimento mental e emocional das meninas e a eventual confusão de papéis sexuais que poderia resultar da falta de um pai e sua substituição por outra pessoa do sexo feminino, que, segundo os tribunais chilenos, configuraria uma situação de risco para o desenvolvimento integral das menores e as colocaria em um estado de vulnerabilidade. Nesse caso, a Corte IDH decidiu sobre a responsabilidade internacional do Estado pelo tratamento discriminatório e pela interferência arbitrária na vida privada e familiar que a Sra. Atala sofreu devido a sua orientação sexual no processo judicial (e sentença) que resultou na retirada dos cuidados e custódia de suas filhas, e foi proferida com argumentos relacionados aos direitos da criança, especialmente em relação ao direito à proteção da família e aos seus melhores interesses. Por sua vez, o TEDH teve a oportunidade de abordar esta questão em um caso semelhante, no qual o demandante reclamou que o Tribunal de Apelação de Lisboa baseara sua decisão na concessão da responsabilidade dos pais de sua filha M. a sua ex esposa por causa de sua orientação sexual. O autor alegou que isso constituía uma violação do artigo 8 (direito ao respeito pela vida privada e familiar) da CEDH, em relação ao artigo 14 (proibição de discriminação) do mesmo tratado. O TEDH concluiu “[...] que a sentença da Corte de Apelação em questão, na

Argentina.³ Embora lidem com questões de diversa índole, ambos envolvem questões relacionadas com os vários aspectos da proteção familiar, já que nestas sentenças a Corte IDH se manifestou a respeito de temas controversos relacionados aos conceitos e estereótipos tradicionais da família. No caso *Atala Riffo e crianças vs. Chile*, a Corte IDH considerou que na CADH:

[...] não se encontra determinado *um conceito fechado de família nem tampouco se protege só um modelo “tradicional” de família*. A esse respeito, o Tribunal reitera que o conceito de vida familiar não se reduz unicamente ao matrimônio, e deve abranger outros laços familiares de fato, onde as partes têm vida em comum fora do casamento.⁴

Por outro lado, no caso *Fornerón vs. Argentina*, a Corte IDH considerou que “o desfrute mútuo da convivência entre pais e filhos constitui um elemento fundamental na vida de família”.⁵ No que concerne os modelos familiares estereotipados sobre o papel e as funções dos pais dentro dela, no mesmo caso, a Corte IDH sustentou que estes:

respondem a ideias preconcebidas sobre o papel de um homem e uma mulher em relação a determinadas funções ou processos reprodutivos, relativos a uma futura maternidade e paternidade [...] não há nada que indique que as famílias monoparentais não possam oferecer cuidado, sustento e carinho às crianças.⁶

2. Legislação sobre o direito à proteção da família

O direito à proteção da família havia sido originalmente reconhecido no sistema regional da proteção dos Direitos Humanos na DADDH de 1948 que, no artigo VI, diz: “[t]oda pessoa tem direito a constituir família, elemento fundamental da sociedade e a receber proteção para ela”.

Por sua vez, o Protocolo de San Salvador regulamenta esse direito com mais detalhes no artigo 15, nos seguintes termos:

Direito à Constituição e Proteção da Família.

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pelo Estado, que deverá velar pelo melhoramento de sua situação moral e material.

medida em que deixou sem efeitos a sentença da Corte de Família de Lisboa de 14 de julho de 1999 que concedeu a responsabilidade parental ao requerente, constituía uma interferência no direito do requerente de respeitar sua vida familiar e, portanto, deveria ser aplicado o artigo 8 da CEDH. As instituições da Convenção haviam estabelecido que esta disposição é relevante para as decisões de custódia de um ou outro pai após a divórcio ou separação [...]” TEDH. *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, Sentença n.º 33290/96, 21 de março de 2000. (tradução livre)

3 Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012. Nesse caso, o Sr. Fornerón e a Sra. Enríquez tiveram um relacionamento que terminou antes do nascimento de uma menina. O Sr. Fornerón apenas tomou conhecimento da gravidez da sra. Enríquez no quinto mês e, a partir desse momento, esteve preocupado em descobrir se era o pai, uma circunstância que foi negada repetidamente pela sra. Enríquez. O nascimento de M. foi registrado por sua mãe em 20 de junho de 2000, e posteriormente sua mãe a entregou ao casal B-Z, moradores da Cidade Autónoma de Buenos Aires, com a intervenção do Defensor de Pobres e Menores da cidade de Victoria, através de um registro formal que registrou o que aconteceu. Dias depois, Fornerón realizou um estudo de DNA através do qual sua paternidade foi verificada. A partir desse momento, ele iniciou os respectivos procedimentos para reivindicar sua paternidade e expressou sua disposição de cuidar da criança através de um pedido de restituição, pois ele não consentiu em entregar sua custódia. O processo registrou um atraso injustificado por parte das autoridades competentes, até que a simples adoção em favor dos responsáveis fosse resolvida. Em 29 de novembro de 2010 a CIDH submeteu o caso à jurisdição da Corte IDH, considerando que a passagem do tempo tinha sido especialmente relevante na determinação da situação jurídica da criança e de seu pai. Nesse caso, a Corte IDH analisou a responsabilidade internacional do Estado pela violação do direito às garantias judiciais, à proteção da família e da criança, em detrimento do senhor Fornerón e sua filha.

4 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 142. (grifo nosso)

5 Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012, § 45.

6 *Ibidem*, §§ 94 e 98.

2. Toda pessoa tem direito a constituir família, o qual exercerá de acordo com as disposições da legislação interna correspondente.
3. Os Estados Partes comprometem-se, mediante este Protocolo, a proporcionar adequada proteção ao grupo familiar e, especialmente, a:
 - a) Dispensar atenção e assistência especiais à mãe, por um período razoável, antes e depois do parto;
 - b) Garantir às crianças alimentação adequada, tanto no período de lactação quanto durante a idade escolar;
 - c) Adotar medidas especiais de proteção dos adolescentes, a fim de assegurar o pleno amadurecimento de suas capacidades físicas, intelectuais e morais;
 - d) Executar programas especiais de formação familiar, a fim de contribuir para a criação de ambiente estável e positivo no qual as crianças percebam e desenvolvam os valores de compreensão, solidariedade, respeito e responsabilidade.

Da mesma forma, em nível universal, a DUDH, no artigo 16, prescreve que:

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.
2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.
3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Em sentido semelhante, o PIDCP em seu artigo 23 estipula que:

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

2. Será reconhecido o direito do homem e da mulher de, em idade núbil, contrair casamento e constituir família.

3. Casamento algum será celebrado sem o consentimento livre e pleno dos futuros esposos.

4. Os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e responsabilidades dos esposos quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, deverão adotar-se disposições que assegurem a proteção necessária para os filhos.

Enquanto isso, o PIDESC, no artigo 10, diz o seguinte:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que:

1. Deve-se conceder à família, que é o elemento natural e fundamental da sociedade, as mais amplas proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ele for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos futuros cônjuges.
2. Deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados.
3. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei.

Os Estados devem também estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão-de-obra infantil.

No sistema africano, o artigo 18 da Carta de Banjul estabelece que:

1. A família é o elemento natural e a base da sociedade. Ela tem que ser protegida pelo Estado, que deve zelar pela sua saúde física e moral.
2. O Estado tem a obrigação de assistir a família na sua missão de guardiã da moral e dos valores tradicionais reconhecidos pela comunidade.
3. O Estado tem o dever de zelar pela eliminação de toda a discriminação contra a mulher e de assegurar a proteção dos direitos da mulher e da criança tais como estipulados nas declarações e convenções internacionais. [...].⁷

Tradicionalmente, a proteção da família, tanto no SIDH como no sistema universal, foi regulada em conjunto com outros direitos, como a proteção da honra, da reputação pessoal e da vida privada,⁸ da maternidade e da infância.

Especificamente no SIDH, a DADDH regulamentou o direito à proteção da família de uma forma dual: junto com outros direitos e de forma autônoma. Além do artigo VI anteriormente transcrito, o artigo V do instrumento estabelece que: “[t]oda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”. Por sua vez, o Artigo VII prevê que: “[t]oda mulher em estado de gravidez ou em época de lactação, assim como toda criança, têm direito à proteção, cuidados e auxílios especiais”.

Por outro lado, a CEDH, no artigo 8º, regula o direito ao respeito pela vida privada e familiar e no artigo 12 o direito de se casar.⁹

Da leitura destas regras, emerge claramente a ideia mencionada no início deste comentário, de que no Direito Internacional dos Direitos Humanos a família é um “elemento natural e fundamental” da sociedade. No entanto, apesar do reconhecimento de sua centralidade e da devida proteção, ao longo dos anos surgiram dificuldades em definir o que se entende por família e em especificar os alcances de sua devida proteção.

Com relação ao conceito de família, vários órgãos de Direitos Humanos indicaram que *não há um modelo único de família*. Neste sentido, em 1990, o Comitê de Direitos Humanos da ONU adotou um Comentário Geral sobre o assunto, onde considerou que não era possível dar uma definição uniforme ao conceito de família, uma vez que poderia diferir, em alguns aspectos, de um Estado para outro e entre diferentes regiões de um mesmo Estado. Por isso, sustentou que:

[...] *Quando existem diferentes conceitos de família dentro de um Estado, “nuclear” e “estendido”, a existência desses diferentes conceitos de família deve ser especificada, com indicação do grau de proteção de cada uma. Tendo em vista a existência de vários tipos de família, como casais não casados e seus filhos e famílias monoparentais, os Estados partes deveriam também*

7 O artigo 27 declara o seguinte: “1. Cada indivíduo tem deveres para com a família e a sociedade, para com o Estado e outras coletividades legalmente reconhecidas, e para com a comunidade internacional [...]”. Enquanto o artigo 29 estabelece o seguinte: “O indivíduo tem ainda o dever: 1. De preservar o desenvolvimento harmonioso da família e de atuar em favor da sua coesão e respeito; de respeitar a todo momento os seus pais, de os alimentar e de os assistir em caso de necessidade. [...]”.

8 O conceito de vida privada é um termo amplo, não capaz de definições exaustivas, mas que inclui, entre outras áreas protegidas, o direito de estabelecer e desenvolver relacionamentos com outros seres humanos. Em outras palavras, a vida privada inclui como o indivíduo se vê e como e quando ele decide projetar aos demais. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010, § 119.

9 O artigo 8 da CEDH estabelece o seguinte: “1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”. Artigo 12: “a partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito”.

indicar em que medida a legislação e as práticas nacionais reconhecem e protegem esses tipos de família e seus membros.¹⁰

A esse respeito, o mesmo Comitê de Direitos Humanos, em seu Comentário Geral nº 16, sustentou que:

Quanto ao termo “família”, os objetivos do P[IDCP] exigem que, para os fins do artigo 17, *seja interpretado com um critério amplo que inclua todas as pessoas que compõem a família*, tal como entendida na sociedade do Estado parte do qual se trata.¹¹

Por sua vez, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, na Recomendação Geral nº 21 (“Igualdade no casamento e nas relações familiares”) observou que:

*A forma e o conceito de família variam de um Estado para outro e até mesmo de uma região para outra dentro do mesmo Estado. Qualquer que seja a forma adotada e qualquer que seja o sistema jurídico, a religião, os costumes ou a tradição do país, o tratamento da mulher na família, e particularmente perante a lei, deve estar de acordo com os princípios de igualdade e justiça para todas as pessoas, como exige o artigo 2 da Convenção.*¹²

Finalmente, o Comitê dos Direitos da Criança, na Comentário Geral nº 7 (“Realização dos direitos da criança na primeira infância”), reconheceu que:

[...] “família” [...] refere-se a uma variedade de estruturas que podem proporcionar a atenção, o cuidado e o desenvolvimento de crianças pequenas, incluindo a família nuclear, a família estendida e outros arranjos tradicionais e modernos com base comunitária, sempre que estejam de acordo com os direitos e o interesse superior da criança [...] na prática, *os modelos familiares são variáveis e mudam em muitas regiões*, assim como a disponibilidade de redes informais de apoio aos pais, e *há uma tendência global de maior diversidade no tamanho das famílias, funções parentais e as estruturas de criação dos filhos.*¹³

3. Direito de casar e fundar uma família

Semelhante ao estabelecido no artigo 17 da CADH, a DADDH no artigo VI estipula que: “[t]oda pessoa tem direito a constituir família, elemento fundamental da sociedade e a receber proteção para ela”

Por sua vez, a DUDDH prescreve, em seu artigo 16, o seguinte:

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.
2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

Em sentido semelhante, o PIDCP, no artigo 23, prevê o seguinte:

[...]

10 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 19 “Proteção à Família, Direito ao Matrimônio e Igualdade dos Cônjuges (artigo 23)”, 1990, § 2. (grifo nosso)

11 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 16 “Direito à intimidade (artigo 17)”, 1988. (grifo nosso)

12 Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres ONU. Recomendação Geral Nº 21 “Igualdade no casamento e nas relações familiares”, 1994. (grifo nosso)

13 Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 7, “Realização dos direitos da criança na primeira infância”, 2005, §§ 15 e 19. (grifo nosso)

2. Será reconhecido o direito do homem e da mulher de, em idade núbil, contrair casamento e constituir família.
3. Casamento algum será celebrado sem o consentimento livre e pleno dos futuros esposos.
4. Os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e responsabilidades dos esposos quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, deverão adotar-se disposições que assegurem a proteção necessária para os filhos.

Da mesma forma, a CEDAW em seu artigo 16 estabelece que:

1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão:
 - a) O mesmo direito de contrair matrimônio;
 - b) O mesmo direito de escolher livremente o cônjuge e de contrair matrimônio somente com livre e pleno consentimento;
 - c) Os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução;
 - d) Os mesmos direitos e responsabilidades como pais, qualquer que seja seu estado civil, em matérias pertinentes aos filhos. Em todos os casos, os interesses dos filhos serão a consideração primordial;
 - e) Os mesmos direitos de decidir livre e responsabilmente sobre o número de seus filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer esses direitos;
 - f) Os mesmos direitos e responsabilidades com respeito à tutela, curatela, guarda e adoção dos filhos, ou institutos análogos, quando esses conceitos existirem na legislação nacional. Em todos os casos os interesses dos filhos serão a consideração primordial;
 - g) Os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direito de escolher sobrenome, profissão e ocupação;
 - h) Os mesmos direitos a ambos os cônjuges em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito quanto a título oneroso.
2. Os esposais e o casamento de uma criança não terão efeito legal e todas as medidas necessárias, inclusive as de caráter legislativo, serão adotadas para estabelecer uma idade mínima para o casamento e para tornar obrigatória a inscrição de casamentos em registro oficial.

O artigo 12 da CEDH sobre o direito ao casamento estabelece que: “[a] partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito”. O artigo 5º do Protocolo n.º 7 à CEDH, sobre a igualdade entre os cônjuges, estabelece que:

Os cônjuges gozam de igualdade de direitos e de responsabilidades de carácter civil, entre si e nas relações com os seus filhos, em relação ao casamento, na constância do matrimônio e aquando da sua dissolução. O presente artigo não impede os Estados de tomarem as medidas necessárias no interesse dos filhos.

Como facilmente se verifica através da leitura das normas transcritas, o direito de contrair matrimônio e o direito de constituir família estão amplamente consagrados nos diversos instrumentos regionais e internacionais de Direitos Humanos. A DUDH (artigos 16.1. e 16.2.), o PIDCP (23.2. e 23.3.) e a CADH (17.2. e 17.3.), reconhecem este direito de forma semelhante. O artigo VI da DADDH utiliza uma expressão mais ampla que os instrumentos anteriores: “[t]oda pessoa tem direito a constituir família, elemento fundamental da sociedade e a receber proteção para ela”. Portanto, entende-se que “esta disparidade na definição deste direito pode ser relevante em certas circunstâncias, como no caso de um indivíduo ou um casal sem registro de casamento que desejam adotar um filho”.¹⁴

14 O’Donnell, D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. 2a. ed., Comisión Andina de Juristas, 1989, p. 335. A Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e de suas famílias (apro-

Conforme observado, o artigo 17.2 da CADH reconhece o direito do homem e da mulher se casarem e fundarem uma família. A partir desta segunda parte do artigo, do direito de fundar uma família, é possível extrair-se a possibilidade de procriar e de que os membros da família vivam juntos.

Em resumo, não existe um conceito de família uniforme ou fechado. Sobre este ponto, a Corte IDH sustentou, no caso citado de *Atala Riffo e crianças vs. Chile*, que o conceito de vida familiar “não se reduz unicamente ao casamento, e deve abranger outros laços familiares de fato onde as partes têm vida em comum fora do casamento”.¹⁵

3.1 Direito a contrair matrimônio

As condições necessárias para contrair matrimônio de acordo com a DUDH, o PIDCP e a CADH são duas: o consentimento livre e pleno das partes contratantes, e ter a idade necessária para realizar o ato.

Quanto aos requisitos específicos, o Direito Internacional de Direitos Humanos refere-se ao direito interno, que obviamente está condicionado a não violar o princípio da não-discriminação e à observância das diversas normas de direitos relacionadas.

Sobre o assunto, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, na Recomendação Geral nº 21 (“Igualdade no casamento e nas relações familiares”), sustentou que:

*O direito de escolher o cônjuge e a liberdade de se casar são essenciais na vida da mulher e para sua dignidade e igualdade como ser humano. A partir do exame dos relatórios dos Estados partes, verifica-se a existência de países que permitem que as mulheres entrem em casamentos forçados com base em costumes, crenças religiosas ou na origem étnica de certos grupos. Em outros países, é permitido escolher o casamento em troca de pagamento ou benefícios, e em outros, a pobreza obriga algumas mulheres a se casar com estrangeiros para ter segurança econômica. Com exceção de certas restrições razoáveis baseadas, por exemplo, na tenra idade da mulher ou na consanguinidade com seu cônjuge, deve ser protegido e cumprido de acordo com a lei o seu direito de decidir se, quando e com quem se casar.*¹⁶

Com relação ao direito da mulher de se casar, a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas análogas à Escravatura,¹⁷ estabelece no artigo 1º que:

Cada um dos Estados Membros à presente Convenção tomará todas as medidas, legislativas e de outra natureza, que sejam viáveis e necessárias, para obter progressivamente e logo que possível a abolição completa ou o abandono das instituições e práticas seguintes, onde quer

vada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 45/158, de 18 de dezembro de 1990) estabelece que: “Para efeitos da presente Convenção, a expressão “membros da família” designa a pessoa casada com o trabalhador migrante ou que com ele mantém uma relação que, em virtude da legislação aplicável, produz efeitos equivalentes aos do casamento, bem como os filhos a seu cargo e outras pessoas a seu cargo, reconhecidas como familiares pela legislação aplicável ou por acordos bilaterais ou multilaterais aplicáveis entre os Estados interessados”. (art. 4)

15 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 142. (grifo nosso) O TEDH, seguindo o conceito amplo de família, reconheceu que um transexual, sua parceira e um filho podem configurar uma família, observando que: “ao decidir se um relacionamento pode ser considerado como ‘vida familiar’, vários fatores podem ser relevantes, incluindo se o casal vive junto, a duração de seu relacionamento e se o compromisso mútuo foi demonstrado por ter filhos juntos ou por outros meios”. TEDH. *Caso X, Y e Z vs. Reino Unido*, Sentença n.º 21830/93, 22 de abril de 1997, § 36.

16 Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher ONU. Recomendação Geral n.º 21, *op. cit.*, § 16. (grifo nosso)

17 Convenção suplementar sobre a abolição da escravidão, do tráfico de escravos e das instituições e práticas análogas à escravidão, adotada na Conferência de Plenipotenciários convocada pelo Conselho Econômico e Social em sua Resolução 608 (XXI), de 30 de abril de 1956, aprovada em Genebra em 7 de setembro de 1956. Esta Convenção entrou em vigor em 30 de abril de 1957.

ainda subsistam, enquadrem-se ou não na definição de escravidão assinada em Genebra, em 25 de setembro de 1926:

§3. Toda instituição ou prática em virtude da qual:

§4. Uma mulher é, sem que tenha o direito de recusa, prometida ou dada em casamento, mediante remuneração em dinheiro ou espécie entregue a seus pais, tutor, família ou a qualquer outra pessoa ou grupo de pessoas.

§5. O marido de uma mulher, a família ou clã deste têm o direito de cedê-la a um terceiro, a título oneroso ou não.

§6. A mulher pode, por morte do marido, ser transmitida por sucessão a outra pessoa. [...].

A fim de pôr fim a essas práticas, acrescenta que os Estados partes,

[...] se comprometem a fixar, onde couber, idades mínimas adequadas para o casamento; a estimular adoção de um processo que permita a ambos os futuros cônjuges exprimir livremente o seu consentimento ao matrimônio, em presença de uma autoridade civil ou religiosa competente, e a fomentar o registro dos casamentos.¹⁸

Nenhum instrumento regional ou internacional especifica a idade do casamento, portanto, cada país deve estipular a idade mínima para o casamento. O estabelecimento de uma idade mínima de casamento pode estar relacionado a dois propósitos. Por um lado, para proteger o direito dos futuros filhos de terem uma família estável que lhes possa proporcionar os cuidados e proteção necessários e, por outro, para proteger as pessoas que não têm condições de consentir livremente em uma decisão tão importante para suas vidas.¹⁹

Nesse sentido, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, na citada Recomendação Geral n° 21 (“Igualdade no casamento e nas relações familiares”), sustentou que:

[...] o Comitê considera que a idade mínima de casamento deve ser de 18 anos, tanto para homens quanto para mulheres. Ao se casarem, ambos assumem obrigações importantes. Consequentemente, o casamento não deve ser permitido antes de que tenham atingido a maturidade plena e a capacidade de agir. Segundo a Organização Mundial da Saúde, quando menores de idade, especialmente meninas, se casam e têm filhos, sua saúde pode ser prejudicada e sua educação dificultada. Como resultado, sua autonomia econômica se restringe.²⁰

Por sua vez, o Comitê de Direitos Humanos, no Comentário Geral n° 19 acima mencionado, observou que os Estados partes deveriam indicar em seus relatórios se existem restrições ou impedimentos para o exercício do direito de casar-se com base em fatores especiais, como grau de parentesco ou incapacidade mental. Embora não tenha estabelecido a idade específica para o casamento, afirmou que a idade do casamento deveria ser tal que os cônjuges pretendentes pudessem ser considerados como tendo manifestado o seu livre e pleno consentimento nas formas e condições prescritas por lei. Esclareceu também que estas disposições devem ser compatíveis com o exercício de outros direitos, por exemplo, o direito à liberdade de pensamento, consciência e de religião.²¹

18 Convenção suplementar sobre a abolição da escravatura, do tráfico de escravos e das instituições e práticas análogas à escravatura, *op. cit.*, artigo 2.

19 O'Donnell, D. *op. cit.*, p. 335.

20 Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher ONU. Recomendação Geral n.º 21, *op. cit.*, 1994, § 36.

21 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 19 “Proteção à Família, Direito ao Matrimônio e Igualdade dos Cônjuges (artigo 23)”, 1990, § 4.

Um exemplo que merece menção especial é a Lei do Casamento Civil argentino²² n° 26.618, de 2010, que legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo,²³ tornando-a a primeira nação latino-americana a aprovar uma lei matrimonial igualitária válida para todo o território nacional, e a décima no mundo. Como antecedente a esta lei, em 2002 a Cidade Autônoma de Buenos Aires aprovou o projeto de lei da união civil apresentado pela Associação da Comunidade Homossexual Argentina (CHA).²⁴ Com a aprovação da Lei n° 1004,²⁵ esta cidade foi a primeira na América Latina a legalizar a união civil entre pessoas do mesmo sexo.

A lei de matrimônio igualitário permite que pessoas do mesmo sexo contraiam matrimônio, ao estabelecer que “o casamento deverá ter os mesmos requisitos e efeitos, independentemente de as partes serem do mesmo sexo ou de sexo diferente”.²⁶ Acrescenta que:

Todas as referências à instituição do matrimônio que existem em nosso ordenamento jurídico devem ser entendidas como aplicáveis tanto aos matrimônios entre pessoas do mesmo sexo quanto aos matrimônios entre pessoas do sexo oposto. Os membros das famílias cuja origem seja um matrimônio constituído por duas pessoas do mesmo sexo, bem como um matrimônio constituído por pessoas de sexo diferente, terão os mesmos direitos e obrigações [...].²⁷

Em consonância, o Código Civil e Comercial da República Argentina estabelece que:

[n]enhuma regra pode ser interpretada ou aplicada no sentido de limitar, restringir, excluir ou suprimir a igualdade de direitos e obrigações dos membros do matrimônio e os efeitos que isso produz, quer seja constituído por duas pessoas de sexo diferente ou igual.²⁸

3.2 Igualdade de direitos dos cônjuges e filhos nascidos dentro e fora do matrimônio

Com relação à igualdade de direitos e obrigações dos cônjuges, o Comitê de Direitos Humanos, no citado Comentário Geral n° 19, indicou que:

22 A Lei Argentina n° 26.618 sobre casamento civil, aprovada em 15 de julho de 2010, promulgada em 21 de julho de 2010 e publicada no B.O. a partir de 22 de julho de 2010. O debate começou com a campanha nacional de igualdade jurídica lançada pela Federação Argentina de lésbicas, gays, bissexuais e trans, sob o lema “Os mesmos direitos, com os mesmos nomes”. A Argentina usou a expressão casamento igualitário para se referir à reforma do Código Civil, entendendo que se tratava da busca da igualdade entre seus habitantes.

23 Na República Oriental do Uruguai, a Lei n° 19.075 Matrimônio Igualitário (publicada em 9 de maio de 2013) estabelece em seu artigo 1°: “O artigo 83 do Código Civil é substituído pelo seguinte: ‘Artigo 83 - O casamento civil é a união permanente, nos termos da lei, de duas pessoas de sexo diferente ou igual [...]’”. No Brasil, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tornando-se o terceiro país latino-americano a legalizá-lo. Em abril de 2015, o Chile aprovou o Acordo da União Civil que permite a união civil entre casais que coabitam, sejam do mesmo sexo ou de sexo diferente, com vigência a partir de 22 de outubro de 2015.

24 Embora a união civil seja uma instituição distinta do matrimônio igualitário e possui alcance limitado (abarca tanto casais do mesmo sexo como de sexo distinto), constitui um precedente importante para a sociedade e para as organizações locais que reivindicavam reconhecimento em nível nacional de direitos para casais do mesmo sexo.

25 Lei n° 1004 (promulgada em 12/12/2002, promulgada pelo Decreto n° 63 de 17/01/2003 e publicada no BOCBA n° 1617 de 27/01/2003), artigo 1: “União Civil. Para os fins desta Lei, entende-se por União Civil: a) União formada livremente por duas pessoas, independentemente de sexo ou orientação sexual; b) Que tenham vivido um relacionamento estável e público de afeto por um período mínimo de dois anos, a menos que haja descendentes comuns entre os membros [...]”. Em relação aos direitos, estabelece que “[...] os membros da união civil terão um tratamento similar ao dos cônjuges”. (art. 4)

26 Ley Argentina n.° 26.618 de Matrimonio Civil, artigo 2.

27 *Ibidem*, artigo 42.

28 Código Civil y Comercial de la República Argentina aprovado pela Lei n° 26.994 (sancionada em 1/10/2014, promulgada de fato em 7/10/2014, e publicada no B.O. de 8/10/2014), artigo 402. O Código Civil anterior fazia referência ao matrimônio entre “homem e mulher”. Também as leis 26.413 sobre inscrição de nascimentos e a 18.248 sobre os nomes e sobrenomes das pessoas sofreram algumas modificações.

Durante o casamento, os cônjuges devem ter os mesmos direitos e responsabilidades na família. Esta igualdade também se aplica a todas as questões decorrentes do vínculo matrimonial, tais como escolha de residência, gestão de assuntos domésticos, educação dos filhos e administração de bens. Esta igualdade também se aplica a acordos de separação legal ou dissolução do casamento.²⁹

Além disso, destacou que:

[...] não deve haver discriminação alguma com base no sexo no que diz respeito à aquisição ou perda da nacionalidade com base no casamento. Deve ser salvaguardado o direito de cada cônjuge de continuar a usar o seu próprio sobrenome ou de participar de forma igualitária na escolha de um novo sobrenome.³⁰

O princípio da igualdade de direitos e obrigações dos cônjuges está expressamente consagrado nos diversos instrumentos acima mencionados e, em detalhe, na CEDAW, que estabelece que homens e mulheres têm direitos iguais de contrair matrimônio e de escolher um cônjuge, bem como os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e, também, no caso de sua dissolução.³¹

O Comitê de Direitos Humanos se pronunciou em várias oportunidades sobre a igualdade de direitos entre homens e mulheres. Neste sentido, e como complemento aos tratados mencionados, para dar conteúdo à regra em análise³² deve levar-se em consideração o Comentário Geral nº 4 do Comitê de Direitos Humanos (“Igualdade entre homens e mulheres no gozo dos direitos civis e políticos”),³³ o Comentário Geral nº 18 (“Não-discriminação”),³⁴ e o Comentário Geral nº 28 (“Igualdade de direitos entre homens e mulheres”)³⁵.

29 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 19, *op. cit.*, § 8.

30 *Ibidem*, § 7. “Desta forma, deve proibir-se todo tratamento discriminatório no que diz respeito aos motivos e procedimentos de separação ou de divórcio, a custódia dos filhos, aos gastos de manutenção ou pensão alimentícia, o direito de visita e a perda ou recuperação do pátrio poder, para o qual é necessário ter em consideração o interesse superior dos filhos”. *Cfr. Ibidem*, § 9.

31 CEDAW, artigo 16. Disposições similares estão contidas nos artigos 4, 5, e 6 da Convenção de Belém do Pará.

32 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 4 “artigo 3 - Igualdade de homens e mulheres no gozo dos direitos civis e políticos”, 1981. Da mesma forma se recomenda a leitura da seção “Os critérios de objetividade e razoabilidade das distinções na jurisprudência da Corte IDH” do Comentário ao artigo 24 (igualdade perante a lei) por Uprimny e Sánchez.

33 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 18 “Não discriminação” (37º período de sessões), 1989.

34 O Comitê DHONU no Comentário Geral nº 28 sustentou que “[...] a desigualdade sofrida pelas mulheres no gozo de seus direitos está profundamente enraizada na tradição, na história e na cultura, incluindo atitudes religiosas. O artigo 3 do PIDCP declara que todos os seres humanos devem gozar plena e igualmente de todos os direitos previstos no Pacto, portanto, os Estados devem garantir a homens e mulheres o gozo de todos os direitos igualmente [...] Nesse sentido, devem adotar todas as medidas necessárias para possibilitar e eliminar os obstáculos que impedem o gozo desses direitos em igualdade de condições, educar a população e os funcionários do Estado no campo dos Direitos Humanos e ajustar a legislação interna; em outras palavras, adotar medidas de proteção e medidas positivas em todas as áreas, a fim de capacitar as mulheres de maneira efetiva e igualitária. Os Estados são responsáveis por assegurar o desfrute dos direitos em condições de igualdade e sem qualquer discriminação. Em particular, eles devem garantir que não haja discriminação baseada no sexo em relação à aquisição ou perda de nacionalidade devido a casamento, direitos de residência, entre outros. Os Estados Partes devem fornecer informações sobre disposições ou práticas legislativas que restrinjam o direito das mulheres à liberdade de circulação; por exemplo, o exercício de atribuições do marido sobre a esposa ou de pais sobre as filhas adultas e as exigências de fato ou de direito que impedem a mulher de viajar, como o consentimento de terceiros para emitir passaporte ou outro tipo de documento de viagem para uma mulher adulta”. Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 28 “artigo 3 (A igualdade de direitos entre homens e mulheres) (substitui o Comentário Geral n.º 4)”, 2000.

35 Sobre a necessidade de modificar e adaptar certas normas contrárias ao princípio da igualdade de cônjuges e proteção da família, ver CIDH. Relatório n.º 4/01, *Caso María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso n.º 11.625, 19 de janeiro de 2001. CIDH. Relatório n.º 59/03, *Caso Sonia Arce Esparza vs. Chile*, Caso n.º 12.433, Admissibilidade, 10 de outubro de 2003.

Outro aspecto central relacionado à proteção da família e ao princípio da igualdade é regulado no artigo 17.5, que estabelece que a lei deve reconhecer direitos iguais para as crianças nascidas fora do casamento e para as nascidas dentro dele.³⁶

Como foi observado, a República Argentina sancionou a lei sobre casamento igualitário. Esta lei teve repercussões e produziu reformas de diversos tipos nesse país. Em julho de 2012, um decreto presidencial (DNU 1006/2012, denominado “*Inscripción del nacimiento de hijos menores de matrimonios de personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley n.º 26.618*”)³⁷ permitiu que crianças com duas mães nascidas antes da nova lei matrimonial gozassem dos mesmos direitos das crianças nascidas após a promulgação da lei em 2010, colocando-as em pé de igualdade com o conjunto da sociedade, o que fez com elas recebessem novas certidões de nascimento contendo os nomes das duas mães. Em outras palavras, a norma permitiu que as crianças fossem registradas na certidão de nascimento e na certidão de casamento e, além disso, permite a obtenção de seus respectivos documentos de identidade nacional (DNI).

Este decreto se baseia no papel do Estado em assegurar a proteção necessária para o bem-estar das crianças e procura evitar as excessivas demoras que habitualmente sofriam as crianças que se encontravam nesta situação para acessar os seus registros completos, com todos os preconceitos daí decorrentes, tais como restrições ao exercício de seus direitos constitucionalmente protegidos.³⁸

3.2.1 Família e o princípio da não discriminação

Como indicado, o conceito de família mudou ao longo do tempo. Com relação à necessidade de adaptar a legislação e as práticas conforme a evolução das sociedades, a Corte IDH observou, no caso de *Atala Riffo e crianças vs. Chile*, que:

[...] no âmbito das *sociedades contemporâneas ocorrem mudanças sociais*, culturais e institucionais voltadas para desdobramentos mais inclusivos de todas as opções de vida dos cidadãos, o que se evidencia na aceitação social de casais inter-raciais, das mães ou pais solteiros ou dos casais divorciados, que em outros momentos não haviam sido aceitos pela sociedade. Nesse sentido, o *Direito e os Estados devem contribuir para o avanço social*, do contrário se corre o grave risco de legitimar ou consolidar diferentes formas de discriminação violatórias dos Direitos Humanos.³⁹

Sobre estereótipos familiares, a Convenção de Belém do Pará prescreve no artigo 6 que:

O direito de toda mulher a ser livre de violência abrange, entre outros:

- a) o direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação; e

36 O artigo 2 da CADH (dever de adotar disposições de direito interno) estabelece o seguinte: “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.”.

37 Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 1006/2012, *Inscripción del nacimiento de hijos menores de matrimonios de personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley n.º 26.618*, Buenos Aires, 2 de julho de 2012.

38 Esse regime de exceção consagrado pela ONU 1006/2012 somente será aplicável nos casos em que não existiu filiação paterna anterior e reconhece legalmente o vínculo com suas famílias extensas: avós e avós, tios e tias, entre outros.

39 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 120. (grifo nosso) Em relação ao cuidado de crianças por casais homossexuais, o Supremo Tribunal de Justiça da Nação do México considerou que: “a heterossexualidade não garante que uma criança adotada viva em condições ideais para seu desenvolvimento: isso não tem nada a ver com heterossexualidade-homossexualidade. Todas as formas de família têm vantagens e desvantagens e cada família deve ser analisada de uma maneira particular, não do ponto de vista estatístico”. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010*, 16 de agosto de 2010, § 338.

- b) o direito da mulher a ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação.

Além disso, o artigo 8º dispõe que:

Os Estados Partes convêm em adotar, progressivamente, medidas específicas, inclusive programas destinados a:

- a) promover o conhecimento e a observância do direito da mulher a uma vida livre de violência e o direito da mulher a que se respeitem e protejam seus Direitos Humanos;
- b) modificar os padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados a todos os níveis do processo educacional, a fim de combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher; [...]⁴⁰

O preâmbulo da CEDAW reconhece que “para alcançar a plena igualdade entre o homem e a mulher é necessário modificar o papel tradicional tanto do homem como da mulher na sociedade e na família”. Além disso, seu artigo 5º afirma que:

Os Estados-Partes tornarão todas as medidas apropriadas para:

- a) *Modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres.*
- b) Garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos. (grifo nosso).

A Corte IDH, no caso *Fornerón e filha vs. Argentina*, a respeito dos estereótipos relativos ao papel e as funções tradicionais dos pais dentro da família, sustentou que estes:

[...] respondem a ideias preconcebidas sobre o papel de um homem e uma mulher em relação a determinadas funções ou processos reprodutivos, relativos a uma futura maternidade e paternidade. Trata-se de noções baseadas em estereótipos que indicam a necessidade de eventuais vínculos afetivos ou de supostos desejos mútuos de formar uma família, a suposta importância do “formalismo” da relação, e o papel de um pai durante uma gravidez, quem deve prover cuidados e atenção à mulher grávida, pois caso não se deem estes pressupostos, presumir-se-ia uma falta de idoneidade ou capacidade do pai em suas funções com respeito à criança, ou inclusive que o pai não estava interessado em dar cuidado e bem estar a esta.⁴¹

No mesmo caso, e em relação ao melhor interesse da criança que poderia ser afetada se o pedido do pai biológico fosse concedido, a Corte IDH sustentou que:

[...] uma determinação com base em presunções infundadas e estereotipadas sobre a capacidade e idoneidade parental de poder assegurar e promover o bem-estar e o desenvolvimento da criança não é adequada para garantir o fim legítimo de proteger o interesse superior dessa criança. A Corte considera que não são admissíveis as considerações baseadas em estereótipos em virtude da orientação sexual, ou seja, concepções dos atributos, condutas ou

40 A Corte IDH declarou que: “[...] a violência contra as mulheres não apenas constitui uma violação dos Direitos Humanos, mas é ‘uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens’, que ‘transcende todos os setores da sociedade, independentemente de classe, raça ou etnia, nível de renda, cultura, nível educacional, idade ou religião e afeta negativamente suas próprias fundações’”. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010, § 108.

41 Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012, § 94.

características que possuem as pessoas homossexuais, ou o impacto que possam supostamente provocar nas crianças.⁴²

Especificamente, a Corte IDH nesta ocasião entendeu que:

[...] *não há nada [que indique] que as famílias monoparentais não possam oferecer cuidado, sustento e carinho às crianças.* A realidade demonstra cotidianamente que nem toda família conta com uma figura materna ou uma paterna, sem que isso obste a que esta possa oferecer o bem-estar necessário para o desenvolvimento das crianças.⁴³

Em relação à orientação sexual, a Corte IDH declarou, no mencionado *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*, e considerando o artigos 2.1 do PIDCP e 2.2 do PIDESC, que é proibida esta categoria de discriminação.⁴⁴

Por sua vez, o Comitê de Direitos Humanos expressou sua preocupação frente a várias situações discriminatórias relacionadas à orientação sexual das pessoas.⁴⁵ Em consonância com o anterior, o Comitê DESC determinou que a orientação sexual pode ser enquadrada como “outra condição social”.⁴⁶

42 *Ibidem*, § 99. Em sentido similar, ver Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 111. Sobre o melhor interesse da criança, ver Alston, P. *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*. Clarendon Press, Oxford, 1994.

43 Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012, § 99. (grifo nosso) A CIDH considerou que a passagem do tempo foi especialmente relevante na determinação da situação jurídica da criança e de seu pai, uma vez que as autoridades judiciais estabeleceram a simples adoção da criança em favor do casal de guardiões em 23 de dezembro de 2005, com base no relacionamento que já havia se desenvolvido ao longo do tempo. O atraso injustificado nos procedimentos tornou-se o motivo para o desconhecimento dos direitos do pai. Em consequência, a CIDH solicitou à Corte IDH que declarasse a responsabilidade internacional do Estado pela violação do direito do Sr. Fornerón e de sua filha ao devido processo legal, às garantias judiciais e ao direito à proteção da família, consagrados no artigos 8.1., 25.1. e 17 da CADH, respectivamente, em relação aos artigos 19 e 1.1 do mesmo instrumento; bem como a violação do artigo 2 da CADH, em relação aos artigos 1.1 e 19 desse instrumento. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012, § 96.

44 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 88.

45 Comitê DHONU. Observações finais, Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, de 17 de abril 2007, § 16: “Apesar de observar com satisfação a revogação das disposições que criminalizam as relações homossexuais entre adultos responsáveis, o Comitê continua preocupado com a discriminação a que certos indivíduos são submetidos devido à sua orientação sexual, entre outros, perante os tribunais e nos acesso à saúde (arts. 2 e 26 do P[IDCP]). O Estado Parte deve garantir a todas as pessoas a igualdade dos direitos estabelecidos no P[IDCP], independentemente de sua orientação sexual, incluindo a igualdade perante a lei e o acesso a serviços de saúde. Deve também implementar programas de conscientização para combater o preconceito social”. Comitê DHONU. Observações finais, Barbados, CCPR/C/BRB/CO/3, 14 de maio de 2007, § 13: “O Comitê expressa sua preocupação com a discriminação sofrida por homossexuais no Estado Parte e, em particular, com a penalização de atos sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo (art. 26)”. Comitê DHONU. Observações finais, Estados Unidos de América, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 de dezembro de 2006, § 25: “Também observa com preocupação que a discriminação no emprego com base na orientação sexual não é proibida em muitos Estados (artigos 2 e 26). O Estado Parte deve aceitar sua obrigação legal, nos termos dos artigos 2 e 26, de garantir a todas as pessoas os direitos protegidos pelo P[IDCP], bem como a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei, sem discriminação com base na orientação sexual”. Comitê DHONU. Observações finais, El Salvador, CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003, § 16: “O Comitê manifesta sua preocupação com os casos de pessoas atacadas e até mortas com base em sua orientação sexual (art. 9), o baixo número de investigações relacionadas a esses atos ilegais e as disposições existentes (como as “Ordenações de Contravenção” locais) utilizadas para discriminar pessoas com base em sua orientação sexual (art. 26)”.

46 Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 20, “A não discriminação e os direitos econômicos, sociais e culturais (art. 2, § 2 del PIDESC)”, E/C.12/GC/20, 2 de julho de 2009, § 32: “em qualquer outra condição social, conforme estabelecido no artigo 2.2. do P[IDCP], a orientação sexual está incluída”. Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 18, “O direito ao trabalho”, E/C.12/GC/18, 6 de fevereiro de 2006, § 12: “Nos termos do artigo 2, parágrafo 2, bem como do artigo 3, o PIDESC proíbe toda discriminação no acesso e retenção de empregos com base na [...] orientação sexual”. Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 15, “O direito à água (arts. 11 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)”, E/C.12/2002/11, 20 de janeiro de 2003, § 13. Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 14. “O direito ao desfrute do mais alto nível possível de saúde (art. 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)”, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, § 18.

Da mesma forma, o Comitê dos Direitos da Criança,⁴⁷ o Comitê contra a Tortura,⁴⁸ e o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher⁴⁹ fizeram referências em seus comentários e recomendações gerais à inclusão da orientação sexual como uma das categorias proibidas de discriminação.⁵⁰

Por sua vez, a Assembleia Geral da OEA adotou quatro resoluções sucessivas desde 2008 em suas sessões anuais sobre a proteção de indivíduos contra o tratamento discriminatório baseado em sua orientação sexual e identidade de gênero, pedindo que medidas concretas fossem tomadas para a proteção efetiva contra atos discriminatórios.⁵¹ Essas resoluções reconhecem e condenam a grave situação de violação de Direitos Humanos enfrentada por indivíduos com base em sua orientação sexual e identidade de gênero.

Além disso, em relação aos estereótipos baseados na orientação sexual das pessoas, a Corte IDH sustentou no caso *Atala Riffo e crianças vs. Chile* que:

Uma determinação com base em presunções infundadas e estereotipadas sobre a capacidade e idoneidade parental de poder assegurar e promover o bem-estar e o desenvolvimento da criança não é adequada para garantir o fim legítimo de proteger o interesse superior dessa criança. A Corte considera que não são admissíveis as considerações baseadas em estereótipos em virtude da orientação sexual, ou seja, preconceções dos atributos, condutas ou características que possuem as pessoas homossexuais, ou o impacto que possam supostamente provocar nas crianças.⁵²

Neste sentido, a Corte IDH sustentou que exigir que uma mãe condicione suas escolhas de vida para viver com suas filhas implica usar uma concepção “tradicional” do papel social da mulher como mãe, segundo a qual se espera que as mulheres “carreguem” como principal responsabilidade a criação de seus filhos.⁵³ Neste sentido, sustentou que:

[...] a linguagem utilizada pela Corte Suprema do Chile relacionada com a suposta necessidade das crianças de crescer numa “família estruturada normalmente e apreciada no meio social”, e não numa “família excepcional”, reflete uma percepção limitada e estereotipada do conceito de família que não tem base na Convenção porquanto não existe um modelo específico de família (a “família tradicional”).⁵⁴

3.3 Planejamento Familiar

Como indicado *supra*, o direito de constituir uma família implica a possibilidade de procriação.⁵⁵ No caso *Artavia Murillo e outros (“Fertilização In Vitro”) vs. Costa Rica* a Corte IDH sustentou que

47 Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 3, “O VIH/SIDA e os direitos da criança”, 2003, § 8. Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 4, “A saúde de o desenvolvimento dos adolescentes no contexto da Convenção sobre os Direitos da Criança”, 2003, § 6.

48 Comitê contra a Tortura ONU. Comentário Geral n.º 2, “Aplicação do artigo 2 pelos Estados Partes”, CAT/C/ GC/2, 24 de janeiro de 2008, §§ 20 e 21.

49 Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher ONU. Recomendação Geral n.º 27, “Mulheres maiores e a proteção de seus Direitos Humanos”, 2010, § 13. Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher ONU. Projeto de Recomendação Geral n.º 28 relativa ao artigo 2 da Convenção, 2010, § 18.

50 ONU. Declaração sobre Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero, Assembleia Geral de Nações Unidas, A/63/635, 22 de dezembro de 2008, § 3.

51 OEA. Resolução n.º 2435, “Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (XXXVIII-O/08), 3 de junho de 2008. OEA. Resolução n.º 2504, “Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (XXXIX-O/09), 4 de junho de 2009. OEA. Resolução n.º 2600, “Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (XL-O/10), 8 de junho de 2010. OEA. Resolução n.º 2653, “Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (XLI-O/11), 7 de junho de 2011.

52 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 111.

53 *Ibidem*, § 140.

54 *Ibidem*, § 145.

55 Sobre o assunto, a OMD sustentou que “o planejamento familiar permite que indivíduos e casais antecipem e tenham o número desejado de filhos, bem como o momento de seu nascimento. Isso é alcançado através do uso de métodos

“[...] A saúde reprodutiva implica também os direitos do homem e da mulher a serem informados e a ter livre escolha e acesso a métodos para regular a fecundidade que sejam seguros, eficazes, de fácil acesso e aceitáveis.”⁵⁶

Neste sentido, o Comitê de Direitos Humanos, no Comentário Geral nº 19 (“A Família”), especificou que:

O direito de fundar uma família implica, em princípio, a possibilidade de procriação e de convivência. Quando os Estados partes adotam políticas de planejamento familiar, estas devem ser compatíveis com as disposições do Pacto e, acima de tudo, não devem ser discriminatórias nem obrigatórias.

Da mesma forma, a possibilidade de convivência implica a adoção de medidas adequadas, incluindo, conforme o caso, a cooperação com outros Estados para assegurar a unidade ou reunificação das famílias, especialmente quando a separação de seus membros depende de razões políticas, econômicas ou similares.⁵⁷

contraceptivos e do tratamento da infertilidade involuntária”. A habilidade da mulher para estabelecer o momento de sua gravidez tem um impacto direto em sua saúde e bem-estar, bem como no resultado de qualquer gravidez”. (tradução livre)

- 56 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) vs. Costa Rica*. EPMRC. 2012, § 149. Na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, os Estados participantes reconheceram que a saúde sexual e reprodutiva é essencial para indivíduos, casais e famílias, para o desenvolvimento social e econômico das comunidades: “a saúde reprodutiva é um estado geral de bem-estar físico”, mental e social, [...] implica a capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e segura e de procriar, e a liberdade de decidir fazê-lo ou não, quando e com que frequência. Esta última condição implica o direito do homem e mulheres para obter informações para o planejamento familiar de sua escolha, acesso a outros métodos de regulação da fertilidade que não sejam legalmente proibidos e acesso a métodos seguros, eficazes, acessíveis e aceitáveis, o direito de receber serviços de saúde que permitam a gravidez e partos seguros e oferecem aos casais a melhor chance de ter filhos saudáveis De acordo com esta definição de saúde reprodutiva, os cuidados de saúde reprodutiva são definidos como o conjunto de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivos, evitando e resolvendo problemas relacionados à saúde reprodutiva. Inclui também a saúde sexual, cujo objetivo é o desenvolvimento da vida e das relações pessoais, e não apenas o aconselhamento e o cuidado em questões de reprodução e doenças sexualmente transmissíveis [...]. Dessa maneira, os direitos reprodutivos abrangem certos Direitos Humanos que já são reconhecidos nas leis nacionais, documentos internacionais de Direitos Humanos e outros documentos relevantes da ONU aprovados por consenso. Esses direitos se baseiam no reconhecimento do direito básico de todos os casais e indivíduos de decidir livre e responsavelmente o número de filhos, o espaçamento de nascimentos e o intervalo entre eles, e de ter as informações e os meios para fazê-lo, e os direitos de alcançar o mais alto nível de saúde sexual e reprodutiva. Também inclui o direito de tomar decisões sobre reprodução sem sofrer discriminação, coerção ou violência, de acordo com as disposições dos documentos de Direitos Humanos. No exercício desse direito, casais e indivíduos devem levar em consideração as necessidades de seus filhos nascidos e futuros e suas obrigações para com a comunidade. A promoção do exercício responsável desses direitos por todos deve ser a base principal das políticas e programas estaduais e comunitários no campo da saúde reprodutiva, incluindo o planejamento familiar [...]. A saúde reprodutiva está fora do alcance de muitas pessoas em todo o mundo devido a fatores como: conhecimento insuficiente sobre sexualidade humana e informações e serviços insuficientes ou ruins sobre saúde reprodutiva; a prevalência de comportamentos sexuais de alto risco; práticas sociais discriminatórias; atitudes negativas em relação a mulheres e meninas; e o limitado poder de decisão que muitas mulheres têm em relação à vida sexual e reprodutiva. Na maioria dos países, os adolescentes são particularmente vulneráveis devido à falta de informações e acesso a serviços relevantes. Mulheres e homens mais velhos têm problemas especiais de saúde reprodutiva, que geralmente não são tratados adequadamente.” (Programa de Ação, §§ 7.2. E 7.3.). Nesse sentido, “[...] Os Estados devem adotar todas as medidas apropriadas para garantir, com base na igualdade de homens e mulheres, acesso universal aos serviços de saúde, inclusive os relacionados à saúde reprodutiva, que incluem planejamento familiar e saúde sexual. Os programas de saúde reprodutiva devem fornecer os serviços mais amplos possíveis, sem coerção. Todos os casais e todas as pessoas têm o direito fundamental de decidir livre e responsavelmente o número e o espaçamento dos filhos e de ter as informações, educação e meios necessários para fazê-lo [...]; além de promover a equidade e igualdade dos sexos e os direitos das mulheres, eliminando todos os tipos de violência contra elas e garantindo que é ela quem controla sua própria capacidade reprodutiva, que é a pedra angular dos programas de população e desenvolvimento. Os Direitos Humanos das mulheres, meninas e jovens são uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos universais [...]”. ONU. Relatório da Conferência Internacional sobre a População e o Desenvolvimento. A/CONF.171/13/Rev.1. El Cairo, 5 a 13 de setembro de 1994.
- 57 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 19, *op. cit.*, § 5. O direito de coabitar não é absoluto, mas permite exceções

Sobre o assunto, é importante mencionar que o artigo 11 da CEDAW prevê que:

1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos, em particular: [...] f) O direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução.
2. A fim de impedir a discriminação contra a mulher por razões de casamento ou maternidade e assegurar a efetividade de seu direito a trabalhar, os Estados-Partes tomarão as medidas adequadas para:
 - a) Proibir, sob sanções, a demissão por motivo de gravidez ou licença de maternidade e a discriminação nas demissões motivadas pelo estado civil;
 - b) Implantar a licença de maternidade, com salário pago ou benefícios sociais comparáveis, sem perda do emprego anterior, antiguidade ou benefícios sociais;
 - c) Estimular o fornecimento de serviços sociais de apoio necessários para permitir que os pais combinem as obrigações para com a família com as responsabilidades do trabalho e a participação na vida pública, especialmente mediante fomento da criação e desenvolvimento de uma rede de serviços destinados ao cuidado das crianças;
 - d) Dar proteção especial às mulheres durante a gravidez nos tipos de trabalho comprovadamente prejudiciais para elas. [...].⁵⁸

Além disso, no artigo 12, a CEDAW prescreve que:

1. Os Estados-Partes adotarão *todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar*.
2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1º, os Estados-Partes garantirão à mulher assistência apropriadas em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância (grifo nosso).

A este respeito, conforme declarado pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher na Recomendação nº 24, os Estados devem informar sobre as “medidas adotadas para assegurar serviços adequados às mulheres em relação à gravidez, ao parto e ao período pós-natal”.⁵⁹ Além disso, os Estados devem assegurar que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social,⁶⁰ bem como proporcionar às mulheres e meninas acesso a materiais informativos específicos que contribuam para garantir a saúde e o bem-estar da família, incluindo informações

quando a separação de uma criança de sua família é necessária para a proteção de seus próprios interesses, quando os pais estão separados e é necessário determinar quem tem a guarda da criança e, eventualmente, quando nem todos os membros de uma família têm a mesma nacionalidade onde está habitará. Cfr. O’Donnell, D. *op. cit.*, pp. 826-827.

58 O artigo 13 da CEDAW estabelece que: “Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher em outras esferas da vida econômica e social a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos, em particular: a) O direito a benefícios familiares; [...]”.

59 Da mesma forma, “os Estados Partes devem indicar em que medida prestam os serviços gratuitos necessários para garantir que a gravidez, o parto e o puerpério ocorram em segurança. Muitas mulheres correm perigo de morte ou podem acabar incapacitadas por circunstâncias relacionadas com a gravidez não dispõem de recursos financeiros para usufruir ou acessar os serviços necessários, como serviços de pré-natal e pós-parto e serviços de maternidade. O Comitê observa que é obrigação dos Estados partes garantir o direito das mulheres a serviços de maternidade gratuitos e seguros e serviços obstétricos de emergência, e que deve alocar o máximo de recursos disponíveis a esses serviços”. Comitê sobre Eliminação da Discriminação contra a Mulher ONU. Recomendação Geral n.º 24, “artigo 12 da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher – A mulher e a saúde”, 1999, § 27.

60 Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, artigo 5º. Nesse sentido, o Preâmbulo da CEDAW ressalta “[...] a grande contribuição da mulher ao bem-estar da família e ao desenvolvimento da sociedade, até agora não plenamente reconhecida, a importância social da maternidade e a função dos pais na família e na educação dos filhos, e [...] que o papel da mulher na procriação não deve ser causa de discriminação mas sim que a educação dos filhos exige a responsabilidade compartilhada entre homens e mulheres e a sociedade como um conjunto [...]”.

e conselhos sobre planejamento familiar; e assegurar que as mulheres rurais tenham acesso a serviços adequados de saúde, incluindo informações, conselhos e serviços de planejamento familiar.⁶¹

O artigo 16(1) da CEDAW exige que os Estados Partes assegurem que a mulher tenha os mesmos direitos que o homem para decidir livre e responsavelmente sobre a quantidade e o intervalo entre o nascimento de seus filhos, bem como tenha acesso a informação, educação e meios que lhe permita exercer esses direitos.⁶²

A Corte IDH, no caso *Artavia Murillo e outros (“Fertilização In Vitro”) vs. Costa Rica*, sustentou que “o direito à vida privada se relaciona com: i) a autonomia reprodutiva, e ii) o acesso aos serviços de saúde reprodutiva, o que envolve o direito de ter acesso à tecnologia médica necessária para exercer esse direito”. Acrescentou que o direito à autonomia reprodutiva:

é violado quando se obstaculizam os meios através dos quais uma mulher pode exercer o direito a controlar sua fecundidade. Assim, a proteção à vida privada inclui o respeito às decisões de se converter em pai ou mãe, incluindo a decisão do casal de se converter em pais genéticos.⁶³

Por sua vez, o Comitê sobre a Eliminação de toda a formas de Discriminação contra a Mulher na citada Recomendação n.º. 24, também observou que:

61 Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher ONU. Recomendação Geral n.º 24, *op. cit.*, 1999, § 28.

62 O Comitê DESCONU declarou que: “as obrigações de proteger incluem, entre outras, as obrigações dos Estados de adotar leis ou outras medidas para garantir acesso igualitário aos serviços de atenção de saúde e serviços relacionados à saúde prestados por terceiros; garantir que a privatização do setor da saúde não represente uma ameaça à disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade dos serviços de saúde; controlar a comercialização de equipamentos e medicamentos por terceiros e garantir que os médicos e outros profissionais de saúde atendam às condições necessárias de educação, experiência e ética. Os Estados também têm a obrigação de garantir que práticas sociais ou tradicionais prejudiciais não afetem o acesso aos cuidados antes e depois do parto, nem o planejamento da família; impedir que terceiros de induzam a mulher a submeter-se a práticas tradicionais, por exemplo, a mutilação dos órgãos genitais femininos; e tomar medidas para proteger todos os grupos vulneráveis ou marginalizados da sociedade, em particular mulheres, crianças, adolescentes e idosos, levando em consideração os atos de violência na perspectiva de gênero. Os Estados também devem garantir que terceiros não limitem o acesso das pessoas a informações e serviços relacionados à saúde.” Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 14, *op. cit.*, § 35. Por sua parte, a CIDH sustentou que: “[...] os fatos [procedimento cirúrgico de ligadura das trompas sem o consentimento informado da mulher] poderia caracterizar uma possível violação do artigo 17 da C[ADH] em relação às obrigações estabelecidas no artigo 1.1 do mesmo instrumento, a respeito a ingerência arbitrária de funcionários públicos no direito de I.V. decidir livremente o número de filhos e por conseguinte o tamanho de sua família [...] a C[IDA] considera que a esterilização alegadamente realizada por funcionários estatais sem o consentimento da presumida vítima, como como as consequências físicas e psicológicas de tal intervenção médica, poderão caracterizar uma possível violação do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará [...]”. CIDH. Relatório n.º 40/08, Petição 270-07, Admissibilidade, *I. V. vs. Bolívia*, 23 de julho de 2008, §§ 82 e 83, respectivamente. Da mesma forma, ver CIDH. Relatório n.º 71/03, Petição 12.191, Solução amistosa, *Caso María Mamérita Mestanza Chávez vs. Peru*, 10 de outubro de 2003. CIDH. Relatório n.º 25/04, Petição n.º 12.361, Admissibilidade, *Caso Ana Victoria Sanchez Villalobos e outros vs. Costa Rica*, 11 de março de 2004. Por sua vez, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, na Comunicação 4/2004 do caso *A. S. vs. A Hungria*, defendeu o direito das mulheres de receber informações sobre esterilização e outros procedimentos alternativos de planejamento familiar, para que possam tomar uma decisão com total consentimento; além disso, indicou que a esterilização compulsória influencia negativamente a saúde física e mental das mulheres e viola o direito de decidir o número e o momento de ter filhos. Comitê sobre Eliminação da Discriminação contra a Mulher ONU. Comunicação n.º 4/2004, *Caso A.S. vs. Hungria*, 36º período de sessões, 29 de agosto de 2006.

63 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) vs. Costa Rica*. EPMRC. 2012, § 146. Da mesma forma, a Corte IDH acrescentou que “[...] a decisão de ter filhos biológicos por meio do acesso a técnicas de reprodução assistida faz parte do escopo dos direitos à integridade pessoal, liberdade pessoal e vida privada e familiar. Além disso, o modo como essa decisão é construída faz parte da autonomia e identidade de uma pessoa, tanto na dimensão individual quanto no casal.” *Ibidem*, § 272. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) vs. Costa Rica*. Acordo de solução amistosa assinado entre o Estado da Costa Rica e a parte demandada, de 4 de agosto de 2016. CIDH, Relatório n.º 156/10, Admissibilidade, Petição 1368/04, *Caso Daniel Gerardo Gómez, Aida Marcela Garita e outros vs. Costa Rica*, 1 de novembro de 2010.

Os estudos que revelam os altos índices globais de mortalidade e morbidade maternas e o grande número de casais que desejam limitar o número de filhos, mas que não têm acesso ou não usam nenhuma forma de contracepção, são, para os Estados partes, indicações importantes da potencial violação de suas obrigações de garantir o acesso das mulheres aos cuidados médicos.⁶⁴

Neste sentido, o Comitê CEDAW recomenda aos Estados:

colocar a perspectiva de gênero no centro de todas as políticas e os programas que afetam a saúde da mulher e fazer com que esta participe no planejamento, execução e monitoramento de tais políticas e programas e na prestação de serviços de saúde às mulheres[*e também*] assegurar a eliminação de todas as barreiras ao acesso das mulheres aos serviços, à educação e à informação sobre saúde, inclusive na esfera da saúde sexual e reprodutiva e, em particular, para alocar recursos a programas orientados às adolescentes para a prevenção e tratamento de doenças venéreas, incluindo o vírus da imunodeficiência humana/síndrome da imunodeficiência adquirida (HIV/AIDS).⁶⁵

Além disso, o Comitê CEDAW recomenda que os Estados deem prioridade à prevenção de gravidezes indesejadas através de planejamento familiar e educação sexual, bem como à redução das taxas de mortalidade materna através de serviços de maternidade sem risco e atenção pré-natal. A este respeito, e “na medida do possível, a legislação que pune o aborto deve ser alterada para abolir as medidas punitivas impostas às mulheres que tenham se submetido a abortos”.⁶⁶

4. Direito à proteção da família contra as interferências arbitrárias

A proteção da família regulada pelo artigo 17 da CADH é complementada com a garantia de cada pessoa a ser protegida contra qualquer interferência ilegal, arbitrária ou abusiva em sua vida familiar, consagrada em vários instrumentos internacionais, mas, em particular, pelo artigo 11.2 da Convenção, que estabelece o seguinte:

[...]

2 - *Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.*

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. (grifo nosso)

A DADDH, no artigo V, estabelece que: “[*t*]oda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”. (grifo nosso)

Sobre o assunto, a DUDH no artigo 12 prescreve que:

64 Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher ONU. Recomendação Geral n.º 24, *op. cit.* 1999, § 27. O Comitê DESCONU sustentou que: “a disposição relacionada à ‘redução da mortalidade e da mortalidade infantil’ e ao ‘desenvolvimento saudável das crianças’ (artigo 12, parágrafo 2 (a) pode ser entendida como significando que medidas precisam ser tomadas para melhorar a saúde infantil e materna, serviços de saúde sexual e reprodutiva, incluindo acesso a planejamento familiar, atendimento pré e pós-parto, serviços obstétricos de emergência e acesso a informações, bem como os recursos necessários para agir com base nessas informações”. Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 14, *op. cit.*, § 14. “Saúde genética significa que mulheres e homens são livres para decidir se e quando desejam se reproduzir, e têm o direito de ser informados e ter acesso a métodos seguros, eficazes, acessíveis e aceitáveis de planejamento familiar, bem como o direito de acesso aos pertinentes serviços de atenção à saúde que, por exemplo, permitirão à mulher passar sem perigos as etapas da gravidez e do parto”.

65 Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher ONU. Recomendação Geral n.º 24, *op. cit.*, § 31.

66 *Idem.*

Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques (grifo nosso)

Coincidentemente, o artigo 17 do PIDCP, afirma que:

1. *Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.*
2. *Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas. (grifo nosso)*

Desta forma a DUDH, a DADDH, o PIDCP, a CADH e a Convenção sobre os Direitos da Criança reconhecem a privacidade da família como parte do direito à intimidade da pessoa humana. Assim, o artigo 16 da Convenção sobre os Direitos da Criança afirma que “nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação”.⁶⁷

A Corte IDH considerou que o artigo 11.2 da CADH está intimamente relacionado com a proteção da família e o direito de nela viver (direito reconhecido no artigo 17 da mesma Convenção), segundo o qual o Estado está obrigado não só a prevenir e executar diretamente as medidas de proteção das crianças, mas também a promover, no sentido mais amplo, o desenvolvimento e o fortalecimento do núcleo familiar.⁶⁸

Em suma, os instrumentos internacionais reconhecem não apenas o direito de toda pessoa a “não ser objeto” de tais interferências, mas também o direito da família à proteção da lei contra essas interferências.⁶⁹ Assim, o Estado tem o dever de abster-se de cometer atos dessa natureza e, além disso, deve proteger o indivíduo contra possíveis interferências provenientes de outros indivíduos ou entidades privadas.⁷⁰

Nesse sentido, a Corte IDH considerou, no mencionado *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*, que:

[...] O Tribunal ressalta que, diferentemente do disposto na Convenção Europeia, na qual só se protege o direito à vida familiar em conformidade com o artigo 8 da citada Convenção, a Convenção Americana conta com dois artigos que protegem a vida familiar de maneira complementar. Com efeito, esta Corte considera que a imposição de um conceito único de família deve ser analisada não só pela possível ingerência arbitrária contra a vida privada, segundo o artigo 11.2 da Convenção Americana, mas também pelo impacto que isso possa ter no núcleo familiar, à luz do artigo 17.1 dessa citada Convenção.⁷¹

Neste sentido, a Corte IDH observou que:

O artigo 11 da C[ADH] proíbe toda ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas, enunciando diversos de seus âmbitos como a vida privada de suas famílias. Nesse sentido,

67 O'Donnell, D., *op. cit.*, pp. 800-801.

68 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. Condição jurídica e Direitos Humanos da criança. 2002, § 66. Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010, § 157.

69 “Ao aprovar esses tratados de Direitos Humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal na qual, para o bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas aos indivíduos sob sua jurisdição.” Corte IDH. Parecer Consultivo OC-2/82. O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 1982, § 29.

70 O TEDH assinalou no *Caso Karner vs. Áustria*, que: “[o] objetivo da proteção da família, no sentido tradicional, é um tanto abstrato e podem empregar-se uma grande variedade de medidas concretas para alcançar sua implementação [...] esse é o caso da diferença de tratamento com base no sexo ou na orientação sexual, o princípio da proporcionalidade não exige apenas que a medida adotada seja, em princípio, adequada para a realização do objetivo perseguido. Também deve ser demonstrado que é necessário para conseguir a exclusão de determinadas categorias de pessoas”. TEDH. *Caso Karner vs. Áustria*, 24 de julho de 2003, § 41. (tradução livre)

71 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 175.

a Corte [IDH] sustentou que o âmbito da privacidade se caracteriza por ficar isento e imune às invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública.⁷²

Em seguida, no que diz respeito à proteção da privacidade, ressaltou que:

[...] com respeito ao artigo 11 da Convenção Americana, que, embora essa norma se intitule “Proteção da honra e da dignidade”, seu conteúdo inclui, entre outros, a proteção da vida privada. Vida privada é um conceito amplo não suscetível a definições exaustivas e que compreende, entre outros âmbitos protegidos, a vida sexual e o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos, ou seja, a vida privada inclui a forma pela qual o indivíduo se vê a si mesmo, e como e quando decide projetar isso em relação aos demais.⁷³

É também importante mencionar que em várias ocasiões a Corte IDH sustentou que o direito à privacidade não é absoluto e, portanto, pode ser restringido desde que tal interferência não seja abusiva ou arbitrária; em outras palavras, deve ser prevista por lei, perseguir um objetivo legítimo e atender aos requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade, que são necessários em uma sociedade democrática.⁷⁴

O direito de toda pessoa à proteção contra as ingerências arbitrárias e ilegais em sua família é de particular relevância em relação à separação das crianças de suas famílias, tema que é analisado a seguir.

A Corte IDH em seu parecer consultivo sobre a *condição jurídica e os Direitos Humanos das crianças* sustentou que o Estado tem a obrigação de auxiliar as famílias, o que implica a necessidade de fomentar o desenvolvimento e o fortalecimento do núcleo familiar.⁷⁵

As obrigações da sociedade para com a família não foram claramente reguladas em instrumentos internacionais; entretanto, como será analisado na seção seguinte, a Convenção sobre os Direitos da Criança contém diferentes disposições que esclarecem as obrigações da família para com a criança.⁷⁶

5. Relação do direito à proteção familiar com os direitos da criança. Deveres e obrigações da família, da sociedade e do Estado

O direito à proteção da família tem uma relação intrínseca com os artigos 17 e 19 (Direitos da Criança) da CADH. Nesse sentido, as crianças são titulares dos direitos estabelecidos pela CADH, além de terem medidas especiais de proteção (art. 19), que devem ser definidas de acordo com as circunstâncias particulares do caso.⁷⁷ A adoção dessas medidas é de responsabilidade do Estado, da família e da comunidade à qual a criança pertence.⁷⁸

72 *Ibidem*, § 161. Em sentido similar ver Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006. Corte IDH. *Caso Fontevecchia e D'Amico vs. Argentina*. MRC. 2011, § 48.

73 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 162. (grifo nosso)

74 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e meninas vs. Chile*. MRC. 2012, § 164. Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPFRC. 2009, § 56. Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. EPFRC. 2009, § 116. Na mesma sentença do *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*, a Corte IDH declarou que: “a orientação sexual da senhora Atala faz parte de sua vida privada, na qual não era possível qualquer ingerência, sem que fossem cumpridos os requisitos de “idoneidade, necessidade e proporcionalidade”. *Diferente é que no âmbito de um processo de guarda seja possível analisar as condutas parentais concretas que, supostamente, podiam ter ocasionado dano à criança [...]*” Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, § 165. (grifo nosso)

75 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, §§ 62 e 91.

76 Neste sentido, ver O'Donnell, D., *op. cit.*

77 Sobre o assunto, ver Beloff, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*. Hamurabi, Buenos Aires, 2017.

78 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, § 62. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, § 121; Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, § 196; e Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. FRC. 2012, § 44.

Tradicionalmente, os padrões de proteção da criança eram incluídos dentro dos padrões de proteção da família (juntamente com a proteção das mulheres grávidas), pois a criança não podia ser representada fora de uma relação familiar como detentora autônoma de direitos subjetivos.⁷⁹ O direito da criança à “proteção, cuidado e assistência especial” é reconhecido por todos os instrumentos internacionais que tratam especificadamente das crianças, em particular, a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Desta forma, a proteção devida por parte do Estado à família e à criança estão intimamente relacionadas. Na prática, as medidas impostas para a proteção da família e da criança são as mesmas, tanto em termos do apoio material que o Estado é obrigado a prestar às famílias necessitadas, quanto dos princípios que devem ser respeitados ao prestar tal apoio, seja na decisão de separar a criança da sua família ou em outros aspectos específicos relacionados aos direitos da criança.⁸⁰

Essa necessidade de medidas especiais de proteção às crianças está expressamente consagrada no artigo 19 da CADH, que estabelece que: “toda criança tem direito às medidas de proteção exigidas pela sua condição de menor por parte de sua família, da sociedade e do Estado.” Da mesma forma, o artigo 16 do Protocolo de San Salvador afirma que: “Toda criança, seja qual for sua filiação, tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado [...]”.

O artigo 24 do PIDCP dispõe que:

1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado. [...].

A Convenção sobre os Direitos da Criança, através do seu Preâmbulo, reconhece a importância da família ao afirmar que:

[...] a liberdade, a justiça e a paz no mundo se fundamentam no reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana

[...]

Convencidos de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade;

Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão; [...].

Neste sentido, a centralidade da família como direito humano da criança é uma das regras mais fortes da Convenção sobre os Direitos da Criança. A Corte IDH declarou que as disposições da Convenção devem ser consideradas de acordo com o *corpus juris* de proteção internacional dos direitos da

79 Desta forma, embora o conceito de família como sujeito de direito não se limite à família tradicional, a existência de uma criança em um lar é geralmente suficiente para constituir uma família como sujeito de proteção, e a criança é invariavelmente sujeita a direitos que lhe correspondem devido à sua condição de beneficiário dos direitos da família. Nesse sentido, os direitos da criança estão entrelaçados com os da família, sendo necessário analisá-los juntos. *Cf.*: O'Donnell, D., *op. cit.*, pp. 794-795.

80 O'Donnell, D., *op. cit.*, p. 339. Vários instrumentos internacionais excluem - expressa ou implicitamente - o gozo das crianças de certos direitos, como o direito de casar e fundar uma família, considerada exclusiva para uma pessoa que “tem idade suficiente para fazê-lo”, e os direitos políticos que só podem ser exercidos pelos cidadãos (um conceito que implica a maioridade). Essa circunstância se baseia na interpretação segundo a qual os menores são titulares de todos os direitos que esses instrumentos conceituam como “direitos de todos”. *Ibidem*, p. 315.

criança definido pelo alto tribunal regional no caso “*Crianças de Rua*” (*Villagrán Morales e outros*) vs. *Guatemala*.⁸¹

Além disso, o princípio VI da Declaração dos Direitos da Criança de 1959 afirma que:

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

Por último, o Comitê dos Direitos da Criança, na Comentário Geral nº 12 (“O direito da criança a ser ouvida”), sustentou que:

A família, na qual as crianças podem expressar livremente suas opiniões e serem levadas em consideração desde cedo, fornece um modelo importante e uma preparação para que a criança exerça o direito de ser ouvida na sociedade como um todo. Esta forma de exercer a responsabilidade dos pais serve para promover o desenvolvimento individual, melhorar as relações familiares e apoiar a socialização da criança, e desempenha um papel preventivo contra todas as formas de violência no lar e na família.⁸²

5.1. O direito de viver e permanecer com a família. A excepcionalidade da separação familiar

O Direito Internacional dos Direitos Humanos reafirma o direito humano da criança de viver e permanecer com sua família de origem. Em relação a este direito, a Corte IDH no caso *Fornerón vs. Argentina* observou que:

[...] *o desfrute mútuo da convivência entre pais e filhos constitui um elemento fundamental na vida de família*. Nesse sentido, a criança deve permanecer em seu núcleo familiar, salvo se existirem razões determinantes, em função do interesse superior da criança, para optar por separá-la de sua família.⁸³

Se não for possível viver com a família de origem, a criança tem o direito de viver e permanecer com sua família ampliada ou que constituam referências afetivas. A Corte IDH, no parecer consultivo

81 Nessa sentença, a Corte IDH observou que: “[t]anto a [C]ADH quanto a Convenção sobre os Direitos da Criança fazem parte de um muito abrangente *corpus juris* internacional sobre a proteção das crianças, que deve servir [a Corte IDH] para determinar o conteúdo e o escopo da disposição geral definida no artigo 19 da CADH”. Corte IDH. *Caso das “Crianças de rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. EP. 1997, § 194. Em similar sentido, ver Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, § 121; Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, § 107; e Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012, § 137. Além disso, anteriormente a Corte IDH indicou que: “o *corpus iuris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos é constituído por um conjunto de instrumentos internacionais com conteúdo e efeitos jurídicos variados (tratados, convenções, resoluções e declarações)”. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal. Parecer Consultivo OC-16/99* de 1 de outubro de 1999, § 115.

82 Comitê dos Direitos da Criança, no Comentário Geral nº 12 (“O direito da criança a ser ouvida”), 2009, § 90. Com relação ao direito de crianças de serem ouvidas e expressar suas opiniões em processos perante a Corte IDH, recomenda-se a leitura da seção “Crianças como supostas vítimas” do comentário aos artigos 44 a 47 (competência da CIDH), a cargo de Tojo.

83 Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. FRC. 2012, § 45. (grifo nosso) Em sentido similar, o TEDH sustentou, entre outros, no caso *K. e T. vs. Finlândia*, Sentença n.º 25702/94, de 12 de julho de 2001: “[...] o desfrute dos pais e filhos da companhia mútua constitui um elemento fundamental da vida familiar, e as medidas internas que impeçam esse desfrute constituem uma interferência ao direito protegido pelo artigo 8 da Convenção [...]”. TEDH. *Caso K. e T. vs. Finlândia*, Sentença n.º 25702/94, 12 de julho de 2001, § 151. (tradução livre)

sobre a *situação jurídica e Direitos Humanos da criança*, interpretou esses direitos como o conjunto de “todas as pessoas vinculadas por um parentesco próximo”⁸⁴, e somente excepcionalmente, com outra família fora do núcleo de sua filiação através de figuras jurídicas temporárias ou permanentes, como a adoção, a fim de cumprir outro direito humano específico, qual seja o direito de viver em família.

Em relação às obrigações dos Estados e dos pais e/ou da família, o artigo 5º da Convenção sobre os Direitos da Criança prevê que os Estados devem respeitar as responsabilidades, direitos e deveres dos pais, da família, do tutor ou outra pessoa responsável pelo cuidado, direção e orientação da criança.

Por outro lado, o artigo 16 da CEDAW estabelece a obrigação dos Estados partes de adotar:

[...] todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres [...] [assegurando] d) os mesmos direitos e responsabilidades como pais, qualquer que seja seu estado civil, em matérias pertinentes aos filhos. Em todos os casos, os interesses dos filhos serão a consideração primordial;

A Convenção sobre os Direitos da Criança, no seu artigo 18º, estabelece que os Estados partes “envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança” (grifo nosso). Assim, coloca a responsabilidade primária pela educação e desenvolvimento da criança sobre os pais ou responsáveis legais, que devem levar em consideração o “interesse superior da criança” ao adotar todas as medidas de proteção de acordo com o artigo 19 da CADH.

O Comitê dos Direitos da Criança, no Comentário Geral nº 7 (“Implementação dos direitos da criança na primeira infância”), indicou que:

A responsabilidade conferida aos pais e outros responsáveis está vinculada à exigência de que eles ajam de acordo com o interesse superior da criança. O artigo 5º estabelece que o papel dos pais é o de orientar e direcionar adequadamente a “criança a exercer os direitos reconhecidos na [...] Convenção”. Isto se aplica igualmente às crianças mais novas e mais velhas. Os bebês são totalmente dependentes de outros, mas não são receptores passivos de cuidados, direção e orientação. São agentes sociais ativos, buscando proteção, cuidado e compreensão dos pais ou outros cuidadores, dos quais necessitam para sua sobrevivência, crescimento e bem-estar. Os recém-nascidos podem reconhecer seus pais (ou outros cuidadores) logo após o nascimento e se envolver ativamente na comunicação não-verbal. Em circunstâncias normais, crianças pequenas formam laços fortes e mútuos com seus pais ou cuidadores. Estes relacionamentos oferecem à criança segurança física e emocional, assim como cuidados e atenção constantes. Através destes relacionamentos as crianças constroem uma identidade pessoal, e adquirem habilidades, conhecimentos e comportamentos que são culturalmente valorizados. Desta forma, os pais (e outros cuidadores) são geralmente o principal canal através do qual as crianças pequenas podem realizar seus direitos.⁸⁵

De acordo com o artigo 18 da Convenção sobre os Direitos da Criança, os Estados partes “prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças” sendo responsabilidade dos Estados tomar todas as medidas apropriadas a esse respeito, como, por exemplo, assistência material, programas de apoio, moradia, etc. Sobre este ponto, a Corte IDH sustentou no parecer consultivo sobre a *situação jurídica e os Direitos Humanos da criança* que isso implica a necessidade de promover o desenvolvimento e o fortalecimento das famílias. Nesse sentido, a Corte IDH aponta que: “[...] o Estado, como responsável pelo bem comum, deve, da

84 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, § 70.

85 Comitê dos Direitos da Criança, no Comentário Geral nº 7. *op. cit.*, 2005, § 16.

mesma forma, salvaguardar o papel preponderante da família na proteção da criança; e prestar a assistência do poder público à família, através da adoção de medidas que promovam a unidade familiar”.⁸⁶

Por sua vez, o Comitê de Direitos Humanos, no Comentário Geral nº 17 (“Direitos da Criança - Artigo 24”), sustentou que:

A obrigação de garantir às crianças a proteção necessária corresponde à família, à sociedade e ao Estado. Embora o Pacto não indique como essa responsabilidade deve ser atribuída, incumbe antes de tudo à família, interpretada em um sentido amplo, de maneira que inclua a todas as pessoas que a integram no Estado parte interessado, e especialmente aos pais, a tarefa de criar as *condições favoráveis para um desenvolvimento harmonioso da personalidade da criança* para que ela desfrute dos direitos reconhecidos no Pacto. No entanto, como é frequente que o pai e a mãe exerçam um emprego remunerado fora de casa, os relatórios dos Estados parte devem precisar *a forma em que a sociedade, as instituições sociais e o Estado cumprem sua responsabilidade de ajudar a família no sentido de garantir a proteção da criança*. Por outro lado, nos casos em que os pais falham gravemente no cumprimento de seus deveres ou maltratam ou negligenciam a criança, *o Estado deve intervir para restringir a pátrio poder e a criança pode ser separada da sua família quando as circunstâncias assim o exigirem*. Em caso de dissolução de um casamento, devem ser tomadas medidas, levando em conta o maior interesse da criança, para assegurar a proteção necessária e garantir, na medida do possível, as relações pessoais com ambos os pais.⁸⁷

Em outra linha, as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), afirmam que:

Os governos deverão adotar políticas que permitam o crescimento das crianças num ambiente familiar de estabilidade e bem-estar. Deverão ser proporcionados serviços adequados para as famílias que necessitem de assistência para a resolução de situações de instabilidade ou conflito.⁸⁸

Neste sentido, as diretrizes acrescentam que:

os governos e a sociedade devem procurar preservar a integridade da família, incluindo a família estendida [ao passo que] a sociedade tem a obrigação de ajudar a família a cuidar e proteger a criança e garantir seu bem-estar físico e mental. Serviços apropriados, incluindo creches, devem ser prestados.⁸⁹

A Convenção sobre os Direitos da Criança prevê que os Estados partes tomarão:

todas as medidas adequadas para assegurar o pagamento da pensão alimentícia por parte dos pais ou de outras pessoas financeiramente responsáveis pela criança, quer residam no Estado Parte quer no exterior. Nesse sentido, quando a pessoa que detém a responsabilidade financeira pela criança residir em Estado diferente daquele onde mora a criança, os Estados Partes

86 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, § 88.

87 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 17 “Direitos das Crianças (art. 24)”, 1989, § 6. (grifo nosso)

88 ONU. Diretrizes de Riad, diretriz 12.

89 *Ibidem*, diretriz 12. Além disso, “atenção especial deve ser dada às crianças de famílias afetadas por problemas causados por mudanças econômicas, sociais e culturais rápidas e desiguais, especialmente crianças de famílias indígenas ou imigrantes e refugiados. Como essas mudanças podem prejudicar a capacidade social da família de garantir a educação e criação tradicional dos filhos, muitas vezes como resultado de conflitos culturais ou relacionados ao papel do pai ou da mãe, será necessário desenvolver modalidades inovadoras e socialmente construtivas para a socialização dos filhos”. Da mesma forma, “medidas e programas devem ser desenvolvidos para dar às famílias a oportunidade de aprender os papéis e obrigações dos pais em relação ao desenvolvimento e cuidado de seus filhos, para as quais serão promovidas relações positivas entre pais e filhos, far-se-á com que os pais tomem consciência dos problemas das crianças e dos jovens e a participação dos jovens nas atividades familiares e comunitárias será incentivada”. *Ibidem*, diretrizes 15 e 16.

promoverão a adesão a acordos internacionais ou a conclusão de tais acordos, bem como a adoção de outras medidas apropriadas.

Com relação à separação da criança de sua família, o artigo 9 da Convenção sobre os Direitos da Criança prevê que:

9.1 Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

[...]

3 - Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança. [...].⁹⁰

Por fim, a Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece o dever dos pais de criar seus filhos e, portanto, procura assegurar que a separação do núcleo familiar seja *excepcional, justificada apenas no interesse superior da criança e sujeita a revisão judicial*. Sobre este ponto, as diretrizes sobre cuidados alternativos para crianças⁹¹ afirmam que:

Como a família é o núcleo fundamental da sociedade e o meio natural para o crescimento, bem-estar e proteção das crianças, os esforços devem ser direcionados principalmente para garantir que a criança permaneça ou retorne aos cuidados de seus pais ou, quando apropriado, de outros familiares próximos. O Estado deve garantir que as famílias tenham acesso a formas de apoio em sua função cuidadora.⁹²

No comentário à regra 18 das Regras de Beijing,⁹³ se estabelece que dentro da família os pais têm não apenas o direito mas também a responsabilidade de cuidar e supervisionar seus filhos; portanto, a separação dos filhos de seus pais deve ser uma medida de último recurso (por exemplo, em casos de abuso de menores). A este respeito, o artigo 18.2 das Regras de Beijing prescreve que: “nenhum jovem será excluído, total ou parcialmente, da supervisão paterna, a não ser que as circunstâncias do caso o tornem necessário”.

Sobre a possibilidade de separar a criança de sua família, o Comitê dos Direitos da Criança, no já mencionado Comentário Geral nº. 12, recomendou que: “[q]uando se adote uma decisão para remover

90 Cfr: Artigo 9 da Convenção sobre os Direitos da Criança, nestes procedimentos se oferecerá a todas as partes interessadas a oportunidade de participar e dar a sua opinião. Nesta linha, o artigo 10 estabelece a obrigação dos Estados de atender “de forma positiva, humanitária e rápida” a qualquer solicitação feita por uma criança ou por seus pais para entrar ou sair de um Estado para fins de reunião familiar. O referido artigo estabelece que, para garantir o direito de manter periodicamente relacionamentos pessoais e contatos diretos com ambos os pais, os Estados respeitarão o direito da criança e de seus pais de deixar qualquer país - incluindo o seu próprio - e de entrar no seu próprio país, direito que só pode estar sujeito às restrições estipuladas por lei e necessárias para proteger a segurança nacional, ordem pública, saúde pública, moral ou os direitos e liberdades de outras pessoas que estejam em conformidade com os outros direitos reconhecidos pela referida Convenção.

91 ONU. Diretrizes sobre as modalidades alternativas de cuidado das crianças, aprovadas pela Assembleia das Nações Unidas mediante resolução 64/142, 20 de novembro de 2009.

92 *Ibidem*, diretriz 3.

93 ONU. Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing), adotadas pela Assembleia Geral da ONU mediante resolução 40/33, 28 de novembro de 1985.

uma criança de sua família porque a criança é abusada ou negligenciada em sua casa, a opinião da criança deve ser levada em conta para determinar o interesse superior da criança”.⁹⁴

Em relação ao respeito às responsabilidades parentais, o Comitê dos Direitos da Criança considerou que:

[...] Os Estados Partes devem respeitar a supremacia dos pais e mães. Isso implica a obrigação de não separar as crianças dos pais, a menos que seja em atenção ao interesse superior da criança (art. 9). As crianças pequenas são particularmente vulneráveis às consequências adversas da separação por causa de sua dependência física e apego emocional a seus pais ou responsáveis. Também são menos capazes de entender as circunstâncias de qualquer separação. As situações com maior probabilidade de causar impacto negativo nas crianças pequenas são a negligência e a privação de cuidados parentais apropriados; cuidados parentais em situações de alta pressão material ou psicológica ou saúde mental prejudicada; cuidados parentais em situação de isolamento; cuidados que são inconsistentes, geram conflitos entre os pais ou abusos para com as crianças; e situações em que as crianças experimentam transtornos nas relações (incluindo separações forçadas), ou em que lhes são prestados cuidados institucionais de baixa qualidade [...].⁹⁵

Este ponto está intimamente ligado à obrigação dos Estados de garantir a cada pessoa seus direitos econômicos, sociais e culturais. Neste sentido, quando a família não consegue atender às necessidades materiais da criança, *a solução não é separar a família, mas fortalecê-la*. Portanto, a incapacidade da família em atender às necessidades materiais da criança, não deve ser motivo de separação permanente, mesmo que essas dificuldades tenham levado ao que pode ser considerado como abandono parcial ou temporário. Nessas circunstâncias, o dever das autoridades é fazer todo o possível para ajudar a família a superar a crise e criar as condições para o retorno às responsabilidades parentais plenas com os filhos.⁹⁶

Esta mesma argumentação tem sido aplicada pela Corte IDH, que especificou que a falta de recursos materiais não pode ser a única base para uma decisão administrativa ou judicial que permita a separação da criança de seus pais e a conseqüente privação de direitos,⁹⁷ mas pode ser um elemento a ser avaliado em conjunto com outros fatores. Assim, concluiu que a separação deve ser excepcional e de preferência temporária,⁹⁸ e adotada por um procedimento que respeite as garantias quando envolvam a suspensão ou modificação das responsabilidades parentais.⁹⁹ Considerou ainda que:

[...] a criança deve permanecer em seu núcleo familiar, a menos que haja razões determinantes, de acordo com o interesse superior da criança, para optar por separá-la da família. Em qualquer caso, a separação deve ser excepcional e preferencialmente temporária.¹⁰⁰

Por outro lado, a CIDH, no Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos dos Requerentes de Asilo no Sistema Canadense de Determinação da Condição de Refugiado, apontou a necessidade de que o dever de proteção especial da infância implique necessariamente que os interesses da criança

94 Comitê dos Direitos das Crianças ONU. Comentário Geral n.º 12, *op. cit.*, § 53.

95 Comitê dos Direitos das Crianças ONU. Comentário Geral n.º 7, *op. cit.*, 2005, § 18.

96 *Cfr.* O'Donnell, D., *op. cit.*, pp. 320-321.

97 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Ibidem*, § 76.

98 *Ibidem*, § 77.

99 *Ibidem*, § 114. Nesse sentido “[...] em prol da tutela efetiva da criança, qualquer decisão estatal, social ou familiar que envolva qualquer limitação ao exercício de qualquer direito, deve levar em consideração o interesse superior da criança e cumprir estritamente as disposições que regem essa matéria.” *Ibidem*, § 65.

100 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, § 77.

sejam levados em consideração na adoção, por parte do Estado, de decisões que a afetam, e que tais decisões garantam a proteção dos interesses da criança.¹⁰¹

5.2 Medidas para a proteção de crianças separadas de seu meio familiar

Como observado no parágrafo anterior, a sociedade e, fundamentalmente, os Estados, devem assegurar que a criança permaneça com sua família de origem ou, em qualquer caso, com sua família estendida, desde que isso não seja contrário ao seu interesse superior. Independentemente dessa ampla proteção, há casos em que não é possível que a criança permaneça com sua família porque esta família atenta ou viola diretamente os direitos de seus filhos (em casos de abuso ou maus tratos, por exemplo) ou porque esta família não existe (casos de abandono). Quando todos os recursos para a efetiva reunificação familiar ou para a colocação da criança em sua família estendida tiverem sido esgotados, o Direito Internacional reconhece que, excepcionalmente, é necessário prever a existência de cuidados alternativos.

Nesse sentido, deve-se considerar o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis,¹⁰² a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores,¹⁰³ que, a fim de prevenir e punir o tráfico internacional de crianças, regulamenta vários aspectos civis e penais e reafirma a importância da cooperação internacional para a proteção efetiva do interesse superior da criança; e a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores,¹⁰⁴ um instrumento internacional cujo objetivo consiste em assegurar a rápida restituição de menores de idade com residência habitual em um dos Estados partes e que tenham sido ilegalmente transferidos de qualquer Estado para um outro Estado parte ou, tendo sido legalmente transferidos, possam ter sido retidos ilegalmente.¹⁰⁵

5.2.1 Crianças privadas do cuidado parental

De acordo com as diretrizes sobre as modalidades alternativas de cuidado das crianças, se entende que, “crianças privadas de cuidados parentais” como: “[...] crianças que não estão vivendo com pelo menos um dos pais por qualquer motivo ou circunstância. [...]”.¹⁰⁶

Nesse sentido, o direito da criança a ser protegida contra o abandono está vinculado ao princípio da unidade familiar, com o direito da criança a uma proteção especial e ao conceito de família como um “elemento natural e fundamental da sociedade”.¹⁰⁷

As orientações supramencionadas estabelecem no artigo 28º que:

Crianças privadas de cuidados parentais que se encontram fora do seu país de residência habitual ou são vítimas de situações emergenciais, podem ser assim designadas:

101 CIDH. *Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos dos Requerentes de Asilo no Sistema Canadense de Determinação da Condição de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev., 28 de fevereiro de 2000, § 163.

102 ONU. *Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis*. Assembleia Geral em sua resolução A/RES/54/263 del 25 de maio de 2000.

103 Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (aprovada na Quinta Conferência Especializada IDH sobre Direito Internacional Privado no México, em 18 de março de 1994). Esta Convenção entrou em vigor em 15 de agosto de 1997.

104 Convenção Interamericana sobre o Restituição Internacional de Menores (aprovada na Quarta Conferência Especializada IDH sobre Direito Internacional Privado em Montevideú, Uruguai, em 15 de julho de 1989). Esta Convenção entrou em vigor em 4 de novembro de 1994.

105 Convenção Interamericana sobre o Restituição Internacional de Menores, artigo 1.

106 Diretrizes sobre as modalidades alternativas de cuidados com as crianças, diretriz 29 a).

107 Nesse sentido, O'Donnell ressalta que “em uma perspectiva mais ampla, esse direito também está circunscrito às obrigações do Estado de garantir os direitos econômicos e sociais fundamentais de cada pessoa, começando pelo direito a um emprego e a um salário que permita que a família do trabalhador viva com dignidade”. O'Donnell, D., *op. cit.*, p. 320.

(i) “não acompanhadas”, se não estiverem sendo cuidadas por algum familiar ou por um adulto que, por lei ou por costume, era responsável por fazê-lo;¹⁰⁸ ou

(ii) “separadas”, se estiverem separadas de do cuidador primário, seja legal ou costumeiro, mesmo que possa estar acompanhada de outro parente. [...].¹⁰⁹

A este respeito, a Declaração sobre os Direitos da Criança afirma no seu princípio VI que “[à] sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família”.

Por sua vez, a Diretriz 13 das Diretrizes de Riad estabelece o seguinte:

Quando não existir um ambiente familiar de estabilidade e bem-estar, e os esforços da comunidade para oferecer assistência aos pais nesse aspecto tiverem fracassado e a família estendida não puder cumprir essa função, deverá recorrer-se a outras possíveis modalidades de colocação familiar, entre elas o acolhimento familiar e a adoção que, na medida do possível, deverão reproduzir um ambiente familiar de estabilidade e bem-estar e, ao mesmo tempo, produzir nas crianças um sentimento de permanência, para evitar os problemas relacionados com o “deslocamento” de um lugar a outro.¹¹⁰

Diante destas circunstâncias, existem várias medidas para proteger o direito da criança a viver e crescer num ambiente familiar, por exemplo, adoção e/ou colocação com uma família ou casa substituta. A este respeito, primeiramente devem ser esgotadas, tal como acima referido, todas as possibilidades de a criança se reunir com a sua família original ou extensa.¹¹¹

Com relação às obrigações do Estado para com as crianças não acompanhadas ou separadas, o Comitê dos Direitos da Criança, no seu Comentário Geral n.º 6 sobre o “Tratamento das crianças não acompanhadas e separadas da sua família fora do seu país de origem”, afirmou que estes se estendem a todos os ramos do governo (executivo, legislativo e judicial), incluindo:

a obrigação de promulgar legislação, criar estruturas administrativas e articular as atividades necessárias de investigação, informação, coleta de dados e formação geral para apoiar estas

108 No mesmo sentido, ver Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 7, *op. cit.*, 2005, § 7.

109 Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 6, § 8. “Tratamento de crianças não acompanhadas e separadas de sua família fora de seu país de origem”, 2005. *Essw* Comentário Geral também estabelece o processo inicial de avaliação das medidas adotadas para atender às necessidades de proteção de menores não acompanhados e separados de suas famílias, em particular *ver* §§ 31 e ss.

110 Grifo nosso. Em sentido similar, “quando a própria família da criança não pode, mesmo com um apoio adequado, prestar os cuidados adequados à criança, ou quando abandona ou renuncia aos seus cuidados, o Estado é responsável por proteger os direitos da criança e por prestar cuidados alternativos adequados, com ou através de entidades públicas locais competentes ou de organizações da sociedade civil devidamente habilitadas. É responsabilidade do Estado, através de suas autoridades competentes, supervisionar a segurança, o bem-estar e desenvolvimento de cada criança em cuidados alternativos e realizar a revisão periódica da adequação da modalidade de cuidado adotada.”, Diretrizes sobre modalidades de cuidados alternativos para crianças, orientação 5.

111 Em relação à vulnerabilidade das crianças pequenas diante de riscos, o Comitê dos Direitos da Criança alerta que “um [...] grande número de crianças cresce em circunstâncias difíceis que frequentemente constituem uma violação de seus direitos. As crianças pequenas são especialmente vulneráveis a danos causados por relacionamentos não confiáveis ou instáveis com pais e cuidadores, ou pelo crescimento em condições de extrema pobreza e privação, cercados por conflitos e violência, deslocados de suas casas como refugiados ou por qualquer outro acúmulo de adversidades prejudicial ao seu bem-estar. As crianças pequenas são menos capazes de entender essas adversidades ou resistir a seus efeitos prejudiciais à saúde ou desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social ou social. Elas correm um risco especial quando os pais ou outros cuidadores são incapazes de oferecer proteção adequada, seja por doença, morte ou a dissolução de famílias ou comunidades. Quaisquer que sejam as circunstâncias difíceis, as crianças pequenas precisam de consideração especial devido ao rápido desenvolvimento que experimentam; elas são mais vulneráveis a doenças, traumas e distorções ou transtornos de desenvolvimento e são relativamente impotentes para evitar ou resistir a dificuldades, dependendo de que outros forneçam proteção e promovam seu interesse superior”. Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 7, *op. cit.*, 2005, § 36.

medidas. Estas obrigações legais são simultaneamente negativas como positivas, pois obrigam os Estados não apenas a se absterem de medidas que violem os direitos da criança, mas também de tomar medidas para garantir o gozo desses direitos sem discriminação. Estas responsabilidades não se limitam à prestação de proteção e assistência das crianças que já estão desacompanhadas ou separadas das suas famílias, uma vez que incluem também medidas para evitar a separação [...].¹¹²

O Comitê dos Direitos da Criança, no Comentário Geral n.º 7 (“Realização dos Direitos da Criança na Primeira Infância”), declarou que:

Os direitos das crianças ao desenvolvimento são gravemente comprometidos quando as crianças são órfãs, abandonadas ou privadas de cuidados familiares, ou quando sofrem longas interrupções nas suas relações ou separações (por exemplo, devido a catástrofes naturais ou outras emergência, epidemias como a HIV/AIDS, prisão de seus pais, conflitos armados, guerra e migração forçada). Essas adversidades terão um impacto diferente sobre as crianças, de acordo com a sua resiliência pessoal, a sua idade e circunstâncias, bem como a disponibilidade de maior apoio e cuidados alternativos. Os estudos mostram que os cuidados institucionais de baixa qualidade raramente promovem um desenvolvimento físico e psicológico saudável e podem ter graves consequências negativas para a integração social a longo prazo [...]. Na medida em que são necessários cuidados alternativos, a colocação rápida em locais onde recebam cuidados familiares ou co-familiares é a medida mais suscetível de produzir resultados mais positivos entre as crianças pequenas [...].

[...] Os Estados partes são encorajados a investir em formas alternativas de cuidados e a apoiar estas outras formas de cuidados, a fim de garantir a segurança, a continuidade dos cuidados e o afeto, e oferecer às crianças pequenas a oportunidade de estabelecer relações de longo prazo com base no respeito e confiança mútuos, por exemplo, através da promoção, adoção e apoio aos membros das famílias extensas.¹¹³

As Diretrizes sobre as modalidades alternativas de cuidado das crianças definem as diferentes formas de acolhimento familiar alternativo. A este respeito, entendem por:

[...] i) *Cuidados informais*: Qualquer arranjo particular propiciado em ambiente familiar, mediante o qual a criança recebe cuidados por tempo indeterminado por parentes ou amigos (cuidados informais em uma família extensa) ou por qualquer outra pessoa, por iniciativa da própria criança, de seus pais ou de outra pessoa, sem que esse arranjo tenha sido ordenado por autoridade administrativa ou judiciária ou por entidade devidamente credenciada;

(ii) *Cuidados formais*: todos os cuidados fornecidos em ambiente familiar, ordenados ou autorizados por órgão administrativo ou autoridade judiciária, bem como todo cuidado prestado por instituições, inclusive instituições privadas, quer tenham ou não sido resultado de medidas administrativas ou judiciais;

c) Em função do ambiente em que é exercido, os cuidados alternativos pode ser:

(i) *Cuidados de parentes*: cuidados baseados na família prestados no âmbito da família extensa da criança, ou por amigos muito próximos da sua família, conhecidos da criança, tanto de natureza formal como informal;

112 Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 6, *op. cit.*, § 13.

113 Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 7, *op. cit.*, 2005, § 36 b).

(ii) *Acolhimento familiar* : situação na qual as crianças são colocadas por uma autoridade competente, para fins de cuidados alternativos, no ambiente doméstico de uma família distinta da sua própria, selecionada, capacitada e aprovada para prestar tais cuidados e sujeita à supervisão;

(iii) Outras formas de colocação baseadas na família ou sob cuidados similares ao ambiente familiar ;

(iv) *Acolhimento institucional*: cuidados proporcionados em qualquer ambiente grupal não baseado na família, como locais de segurança para cuidados emergenciais, centros de trânsito em situações emergenciais, e todas as outras instituições de acolhimento de curto e longo-prazo, inclusive residências funcionais; [...].¹¹⁴

No que diz respeito às crianças em instituições de abrigo ou de proteção, os instrumentos de Direitos Humanos consagram o direito a ser tratado de forma humana e com o devido respeito pela dignidade inerente ao ser humano. As instituições para menores abandonados devem inspirar-se em dois princípios orientadores: o respeito pela dignidade do menor enquanto pessoa e o direito ao amor e à compaixão que faltam à criança devido à separação ou perda de sua família.¹¹⁵

Em qualquer decisão que se tome em relação à criança, o interesse superior da criança deve ser assegurado assim como o seu direito a ser ouvido (artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança),¹¹⁶ que prevê que os Estados devem garantir o direito da criança a ser ouvida em todos os assuntos que a afetem, bem como devem ter em conta suas opiniões de acordo com a idade e a maturidade.¹¹⁷

Nas palavras do Comitê sobre os Direitos da Criança (Comentário Geral n.º 12):

[...] os Estados partes nem sempre levam em consideração o direito da criança a ser ouvida. O Comitê recomenda que os Estados partes garantam, por meio de leis, normas e diretrizes de política que assegurem e levem em conta as opiniões da criança, em particular nas decisões relativas à sua colocação em casas de famílias de acolhimento, a elaboração e a revisão dos planos de guarda e a regulamentação das visitas aos pais e à família.¹¹⁸

114 Cfr: Diretrizes sobre as modalidades alternativas de cuidado das crianças, diretriz 29. (grifo nosso) De acordo com a diretriz 20, “cuidados alternativos nunca devem ser exercidos com o objetivo principal de promover os objetivos políticos, religiosos ou econômicos dos cuidadores adotivos”.

115 Cfr: O’Donnell, D., *op. cit.*, pp. 312-322.

116 O artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança declara o seguinte: “1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.”

117 Sobre o assunto, a Corte IDH, no parecer consultivo sobre a *situação jurídica e os Direitos Humanos das crianças*, especificou que a participação nos processos se limita às características pessoais e aos melhores interesses da criança e que deve ser buscado o maior acesso possível. Nesse sentido, sustentou que há “grande variedade no grau de desenvolvimento físico e intelectual, na experiência e nas informações que possuem aqueles que estão incluídos nesse conceito. A capacidade de tomada de decisão de uma criança de 3 anos não é igual a de uma criança de 16 anos. Por esse motivo, o alcance da participação da criança nos procedimentos deve ser razoavelmente avaliado, a fim de alcançar uma proteção efetiva de seus melhores interesses, o objetivo final das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos neste âmbito”. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, § 101. Por sua vez, o Comitê dos Direitos da Criança no mencionado Comentário Geral n.º 12 (O direito da criança a ser ouvida) considerou que a criança não deveria provar sua capacidade (§ 20). Desse modo, enfatiza a necessidade de implementação de formas de comunicação não verbais (linguagem corporal, desenhos ou expressões faciais) e explica que a criança não é obrigada a entender todas as questões analisadas, discutidas ou envolvidas (§ 21); Além disso, a participação é um direito da criança e não uma obrigação. (§ 16). Sobre o direito de crianças de serem ouvidas e expressarem suas opiniões em procedimentos perante a Corte IDH, recomenda-se a seção “Crianças como supostas vítimas” do comentário aos artigos 44 a 47 (competência da CIDH), a cargo de Tojo.

118 Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 12, *op. cit.*, § 54.

5.2.2 Adoção

O artigo 21º da Convenção sobre os Direitos da Criança prevê que:

Os Estados Partes que reconhecem ou permitem o sistema de adoção atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior da criança. Dessa forma, atentarão para que:

- a) a adoção da criança seja autorizada apenas pelas autoridades competentes, as quais determinarão, consoante as leis e os procedimentos cabíveis e com base em todas as informações pertinentes e fidedignas, que a adoção é admissível em vista da situação jurídica da criança com relação a seus pais, parentes e representantes legais e que, caso solicitado, as pessoas interessadas tenham dado, com conhecimento de causa, seu consentimento à adoção, com base no assessoramento que possa ser necessário;
- b) a adoção efetuada em outro país possa ser considerada como outro meio de cuidar da criança, no caso em que a mesma não possa ser colocada em um lar de adoção ou entregue a uma família adotiva ou não logre atendimento adequado em seu país de origem;
- c) a criança adotada em outro país goze de salvaguardas e normas equivalentes às existentes em seu país de origem com relação à adoção;
- d) todas as medidas apropriadas sejam adotadas, a fim de garantir que, em caso de adoção em outro país, a colocação não permita benefícios financeiros indevidos aos que dela participarem;
- e) quando necessário, promover os objetivos do presente artigo mediante ajustes ou acordos bilaterais ou multilaterais, e envidarão esforços, nesse contexto, com vistas a assegurar que a colocação da criança em outro país seja levada a cabo por intermédio das autoridades ou organismos competentes.

Quanto à adoção internacional, a Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores,¹¹⁹ estabelece que deve ser dada à criança a oportunidade de ser ouvida, seja diretamente ou através de um representante ou de um órgão adequado. Este direito está diretamente relacionado com o interesse superior da criança. A este respeito, exceto nos casos em que a capacidade de expressão da criança ainda é muito limitada (como é o caso, por exemplo, nos primeiros meses da sua vida), é da responsabilidade do Estado dispor dos mecanismos e procedimentos que permitam conhecer a opinião da criança e compreender os seus interesses e pontos de vista.¹²⁰

Por sua parte, a Convenção de Haia Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional de 1993,¹²¹ reconhece que a criança deve crescer num ambiente familiar, num clima de felicidade, amor e compreensão e que, se não for possível manter a criança com a sua família, a “adoção internacional pode apresentar a vantagem de dar uma família permanente à criança para quem não se possa encontrar uma família adequada em seu país de origem”.¹²² Nesse sentido, sinaliza

119 Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores, adotada na Terceira Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado em 24 de maio de 1984 em La Paz (Bolívia). Esta Convenção entrou em vigor em 26 de maio de 1988.

120 A tomada de decisão sobre cuidados alternativos que seja do melhor interesse da criança deve fazer parte de um procedimento judicial, administrativo ou outro procedimento apropriado e reconhecido, com salvaguardas legais, incluindo, quando seja o caso, a assistência jurídica da criança em qualquer processo judicial. Deve basear-se em avaliação rigorosa, planejamento e revisão, por meio de estruturas e mecanismos estabelecidos, e realizada, caso a caso, por profissionais devidamente qualificados em uma equipe multidisciplinar, sempre que possível. Deve implicar a consulta da criança em todas as fases do processo, de maneira apropriada ao seu desenvolvimento, e de seus pais ou responsáveis legais. Para esse fim, todas as partes interessadas devem receber as informações necessárias para fundamentar sua opinião. Os Estados devem empenhar-se ao máximo para fornecer recursos e canais adequados para o treinamento e o reconhecimento dos profissionais responsáveis pela determinação da melhor forma de atendimento, a fim de facilitar o cumprimento dessas disposições.” *Cfr.* Diretrizes sobre as modalidades alternativas de cuidado de crianças, diretriz 57.

121 Convenção relativa à Proteção das Crianças e a Cooperação em matéria de Adoção internacional, adotada em 29 de maio de 1993, em Haia. Este Convênio entrou em vigor em 1 de maio de 1995.

122 *Ibidem*, Preâmbulo.

a necessidade de adotar medidas para assegurar que as adoções internacionais tomem em consideração o interesse superior da criança e o respeito por seus direitos fundamentais.¹²³ Desta forma tende a proteção das crianças e de suas famílias contra os riscos de adoções ilegais, irregulares, prematuras ou mal geridas entre países, bem como para prevenir o rapto, a venda ou o tráfico de crianças.

Sobre esse tema, a Declaração sobre os princípios sociais e jurídicos relativos à proteção e ao bem-estar das crianças,¹²⁴ com especial referência à adoção e ao acolhimento de crianças em famílias de acolhimento nos planos nacional e internacional, observa que o “bem-estar da criança depende do bem-estar da família”.¹²⁵ Nesse sentido, a criança deve primeiro ser cuidada pelos seus próprios pais,¹²⁶ e, no caso de que estes não possam tomar conta da criança ou se os seus cuidadores são inadequados, está prevista a possibilidade de outros membros da família, família substituta (adotiva ou de acolhimento) ou uma instituição adequada.¹²⁷ Além disso, “em todos os procedimentos de adoção e colocação em lares de guarda, os interesses das crianças devem ser a consideração fundamental”.¹²⁸ A declaração acima referida indica que a colocação das crianças em famílias de acolhimento deve ser regulamentada por lei.¹²⁹ Além disso, estabelece o caráter temporário da colocação da criança em um lugar de acolhimento, contudo, admite que, se necessário, pode ser prorrogada até a idade adulta.¹³⁰ Sobre a adoção, indica que o objetivo fundamental “consiste em que a criança que não possa ser cuidada pelos seus próprios pais tenha uma família permanente”.¹³¹ A presente Declaração sobre princípios sociais e jurídicos relativos à proteção e ao bem-estar das crianças prevê também a possibilidade de adoção internacional em situações em que “não seja possível colocar uma criança em um lar de guarda ou dá-lo em adoção a uma família adotiva, ou quando a criança não possa ser cuidada adequadamente em seu país de origem”.¹³²

A citada Convenção de Haia estabelece determinados requisitos que devem ser cumpridos como condição para uma adoção internacional. A este respeito, é necessário que o Estado de origem verifique os seguintes requisitos:

- a) determinar que *a criança é adotável*;
- b) constatar que *uma adoção internacional atende ao interesse superior da criança*;
- c) assegurar-se de que as pessoas, instituições e autoridades cujo consentimento se requiera para a adoção hajam sido convenientemente orientadas e devidamente informadas das consequências de seu consentimento; que tenham manifestado seu consentimento livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento se tenha manifestado ou constatado por escrito; em último lugar *que os consentimentos não tenham sido obtidos mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie nem tenham sido revogados*. No caso do consentimento da mãe, quando exigido, tenha sido manifestado após o nascimento da criança; e

123 *Idem*.

124 ONU. Declaração sobre os princípios sociais e jurídicos relativos à proteção e ao bem-estar das crianças, *op. cit.*

125 *Ibidem*, artigo 2.

126 *Ibidem*, artigo 3.

127 *Ibidem*, artigo 4. Nesse sentido, “[e]m todos os assuntos relacionados ao cuidado de uma criança por outras pessoas que não seus pais, os interesses da criança, em particular sua necessidade de afeto e seu direito à segurança e cuidados contínuos, devem ser fundamentalmente considerados”. *Ibidem*, artigo 5.

128 *Ibidem*, Preâmbulo.

129 *Ibidem*, artigo 10. Da mesma forma, a Declaração expressa que “os responsáveis pelos procedimentos de adoção e colocação em lares adotivos devem ter recebido treinamento profissional ou outro treinamento apropriado”. *Ibid.*, Artigo 6. Além disso, “os responsáveis pelo cuidado da criança devem reconhecer a necessidade da criança adotiva ou da criança colocada em um lar adotivo de conhecer seus antecedentes, a menos que isso seja contrário aos interesses da criança.” *Ibid.*, artigo 9.

130 *Ibidem*, artigo 11.

131 *Ibidem*, artigo 12. Assim, “antes da adoção, os serviços ou agências de assistência à criança devem observar a relação entre a criança a ser adotada e os possíveis pais adotivos. A legislação deve garantir que a criança seja legalmente reconhecida como membro da família adotiva e que ele goze de todos os direitos pertinentes à sua condição como tal”. *Ibidem*, artigo 16. (grifo nosso)

132 *Ibidem*, artigo 17.

d) assegurar-se, tendo em conta a idade e o grau de maturidade da criança, de que tenha sido a mesma convenientemente orientada e devidamente informada *sobre as consequências da adoção e de seu consentimento para a adoção, quando este for exigido*; e que *tenham sido levadas em consideração a vontade e as opiniões da criança*; [...]¹³³

No que diz respeito aos efeitos da adoção, o artigo 26º da referida Convenção estabelece que:

1. O reconhecimento da adoção implicará o reconhecimento: a) do vínculo de filiação entre a criança e seus pais adotivos; b) da responsabilidade paterna dos pais adotivos a respeito da criança; c) da ruptura do vínculo de filiação preexistente entre a criança e sua mãe e seu pai, se a adoção produzir este efeito no Estado Contratante em que ocorreu. 2. Se a adoção tiver por efeito a ruptura do vínculo preexistente de filiação, a criança gozará, no Estado de acolhida e em qualquer outro Estado Contratante no qual se reconheça a adoção, de direitos equivalentes aos que resultem de uma adoção que produza tal efeito em cada um desses Estados. 3. Os parágrafos precedentes não impedirão a aplicação de quaisquer disposições mais favoráveis à criança, em vigor no Estado Contratante que reconheça a adoção.

Sobre esse tema, o Comitê dos Direitos da Criança, no Comentário Geral n.º 6 sobre “Tratamento de crianças não acompanhadas e separadas fora do seu país de origem”, dispõe que:

[...] os Estados devem observar as seguintes disposições:

A adoção de menores não acompanhados ou separados só deve ser realizada após ter sido verificado que a criança é adotável [...]

i) As crianças desacompanhadas ou separadas não devem ser adotadas com precipitação em meio a uma emergência.

ii) Qualquer adoção requer uma determinação prévia sobre o interesse superior da criança e devem respeitar o direito nacional e internacional e os costumes.

iii) A opinião da criança deve ser solicitada e levada em consideração em todos os processos de adoção, bem como a sua idade e maturidade. [...]

vi) Deve ser dada prioridade à adoção pelos familiares no país de residência. Se isso não for possível, será dada preferência à adoção na comunidade de origem do menor ou pelo menos na sua própria cultura [...].¹³⁴

5.2.3 Direito à proteção familiar em relação ao direito à identidade

O direito à identidade é um direito humano fundamental para o desenvolvimento de cada pessoa e de todas as sociedades. É um direito humano que inclui os direitos inter-relacionados: o direito a um nome próprio, a conhecer a sua própria história filial, ao reconhecimento da personalidade jurídica e à nacionalidade. Como todos os Direitos Humanos, o direito à identidade deriva da dignidade inerente ao ser humano, razão pela qual pertence a todas as pessoas sem discriminação e o Estado é obrigado a garanti-lo por todos os meios ao seu alcance para torna-lo efetivo.

No que se relaciona à proteção da família, em conformidade com o artigo 11.2 da CADH, o artigo 8 da Convenção sobre os Direitos da Criança obriga os Estados partes a respeitar o direito da criança a preservar a sua identidade, sem interferência ilegal. A Corte IDH, no caso *Gelman contra o Uruguai*, sustentou que:

133 Convenção relativa à Proteção das Crianças e a Cooperação em matéria de Adoção internacional, artigo 4. (grifo nosso)

134 Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 6, *op. cit.*, § 91.

[...] o direito à identidade pode ser conceituado, em geral, como o conjunto de atributos e características que permitem a individualização da pessoa em sociedade e, em tal sentido, compreende vários outros direitos de acordo com o sujeito de direitos em questão e as circunstâncias do caso.¹³⁵

Embora o direito à identidade não esteja explicitamente previsto na CADH, o Juiz Caçado Trindade em seu voto dissidente no caso das *Irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*, sustentou que:

[...] embora o direito à identidade não esteja expressamente previsto na Convenção Americana, o seu conteúdo material resulta, nas circunstâncias do caso, sobretudo dos artigos 18 (direito ao nome) e 17 (direito à proteção da família) da C[ADH], em relação ao artigo 1(1) desta.¹³⁶

Mais tarde, no caso *Contreras vs. El Salvador*, a Corte IDH reafirmou este reconhecimento e sustentou que:

[...] o dano ao direito à identidade nas circunstâncias do presente caso implicou um fenômeno jurídico complexo que abrange uma sucessão de ações ilegais e violações de direitos para encobri-lo e impedir o restabelecimento do vínculo entre os menores de idade subtraídos e seus familiares, que se traduzem em atos de ingerência na vida privada bem como em danos ao direito ao nome e às relações familiares.¹³⁷

No mesmo caso, a Corte IDH considerou que:

[...] é possível concluir que, na medida em que o Estado praticou ingerência em sua vida privada e familiar e faltou a seus deveres de respeito e garantia sobre aspectos íntimos da personalidade – como o direito ao nome – bem como sobre fatores que abrangem sua inter-relação com outros – o direito à família –, o Estado violou os artigos 11.2, 17, 18 e 19 da C[ADH]. Além disso, à luz do artigo 19 da C[ADH], a Corte reitera a especial gravidade que reveste, ou que se pode atribuir a um Estado Parte na Convenção, a acusação de haver aplicado ou tolerado em seu território uma prática sistemática de subtrações e retenções ilegais de crianças, que incluía a alteração da respectiva identidade [...].¹³⁸

No precedente *Fornerón vs. Argentina* perante a Corte IDH - diretamente relacionado com o direito à proteção da família - a Corte IDH concluiu sobre o tema que:

A identidade pessoal está intimamente ligada à pessoa em sua individualidade específica e vida privada, sustentadas ambas em uma experiência histórica e biológica, bem como na forma em que este indivíduo se relaciona com os demais, através do desenvolvimento de vínculos no plano familiar e social. É por essa razão que a identidade, apesar de não ser um direito

135 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, § 122. Assim, “a identidade supõe não apenas atributos biológicos, mas tudo que seja relacionado à personalidade que moldou o sujeito e que permite sua identificação na sociedade em que existe”. Ghersi, C. *Derechos fundamentales de la persona humana*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 142.

136 Corte IDH. *Caso Irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. MRC. 2005. Voto dissidente do juiz A. Caçado Trindade, § 20. (grifo nosso) Da mesma forma, no caso *Gelman vs. Uruguai*, a Corte IDH declarou que: “a referida situação afetou o que se denomina de direito à identidade, que apesar de não se encontrar expressamente contemplado na Convenção, pode ser determinado nas circunstâncias do presente caso com base no disposto pelo artigo 8 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que estabelece que este direito compreende, entre outros, o direito à nacionalidade, ao nome e às relações de família [...]”. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, § 122.

137 Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, § 114. (grifo nosso). De igual maneira ver Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, § 120.

138 Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. FRC. 2011, § 117. Por sua vez, o Comitê DHONU, ao examinar um caso de apropriação de uma criança - filha de desaparecidos durante a ditadura militar argentina -, declarou que “seu sequestro, [...] a falsificação de sua certidão de nascimento e sua adoção por S.S. constituem vários atos de interferência arbitrária e ilegal em sua vida privada e familiar, violando o disposto no artigo 17 do PIDCP”. Comitê DHONU. *Caso Darwinia Rosa Mónaco de Gallichio vs. Argentina*, Comunicação n.º 400/1990, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/400/1990 (1995), decisão de 27 de abril de 1995, § 10.4.

exclusivo das crianças, acarreta uma importância especial durante a infância. As circunstâncias do presente caso implicaram que M crescesse desde seu nascimento com a família B-Z. Este fato gerou que o desenvolvimento pessoal, familiar e social de M fosse levado a cabo no seio de uma família distinta à sua família biológica. Do mesmo modo, o fato de que em todos estes anos M não teve contato ou vínculos com sua família de origem não lhe permitiu criar as relações familiares juridicamente correspondentes. Deste modo, *a impossibilidade de M de crescer com sua família biológica e a ausência de medidas dirigidas a relacionar o pai com sua filha afetou o direito à identidade da criança M, além de seu direito à proteção familiar.*¹³⁹

Do mesmo modo, no parecer consultivo acima referido sobre a *situação jurídica e Direitos Humanos da criança*, a Corte IDH considerou que toda pessoa tem o direito de viver ou manter o contato direto ou relações pessoais com a sua família, uma vez que este é um elemento natural e fundamental da sociedade, em princípio, é “chamada a satisfazer [as] necessidades materiais, afetivas e psicológicas de cada ser humano,¹⁴⁰ “sendo que uma das interferências mais graves do Estado é aquela que resulta na divisão da mesma.”¹⁴¹

Por último, a Convenção sobre os Direitos da Criança prevê que quando uma criança é privada ilegalmente de alguns ou de todos os elementos da sua identidade, os Estados partes devem prestar assistência e proteção adequadas com vista a restabelecer rapidamente a sua identidade.¹⁴²

5.2.4. O direito das pessoas privadas da liberdade a visitas familiares

O Comitê de Direitos Humanos e a CIDH reconheceram o direito das pessoas privadas da sua liberdade a receber visitas familiares como um componente do direito a ser tratado humanamente e do direito à dignidade. Nesse sentido, a CIDH reiterou em diversas ocasiões que o direito de visita é um requisito fundamental para garantir o respeito à integridade e à liberdade pessoal dos reclusos e, como corolário, *do direito à proteção da família de todas as partes afetadas pela privação de liberdade do membro da família em questão.*¹⁴³

Desta forma, insistiu no direito das pessoas privadas da sua liberdade de receber visitas dos seus familiares. A este respeito, salientou:

O artigo 17º reconhece o papel central da família e da vida familiar na existência de uma pessoa e na sociedade em geral. É um direito tão básico da CADH que não se pode renunciar mesmo em circunstâncias extremas. Neste caso, os petionários alegam que o exercício deste direito foi objeto de uma restrição ilegítima e que vários dos direitos protegidos pela Convenção, especialmente o direito à integridade pessoal e o direito à honra e à dignidade foram violados quando eles pretendiam exercer o direito à família.¹⁴⁴

Além disso, a CIDH indicou que:

139 Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012, § 123. (grifo nosso) De igual maneira, ver Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, § 113.

140 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, 2002, § 71. Nesta mesma linha, ver Corte IDH. *Caso Massacres do Rio Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, § 145; Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala*. MRC. 2012, § 312.

141 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala*. MRC. 2012, § 132.

142 Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 8: “1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas. 2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade.”

143 Cfr. CIDH. Relatório Anual, *Capítulo VI Situação dos Direitos Humanos em vários Estados, Uruguai*. 1983-1984. CIDH. Relatório n.º 38/96, *Caso X e Y vs. Argentina*, Caso n.º 10.506, 15 de outubro de 1996.

144 *Idem*, (grifo nosso)

O direito à vida de família pode sofrer certas limitações inerentes ao mesmo. Existem circunstâncias especiais, como a prisão ou o serviço militar, que, embora não suspendam o direito, inevitavelmente afetam o seu exercício e não permitem que este seja plenamente disfrutado. Embora o encarceramento limite necessariamente o pleno gozo da família ao separar forçosamente um dos seus membros, o Estado tem a obrigação de facilitar e regular os contatos entre os prisioneiros e as suas famílias e de respeitar os direitos fundamentais de todas as pessoas contra interferências abusivas e arbitrárias do Estado e dos seus funcionários públicos.¹⁴⁵

6. Não suspensão da proteção da família

O artigo 27º da CADH prevê o seguinte:

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.
2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica), 4 (Direito à vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal), 6 (Proibição da Escravidão e Servidão), 9 (Princípio da Legalidade e da Retroatividade), 12 (Liberdade de Consciência e de Religião), 17 (Proteção da Família), 18 (Direito ao Nome), 18 (Direitos da Criança), 20 (Direito à Nacionalidade) e 23 (Direitos Políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.
3. Todo Estado-Parte que fizer uso do direito de suspensão deverá informar imediatamente os outros Estados-Partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, das disposições cuja aplicação haja suspenso, dos motivos determinantes da suspensão e da data em que haja dado por terminada tal suspensão.

Embora a análise deste artigo exceda o âmbito deste comentário,¹⁴⁶ é possível concluir que o direito à proteção da família é um dos direitos fundamentais cuja vigência não pode, em nenhum caso, ser suspensa.¹⁴⁷

A CADH difere do PIDCP, que também confere poderes aos Estados em situações excepcionais para suspender determinadas obrigações, mas não menciona expressamente o direito à proteção da família em seu artigo 4º.

7. Conclusão

A proteção da família é uma regra do Direito Internacional dos Direitos Humanos que está presente tanto no sistema regional quanto no universal, praticamente desde a criação de ambos. Todos estes instrumentos coincidem no postulado de que a família é o elemento natural e fundamental da sociedade.

A regra geral, baseada na concepção de que a família é uma estrutura fundamental da sociedade, está desenvolvida e contida em vários direitos. Assim, o direito de constituir uma família, o direito à proteção contra ingerências arbitrárias do Estado e dos particulares, o direito de contrair livremente o

145 *Idem*, (grifo nosso)

146 Sobre a suspensão das garantias, ver o comentário ao artigo 27 de Rodríguez.

147 Faúndez Ledesma, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. IIDH, Primera edición, San José, 1996, pp. 86 e ss.

matrimônio e a sua dissolução, se necessário, com base em regras igualitárias, o direito à igualdade das partes, o direito a formas alternativas de cuidados familiares no caso das crianças, e o entendimento de que a família, enquanto entidade coletiva, é a destinatária das medidas especiais de proteção do Estado, são postulados amplamente reconhecidos por normas internacionais e regionais que foram analisadas no presente comentário.

O conceito de família evoluiu ao longo do tempo. Não se limita à família tradicional, mas hoje inclui famílias monoparentais, famílias alargadas, famílias reunidas, etc. De acordo com esta evolução, o conceito de casamento é atualmente entendido por algumas legislações não só como a união de um homem e uma mulher, mas também como união de pessoas do mesmo sexo, regras que expressam a ideia de reforçar e proteger as várias estruturas familiares constituídas pelas pessoas.

A proteção da família é complementada pela garantia de cada pessoa a ser protegida contra qualquer ingerência ilegal, arbitrária ou abusiva na sua vida familiar. Os diversos instrumentos internacionais para a proteção dos Direitos Humanos anteriormente analisados reconhecem não só o direito de toda pessoa, mas também o direito de sua família a não ser sujeitada a qualquer forma de interferência arbitrária ou ilegal. Quanto ao Estado, tem o dever de se abster de cometer atos desta natureza e, além disso, o dever de proteger o indivíduo e a sua família contra eventuais ingerências, bem como a obrigação de ajudar as famílias a fim de promover o desenvolvimento e o fortalecimento da unidade familiar

A proteção devida pelo Estado à família e à criança estão, além disso, intimamente relacionadas.

O Direito Internacional em matéria dos Direitos Humanos revela progressos notáveis em relação à proteção da família expressados nos amplos deveres dos Estados em matéria de prestações positivas para todas as estruturas familiares, bem como numa concepção ampla e plural da família.

Artigo 18. Direito ao nome*

Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de março de 2005. Série C n.º 120. Doravante: Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C n.º 130. Doravante: Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso do Massacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C n.º 211. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C n.º 221. Doravante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011.

Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2011. Série C n.º 232. Doravante: Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011.

Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 282. Doravante: Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014.

Pareceres Consultivos

Corte IDH. *Habeas corpus sob suspensão de garantias* (Arts. 27.2, 25.1 e 7.6 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-8/87 de 30 de janeiro de 1987. Série A n.º 8. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87. *Habeas corpus sob suspensão de garantias*. 1987.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. Relatório n.º 38/96, *Caso X e Y vs. Argentina*, n.º 10.506, 15 de outubro de 1996.

CIDH. Relatório n.º 53/01, *Caso Ana, Beatriz e Celia González vs. México*, Caso 11.565, 4 de abril de 2001.

CIDH. Relatório n.º 32/02, *Caso Mónica Carabantes Galleguillos vs. Chile*, Solução amistosa, Caso 12.046, 12 de março de 2002.

CIDH. *A infância e seus direitos no sistema interamericano de proteção de Direitos Humanos*, 2ª ed., OEA/Ser.L/V/ II.133, 29 de outubro de 2008.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TEDH. *Guillot vs. França*, Sentença n.º 22500/93, 24 de outubro de 1993.

TEDH. *Caso Burghartz vs. Suíça*, Sentença n.º 16213/90, 22 fevereiro de 1994.

TEDH. *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, Sentença n.º 28957/95, 11 de julho de 2002.

TEDH. *I. vs. Reino Unido*, Sentença n.º 25680/94, 11 de julho de 2002.

TEDH. *Ünal Tekeli vs. Turquia*, Sentença n.º 29865/96, 16 de novembro de 2004.

TEDH. *Caso Kurić e outros vs. Eslovênia*, Sentença n.º 26828/06, 26 de junho de 2012.

* Virginia Deymonnaz colaborou na atualização bibliográfica e da jurisprudência deste comentário.

Documentos adotados no âmbito de organizações internacionais

Organização dos Estados Americanos

OEA. Resolução n.º 2435, “Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (XXXVIII-O/08), 3 de junho de 2008.

OEA. Resolução n.º 2504, “Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (XXXIX-O/09), 4 de junho de 2009.

OEA. Resolução n.º 2600, “Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (XL-O/10), 8 de junho de 2010. Organização das Nações Unidas.

Assembleia Geral

ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Aplicáveis à Proteção e ao Bem-estar das Crianças, com Especial Referência às Práticas em Matéria de Adoção e de Colocação Familiar nos Planos Nacional e Internacional. Resolução da Assembleia Geral 41/85, 3 de dezembro de 1986.

Comitê de Direitos Humanos

Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 17 “Direitos da Criança (artigo 24)”, 1989.

Comitê dos Direitos da Criança

Comitê dos Direitos da Criança ONU. Exame dos relatórios apresentados pelos Estados Partes em virtude do artigo 44 da Convenção. Comentários Finais do Comitê dos Direitos da Criança. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de fevereiro de 2001.

Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 7, “Realização dos direitos da criança na primeira infância”, 2005.

Conselho de Direitos Humanos

Conselho de Direitos Humanos ONU. Relatório do Secretário Geral, Repercussão da privação arbitrária da nacionalidade no desfrute dos direitos das crianças afetadas, e leis e práticas vigentes em matéria de acessibilidade das crianças à aquisição da nacionalidade. A/ HRC/31/29, 16 de dezembro de 2015.

Referências acadêmicas

BELOFF, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

BORDA, G. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. T. I, 13a ed., La Ley, Buenos Aires, 2008.

BURGORGUE-LARSEN e L., ÚBEDA DE TORRES, A. *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l'homme*. Etablissements Emile Bruylant S.A., Bruxelles, 2008.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *Derecho a la identidad personal*. Astrea, Buenos Aires, 1992.

LASARTE, C. *Compendio de Derecho Civil: Trabajo Social y Relaciones Laborales*, 2a ed., Dukinson, Madrid, 2005.

LLAMBIAS, J. J. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Tomo I, Nociones Fundamentales. Personas. 20a ed., Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

O'DONNELL, D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. 2a ed., Comisión Andina de Juristas, 1989.

O'DONNELL, D. *Derecho Internacional de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

PLINER, A. *El nombre de las personas: Legislación. Doctrina. Jurisprudencia*. Derecho Comparado. 2a ed., Astrea, Buenos Aires, 1989.

SAVATIER, R. *Cours de droit civil*, Librairie générale de droit et de jurisprudence. T. I, Paris, 1945.

TOBIAS, J. W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. La Ley, Buenos Aires, 2009.

Sumário

1. Introdução.....	512
2. Normativa internacional	513
3. Características do nome.....	515
3.1. Natureza jurídica	515
3.2. Características.....	517
3.3. Mudança de nome.....	518
4. Elementos	520
5. Relação do direito a um nome com outros direitos.....	522
5.1. Relação com o direito à identidade	522
5.2. Registro do nascimento	525
5.3. Direito a um nome e filiação.....	528
6. Conclusão	529

1. Introdução

O direito ao nome é um dos direitos fundamentais do homem desde o seu nascimento e durante toda sua existência, e, assim como os direitos à vida, à saúde, à honra e à liberdade, é um direito inalienável e inerente à personalidade; ninguém pode renunciar ao seu gozo e exercício, porque é precisamente esse gozo e exercício que constituem a personalidade.

O nome é a forma mais antiga de designação e identificação de uma pessoa dentro da sociedade em que ela vive.¹ É a marca distintiva do indivíduo. Nas sociedades primitivas e pouco numerosas, o nome era individual. Entretanto, com o passar do tempo, essa denominação por si só mostrou-se insuficiente, pois com o aumento progressivo da população tornou-se necessário acrescentar outro nome ao primeiro nome para permitir distinguir as pessoas.²

A doutrina moderna distingue, por um lado, o nome patronímico, nome de família ou sobrenome e, por outro lado, o nome individual, prenome ou nome próprio.

A Corte IDH analisou o direito a um nome e sua relação com outros direitos nos casos das *crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*, *Gelman vs. Uruguai*, *Contreras e outros vs. El Salvador*, *Massacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, e de *pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*.³

No caso das *crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*, a Corte IDH sustentou pela primeira vez que:

1 Savatier, R. *Cours de droit civil, Librairie générale de droit et de jurisprudence*. T. I, Paris, 1945, p. 51.

2 “Desse modo, foi como em Roma, ao nome individual ou *praenomen*, foi adicionado o nome da família ou das *gens*, que era o nome próprio; e, finalmente, nos últimos tempos da República, um terceiro nome começou a ser usado, o *cognomen*, que inicialmente era algo como um apelido individual, mas que depois foi transmitido de pais para filhos, para distinguir os diferentes ramos da mesma geração use um único nome individual [...]”. Borda, G. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. T. I, 13a ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 332. Uma análise da evolução do nome em: Pliner, A. *El nombre de las personas: Legislación. Doctrina. Jurisprudencia. Derecho Comparado*. 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 1-40.

3 Para uma análise abrangente desses julgamentos, ver Beloff, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

[...] o direito ao nome, consagrado no artigo 18 da C[ADH], *constitui um elemento básico e indispensável da identidade de cada pessoa, sem o qual não pode ser reconhecida pela sociedade nem registrada perante o Estado.*⁴

Da mesma forma, no precedente acima mencionado, considerou que a falta de reconhecimento da personalidade jurídica prejudicava a dignidade humana ao negar de forma absoluta o status de sujeito de direitos e ao tornar o indivíduo vulnerável à não observância de seus direitos pelo Estado ou por indivíduos.⁵

2. Normativa internacional

O direito a um nome foi originalmente reconhecido pelo sistema universal de proteção dos Direitos Humanos no PIDCP, que estabelece no artigo 24.2. que: “[t]oda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome [...]”. Em relação a instrumentos internacionais específicos de proteção dos Direitos Humanos, a Declaração dos Direitos da Criança,⁶ (instrumento que precede a Convenção sobre os Direitos da Criança) prevê no princípio 3º que: “[d]esde o nascimento, toda criança terá direito a um nome e a uma nacionalidade”.

Por sua parte, a Convenção sobre os Direitos da Criança afirma que:

Artigo 7

1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.
2. Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com sua legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria apátrida.

Artigo 8

1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.
2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade.

Por sua vez, a Declaração sobre os princípios sociais e jurídicos relativos à proteção e ao bem-estar das crianças, com especial referência à colocação e adoção em lugares de acolhimento em nível

4 Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005, § 182. (grifo nosso). Em sentido similar, ver: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, § 127; Corte IDH. *Caso do Massacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009, § 192; Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, § 110. O TEDH no caso *Burghartz vs. Suíça*, manifestou o seguinte: “ao contrário de outros instrumentos internacionais, como o PIDCP (art. 24 § 2), a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989 (artigos 7 e 8) ou a CADH (art. 18), o artigo 8 da CEDH não contém nenhuma disposição relacionada a nomes. Como medida de identificação pessoal e vínculos familiares, o nome de uma pessoa, no entanto, diz respeito à vida privada e familiar [...] esses aspectos do direito público são compatíveis com a vida privada [...], que inclui, em certa medida, o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos, em contextos profissionais, comerciais ou outros [...]”, TEDH. *Caso Burghartz vs. Suíça*, Sentença n.º 16213/90, 22 de fevereiro de 1994, § 24. (tradução livre)

5 Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005, § 179.

6 ONU. Declaração sobre os Direitos da Criança, aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 1368 (XIV), 20 de novembro de 1959.

nacional e internacional, de 1986, estabelece que: “[e]m qualquer momento a criança deverá ter um nome, nacionalidade e representante legal. A criança, ao ser adotada, colocada em um lar de guarda ou ficar submetida a outro regime, não deverá ser privada de seu nome, [...] a menos que com isso adquira outro nome [...]”.⁷

Por outro lado, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, prescreve que: “[o] filho de um trabalhador migrante tem o direito a um nome, ao registo do nascimento e a uma nacionalidade”.⁸

Finalmente, a CEDAW prevê no artigo 16 que:

1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão: [...]
 - g) Os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direito de escolher sobrenome, profissão e ocupação; [...].

O artigo 18 da CADH reconhece que todos têm direito a um nome próprio e aos sobrenomes de seus pais ou de um deles. Este direito não está subordinado às disposições do direito interno. Existe autonomamente, e o direito interno deve regular a forma como é assegurado a cada pessoa.

Embora este direito não tenha um artigo equivalente na CEDH, está incluído em várias convenções internacionais, incluindo a Convenção sobre a Mudança de Nome e Sobrenome de 1958,⁹ e a Convenção nº 19 da Comissão Internacional do Estado Civil (CIEC) relativa à Lei Aplicável aos Nomes e Sobrenomes de 1980.¹⁰ Além disso, o PIDCP, bem como instrumentos internacionais específicos sobre os direitos da criança, reconhecem o direito da criança a um nome e, além disso, preveem o registro compulsório ao nascer, a fim de proteger o direito da criança à uma identidade.

Há também outras convenções que tratam de aspectos técnicos e/ou administrativos, como a Convenção sobre a Indicação de Nomes e Sobrenomes nos Registros do Estado Civil de 1976,¹¹ e, como complemento, a Convenção sobre Decisões Suplementares nos Registros do Estado Civil e a Convenção de Istambul sobre o Intercâmbio Internacional de Informações sobre o Estado Civil, de 1954.¹² Além disso, em 8 de setembro de 1982, foi assinada em Haia a Convenção relativa à emissão de certificado de diversidade de sobrenomes, criando um documento internacional conhecido como “certificado de diversidade de sobrenomes”, que permite identificar pessoas que, em decorrência de divergências na legislação nacional aplicável, possuem mais de um sobrenome.¹³

7 ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Aplicáveis à Proteção e ao Bem-estar das Crianças, com Especial Referência às Práticas em Matéria de Adoção e de Colocação Familiar nos Planos Nacional e Internacional. Resolução da Assembleia Geral 41/85, 3 de dezembro de 1986, artigo 8.

8 Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 45/158, 18 de dezembro de 1990, artigo 29.

9 Convênio sobre alteração do nome e sobrenome, firmado em Istambul em 4 de setembro de 1958. Este acordo “refere-se às alterações de sobrenomes e nomes concedidos pela autoridade pública competente, excluindo aqueles que resultam de uma modificação do estado das pessoas ou da correção de um erro”. (art. 1)

10 Convênio n.º 19 da Comissão Internacional do Estado Civil (CIEC) relativo à lei aplicável aos nomes e sobrenomes, adotados pela Assembleia Geral em Cesma em 6 de setembro de 1979, firmado em Munique em 5 de setembro de 1980. A Convenção estabelece que os nomes e sobrenomes de uma pessoa serão determinados pela lei do Estado de que essa pessoa é nacional (art. 1)

11 Convênio relativo à indicação dos nomes e sobrenomes em atas de estado civil, firmado em Berna em 13 de setembro de 1973.

12 Convênio sobre resoluções retificadoras das atas de estado civil e do convenio de Istambul de 4 de setembro de 1958 relativo ao intercâmbio internacional de informações de estado civil, firmado em Paris em 10 de setembro de 1954.

13 Convênio relativo à expedição de certificado de diversidade de sobrenomes, artigo 1: “1. O certificado de diversidade de sobrenomes estabelecido neste Acordo deve fornecer prova de identidade a pessoas que, como resultado de diferenças entre as leis de certos Estados, especialmente no que se refere ao casamento, filiação ou adoção, não são designadas pelo mesmo sobrenome 2. O único objetivo desse certificado deve ser declarar que os sobrenomes que nele aparecem

3. Características do nome

3.1. Natureza jurídica

3.1.1 Teorias sobre a natureza jurídica do nome

Várias teorias têm sido sustentadas em relação à natureza jurídica do nome. Entre elas é possível mencionar as seguintes.

O nome como um direito de propriedade. Esta teoria considerava o nome como um direito de propriedade da qual era titular a pessoa que o carregava e era tradicionalmente defendida pela jurisprudência francesa. Atualmente está em desuso, pois o nome é entendido como algo imaterial que está fora do comércio, é inalienável e imprescritível;¹⁴ em outras palavras, carece de conteúdo econômico (característica dos direitos patrimoniais).¹⁵

O nome como um direito de personalidade. Uma importante tendência doutrinária moderna atribui ao nome a “qualidade de direito subjetivo”, ou seja, a de ser um direito personalíssimo.¹⁶

O nome como um atributo de personalidade. Considera o nome como um elemento que a lei atribui à pessoa; atributo que lhe serve como “sinal individualizador externo”, como um símbolo da pessoa que o carrega.¹⁷

O nome como uma instituição da polícia civil. Segundo essa teoria, o nome contribui para a identificação da pessoa. É a forma obrigatória de designação de pessoas e o ordenamento a exige como meio e como garantia da ordem social,¹⁸ daí sua imutabilidade, que se baseia em razões de seguridade social e de segurança pública. Segundo esta concepção restritiva, o direito a um nome não existiria, mas seria uma regulamentação administrativa para tentar identificar indivíduos. Nesse sentido, endossa “a ideia de uma instituição baseada nos deveres do indivíduo perante os interesses do Estado: ser dono do nome é consequência da existência de um dever para com a comunidade baseado na necessidade de individualizar seus membros”.¹⁹ Contudo, desta forma, “a função do nome limita-se a ser um meio de classificação e controle que dispensa o alcance da autonomia resultante da faculdade de usar o nome nas relações entre indivíduos e de impedir seu uso por terceiros e de impedir comportamentos arbitrários por parte do próprio Estado”.²⁰

designam, de acordo com diferentes legislações, uma pessoa. Não pode ter como objeto afetar as disposições legais atuais que regem a matéria de sobrenomes.”

14 Cfr. Tobías, J. W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 402.

15 “A concepção do nome como objeto de um direito de propriedade foi tentadora devido à sua simplicidade e deu uma explicação satisfatória à sua oponibilidade *erga omnes*. Qualquer ataque realizado por terceiros contra o nome de uma pessoa, negando-lhe o poder de usá-lo, ou reivindicando direitos sobre ele e usurpando-o, poderia ser repellido por ações decorrentes de direitos de propriedade. O proprietário possuía seu nome como domínio [...]”. Pliner, A., *op. cit.*, p. 87.

16 “Esta teoria, sem dúvida, tem um fundo verdadeiro. O nome faz parte da personalidade do homem; sua honra está intimamente ligada a ele. O conceito comum de que é o dever de manter limpo o nome paterno revela quão estreitamente está relacionado à pessoa que o usa.” Borda, G., *op. cit.*, p. 333.

17 “O nome, em seu aspecto como sinal desagregado do indivíduo, tomado como mera voz articulada, ideograma ou palavra escrita, quando não trabalha para designar uma determinada pessoa, carece de significado legal; mas quando cumpre a função individualizadora, deixa de constituir um objeto - uma palavra, uma voz, um ideograma - valioso fora do sujeito, para ser o destinatário do que é pregado no nome.” Pliner, A., *op. cit.*, p. 86.

18 “O Estado é o primeiro interessado em que cada indivíduo carregue permanente e invariavelmente uma designação oficial, para que permaneça individualizado e identificado. Essa concepção, que vê uma instituição policial civil no nome, uma simples etiqueta ou número de registro, raramente é afirmada como uma única tese.” *Ibidem*, p. 72.

19 Tobías, J. W., *op. cit.*, p. 403.

20 *Ibidem*.

O nome como um direito de personalidade e como uma instituição de polícia civil. Segundo essa teoria, se o nome fosse concebido apenas como um direito de personalidade, estar-se-ia desconsiderando o evidente interesse social relacionado; enquanto que se fosse reconhecido apenas como uma instituição de polícia civil, um dos direitos mais intimamente ligados à personalidade humana seria desconhecido.²¹ Esta pareceria ser a posição dominante no direito moderno, segundo a qual a natureza jurídica do nome seria dada pela confluência dessas duas abordagens (teoria *sui generis*).

3.1.2 Proteção legal

Do nome surgem direitos e obrigações para o indivíduo, bem como para terceiros e para a sociedade em geral, que se relacionam entre si. O direito de usar o próprio nome, bem como de reivindicar a própria defesa, é universalmente aceito mesmo em países que não possuem legislação expressa sobre o assunto. A proteção e defesa do nome não é influenciada pela posição doutrinária adotada quanto ao seu caráter, natureza e importância jurídica. A proteção é comum a todas e cada uma das teorias.

Da mesma forma, a natureza fundamental deste direito se reflete na impossibilidade de declarar sua suspensão mesmo em casos de guerra, perigo público ou emergência, que ameacem a segurança do Estado.²² Junto com o direito ao nome, a CADH não autoriza a suspensão das obrigações assumidas com relação ao direito à proteção da família, ao direito à nacionalidade, aos direitos políticos e aos direitos da criança.

-
- 21 Cfr. Borda, G., *op. cit.*, p. 333. “A relevância jurídica do nome se desenvolve em uma dupla direção: a que enfatiza a autonomia das pessoas (com referência, por exemplo, à escolha do primeiro nome; ao poder de usar ou não o sobrenome conjugal; ao poderes para exercer as ações de proteção do nome) e aquela que coloca em sua devida medida o componente de interesse geral do nome em relação aos deveres que ele implica nas relações da pessoa com o Estado (a característica da necessidade; o dever de usá-lo nas relações com indivíduos e em atos públicos; de sua relativa imutabilidade, etc.). Pode-se concluir, portanto, que se está na presença de uma instituição complexa: por um lado, constitui um verdadeiro direito subjetivo fora da propriedade e por outro lado, cumpre uma função de interesse social na identificação da pessoa [...]. É mais difícil localizá-la como um atributo da pessoa. Isso porque, não possuem nome as pessoas que ainda não nasceram e as que nasceram e não possuem certidão de nascimento.” Tobias, J. W., *op. cit.*, p. 404.
- 22 CADH art. 27.2. “Esta disposição da CADH, como o artigo 4.2 do PIDCP, refere-se ao poder dos Estados de suspender algumas de suas obrigações de Direitos Humanos. Desse modo, as medidas adotadas pelos Estados para enfrentar as graves crises que possam surgir, por mais excepcionais que sejam, são - ou deveriam ser - ferramentas para salvaguardar a observância dos Direitos Humanos e do Estado de Direito, e não instrumentos para suprimir ou sacrificar esses princípios. O’Donnell, D. *Derecho Internacional de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004. Quanto a expressão “suspensão das garantias”, a Corte IDH indicou anteriormente que: “O artigo 27 contém certas frases que merecem destaque para os fins desta consulta. Assim, o título é “Suspensão de garantias”; o primeiro parágrafo fala sobre “suspensão das obrigações contraídas”; o segundo parágrafo da “suspensão dos direitos”; e o terceiro parágrafo prevê “direito de suspensão”. Quando a palavra ‘garantias’ é usada no segundo parágrafo, é precisamente para proibir a suspensão das ‘garantias judiciais indispensáveis’. Da análise dos termos da Convenção no seu contexto, verifica-se que não se trata de uma “suspensão de garantias” no sentido absoluto, nem de uma “suspensão de direitos”, já que sendo estes substanciais para a pessoa o único que poderia suspender-se ou impedir-se seria o seu pleno e efetivo exercício [...]”. Corte IDH. *Habeas corpus sob suspensión de garantías* (Arts. 27.2, 25.1 e 7.6 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-8/87 de 30 de janeiro de 1987, § 18. Por sua vez, a CIDH indicou que: “[...] tanto o PIDCP (art. 4.2.) quanto a CADH (art. 27.2.) estabelecem que os Estados não podem suspender suas obrigações internacionais em relação ao direito à vida, à proibição de tortura e penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, à proibição da servidão e escravidão, à proibição de prisão por quebra de obrigações contratuais, observância do princípio da legalidade em matéria penal (não há pena nem crime sem lei), do princípio da aplicação da sentença mais favorável ao acusado, do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica e da liberdade de consciência e religião [...]. Além disso, a CADH acrescenta a essa lista a impossibilidade de suspender as obrigações assumidas em relação à proteção da família, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, os direitos políticos e os direitos da criança [...]”. CIDH. *A Infância e seus direitos no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*, 2ª ed., OEA/Ser.L/V/II.133, 29 de outubro de 2008, §§ 48-49.

3.2 Características

O nome individualiza e identifica as pessoas. Nesse sentido, dada a sua importância transcendental, muitas características lhe são atribuídas.

O nome é obrigatório, a necessidade de individualizar a pessoa requer necessariamente a identificação através de um nome. Esta característica tem uma dupla implicação; por um lado, “a obrigação de “ter um nome” e, por outro, “a obrigação de usar o nome que se tem”.²³ Não há direito possível sem individualização, exigida para todos os atos da vida civil e nas relações com o Estado; “o nome, mais do que obrigatório, é um pressuposto necessário do indivíduo que adquire o status de pessoa e participa da ordem jurídica que forma parte da sociedade”.²⁴

O nome é único, apenas no sentido de a pessoa não ser titular, ao mesmo tempo, de nomes e sobrenomes diferentes. Isso não significa que seja simples e possa ser satisfeito por uma palavra, pois pode ser complexo e incluir mais de um nome.²⁵

O nome é necessário, toda pessoa deve necessariamente ter um nome.

O nome é imutável, em razão da função que desempenha, o nome não pode ser alterado exceto em casos excepcionais, pois tende a proteger os direitos individuais das pessoas e da sociedade e, além disso, busca proporcionar segurança na identificação das pessoas.²⁶

Portanto, as pessoas devem individualizar-se na comunidade de forma certa e permanente; entretanto, como observado, este princípio não é absoluto, pois, por razões de interesse social e coletivo e em determinadas circunstâncias, certas mudanças de nome são permitidas²⁷, tal como se estabelece mais adiante.

23 “A primeira aponta para uma das características da instituição, enquanto a segunda pertence à regulamentação dogmática do exercício do direito ao nome e das obrigações impostas ao seu portador [...] em nossa sociedade organizada o indivíduo que não possui um nome seria aniquilado legal e moralmente, seria um ente biológico, mas careceria de uma entidade jurídica, de personalidade; ninguém poderia ser prejudicado por um *alguém* não individualizado. Pode-se dizer que poderia ser individualizado de alguma outra maneira: por uma particularidade física, por um apelido, por uma peculiaridade de seus hábitos ou costumes, mas isso já seria um nome, embrionário ou primitivo, mas uma forma de denominação que preencheria a *necessidade* elementar que o nome satisfaz. A obrigação de carregar um nome é separável do ajuste às formas onomásticas legais, porque o que conta é a necessidade, e não a obrigação de que cada indivíduo tenha um sinal verbal específico que o distinga dos demais membros da sociedade, que sirva para individualizá-lo, chamá-lo, mencioná-lo, imputar-lhe relações ou obrigações de direito ou puramente sociais [...] As leis encarregam-se de exigir que o recém-nascido receba seu nome - um nome que deve ser imposto a ele, e um sobrenome que se presume atribuído - que será indispensável para ele assim que der os primeiros passos na vida social; não será recebido na escola primária se não provar seu nome; não pode enviar um telegrama ou receber uma carta; nem casar, nem contratar, nem adquirir bens, nem testar, nem meios de provar que ele pertence a uma família. Confrontado com o Estado, esse indivíduo, que tem, em princípio, direitos e obrigações, não poderá exercer o primeiro e será libertado do segundo devido à impossibilidade de imputação a um ser anônimo.” Pliner, A. E., *op. cit.*, pp. 57-58. (grifo nosso)

24 Embora a obrigação não tenha uma sanção, há muitas consequências que sofreria caso tentasse evitar esse princípio: “[...] estaria fora do mundo jurídico e praticamente afetada por uma incapacidade total da lei.” Pliner, A., *Ibidem*, p. 59.

25 Tobías, J. W., *op. cit.*, p. 401.

26 “[...] A função individualizadora do nome seria frustrada se cada indivíduo pudesse mudá-lo para seu prazer, e a desordem social que isso traria seria ainda mais séria do que se os nomes não existissem. Uma vez desaparecida a certeza de que uma determinada designação individualiza um determinado sujeito, as relações jurídicas estabelecidas permanecem sem estabilidade, os direitos e obrigações somente serão invocados ou executados depois que seus detentores provarem suficientemente que as mesmas pessoas agem sob nomes diferentes, e teriam que ser processados por diferentes denominações, impondo ao credor o ônus de provar a identidade de seu devedor, oculto sob seu novo nome; Os relacionamentos familiares sofreriam a deterioração da ignorância ou do esquecimento dos vínculos e, para constatá-los, seria necessário não apenas investigar as afiliações e atos jurídicos familiares, mas segui-los através da rede de metamorfoses onomásticas.” Pliner, A., *op. cit.*, p. 60.

27 “Esse dogma de imutabilidade - um nome, do berço ao túmulo, e mais além - tem sido quase universalmente reconhecido, embora se admita sem dúvida que sua formulação não tem alcance absoluto, posto que a mudança na designação da pessoa pode ser necessária ou conveniente por razões justificadas; nesse caso, os *justos motivos* devem ser avaliados pelo órgão do Estado competente para autorizar as mutações que o interesse privado reivindica, contrastando-o com o

O nome é extrapatrimonial, uma vez que não está sujeito a apreciação financeira. O nome, como tal, não tem valor patrimonial. Entretanto, os direitos patrimoniais derivam de sua titularidade (por exemplo, a cessão parcial do uso de seus nomes por personalidades famosas para serem utilizados por terceiros como marcas comerciais de determinados bens ou produtos).²⁸

O nome é inalienável e intransferível. É intransferível entre pessoas vivas, o que deriva de sua natureza extrapatrimonial; em outras palavras, não pode ser alienado, cedido, onerado ou transmitido mediante nenhum ato jurídico, uma vez que se encontra fora da possibilidade de comércio.

O nome é imprescritível, não pode ser adquirido ou perdido com o tempo, não é uma coisa, nem é objeto de direito creditício. O direito ao nome e o direito de exercer a sua defesa não diminuem com o tempo, ao contrário de outros direitos que, se temporariamente não forem exercidos, não podem ser reclamados. É adquirido de acordo com as formas previstas por lei e é retido com as características de estabilidade e indisponibilidade ao longo da vida. Há um interesse social em garantir que os nomes não se percam com o tempo, para que a função individualizadora não seja perturbada ou totalmente frustrada.²⁹

3.3 Mudança de nome

Como observado, uma das características do nome é a imutabilidade, embora não seja um princípio absoluto. Algumas vezes, por razões de interesse social e/ou coletivo e sob certas circunstâncias, é possível mudá-lo.

Um aspecto importante é a mudança de nome solicitada pelas pessoas transexuais, cuja identidade de gênero não corresponde ao sexo com o qual foram inicialmente registradas. Nesses casos, é necessária uma resposta legislativa adequada para que a atribuição inicial de registro de sexo e nome próprio possam ser modificados para garantir o livre desenvolvimento de sua personalidade e dignidade.³⁰

interesse geral que a estabilidade dos nomes exige como garantia de ordem. Resulta daí que a ideia de ‘imutabilidade’ se torna um tanto severa, talvez demais, e excede o significado que a doutrina entende atribuir a uma das características mais importantes do nome. Assim se fala frequentemente em *firmeza* ou *estabilidade*, o que nos parece mais alinhado com a ideia que se busca traduzir, e neste terreno diminui a força das objeções que o princípio desperta [...]. Em definitivo, o princípio se reduz a garantir a proibição absoluta de modificações voluntárias ou caprichosas - o ‘banimento da voluntariedade’ [...] - mantendo a regra geral do nome invariável ao longo da vida do sujeito, exceto nos casos em que a mutação ocorre por império da lei - caso do adotado - ou quando são comprovadas razões válidas e suficientes, a juízo da autoridade judicial ou administrativa, dependendo do regime adotado por cada Estado, são autorizados com as devidas garantias de publicidade e - se aplicável - a audição de terceiros interessados, a mudança de nome solicitada pelo indivíduo [...]. Na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos da América, onde vigora o sistema do *common law*, a mudança de nome é um assunto privado dos indivíduos, realizado sem processo ou intervenção de qualquer autoridade legal, enquanto nos Estados governados por Lei escrita, *statutory law*, deve apresentar-se petição fundamentada perante os juízes com garantias de publicidade, para salvaguardar os interesses de terceiros, mas existe uma disposição voluntária nos tribunais que facilita as mudanças, uma vez que as diretrizes da *common law* presidem as decisões dos juízes no que diz respeito a apreciação de sua discricionariedade e reservam sua severidade para examinar com aprofundamento as oposições de terceiros. De qualquer forma, mesmo nos Estados de *statutory law*, funciona em paralelo o regime de *common law*, e as partes interessadas podem usar um ou outro meio para alterar ou modificar seus nomes.” Pliner, A., *op. cit.*, pp. 61-62 e 64-65. (grifo nosso)

28 Cfr. Tobías, J. W., *op. cit.*, p. 401.

29 Pliner, A., *op. cit.*, p. 69.

30 Sobre o tema, existem diversas resoluções da Assembleia Geral da OEA, ver Resolução n.º 2435, “Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (XXXVIII-O/08), 3 de junho de 2008. Resolução n.º 2504, “Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (XXXIX-O/09), 4 de junho de 2009. Resolução n.º 2600, “Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero” (XL-O/10), 8 de junho de 2010. Organização das Nações Unidas. Esses documentos reconhecem e condenam a grave situação de violações dos Direitos Humanos que as pessoas enfrentam devido à sua orientação sexual e identidade de gênero. Em relação ao pedido de alteração das certidões de nascimento de pessoas submetidas a operações de redesignação sexual na Europa, ver TEDH. *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, Sentença n.º 28957/95, de 11 de julho de 2002. TEDH. *I. vs. Reino Unido*, Sentença n.º 25680/94, de 11 de julho de 2002.

Na América Latina, Uruguai³¹ e Argentina foram os primeiros países a regulamentar esta questão através de leis que estabelecem os diversos requisitos para que as pessoas nesta situação possam ter acesso à mudança de registro quando o registro não corresponde à sua verdadeira identidade de gênero.³²

No caso do Uruguai, a adequação registral é realizada por iniciativa da pessoa interessada e é processada pelos Juízes de Família. O pedido deve ser acompanhado de “um relatório técnico da equipe multidisciplinar especializada em identidade e diversidade de gênero [criada para estes fins] na Diretoria Geral do Registro do Estado Civil [...] [também] se levará em conta especialmente o testemunho de pessoas que conhecem o cotidiano da pessoa solicitante e dos profissionais que a atenderam do ponto de vista social, mental e físico”.³³

Por outro lado, a Argentina adotou a Lei nº 26.743 “lei de identidade de gênero para pessoas trans”, que estabelece, em sentido semelhante ao da lei uruguaia, que todos têm o direito:

ao reconhecimento de sua identidade de gênero; ao livre desenvolvimento de sua pessoa de acordo com sua identidade de gênero; e a serem tratados de acordo com sua identidade de gênero e, em particular, a serem assim identificados nos instrumentos que provem sua identidade com relação ao(s) nome(s), imagem e sexo com os quais estão registrados.³⁴

31 Lei n.º 18.620 “derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios”, sancionada em 12/10/2009, e publicada D.O. n.º 27.858 de 17 de novembro de 2009. Esta lei estabelece em seu artigo 1 que: “toda pessoa tem direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade de acordo com sua própria identidade de gênero, independentemente de seu sexo biológico, genético, anatômico, morfológico, hormonal, de designação ou outro. Esse direito inclui o direito de ser identificado para que seja plenamente reconhecida a identidade de gênero da pessoa a consistência entre essa identidade e o nome e sexo indicados nos documentos de identificação da pessoa, incluindo as atas do Registro do Estado Civil, os documentos de identidade, eleitoral, viagem ou outros.”

32 Em 2014, a Assembleia Legislativa do Distrito Federal (atual Cidade do México) alterou o Código Civil, permitindo que qualquer cidadão obtenha uma certidão de nascimento que respeite e reconheça sua identidade de gênero. Por outro lado, em 18 de maio de 2016, a Costa Rica apresentou à Corte IDH um pedido de parecer consultivo para que a Corte IDH “interpretasse as obrigações relativas a: a) à proteção prevista no artigo 11.2, honra e dignidade, 18 o direito a um nome e 24 a igualdade perante a lei em relação ao artigo 1 da CADH ao reconhecimento da mudança de nome das pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada um”; b) ‘Compatibilidade da prática de aplicar o artigo 54 do Código Civil da República da Costa Rica, Lei nº 63, de 28 de setembro de 1887, a pessoas que desejam optar por uma mudança de nome com base em sua identidade como gênero, com os artigos 11.2., 18 e 24, em relação ao artigo 1 da Convenção”, e c) “a proteção oferecida pelos artigos 11.2 e 24 em relação ao artigo 1 da CADH ao reconhecimento de direitos ativos derivados de um link ou entre pessoas do mesmo sexo”. A solicitação apresentada pelo Estado pode ser consultada no seguinte link: http://www.corteidh.or.cr/docs/solicitudoc/solicitud_17_05_16_esp.pdf (Data do último acesso: 31 de julho de 2017).

33 Lei n.º 18.620 “Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios”, *op. cit.*, art. 4.

34 Lei n.º 26.743 “Ley de identidad de género para personas trans”, sancionada em 9 de maio de 2012, promulgada em 23 de maio de 2012, e publicada no D.O. em 24 de junho de 2012. Após a entrada em vigor desta lei, todos na Argentina “podem solicitar a retificação do registro de sexo e a mudança de nome e imagem, quando não coincidirem com sua auto percepção de identidade de gênero”. *Ibidem*, artigo 3. Em relação ao tema, vale mencionar os princípios sobre a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero (Princípios de Yogyakarta), que indicam que os Estados deverão: “[...] Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para que existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa – incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa. Assegurar que esses procedimentos sejam eficientes, justos e não-discriminatórios e que respeitem a dignidade e privacidade das pessoas. Garantir que mudanças em documentos de identidade sejam reconhecidas em todas as situações em que a identificação ou desagregação das pessoas por gênero seja exigida por lei ou por políticas públicas; [...]”, Princípio 3. (grifo nosso)

4. Elementos

O primeiro nome e o sobrenome são os elementos únicos e necessários que compõem o nome oficial da pessoa. Embora outros meios de designação possam ser utilizados para complementar a individualização, como apelidos ou pseudônimos, estes, no entanto, carecem da hierarquia legal e validade necessária para fazer parte do nome.³⁵

O direito moderno distingue entre o nome individual e o nome patronímico.³⁶ O primeiro, também conhecido como prenome, nome próprio,³⁷ ou nome de batismo, é uma qualificação especial do indivíduo que serve para distinguir os diferentes membros de uma família; é o “elemento caracteristicamente individual da designação”.³⁸ É o nome pelo qual se individualiza uma pessoa após o nascimento e é adquirido pelo seu registro no órgão do estado correspondente. O prenome pode ser um ou múltiplo.

Por outro lado, o sobrenome ou nome de família é um qualificador comum a todos os membros de uma mesma família, que indica não tanto o indivíduo mas o grupo ao qual ele pertence e pode ser adquirido de forma original ou derivada.³⁹ Cada indivíduo carrega o que lhe corresponde em razão de sua integração no grupo que se distingue por essa denominação.⁴⁰ Designa o grupo e cada um de seus membros, “embora por si só individualize apenas o primeiro, e assim tenha o caráter de um nome coletivo”.⁴¹

35 Pliner, A., *op. cit.*, p. 47.

36 Savatier, R., *op. cit.*, pp. 51-52. “Estritamente falando, o patronímico nada mais é do que a designação suplementar específica do nome ou nome exclusivo. Formada com o sobrenome do pai ou nome exclusivo [...]. Foi assim que uma grande parte dos sobrenomes espanhóis e italianos foram formados, como também ingleses, alemães, dinamarqueses, russos, sérvios, etc. Com o tempo, foi identificada a noção de apelido e sobrenome, e os franceses falam indiferentemente do *nom de famille* e do *nom patronymique*, e o mesmo ocorre em nossa literatura jurídica. Na tradição argentina, como em todo o Ocidente, a confusão não é resultado de um erro conceitual, mas de uma confusão real de objetos, uma vez que o patronímico se transformou e se fundiu com o sobrenome, aparecendo para nós como uma coisa [...] Mas em alguns países ambos os institutos coexistem e são devidamente legislados. [...]”. Pliner, A., *op. cit.*, pp. 46-47.

37 “Quanto a locução “primeiro nome” não é uma expressão propriamente jurídica, mas uma figura de linguagem, poética, mas inadequada para a técnica da lei”. *Ibidem*, p. 43.

38 “Corresponde ao antigo nome único das pessoas e é a base da individualização do sujeito, que é imposto, em circunstâncias comuns, imediatamente após o nascimento; portanto, os ingleses o chamam de nome próprio, ou seja, nome dado, ideia que também expressa as qualificações de ‘nome cristão’ ou ‘batismo’, e se opõe ao nome de família (nome de família) que não é dado, mas corresponde a ele por direito. É também o elemento adequado, livre de qualquer vínculo pré-estabelecido, uma vez que a palavra que constituirá esse sinal será livremente escolhida por quem tiver o poder de impor ao recém-nascido.” *Ibidem*, p. 42. (grifo nosso)

39 “É original quando está vinculado à filiação do indivíduo. É derivado quando ocorre pela mudança de estado do mesmo”. Llambias, J. J. *Tratado de Derecho Civil. Parte General, Tomo I, Nociones Fundamentales. Personas*. 20ª ed., Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 273.

40 “[...] O uso do ‘sobrenome duplo’, de raízes ibéricas antigas, que consiste em cada pessoa com o sobrenome do pai e da mãe, unidos ou não pela conjunção ‘e’. É um costume tradicional que começou na Espanha e em Portugal nas famílias nobres durante o período visigótico, que terminou generalizando a todas as pessoas e se impondo por lei. Foi introduzido pelos conquistadores na América Latina e aqui se enraizou, e depois foi traduzido em leis, com formas que às vezes o deslumbravam e distorciam. O sobrenome duplo que cada sujeito pode ou deve usar para indicar sua dupla afiliação - paterna ou materna - é frequentemente confundido com o chamado “sobrenome composto” que, embora complexo por conter várias palavras, é o único sobrenome comunicado de geração em geração, como Fernández del Casal, Alvarez de Toledo, Muñoz de Toro e não são divisíveis”. Pliner, A., *op. cit.*, p. 45.

41 “[...] Cada um de seus membros difere dos outros por seu nome, de modo que juntos os dois elementos constituem o complexo onomástico que fornece as informações determinantes de um grupo e de um indivíduo dentro dele. Ao usá-lo completo, seu titular possui o selo distintivo que isola e descreve sua personalidade na comunidade social em que ele vive. Foi dito que o sobrenome - nome de família ou patronímico, que corresponde ao nome romano - é o elemento principal ou essencial da designação legal das pessoas. Acreditamos que, afirmando-se, observamos mais o significado social ou o escopo abrangente do sobrenome do que sua função como ingrediente na individualização das pessoas, como constitutivo de seu nome completo. Nome e sobrenome [...] não se pode dizer que um seja mais importante que o outro, nem que algum deles atinja uma hierarquia essencial em detrimento do resto que também contribui, necessariamente, para a realização da função individualizadora do nome [...]. Somente a união dos dois dados, em paridade de hierarquia funcional, historicamente comprovada, constitui o sinal pessoal diferenciador que permite isolar e apontar para um indivíduo específico dentro da comunidade. Nenhum significado tem a designação frequente de pessoas apenas pelo sobrenome, pois isso ocorre em circunstâncias excepcionais quando o nome do usuário está implícito, quando

O apelido ou alias são nomes normalmente dados a uma pessoa tomados de alguma circunstância particular. É uma forma de designação espontânea produzida no ambiente familiar, social ou no ambiente em que a pessoa trabalha; muitas vezes transcende o nome próprio.⁴² É importante notar que não faz parte da designação legal da pessoa e, portanto, carece de valor jurídico.

Um pseudônimo é um nome que se supõe ser dado por uma pessoa para ser usado como substituto de seu nome real em alguma atividade específica.⁴³ É adquirido pela vontade expressa da pessoa, sem que seja necessário exigir notoriedade ou divulgação para considerá-lo digno de proteção.⁴⁴ Pode consistir de um nome e sobrenome, um nome, uma designação extravagante ou uma derivação do nome real. Em qualquer caso, nenhuma pessoa ou autoridade pode impor à uma pessoa uma designação que não seja o seu nome civil. Não tende a substituir o nome “na sua função legal de individualizar a pessoa”, mas é uma marca profissional ou artística “que o coloca num sistema alheio à legislação sobre nomes”.⁴⁵ Somente pessoas individuais ou físicas podem ter pseudônimos, mas não as pessoas jurídicas,

a notoriedade do indivíduo torna desnecessários todos os outros elementos complementares ou quando essa forma de designação é feita dentro de um grupo social em que outros membros da família não agem.” Pliner, A., *Ibidem*, pp. 43-44.

- 42 “O apelido, quando aplicado para distinguir homônimos, preenche uma necessidade peremptória e merece as considerações do nome, embora seja comum que ele se origine em vícios ou costumes familiares que remontam à infância do sujeito e não atendem a nenhuma necessidade legal. Também pode acontecer que o apelido adquira qualidade complementar do sobrenome e sirva como uma espécie de *agnomen* romano, que é a característica do antigo *sumnom* francês, e que, historicamente, é uma das fontes mais férteis de sobrenomes [...] O apelido, é uma maneira irregular de nomear pessoas, geralmente com um significado pejorativo. Seu poder individualizador, sua força evocativa da personalidade que se propõe a apontar, é frequentemente vigorosa em sua eficácia, embora sem significado legal, o que não impede que seus efeitos fáticas sejam indiferentes à ordem jurídica - os mesmos do pseudônimo - desde que sirvam a propósitos semelhantes aos do nome [...], a palavra latina *alias*, que significa “de outro modo”, servia para indicar outra forma de ser chamado um indivíduo, e que precedia ao pseudônimo ou apelido na enunciação do nome próprio [...]”. Pliner, A., *Ibidem*, p. 47.
- 43 “[...] O prefixo *pseudo* (até recentemente, escrito em espanhol *pseudos*, como em grego) significa falso. Portanto, o pseudônimo é simplesmente um nome falso, diferente do nome real, normalmente usado pelos autores literários em tempos de censura ou falta de liberdade. No dicionário da Royal Academy of Language, todos os diferentes significados do termo são mencionados, ainda para autores literários, no sentido estrito. No entanto, por pouco tempo, o uso do pseudônimo tem sido uma prática que se espalhou para outros grupos de pessoas (ou coletivos, diz-se hoje) que, por sua relevância pública, desejam um de dois: reservar sua identidade pessoal para sua vida privada; ou usar uma identificação pessoal mais chamativa do que a verdadeira. Assim, além dos autores literários, inúmeros criadores no sentido amplo também recorrem ao pseudônimo: cantores, atrizes e atores, decoradores, cabelereiros [...]. Assim, parece natural que, se a individualidade da pessoa acabar se identificando com o pseudônimo, ele merece estar legalmente protegido até certo ponto, para evitar homônimos desnecessários e situações abusivas. A referida proteção consiste, de acordo com a maioria, em equiparar o pseudônimo ao nome; afirmação em minha opinião excessiva, mesmo que fosse por um fato único (mas incontestável): qualquer pessoa pode exigir que outras pessoas o chamem pelo nome, mas não pelo pseudônimo. Quanto ao resto, não há dúvida de que o pseudônimo não é de modo algum uma personalidade certa; muito menos um direito fundamental. É simplesmente uma situação de fato que merece ser protegida contra situações abusivas por terceiros que buscam tirar proveito ou benefício do pseudônimo consolidado por qualquer pessoa, em aplicação do princípio geral de exclusão do enriquecimento sem causa. [...]”. Lasarte, C. *Compendio de Derecho Civil: Trabajo Social y Relaciones Laborales*, 2ª ed., Dukinson, Madrid, 2005, pp. 24-25.
- 44 “Mais evidente é a necessidade de proteção do nome ou pseudônimo de terceiros: a escolha do pseudônimo pode levar a casos de homônimos que autorizam o titular do nome real a impedir seu uso. Independentemente disso, a usurpação culpada ou intencional resultante da adoção do pseudônimo pode dar origem ao pedido de indenização. Sob outro aspecto, o uso do pseudônimo não parece compatível com as características particulares de algumas profissões, como no caso da medicina e atividades auxiliares. Tampouco é admissível que funcionários públicos designem pessoas de outra maneira que não seja com seu nome real em documentos de identidade, certidões de nascimento, casamento ou óbito, ou em geral seu emprego no campo das relações com o Estado”. Tobías J. W., *op. cit.*, p. 441.
- 45 Pliner, A., *op. cit.*, p. 48. “Muitas vezes, as pessoas escondem seus nomes reais sob um pseudônimo, motivado por razões muito diferentes. Às vezes, é um desejo de cortar os laços com o passado e mostrar seu propósito de começar uma nova vida [...] outras vezes, esconder sua personalidade, como é o caso de algumas figuras políticas ou científicas que publicam seu primeiro livro de versos com timidez e desejam evitar o ridículo se o trabalho não for bem recebido; mas, na maioria das vezes, o pseudônimo é usado, não para ocultar o autor, mas para aprimorá-lo, para usar um nome elegante ou eufônico que seja mais atraente [...] Longe de um objetivo de ocultação, há um desejo de facilitar a notoriedade.” Borda, G., *op. cit.* p. 348.

mesmo que possam mudar seu nome ou denominação comercial, pois nunca podem se identificar com uma denominação diferente daquela que aparece em seu instrumento constitutivo ou estatuto social.

Em resumo, a origem do pseudônimo é encontrada na vontade unilateral do indivíduo de adquiri-lo.⁴⁶ No entanto, a escolha não é completamente livre, pois não pode causar dano a terceiros, por exemplo, quando uma pessoa cujo nome ou pseudônimo é reconhecido publicamente, mas era o mesmo ou idêntico ao que outra pessoa pretende usar, neste caso a pessoa posterior pode ser legitimamente impedida de usar o pseudônimo⁴⁷.

5. Relação do direito a um nome com outros direitos

5.1 Relação com o direito à identidade

O direito ao nome da criança se encontra protegido, geralmente, juntamente com o direito à nacionalidade e com as relações e direitos familiares, como um elemento que determina a identidade de uma pessoa,⁴⁸ e está associado com os direitos à intimidade e à personalidade jurídica.⁴⁹

O direito à identidade é expressamente reconhecido apenas no artigo 8º da Convenção sobre os Direitos da Criança e, como todos os Direitos Humanos, deriva da dignidade inerente ao ser humano, razão pela qual pertence a todas as pessoas sem discriminação, sendo o Estado, portanto, obrigado a garanti-lo através da aplicação dos meios à sua disposição para torná-lo efetivo. No caso das *irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*, o Juiz Cañado Trindade estabeleceu em seu voto dissidente que, embora

46 “Outros sinais distintivos devem ser distinguidos do pseudônimo, pois a designação não provém de uma designação voluntária da pessoa, que é, em princípio, alheia a ela. [...] O mais significativo é o apelido. Isso é imposto por outras pessoas no círculo da família ou da amizade. Às vezes, reflete certas condições ou habilidades físicas ou o tipo de atividades ou o local de nascimento e pode até ter um conteúdo pejorativo. Ao contrário do pseudônimo, o apelido não é necessariamente limitado a um determinado escopo de atividades. Sua relevância depende da extensão social do fenômeno, a fim de adquirir eficácia individualizada na comunidade em que a pessoa atua e, em alguns aspectos, da circunstância de a parte interessada ter ‘apropriado’ o apelido, o que permitiria a aplicação das regras do pseudônimo. O significado legal do apelido, portanto, está relacionado à sua particularidade e ao grau de seu uso, uma vez que a possibilidade de individualização depende dele [...]. Pelo contrário - pelo menos em regra - a validade não pode ser atribuída à tentativa de negócios em que aparece com o apelido: essa circunstância supõe que o ato não seja sério ou seja apenas um projeto ou descrição. No entanto, essa afirmação não é absoluta: a análise das circunstâncias sob o prisma da boa fé pode excepcionalmente persuadir o intérprete da validade total do ato em questão [...]. Diminutivos e sobrenomes. Por outro lado, os diminutivos usados afetivamente dentro do círculo familiar ou amigos íntimos não são legalmente relevantes [...] pode acontecer que esses sinais distintivos, originados no ambiente familiar na infância, se estendam ao longo do tempo e projetam a uma ampla esfera de relações sociais a um ponto que nos permite considerar que eles se tornaram apelidos; Nesse caso, aplicam-se as próprias regras deste último. [...] O nome religioso [...] é aquele que as pessoas adotam quando entram em certas ordens religiosas ou pelos cardeais da Igreja quando são eleitos papas. Em substância, corresponde ao esquema de pseudônimo: é um nome atribuído a si mesmo para uso na esfera da vida escolhida. No entanto, foi destacado que ele tem uma característica não secundária que provém da publicidade e da ‘oficialidade’ que possui. Sua regulamentação pelo Direito Canônico - da qual emana sua necessidade - reflete simultaneamente a decisão da pessoa de se retirar de instituições seculares. Em termos de direito civil, uma mudança de nome não importa e pode ser considerada, como afirmado, uma forma de pseudônimo”. Tobias, J. W., *op. cit.*, pp. 441-443.

47 Borda, G., *op. cit.*, p. 350.

48 “No curso das discussões sobre o esboço do artigo 8, foi estabelecido que o princípio nele contido tem implicações em outras áreas, incluindo adoção, tráfico de crianças e procriação por meio de inseminação artificial e técnicas semelhantes”. O’Donnell, D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. 2ª ed., Comisión Andina de Juristas, 1989, p. 334. A Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece o direito da criança de preservar sua identidade, incluindo seu nome. Isso se torna importante em certas situações, por exemplo, nos casos de adoção, na medida em que a criança pode ver algum aspecto de sua personalidade alterado como consequência da mudança na situação legal da família.

49 Nesse sentido, “[...] ninguém finge que a identificação de uma pessoa se esgota por um meio único e singular, como o nome, mas que é o resultado de um conjunto de elementos dinâmicos e estáticos que, globalmente considerados, levam-nos à determinação da identidade pessoal [...]”. Fernández Sessarego, C. *Derecho a la identidad personal*. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 131.

o direito à identidade não estivesse expressamente previsto na CADH, “seu conteúdo material era aparente, nas circunstâncias do caso, sobretudo pelos artigos 18 (direito a um nome) e 17 (direito à proteção da família) da C[ADH], em relação ao artigo 1(1) desta última”.⁵⁰

O direito à identidade é, portanto, um direito humano fundamental para o desenvolvimento de cada pessoa, e inclui direitos correlacionados: o direito a um nome, a conhecer sua história filial, ao reconhecimento da personalidade jurídica e à nacionalidade. O direito à identidade pessoal tem uma característica específica dos Direitos Humanos, a saber, sua interdependência: a violação deste direito implica a violação de outros direitos fundamentais, especialmente os direitos políticos. Esta inter-relação pode ser vista na jurisprudência da Corte IDH. No caso de *Gelman vs. Uruguai*, a Corte IDH considerou que:

[...] o direito à identidade pode ser conceituado, em geral, como o conjunto de atributos e características que permitem a individualização da pessoa em sociedade e, em tal sentido, compreende vários outros direitos de acordo com o sujeito de direitos em questão e as circunstâncias do caso.⁵¹

A este respeito, no caso das *irmãs Serrano Cruz vs El Salvador*, o juiz Ventura Robles, em seu voto dissidente, sustentou que:

[...] toda pessoa tem direito à identidade, a qual constitui um direito complexo, que por um lado apresenta um aspecto dinâmico, cujo desenvolvimento está ligado à evolução da personalidade do ser humano, e contém um conjunto de atributos e características que permitem que cada pessoa seja individualizada como única. A identidade pessoal tem seu ponto de partida na concepção e sua construção se estende ao longo da vida do ser humano, num processo contínuo que abrange uma multiplicidade de elementos e aspectos que vão além do conceito estritamente biológico, e que corresponde à “verdade pessoal” e à biografia do ser humano. Esses elementos e atributos que compõem a identidade pessoal incluem aspectos tão variados como a origem ou “verdade biológica”, o patrimônio cultural, histórico, religioso, ideológico, político, profissional, familiar e social de uma pessoa, bem como outros aspectos mais estáticos referentes, por exemplo, a características físicas, o nome e a nacionalidade.⁵²

50 Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. MRC. 2005, voto dissidente do juiz Antonio A. Cançado Trindade, § 20. Da mesma forma, nesse caso, a Corte IDH declarou que: “quanto ao artigo 18 da C[ADH], em relação ao artigo 1.1 da mesma, a C[IDH] declarou que: a) conforme indicado pela Comissão Internacional de Juristas, o direito à identidade, particularmente no caso de crianças e de desaparecimento forçado, é um fenômeno jurídico complexo que se tornou relevante com a adoção da Convenção sobre os Direitos da Criança. Esse direito foi reconhecido por jurisprudência e por doutrina, tanto quanto por uma lei de direito autônomo, bem como expressão de outros direitos ou como elemento constitutivo deles. O direito à identidade está intimamente associado ao direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, ao direito ao nome, à nacionalidade, à família e à manutenção de relações familiares. A supressão ou modificação total ou parcial do direito da criança de preservar sua identidade e os elementos que a compõem comprometem a responsabilidade do Estado [...]” Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. MRC. 2005, § 117. Este critério foi subsequentemente reiterado no *Caso Gelman vs. Uruguai*, no qual a Corte IDH declarou que: “assim, a referida situação afetou o que se denomina de direito à identidade, que apesar de não se encontrar expressamente contemplado na Convenção, pode ser determinado nas circunstâncias do presente caso com base no disposto pelo artigo 8 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que estabelece que este direito compreende, entre outros, o direito à nacionalidade, ao nome e às relações de família”. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, § 122.

51 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, § 122. Na sentença *Fornerón e filha vs. Argentina*, a Corte IDH disse que: “[...] A Convenção sobre os Direitos da Criança, no artigo 8.1., afirma que ‘Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas’ [...]. A identidade pessoal está intimamente ligada à pessoa em sua individualidade específica e vida privada, sustentadas ambas em uma experiência histórica e biológica, bem como na forma em que este indivíduo se relaciona com os demais, através do desenvolvimento de vínculos no plano familiar e social. É por essa razão que a identidade, apesar de não ser um direito exclusivo das crianças, acarreta uma importância especial durante a infância. [...]”. Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012, § 123.

52 Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. MRC. 2005, voto fundamentado do juiz Manuel Ventura Robles. O mesmo juiz afirmou que “devido aos fatos particulares do caso, a consequência lógica e necessária dessa

A Corte IDH, no caso de *Contreras e outros vs. El Salvador*, sustentou que:

[...] o dano ao direito à identidade nas circunstâncias [deste] caso implicou um fenômeno jurídico complexo que abrange[u] uma sucessão de ações ilegais e violações de direitos para encobri-lo e impedir o restabelecimento do vínculo entre os menores de idade subtraídos e seus familiares, que se traduz[iram] em atos de ingerência na vida privada bem como em danos ao direito ao nome e às relações familiares.⁵³

Por sua vez, a CIDH estabeleceu que:

[...] com base no reconhecimento dos progressos realizados no sistema até o momento, é preciso afirmar que o cenário atual da evolução do sistema regional na área da infância nos permite afirmar que estamos diante de uma terceira etapa de desenvolvimento do sistema regional nesta área, cujo principal desafio é consagrar uma visão abrangente da proteção dos Direitos Humanos das crianças e adolescentes, que permita o estabelecimento de normas interamericanas sobre os Direitos Humanos de crianças e adolescentes que ainda não foram abordados na sua forma específica pelos órgãos do sistema, tais como questões relacionadas à proteção da identidade, adoção, o direito de não ser separado dos pais, o dever do Estado de proteger os direitos das crianças quando atores privados estão presentes, entre outros [...].⁵⁴

Segundo a jurisprudência da Corte IDH, a identidade compreende vários aspectos que distinguem uma pessoa da outra e, entre esses elementos distintivos, estão o direito a um nome e a identificação através de um documento de identidade por meio do qual a pessoa é reconhecida como membro de uma sociedade.

No caso das *peessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, a Corte IDH determinou, em relação às pessoas nascidas em território dominicano que não haviam sido registradas ou não tinham documentação, que a conduta do Estado ao não conceder documentação àqueles que eram crianças no momento dos eventos *não levava em consideração seu interesse superior*.⁵⁵ Nesse sentido, sustentou que resultava insuficiente o argumento do Estado consistente na mera afirmação de que o *jus sanguinis* estaria em vigor no Haiti, já que o Estado não havia demonstrado que as vítimas, que nunca obtiveram a nacionalidade dominicana, estivessem realmente em condições de obter a nacionalidade haitiana.⁵⁶

violação foi violar o direito à identidade de Ernestina e Erlinda e seus parentes, porque sem família e nome não há identidade. É claro que o direito à identidade como tal não é expressamente incluído pela CADH, no entanto, é importante ressaltar que, na minha opinião, esse direito está protegido no referido tratado com base em uma interpretação evolutiva do conteúdo de outros direitos, nele consagrados e, neste caso particular, mediante a análise dos artigos 17, 18 e 19 da CADH.” *Ibidem*, § 5. (grifo nosso)

53 Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, § 114. (grifo nosso) Da mesma forma, ver Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011. “O direito ao nome concede a uma pessoa subjetividade individual e sua projeção social. A remoção do nome, ao negá-lo, implica um efeito direto e constante no direito à identidade, que só cessaria no momento em que uma pessoa pode recuperar seu nome e, com ele, parte de sua identidade.” Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. FRC. 2005, § 175.

54 CIDH. A infância e seus direitos no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, *op. cit.*, § 61.

55 *Idem*. Da mesma forma, a CIDH acrescentou que “[...] as mães costumam dar à luz aos seus filhos em casa, dada a dificuldade que têm em deslocar-se para os hospitais da cidade, a escassez de recursos financeiros e o medo de comparecer perante os funcionários de um hospital, a polícia ou o gabinete do prefeito como “pedinte” e ser expulsa [...] Além disso, em muitos casos, as autoridades públicas dominicanas dificultam a obtenção de certidões de nascimento para filhos de descendência haitiana e os pais migrantes haitianos ou dominicanos de ascendência haitiana geralmente enfrentam práticas discriminatórias por parte das autoridades, o que as impede de registrar o nascimento de seus filhos. [...]”. *Ibidem*. § 165. Em sentido similar, ver Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005, seção 109.10.

56 O julgamento também determinou que as vítimas nunca obtiveram a documentação que comprova sua nacionalidade. Segundo a Corte IDH, o Estado não demonstrou a existência de argumentos jurídicos válidos que justifiquem que a omissão do Estado em fornecer documentação às vítimas não implicasse a privação de seu direito à nacionalidade, reconhecimento de sua personalidade jurídica e, devido à falta de obter documentação de identificação pessoal, para o nome, cuja omissão constituiria uma violação arbitrária dos direitos. Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e*

Em conclusão, o direito a um nome é um dos componentes do direito à identidade e de permitir o exercício de outros direitos fundamentais, daí a relação íntima que possui com vários deles.

5.2. Registro do nascimento

Toda criança, desde o nascimento, tem o direito de ser registrada oficialmente e também o direito de adquirir uma nacionalidade.⁵⁷

Sobre o assunto, o Comitê de Direitos Humanos sustentou que:

A obrigação de registrar as crianças após o nascimento tem como objetivo principal reduzir o risco de serem negociadas, sequestradas ou tratadas de forma inconsistente com o gozo dos direitos previstos no Pacto. Relatórios dos Estados partes devem indicar detalhadamente as medidas tomadas para garantir o registro imediato das crianças nascidas em seu território [...].⁵⁸

Em relação ao registro de nascimento, o Comitê dos Direitos da Criança observou que:

Os serviços globais para a primeira infância começam no nascimento. O Comitê observa que o registro de todas as crianças ao nascer continua sendo um grande desafio para muitos países e regiões. Isto pode ter um impacto negativo no sentimento de identidade pessoal de uma criança, e conseqüentemente podem sofrer a denegação de seus direitos à saúde, à educação e ao bem-estar social. Como primeiro passo para garantir o direito à sobrevivência, ao desenvolvimento e o acesso a serviços de qualidade para todas as crianças (art. 6), o Comitê recomenda que os Estados partes tomem todas as medidas necessárias para garantir que todas as crianças sejam registradas ao nascer. Isso pode ser feito através de um sistema de registro universal e bem gerido, acessível a todos e gratuito. Um sistema eficaz deve ser flexível e responder às circunstâncias familiares, por exemplo, estabelecendo unidades móveis de registro, quando necessário. O Comitê observa que é menos provável que crianças doentes ou deficientes sejam registradas em algumas regiões e enfatiza que todas as crianças devem ser registradas ao nascer, sem qualquer tipo de discriminação (art. 2º). O Comitê [DHONU] também lembra aos Estados partes a importância de facilitar o registro tardio de nascimento, e de assegurar que todas as crianças, inclusive as não cadastradas, tenham igual acesso aos serviços de saúde, educação e outros serviços sociais.⁵⁹

Por sua vez, o Comitê de Direitos Humanos indicou que: “no[s] relatórios dos Estados partes deveriam indicar detalhadamente as medidas tomadas para garantir o registro imediato das crianças nascidas em seu território”.⁶⁰

haitianas expulsadas vs. República Dominicana. EPMRC. 2014, § 296 e 299. Em sentido similar, *ver* Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005, seção 156.c.

57 A respeito, *ver* Beloff, M., *op. cit.*

58 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 17 “Direitos da Criança (art. 24)”, 1989, § 7.

59 Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 7, “Realização dos direitos da criança na primeira infância”, 2005, § 25.

60 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 17 “Direitos da Criança (art. 24)”, 1989, § 7. “O registro universal de nascimentos é importante para promover o exercício efetivo do direito da criança a uma nacionalidade. O direito de toda criança a ser registrada no nascimento é reconhecido como um direito humano fundamental, que deve ser cumprido independentemente da questão da aquisição de uma nacionalidade. Ao documentar a filiação, o local e a data de nascimento da criança, o registro de nascimento também desempenha um papel importante para ajudar as crianças a reivindicar seu direito à nacionalidade. Em alguns lugares a falta do registro de nascimento é um obstáculo direto para o Estado reconhecer uma criança como nacional. Os grupos considerados mais vulneráveis em caso de não registro de nascimento como resultado de discriminação estrutural, incluindo migrantes sem documentos, grupos indígenas, minorias nômades, refugiados, pessoas deslocadas internamente e apátridas, também correm um maior risco de que se coloque em dúvida sua nacionalidade quando o registro de nascimento não pode ser realizado. Os Estados devem prestar atenção especial a ambos os aspectos e remover qualquer obstáculo ao acesso aos procedimentos de registro e ao exercício efetivo do direito à nacionalidade das crianças nessas circunstâncias. Os Estados devem garantir que

Sobre a questão do registro tardio, a Corte IDH observou, no caso das *crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*,⁶¹ que: “[o]s Estados, no âmbito do artigo 18 da C[ADH], têm a obrigação não só de proteger o direito a um nome, mas também de proporcionar as medidas necessárias para facilitar o registro da pessoa, imediatamente após o seu nascimento”.⁶²

Além disso, na mesma sentença, a Corte IDH sustentou que:

[...] a falta do reconhecimento da personalidade jurídica fere a dignidade humana, já que nega de forma absoluta sua condição de sujeito de direitos e torna o indivíduo vulnerável face à inobservância de seus direitos por parte do Estado ou de particulares.⁶³

o registro de nascimento seja gratuito e acessível a todas as crianças e emitir certidões de nascimento para todas as crianças nascidas em seu território, sem discriminação e independentemente da nacionalidade dos pais ou da apatridia, situação relativa à residência ou outro estatuto jurídico.” Conselho de Direitos Humanos ONU. Relatório do Secretário Geral, *Repercussão da privação arbitrária da nacionalidade repercussão da privação arbitrária da nacionalidade no desfrute dos direitos das crianças afetadas, e leis e práticas vigentes em matéria de acessibilidade das crianças à aquisição da nacionalidade*. A/ HRC/31/29, 16 de dezembro de 2015., § 15.

- 61 As meninas Dilcia Yean e Violeta Bosico nasceram na República Dominicana, filhas de mães dominicanas e descendentes haitianas de seus pais. As duas meninas fazem parte de um grupo vulnerável na República Dominicana, onde a maioria dos dominicanos de descendência haitiana vive em condições precárias e em extrema pobreza. Em 5 de março de 1997, quando as meninas Dilcia Yean e Violeta Bosico tinham 10 meses e 12 anos de idade, seus parentes solicitaram seu registro tardio de nascimento. Esse registro é caracterizado por ser usado, principalmente, por haitianos e dominicanos de descendência haitiana para declarar seus filhos nascidos neste país. Para efetivar esse registro de nascimento tardio, vários requisitos devem ser atendidos tanto para crianças menores de 13 anos quanto para crianças acima dessa idade. A agência responsável pelo registro de nascimento observou que não era possível registrar as meninas, uma vez que as requerentes não tinham todos os requisitos necessários para realizar o procedimento. Por fim, os petionários alegaram que o Estado lhes negou o registro tardio das meninas, por não cumprirem os requisitos que não eram exigidos aos meninos menores de 13 anos e que eram aplicados às meninas. Essa situação as expôs a uma situação de perigo iminente de serem arbitrariamente expulsadas de seu país de origem por vários anos, porque não possuíam nenhum documento comprovativo da nacionalidade dominicana. Por outro lado, Violeta não pôde frequentar a escola porque não possuía certidão de nascimento. Nesta ocasião, a CIDH exigiu a suposta violação das obrigações de respeitar e garantir os Direitos Humanos, para alinhar seu direito interno aos padrões da CADH em matéria de proteção, os seguintes direitos: reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3), à integridade pessoal (art. 5), proteção à família (art. 17), ao nome (art. 18), aos direitos da criança (art. 19), à propriedade privada (art. 21), à liberdade de circulação e residência (art. 22) e à participação política (art. 23). Para uma análise exaustiva da sentença, consulte Burgorgue-Larsen L. e Úbeda de Torres, A. *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l'homme*. Etablissements Emile Bruylant SA, Bruxelles, 2008. Nesse sentido, o Comitê dos Direitos da Criança expressou sua preocupação “pela discriminação de crianças de origem haitiana nascidas fora da República Dominicana ou de famílias de migrantes haitianos, principalmente por causa de seu acesso limitado aos serviços de moradia, educação e saúde, e notou, em particular, a ausência de medidas específicas para resolver este problema.” Comitê dos Direitos da Criança. Exame dos Relatórios apresentados pelos Estados Partes com base no artigo 44 da Convenção. Observações Finais do Comitê dos Direitos da Criança. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de fevereiro de 2001, § 22.
- 62 Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, [Mérito, Reparações e Custas] 2005, § 183. Da mesma forma, no *caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana* a Corte IDH observou que os haitianos e os nascidos em território dominicano de ascendência haitiana são geralmente indocumentados, que uma das principais dificuldades enfrentadas por filhos de descendência haitiana ao obter a nacionalidade dominicana é conseguir uma certidão de nascimento em território dominicano de um cartório de registro civil. Isso contribuiu para o fato de que a situação de pobreza e discriminação, inclusive por parte das autoridades, agravou sua situação de vulnerabilidade: “[...] também está ligada à dificuldade de quem faz parte da população haitiana ou de descendência haitiana obter documentos e a identificação pessoal. A Corte IDH também adverte a existência na República Dominicana, pelo menos no momento dos fatos do presente caso, por um período próximo a uma década a partir de 1990, de um padrão sistemático de expulsões, inclusive por meio de atos ou procedimentos coletivos que não implicam uma análise individualizada de haitianos e pessoas de descendência haitiana, que obedecem a uma concepção discriminatória.” Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014, § 171. O TEDH sustentou que o nome constitui um meio de identificar as pessoas dentro de sua família e comunidade e faz parte do respeito à vida privada e familiar, entre outros direitos. TEDH. *Guillot vs. França*, Sentença n.º 22500/93, de 24 de outubro de 1993.
- 63 Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005, § 179. Em 26 de fevereiro de 1992, pelo menos 18.305 pessoas foram removidas do registro esloveno de residentes permanentes e seus arquivos foram transferidos para o registro de estrangeiros. Os afetados não foram

[...] os Estados devem garantir que a pessoa seja registrada com o nome escolhido por ela ou por seus pais, segundo seja o momento do registro, sem nenhum tipo de restrição ao direito nem interferência na decisão de escolher o nome. Uma vez registrada a pessoa, deve-se garantir a possibilidade de preservar e reestabelecer seu nome e seu sobrenome. O nome e os sobrenomes são essenciais para estabelecer formalmente o vínculo existente entre os diferentes membros da família com a sociedade e com o Estado. [...]⁶⁴

O alcance da proteção do direito a um nome consagrado no artigo 18 da CADH vai além da obrigação do Estado de assegurar as condições para que uma pessoa seja devidamente registrada desde o seu nascimento, mas, além disso, o Estado também deve tomar todas as medidas necessárias para preservar o nome sob o qual uma pessoa foi registrada e, se for feita alguma alteração ou modificação, tem o dever de restaurar o nome e o sobrenome original, conforme o caso.⁶⁵

No caso de *Contreras e outros. vs. El Salvador*, a Corte IDH determinou que o Estado foi responsável por ter violado o artigo 18 da CADH - em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento internacional -, ao considerar que:

[...] [havia sido] provado que as pessoas que se apropriaram de Gregoria Herminia Contreras na idade de quatro anos a registraram com dados falsos em 16 de maio de 1988, alterando, entre outros aspectos, parte do nome e do sobrenome que lhe haviam sido atribuídos pelos pais biológicos, dados com os quais viveu desde então. Essa mudança de nome e sobrenome, como meio para suprimir sua identidade, ainda se mantém, pois o Estado não adotou as medidas necessárias para proceder às modificações pertinentes em seu registro e documento de identificação, incluindo não somente o nome e o sobrenome, mas também a data, o lugar de nascimento e os dados dos pais biológicos [...].⁶⁶

É indiscutível que a falta de documentação (não só no caso de crianças, mas também no caso de adultos) coloca a pessoa em situação de desvantagem,⁶⁷ principalmente em termos de discriminação e marginalização econômica e social. Especialmente no caso de crianças, esta situação aumenta o risco de violação de direitos básicos e as expõe à situações de abuso e exploração.⁶⁸

A obrigação de registro corresponde, em princípio, aos pais da criança, porém, na medida em que os pais não cumprem seus deveres, as autoridades têm o dever de intervir para proteger esses direitos

informados dessa medida, nem das consequências dela decorrentes. Os “apagados” eram principalmente pessoas de ex-repúblicas iugoslavas que viveram na Eslovênia entre 1991 e 1992 (após a independência daquele país) e que não haviam solicitado ou negado a nacionalidade eslovena. Os afetados não foram informados da medida. Esta circunstância causou sérias consequências, entre outros, foram privados de seus documentos, tornaram-se estrangeiros ou apátridas de fato e, como residentes ilegais na Eslovênia, não puderam trabalhar ou viajar e foram privados de seus pertences. No caso, a CEDH considerou que o Estado havia violado o artigo 8 da CEDH, pois a medida havia causado uma interferência na vida privada e familiar das pessoas afetadas. TEDH. Caso *Kurić e outros vs. Eslovênia*, Sentença n.º 26828/06, de 26 de junho de 2012.

64 Corte IDH. *Corte IDH. Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005, § 184. Corte IDH. *Caso do Massacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009, § 221.

65 Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. MRC. 2005, voto dissidente do juiz Manuel Ventura Robles, § 121.

66 Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, § 111.

67 Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014, § 300.

68 A Comissão IDH expressou sua preocupação com a situação de “crianças invisíveis” ou “crianças em circunstâncias especialmente difíceis” por ser um grupo específico que requer atenção especial para a proteção de seus Direitos Humanos. Este tópico também foi avaliado através de casos individuais. CIDH. *A infância e seus direitos no sistema interamericano de proteção de Direitos Humanos*, 2ª ed. OEA/Ser.L/V/II.133, 29 de outubro de 2008, § 69. A respeito, ver CIDH. Relatório n.º 38/96, *Caso X e Y vs. Argentina*, n.º 10.506, 15 de outubro de 1996. CIDH. Relatório n.º 53/01, *Caso Ana, Beatriz e Celia González vs. México*, Caso 11.565, 4 de abril de 2001. CIDH. Relatório n.º 32/02, *Caso Mónica Carabantes Galleguillos vs. Chile*, Caso 12.046, solução amistosa, 12 de março de 2002.

e garantir o registro.⁶⁹ Por outro lado, o registro permite que os Estados governem adequadamente, por exemplo, fornecendo registros que, por sua vez, possibilitam conhecer as taxas de natalidade e mortalidade e, assim, planejar políticas públicas e sociais, entre outras.

5.3 Direito a um nome e filiação

Filiação é a relação jurídica existente entre os pais e seus descendentes diretos em primeiro grau, que é obtida através do reconhecimento da paternidade ou maternidade⁷⁰ da criança.

Esse reconhecimento pode ser feito antes do nascimento da criança, no momento do registro ou depois dele. A partir desse momento, são atribuídas aos pais certas funções e obrigações decorrentes dessa condição.

A este respeito, e como expressão da relação íntima do direito a um nome com a proteção da família, o Comitê de Direitos Humanos, no Comentário Geral nº 17, observou que: “[...] [o] estabelecimento do direito a um nome é de particular importância no que diz respeito às crianças nascidas fora do casamento”.⁷¹ Assim, a CADH afirma no artigo 17.5 que: “[...] [a] lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento”.⁷²

Em outra frente, mudanças na legislação civil relativa à possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo geraram novas regras administrativas relativas ao registro ou modificação de filhos de casais do mesmo sexo. A experiência argentina também é pioneira na América Latina nesta área. Primeiro, com a sanção da Lei nº 26.618 sobre casamento civil,⁷³ e segundo com o decreto presidencial (DNU 1006/2012, Registro de nascimento de filhos menores de casamentos entre pessoas do mesmo sexo nascidos antes da sanção da Lei nº 26.618).⁷⁴ Este decreto permitiu que as crianças que compõem famílias bimaternas nascidas antes da nova Lei de Matrimônio Igualitário gozem dos mesmos direitos que as crianças nascidas após a promulgação da lei em 2010, recebendo novas certidões de nascimento que incluem os nomes de suas duas mães.⁷⁵

69 O’Donnell, D. *Derecho Internacional de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, op. cit., p. 809. Neste sentido, “a primeira obrigação do Estado é respeitar os pais no cumprimento dessas responsabilidades [...]. Na medida do possível, a intervenção consistirá em dar aos pais a orientação e o apoio necessários para superar os problemas que afetam a maneira como eles cumprem esses deveres.” *Idem*.

70 A Convenção de 1979 sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres obriga os Estados a reconhecer às mulheres casadas o mesmo direito que os homens de escolher seu sobrenome (art. 16, sub. G). Tanto o seu próprio quanto o dos filhos. Portanto, de acordo com parte da doutrina, não permitir que uma mulher transmita seu sobrenome para seus filhos e até mesmo impor a seus filhos o sobrenome paterno em primeiro lugar, como ocorre em alguns países, constituiria uma violação da Convenção que não pode ser justificado pela existência de uma longa tradição histórica de atribuição de sobrenomes de acordo com essa regra, nem é remediado pela possibilidade de o filho alterar sua ordem quando atingir a maioridade. Apenas uma legislação que permita aos genitores optar por qualquer ou por ambos os sobrenomes, assim como sua ordem, e que, na ausência de uma opção, estabeleça um critério legal não discriminatório contra as mulheres, como o alfabético, seria compatível com os preceitos da Convenção. Sobre o assunto, ver o julgamento do TEDH Ünal Tekeli vs. Turquia, neste caso, a demandante denunciou que, após contrair o matrimônio, a legislação nacional obrigava as mulheres a adotar o nome do marido. O TEDH concluiu que este era um caso de discriminação de gênero, pois a lei não exigia que o marido mudasse seu sobrenome. TEDH. Ünal Tekeli vs. Turquia, Sentença n.º 29865/96, de 16 de novembro de 2004.

71 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 17 “Direitos da Criança (art. 24)”, 1989, § 7.

72 A Carta dos Direitos da Família da Santa Sé, de 22 de outubro de 1983, no artigo 4.e) declara: “todas as crianças nascidas dentro ou fora do casamento gozam do mesmo direito à proteção social para seu desenvolvimento pessoal abrangente”.

73 Lei Argentina n.º 26.618 de Matrimonio Civil, sancionada em 15 de julho de 2010, promulgada em 21 de julho de 2010 e publicada em el D.O. de 22 de julho de 2010.

74 Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 1006/2012, Inscriptión del nacimiento de hijos menores de matrimonios de personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley n.º 26.618, Buenos Aires, 2 de julho de 2012.

75 Este decreto 1006/2012 baseia-se no papel do Estado em garantir à criança a proteção necessária ao seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres que seus pais devem assumir como responsáveis por eles perante a lei e na urgência de evitar excessos atrasos sofridos pelas crianças para acessar seu registro completo, com todos os danos que tais circunstâncias acarretem e a restrição ao exercício de seus direitos constitucionalmente protegidos.

6. Conclusão

O direito ao nome é um direito fundamental de toda pessoa e constitui a forma de identificação do indivíduo. Consiste em um nome patronímico, nome de família ou sobrenome e um nome individual, prenome ou nome próprio.

É um direito autônomo, apesar de sua vinculação a outros direitos, especialmente o direito à identidade. O nome é expressamente protegido por diversos instrumentos internacionais e regionais para a proteção dos Direitos Humanos, bem como pela derivação de outros direitos fundamentais, como o direito à honra e à dignidade, à privacidade pessoal e familiar e à reputação.

Ao ser considerado um direito fundamental, não pode ser suspenso, mesmo em caso de guerra, perigo público ou outra emergência que ameace a independência ou a segurança do Estado.

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.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C n.º 63. Doravante: Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1999.

Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C n.º 100. Doravante: Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. MRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 4 de maio de 2004. Série C n.º 106. Doravante: Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. M. 2004.

Corte IDH. *Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C n.º 110. Doravante: Corte IDH. *Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. MRC. 2004.

Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C n.º 112. Doravante: Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. EPMRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2004. Série C n.º 117. Doravante: Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*. MRC. 2004.

Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C n.º 130. Doravante: Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. Exceções Preliminares. Sentença 7 de março 2005. Série C n.º 122. Doravante: Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. EP. 2005..

Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C n.º 140. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C n.º 146. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. Sentença de 1 de julho de 2006. Série C n.º 148. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. Sentença de 21 de setembro de 2006. Série C n.º 152. Doravante: Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2008. Série C n.º 190. Doravante: Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. MRC. 2008.

Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C n.º 205. Doravante: Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C n.º 211. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C n.º 212. Doravante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C n.º 214. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C n.º 216. Doravante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C n.º 221. Doravante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011.

Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2011. Série C n.º 232. Doravante: Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011.

Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C n.º 237. Doravante: Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. MRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C n.º 239. Doravante: Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C n.º 242. Doravante: Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C n.º 246. Doravante: Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C n.º 248. Doravante: Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. Mérito e Reparações. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C n.º 249. Doravante: Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. MR. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacres do Rio Negro vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C n.º 250. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres do Rio Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C n.º 252. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 novembro de 2012. Série C n.º 253. Doravante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 30 de novembro de 2012. Série C n.º 259. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPMR. 2012.

Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito E Reparações. Sentença de 14 de maio de 2013. Série C n.º 260. Doravante: Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. EPMR. 2013.

Corte IDH. *Caso das comunidades afrodescendentes deslocadas da bacia do Rio Cacarica (Operação Genesis) vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2013. Série C n.º 270. Doravante: Corte IDH. *Caso das comunidades afrodescendentes deslocadas da bacia do Rio Cacarica (Operação Genesis) vs. Colômbia*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2013. Série C n.º 272. Doravante: Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de maio de 2014. Série C n.º 277. Doravante: Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de agosto de 2014. Série C n.º 281. Doravante: Corte IDH. *Caso irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 282. Doravante: Corte IDH. *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 283. Doravante: Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C n.º 285. Doravante: Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. MRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C n.º 298. Doravante: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C n.º 299. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de

- agosto de 2010. Série C n.º 216. Doravante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010.
- Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C n.º 221. Doravante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011.
- Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2011. Série C n.º 232. Doravante: Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011.
- Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C n.º 237. Doravante: Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. MRC. 2011.
- Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C n.º 239. Doravante: Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012.
- Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C n.º 242. Doravante: Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012.
- Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C n.º 246. Doravante: Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012.
- Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C n.º 248. Doravante: Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. EPMRC. 2012.
- Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. Mérito e Reparações. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C n.º 249. Doravante: Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. MR. 2012.
- Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C n.º 250. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012.
- Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e cidades vizinhas vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C n.º 252. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e cidades vizinhas vs. El Salvador*. MRC. 2012.
- Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 novembro de 2012. Série C n.º 253. Doravante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala*. MRC. 2012.
- Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 30 de novembro de 2012. Série C n.º 259. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPMR. 2012.
- Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 14 de maio de 2013. Série C n.º 260. Doravante: Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. EPMR. 2013.
- Corte IDH. *Caso das comunidades afrodescendentes deslocadas da bacia do Rio Cacarica (Operação Genesis) vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2013. Série C n.º 270. Doravante: Corte IDH. *Caso das comunidades afrodescendentes deslocadas da bacia do Rio Cacarica (Operação Genesis) vs. Colômbia*. EPMRC. 2013.
- Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2013. Série C n.º 272. Doravante: Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPMRC. 2013.
- Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de maio de 2014. Série C n.º 277. Doravante: Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014.
- Corte IDH. *Caso irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de agosto de 2014. Série C n.º 281. Doravante: Corte IDH. *Caso irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2014.
- Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 282. Doravante: Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014.
- Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 283. Doravante: Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014.
- Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C n.º 285. Doravante: Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. MRC. 2014.
- Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Ecuador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C n.º 298. Doravante: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Ecuador*. EPMRC. 2015.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C n.º 299. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Comitê dos Direitos da Criança

Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 5 “Medidas gerais de aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança (artigos 4 e 42 e § 6 do artigo 44)”, 2003.

Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 10, “Os direitos da criança na Justiça de Menores”, 2007.

Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 14 “Sobre o direito da criança e a que seu interesse superior seja consideração primordial (artigo 3, §1)”, 2013.

Liga das Nações (organização antecessora da Organização das Nações Unidas)

Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela V Assembleia da Sociedade das Nações Unidas em 26 de dezembro de 1924.

Referências acadêmicas

ALSTON, P. *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*. Clarendon Press, Oxford, 1994.

ATIBA DAVIES, G. “Niños soldados en conflictos armados: el papel de la Corte Penal Internacional, em Derechos del Niño”, in: COLLINS, T. *et al.* (coord.) *Derechos del Niño*. Eudeba, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, julho de 2010.

BELOFF, M. “Derecho a una vida digna de ser vivida”, In *Revista Comunicarnos*, año 9, n.º 103, Comisión de Niñez y Adolescencia en Riesgo del Arzobispado de Buenos Aires, Buenos Aires, diciembre de 2009.

BELOFF, M. “El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado”, em *Acceso a la Justicia de Niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*. Jufejus, Asociación por los Derechos Civiles, UNICEF, 2010, pp. 21-30.

BELOFF, M. e CLERICO, M. L. “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la argumentación de la Corte Interamericana”, em *Revista Estudios Constitucionales*, año 14, n.º 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, 2016.

BELOFF, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

CILLERO BRUÑOL, M. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n.º 9, Unicef, Santiago, agosto de 2007.

DETRICK, S. (Ed.) *The United Nations Convention on the Rights of the Child: a Guide to the “Travaux Préparatoires”*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992.

DETRICK, S. (Ed.) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1999.

FREEDMAN, D. “Funciones normativas del interés superior del niño”, *Revista ¿Más Derecho?*, año 4, Buenos Aires, 2004.

GARZÓN VALDÉS, E. “Desde la modesta propuesta de ‘Swift’ hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño”. *Revista Doxa*, n.º 15-16, vol. II, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1994.

GOLDSTEIN, J. *et al.* *Beyond the best interests of the child*. Free Press, Nova York, 1973.

GOLDSTEIN, J. *Before the best interest of the child*. Free Press, Nova York, 1979.

GOLDSTEIN, J. *In the best interest of the child*. Free Press, Nova York, 1986.

O’ DONNELL, D. “La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido”. *Revista Infancia*, n.º 230. t. 63, Boletín del Instituto Interamericano de Derecho del Niño, julho de 1990.

O’ DONNELL, D. *Derecho Internacional de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*. Dykinson, Madri, 2007.

WINTER, R. “Niños soldados”, in COLLINS, T. *et al.* (coord.) *Derechos del Niño*. Eudeba, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, julho de 2010.

Sumário

1. Introdução.....	534
2. Direitos da criança e deveres do Estado no SIDH.....	538
3. O conceito de criança no Direito Internacional dos Direitos Humanos (art. 19 da CADH em função do art. 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança).....	540
4. Relação do artigo 19 da CADH com outros direitos	542
4.1. Relação com os direitos à vida e à integridade pessoal.....	543
4.2. Relação com os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial.....	544

1.Introdução

O artigo 19 da CADH reconhece o princípio de especial proteção da criança, vigente no Direito Internacional Público praticamente desde o seu início.¹ A Declaração dos Direitos da Criança,² adotada pela Liga das Nações em 1924, foi o primeiro instrumento internacional específico de relevância que incluiu explicitamente o direito das crianças à proteção especial. Posteriormente, em 1959, a ONU também adotou uma declaração sobre o assunto.³ A DUDH, no artigo 25.2, estabelece que “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais [...]” O PIDESC (artigos 10 e 12.2.a.) e o PIDCP (artigos 6.5., 10, 14.4. e 24), também preveem medidas especiais de proteção para crianças e adolescentes.

Como antecedente do artigo 19 da CADH, no âmbito regional, podemos considerar o artigo VII da DADDH, de 1948, que estabelece:

Direito de proteção à maternidade e à infância.

Artigo VII. Toda mulher em estado de gravidez ou em época de lactação, assim como toda criança, têm direito à proteção, cuidados e auxílios especiais.

1 Isso é exemplificado pelo fato de que das seis convenções aprovadas durante a Primeira Conferência Internacional do Trabalho, em 1919, duas referiram a idade mínima para diferentes tipos de trabalho. Também em relação a regulamentação do emprego de crianças, consulte as seguintes convenções: Convenção que estabelece a idade mínima para admissão de crianças em trabalhos industriais e Convenção sobre Trabalho Noturno de Menores - na Indústria - (aprovada por a Organização Internacional do Trabalho na 1ª reunião da CIT, Washington, em 28 de novembro de 1919, entrou em vigor em 13 de junho de 1921). Além disso, a Convenção sobre Idade Mínima - no trabalho marítimo - (aprovada pela Organização Internacional do Trabalho na 2ª reunião da CIT, em Genebra, em 9 de julho de 1920, e entrou em vigor em 27 de setembro de 1921); a Convenção sobre o Exame Médico Obrigatório de Menores Empregados a Bordo de Navios (aprovada pela Organização Internacional do Trabalho na 3ª sessão da ILC, Genebra, em 11 de novembro de 1921 e entrou em vigor em 20 de novembro de 1922); a Convenção que estabelece a idade mínima para admissão de crianças no trabalho marítimo - revisada em 1936 - (aprovada pela Organização Internacional do Trabalho na 22ª sessão da CIT, em Genebra, em 24 de outubro de 1936, e entrou em vigor 11 de abril de 1939); a Convenção sobre Idade Mínima para Admissão ao Emprego (aprovada pela Organização Internacional do Trabalho na 58ª sessão da CIT, em Genebra, em 26 de junho de 1973 e entrou em vigor em 19 de junho de 1976); e a Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação (aprovada pela Organização Internacional do Trabalho na 87ª sessão da CIT, em Genebra, em 17 de junho de 1999, e entrou em vigor em 19 de Novembro de 2000). Para uma análise exaustiva do direito das crianças à proteção especial, ver Beloff, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*. Hamurabi, Buenos Aires, 2017.

2 Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela V Assembleia da Sociedade das Nações Unidas em 26 de dezembro de 1924.

3 Declaração dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em sua resolução 1386 (XIV) de 20 de novembro de 1959.

Além disso, o artigo 16 do Protocolo de San Salvador, prevê:

Direito da Criança. Toda criança, seja qual for sua filiação, tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Toda criança tem direito de crescer ao amparo e sob a responsabilidade de seus pais; salvo em circunstâncias excepcionais, reconhecidas judicialmente, a criança de tenra idade não deve ser separada de sua mãe. Toda criança tem direito à educação gratuita e obrigatória, pelo menos no nível básico, e a continuar sua formação em níveis mais elevados do sistema educacional.

Na análise aqui proposta, é fundamental ter em mente que a Corte IDH no Caso das “*Crianças de Rua*” (*Villagrán Morales e outros*) vs. *Guatemala* - primeira oportunidade para interpretar o artigo 19 da CADH - concluiu que tanto a CADH quanto a Convenção sobre os Direitos da Criança, *fazem parte de um corpus juris internacional muito amplo para a proteção dos Direitos Humanos das crianças*.⁴

Por sua vez, em relação aos direitos da criança e à obrigação correlata dos Estados, a CIDH já havia estabelecido que:

[...] Para interpretar as obrigações do Estado em relação às crianças, além das disposições da C[ADH], a C[IDH] considera importante buscar, como referência, outros instrumentos internacionais que contenham normas mais específicas com relação à proteção das crianças, entre as quais poderíamos citar a Convenção sobre os Direitos da Criança e as diversas Declarações das Nações Unidas sobre o assunto. Esta integração do sistema regional com o sistema universal de Direitos Humanos, para fins de interpretação da Convenção, baseia-se no artigo 29 da Convenção Americana e na prática reiterada da Corte e da Comissão nesta área.⁵

Desta forma, o marco legal para a proteção dos Direitos Humanos da criança não se limita ao disposto no artigo 19 (cujo conteúdo qualifica e influencia todos os direitos da CADH na medida em que aumenta as obrigações do Estado a este respeito, por tratar-se de crianças), mas inclui, para fins de sua interpretação, as disposições contidas nas declarações sobre os direitos da criança de 1924 e 1959

4 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1999, § 194. Em sentido similar, ver Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, § 107. Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012, § 137. A Corte IDH indicou que: “O *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos está formado por um conjunto de instrumentos internacionais de conteúdo e efeitos jurídicos variados (tratados, convênios, resoluções e declarações)”. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99. *O direito à informação sobre assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal*. 1999, § 115. Antes da sentença do caso das “Crianças de Rua”, ninguém havia litigado no sistema um caso de violação do artigo 19 da CADH, essa disposição apenas havia sido invocada em algumas resoluções e relatórios anteriores da CIDH. Nesse sentido, podem ser consultados: CIDH. Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Brasil, capítulo V: Violência contra menores. OEA/Serv.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1, 29 de setembro de 1997. CIDH. Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos na Colômbia, Capítulo XIII: Direitos da Criança. OEA/Serv.L/V/II.102, Doc. 29 rev. 1, 29 de fevereiro de 1999. Por outro lado, especificamente em relação aos fatos do caso, embora o quarto relatório sobre a situação dos Direitos Humanos na Guatemala não contenha uma referência específica ao artigo 19 da CADH, ele menciona o caso iniciado pela morte do jovem Anstrau Villagrán Morales (OEA/Serv.L/V/II.83, Doc. 16 rev. 1 de junho de 1993, Capítulo X: Dos Direitos Humanos das crianças guatemaltecas). Por outro lado, a CIDH, no Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos dos Requerentes de Asilo no Âmbito do Sistema Canadense de Determinação do Estatuto dos Refugiados, invoca o artigo VII da DADDH, que reconhece o direito a medidas especiais de proteção para crianças em OEA/Serv.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de fevereiro de 2000.

5 CIDH. Relatório n.º 41/99, *Caso Menores detidos vs. Honduras*, caso n.º 11.491, 10 de março de 1999, § 72. No mesmo sentido, sustentou-se mais recentemente: “O Tribunal enfatizou que o *corpus juris* em matéria de direitos da criança é o resultado dos importantes desenvolvimentos que o Direito Internacional dos Direitos Humanos sofreu nesse campo e que teve como marco notável da adoção da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança [...] Além disso, a estrutura do *corpus juris* também inclui, para fins de interpretação, as decisões adotadas pelo Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas no cumprimento de seu mandato, bem como as decisões de outros órgãos de Direitos Humanos e mecanismos especiais do Sistema Universal. O exemplo acima mostra não apenas a existência de uma estrutura legal comum no Direito Internacional dos Direitos Humanos aplicável às crianças, mas também a interdependência existente na área internacional entre os diferentes sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos das crianças, e isso foi revelado na jurisprudência da Corte IDH.” CIDH. *Direito da criança à família. Cuidado alternativo. Pondo fim à institucionalização nas Américas*, outubro de 2013, §§ 33 e 38.

acima mencionadas, a própria Convenção sobre os Direitos da Criança e seus três protocolos opcionais: 1. Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil,⁶ 2. Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados,⁷ e 3. Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Instituição de um Procedimento de Comunicação.⁸

Da mesma forma, devem considerar-se incluídos no “amplo” *corpus juris* de proteção jurídica da infância⁹, no que se refere especificamente à justiça juvenil, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (conhecidas como Regras de Beijing)¹⁰ as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade,¹¹ e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (conhecidas como Diretrizes de Riad);¹² por estarem relacionadas ao gênero, a CEDAW¹³ e a Convenção de Belém do Pará.¹⁴ Com referência específica ao direito da criança à família, a Declaração sobre os princípios sociais e jurídicos relativos à proteção e ao bem-estar das crianças, com especial referência à adoção e ao acolhimento¹⁵, a Convenção Interamericana sobre conflitos de leis em matéria de adoção de menores¹⁶, a Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar¹⁷, a Convenção de Haia relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de Adoção Internacional¹⁸ a Convenção Interamericana sobre a restituição internacional de menores,¹⁹ e a Convenção Interamericana sobre tráfico internacional de menores,²⁰ além dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos de alcance geral.

6 Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 54/263 de 25 de maio de 2000. Este Protocolo entrou em vigor em 08 de março de 2004.

7 Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua resolução 54/263 em 25 de maio de 2000. Este Protocolo entrou em vigor em 08 de março de 2004.

8 Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Instituição de um Procedimento de Comunicação, adotado pela Assembleia Geral da Nações Unidas em sua Resolução 66/169 de 27 de janeiro de 2012. Este Protocolo foi assinado pelo Brasil em 28 de fevereiro de 2012.

9 Este *corpus juris* deve servir para definir o escopo e o conteúdo das obrigações que o Estado assumiu ao analisar os direitos das crianças. Cf., entre outros, Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1999, § 194. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, § 121. Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012, § 44. Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010, §§ 165-168. Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, §§ 107 e 112. Corte IDH. *Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. MRC. 2004, §§ 166 a 168.

10 ONU. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing), adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 40/33, 28 de novembro de 1985.

11 ONU. Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), adotadas e proclamadas pela Assembleia Geral em sua Resolução 45/112, 14 de dezembro de 1990.

12 *Idem*.

13 CEDAW, artigos 5, 9, 11, 12 e 16.

14 Convenção de Belém do Pará, artigo 9.

15 ONU. Declaração sobre os princípios sociais e jurídicos relativos à proteção e ao bem-estar das crianças, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 41/85, 3 de dezembro de 1986.

16 Convenção Interamericana sobre conflito de leis referente à adoção de menores, adotada na Terceira Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado em La Paz (Bolívia) em 24 de maio de 1984. Esta Convenção entrou em vigor em 26 de maio de 1988.

17 Convenção Interamericana sobre obrigação alimentar, adotada na Quarta Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado em Montevidéu (Uruguai) em 15 de julho de 1989. Esta Convenção entrou em vigor em 17 de dezembro de 1997.

18 Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia, adotada pela Assembleia Geral em 29 de maio de 1993.

19 Convenção Interamericana sobre restituição internacional de menores aprovada na Quarta Conferência Especializada interamericana sobre Direito Internacional Privado em Montevidéu (Uruguai) em 15 de julho de 1989. Esta Convenção entrou em vigor em 4 de novembro de 1994.

20 Convenção interamericana sobre tráfico internacional de menores de idade, aprovada na Quinta Conferência Especializada interamericana sobre Direito Internacional Privado no México em 18 de março de 1994. Esta Convenção entrou em vigor em 15 de agosto de 1997.

Além disso, este *corpus juris* não é composto apenas pelas referidas normas convencionais e de *soft law* acima mencionadas, mas também das interpretações feitas por diversos órgãos responsáveis pelo monitoramento dessas normas (Corte IDH, CIDH, Comitê dos Direitos da Criança).²¹

Posteriormente à paradigmática sentença sobre o caso “*Crianças de Rua*”, no parecer consultivo sobre a *condição jurídica e Direitos Humanos da criança*,²² a Corte IDH sustentou que: “[...] esta disposição deve ser entendida como um direito adicional e complementar que o tratado estabelece para os seres que, devido ao seu desenvolvimento físico e emocional, necessitam de proteção especial”.²³

O artigo em estudo define uma área de proteção dos Direitos Humanos das crianças que reconhece a existência de obrigações adicionais de proteção por parte dos Estados, com base no reconhecimento normativo da vulnerabilidade essencial das crianças, fato fenomenológico reconhecido por todas as culturas humanas ao longo da história.²⁴

21 Cf. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, § 121. Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, §§ 165-168. Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. FRC. 2011, §§ 107 e 112. Corte IDH. *Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. FRC. 2004, §§ 166-168.

22 Para uma análise do parecer consultivo, ver Beloff, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*, *op. cit.*

23 Corte IDH. Parecer consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002, § 54. Nesse mesmo parecer consultivo, a Corte IDH declarou que: “[...] vem ao caso os membros de um grupo humano particularmente vulnerável, que muitas vezes carecem de aptidões pessoais para enfrentar adequadamente certos problemas, devido à inexperiência, imaturidade, fraqueza, falta de informações ou treinamento; ou não reúnem as condições estabelecidas por lei para atender livremente à gestão de seus interesses e exercer seus direitos com autonomia [...]”. Corte IDH. *Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. MRC. 2004, § 164. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. EPMRC. 2004, § 147. Nesta mesma linha jurisprudencial, ver Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006. Da mesma forma, o juiz Sergio García Ramírez, em seu voto individual fundamentado no referido parecer consultivo sobre a situação jurídica e os Direitos Humanos da criança, declarou que: “[...] embora os direitos processuais e suas correspondentes garantias sejam aplicáveis a todas as pessoas, no caso das crianças o exercício desses meios, devido às condições especiais em que os menores se encontram, a adoção de determinadas medidas específicas para que eles desfrutem efetivamente dos referidos direitos e garantias [...] Esses valores fundamentais incluem a salvaguarda das crianças, tanto por sua condição de seres humanos e pela dignidade inerente a elas, quanto pela situação especial em que se encontram. Devido à sua imaturidade e vulnerabilidade, elas exigem proteção que garanta o exercício de seus direitos dentro da família, da sociedade e do Estado”. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002, §§ 93 e 98.

24 “As crianças são titulares dos direitos estabelecidos na Convenção Americana, além de contarem com as medidas especiais de proteção contempladas em seu artigo 19, as quais devem ser definidas segundo as circunstâncias particulares de cada caso concreto [...]”. Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. FRC. 2012, § 45. Em sentido similar, ver Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, § 121. Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 196.

Essa vulnerabilidade essencial (que também chamarei absoluta ou radical),²⁵ justifica a existência de deveres especiais do Estado para com as crianças, destinados a compensá-la com medidas especiais de apoio, quando aqueles que são chamados a assegurá-las em primeiro lugar, não podem fazê-lo.²⁶

A Corte IDH tem apontado, sistematicamente, que são particularmente graves os casos em que as vítimas de violações de Direitos Humanos são crianças e adolescentes, como previsto na CADH e em outros instrumentos internacionais.²⁷ Também tem enfatizado que:

[...] a adoção de medidas especiais para a proteção da criança corresponde tanto ao Estado, como à família, à comunidade e à sociedade a qual a criança pertence.²⁸

Em suma, este comentário procurará verificar se, segundo a jurisprudência da Corte IDH, o artigo 19 da CADH tem um conteúdo em si como um direito autônomo da criança, ou se é um direito que modula todos os outros direitos das pessoas, ao acrescentar uma camada extra de proteção às crianças, isto é, um direito relacionado diretamente aos maiores deveres de provisão e garantia que os Estados têm em relação à infância.²⁹

2. Direitos da criança e deveres do Estado no SIDH

Enquanto a CADH se refere expressamente às normas de Direito Internacional geral para sua interpretação e aplicação,³⁰ as obrigações contidas nos artigos 1.1 e 2 constituem a base para a determinação

25 Segundo Garzón Valdés: “[...] no caso das crianças, o exercício de sua autonomia é condicionado por uma situação de vulnerabilidade radical. Aqueles que se encontram em tal situação não estão em posição de negociar por si mesmos relações equitativas de reciprocidade de direitos e obrigações [...] Existem vulnerabilidades absolutas e relativas: nas relativas, aqueles que estão em situação vulnerável podem, se as condições básicas de exploração ou discriminação forem eliminadas, adquirir e manter os bens que lhes são importantes. Nesses casos, as pessoas vulneráveis exigem a eliminação da opressão e sua incapacidade é relativa. No caso de vulnerabilidade absoluta, a eliminação da situação de opressão não é suficiente, mas é necessária a adoção de medidas de ajuda. Por isso é que os casos de vulnerabilidade absoluta são os casos claros de paternalismo justificado. As crianças são absolutamente vulneráveis e isso as torna incapacitadas básicas, no sentido estrito da palavra: elas não apenas são capazes de medir o alcance de muitas de suas ações, mas também não estão em posição de satisfazer por si mesmas suas necessidades básicas. Mas, diferentemente de outras deficiências básicas, a das crianças é naturalmente superada com a mera passagem do tempo: quando uma pessoa deixa de ser criança, pode passar à condição de capacidade básica ou incapacidade relativa. Até que ponto isso pode ser alcançado depende, em grande parte, do modo como suas necessidades foram atendidas durante um certo período de suas vidas”. Garzón Valdés, E. “Desde la modesta propuesta de ‘Swift’ hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño” In *Revista Doxa*, n.º 15-16, vol. II, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1994, pp. 737-738.

26 Dessa forma, foi formulado o direito (como “medidas especiais de proteção”) na evolução do Direito Internacional e, posteriormente, nos direitos nacionais (entre outros, no Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil, Lei no 8.069, Título II “Das medidas de proteção”; Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, artículo 56 “Derecho de los hijos de las personas privadas de libertad. Los niños, niñas y adolescentes que no gocen de su medio familiar por encontrarse uno o ambos progenitores privados de su libertad, deberán recibir protección y asistencia especiales del Estado [...]”, y artículo 57 “Derecho a protección especial en casos de desastres y conflictos armados. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a protección especial en casos de desastres naturales y de conflictos armados internos o internacionales [...]”; y Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, Ley n.º 287, Preámbulo, “[...] Que las niñas, niños y adolescentes deben gozar de una especial protección de la legislación nacional, conforme lo establecen la Constitución Política y los Convenios Internacionales [...]” y Capítulo III “De las Medidas Especiales de Protección” (arts. 80/89).

27 Cf., entre outros, Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, [Mérito, Reparações e Custas] 2005, § 134. Corte IDH. *Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. MRC. 2004, § 162. Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. MRC. 2003, § 133.

28 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, 2002, § 62. Em sentido similar, Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, § 121. Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012, § 45. Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014, § 133.

29 Para uma análise exaustiva, ver Beloff, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*, *op. cit.*

30 CADH, Preámbulo e artigo 29.

da responsabilidade internacional de um Estado pelas suas violações, uma vez que esta é, em última análise, a própria origem da responsabilidade internacional do Estado.

Dessas obrigações gerais derivam, por sua vez, deveres especiais que são determinados de acordo com as necessidades particulares de proteção do sujeito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontra, tais como gênero, pobreza extrema, condição migratória, marginalização, privação de liberdade, idade, entre outras variáveis.³¹ Nesse sentido, no caso “Crianças de Rua” vs. *Guatemala*, a Corte IDH estabeleceu que:

[...] vários instrumentos internacionais, amplamente aceitos pela comunidade internacional [...] fazem recair no Estado o dever de adotar medidas especiais de proteção e assistência em favor das crianças que estão sob sua jurisdição.³²

Este precedente permitiu, pela primeira vez, que a Corte IDH se pronunciasse sobre a violação do artigo 19 da CADH.³³ Embora a Corte IDH tenha tentado definir o conteúdo das “medidas de proteção”, apenas estabeleceu que:

[...] Entre elas [as medidas de proteção], merecem destaque aquelas referentes à não discriminação, à assistência especial às crianças privadas de seu ambiente familiar, à garantia de sobrevivência e desenvolvimento da criança, ao direito a um padrão de vida adequado e à reintegração social de qualquer criança vítima de abandono ou exploração.³⁴

31 Em relação à condição de gênero, podem ser consultados, entre outros, os casos Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010; Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPMRC. 2009; Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014. A respeito da falta de cuidado ou por encontrar-se o menor de idade em custódia do Estado, ver, entre outros, Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. EPMRC. 2004; Corte IDH. *Resolução sobre medidas provisórias a respeito do Brasil no caso das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no “Complexo do Tatuapé” (Fundação CASA)*, 17 de novembro de 2005. Em relação à origem étnica, podem ser consultados os casos Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, [Mérito, Reparações e Custas] 2005; e Corte IDH. *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014.

32 Corte IDH. *Caso das “Crianças de rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1999, § 146.

33 Em vários precedentes, a Corte IDH reconheceu a responsabilidade do Estado pela violação do artigo 19: Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. MRC. 2003; Corte IDH. *Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. MRC. 2004; Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. EPMRC. 2004; Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. M. 2004. Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, [Mérito, Reparações e Custas] 2005; Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mampiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005; Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006; Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006; Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006; Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. MRC. 2008; Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPMRC. 2009; Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009; Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010; Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010; Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011; Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011; Corte IDH. *Caso família Barrios vs. Venezuela*. MRC. 2011; Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012; Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala*. MRC. 2012; Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012; Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. EPMRC. 2012; Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012; Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. MR. 2012; Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012; Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012; Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPMR. 2012; Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. EPMR. 2013; Corte IDH. *Caso Operação Gênesis vs. Colômbia*. EPMRC. 2013; Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPMRC. 2013; Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014; Corte IDH. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2014; Corte IDH. *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014; Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014; Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. MRC. 2014; Corte IDH. *Caso Gonzales Lhuy e outros vs. Equador*. EPMRC. 2015; e Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015.

34 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1999, § 196.

Quanto ao dever geral previsto no artigo 2º da CADH em um caso envolvendo crianças privadas de liberdade sob custódia do Estado (caso “*Instituto de Reeducação do Menor*” vs. *Paraguai*), a Corte IDH observou que esse dever implica a adoção de medidas em duas ordens diferentes. Por um lado, a supressão de normas e práticas de qualquer natureza que envolvam violação das garantias previstas na CADH e, por outro lado, a adoção de leis e o desenvolvimento de práticas conducentes ao efetivo cumprimento dessas garantias.³⁵

Por outro lado, segundo o que a Corte IDH assinalou, a responsabilidade do Estado com relação aos direitos da criança não se limita aos seus agentes, mas se estende também a atos de terceiros particulares, em princípio não imputáveis ao Estado. Embora, como regra geral, sejam os Estados partes na CADH que devem fazer valer as normas de proteção e assegurar a efetividade dos direitos consagrados em relação a cada pessoa, essas obrigações do Estado vão além da relação entre seus agentes e as pessoas sob sua jurisdição, pois se torna uma obrigação positiva do Estado adotar as medidas necessárias para assegurar a proteção efetiva dos Direitos Humanos também nas relações interindividuais e privadas, áreas onde os direitos da criança têm uma centralidade evidente.

Concretamente, no caso “*Crianças de Rua*” vs. *Guatemala*, a Corte IDH considerou que qualquer violação dos Direitos Humanos é imputável ao Estado se ela puder ser atribuída, de acordo com as regras do Direito Internacional, à ação ou omissão de qualquer autoridade pública, de modo a envolver a responsabilidade do Estado nos termos previstos pela CADH. Nesse sentido, em qualquer circunstância em que um órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição pública prejudique indevidamente um desses direitos (através de comportamento ativo ou omissivo), se estaria diante de um caso de descumprimento do dever de respeito consagrado no artigo 1º da CADH.³⁶

No mesmo caso, afirmou que, para estabelecer que ocorreu uma violação dos direitos consagrados na CADH, não é necessário determinar *prima facie* - como é o caso no direito penal interno - a culpa dos autores ou sua intenção, nem é necessário identificar individualmente os agentes do Estado a quem são atribuídos os atos que violam os alegados direitos.³⁷

3. O conceito de criança no Direito Internacional dos Direitos Humanos (art. 19 da CADH em função do art. 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança)

A CADH não define o termo “criança”; para resolver esta lacuna jurídica, o sistema regional aplica a definição contida na Convenção sobre os Direitos da Criança - que é o instrumento convencional específico do Direito Internacional dos Direitos Humanos nesta área -, este instrumento define criança como: “[...] todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes”.³⁸

35 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. EPMRC. 2004, § 206.

36 Nesse sentido: “[...] é suficiente a demonstração de que houve apoio ou tolerância do poder público na violação dos direitos reconhecidos na Convenção.” Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1999, § 75. Por outro lado, a Corte IDH estabeleceu como requisito para a determinação da responsabilidade do Estado que, no momento dos fatos, as autoridades estavam cientes, sabiam ou tinham o dever de saber da existência de uma situação de risco real e imediato para a vida de uma pessoa ou grupo de pessoas e não tomou as medidas necessárias - dentro do escopo de suas atribuições - que, razoavelmente julgadas, poderiam prevenir ou evitar esse risco. Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, §§ 123 e 124.

37 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1999, § 75.

38 Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 1. É possível observar que a Convenção sobre os Direitos da Criança não define quando alguém começa a ser criança, o que também é relevante no que diz respeito à proteção do direito à vida. Essa omissão foi intencional, uma vez que no Grupo de Trabalho de especialistas não houve consenso entre as duas alternativas propostas, por um lado a que propôs a concepção como início da infância e, por outro lado, a

A Corte IDH aplicou essa regra no caso “*Crianças de Rua*” (*Villagrán Morales e outros.*) vs. *Guatemala*,³⁹ e no parecer consultivo sobre a *condição jurídica e os Direitos Humanos da criança*.⁴⁰

O problema com esta definição é que estende a noção de criança a uma idade em que ela é quase contra intuitiva: a etapa da adolescência. Embora as categorias de criança e adolescente sejam socialmente construídas, a regra jurídica também apresenta problemas que podem ser vistos, principalmente, em três áreas sensíveis dos Direitos Humanos da criança: a questão da responsabilidade criminal, a questão de seus direitos sexuais e reprodutivos e a questão do trabalho. Em relação à primeira e última questão, estas foram objeto de regulamentação pela legislação interna dos Estados latino-americanos que, em todos os casos, legislaram sobre estas questões, criando categorias etárias com direitos e deveres claramente estabelecidos: os das crianças e os dos adolescentes.⁴¹

Existem no Direito Internacional algumas regras que fixam idades de forma categórica a respeito de alguns temas. Assim, por exemplo, a Convenção sobre os Direitos da Criança - regulamentada pelo

que considerou o nascimento como resposta à essa questão. Desse modo, “[...] a definição contida na versão inicial proposta pela Polónia em 1978 do então projeto de Convenção definia a criança como qualquer pessoa humana, desde o nascimento até os 18 anos de idade. Como vimos, alguns países propuseram uma redação substitutiva ao primeiro artigo definindo a criança como pessoa desde a concepção, e frente a impossibilidade de chegar a um consenso sobre uma ou outra alternativa - ou seja, aquela que propunha a concepção como um elemento da definição e a que utilizava o parto para esse fim levou o Grupo de Trabalho a adotar um texto de compromisso, eliminando a referência ao nascimento contida no texto original. Posteriormente, a Convenção não se pronuncia sobre o assunto, e os trabalhos preparatórios mostram que o texto final do primeiro artigo tem o expressa intenção de evitar a incompatibilidade entre a Convenção e a legislação nacional, no que diz respeito aos direitos eventuais da criança antes do nascimento”. Cf. O’Donnell, D. “*La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido*”. *Revista Infancia*, Boletín del Instituto Interamericano de Derecho del Niño, julho de 1990, p. 4.

39 “O artigo 19 da CADH não define o que se entende por ‘criança’. Por sua vez, a Convenção sobre os Direitos da Criança considera como tal (art. 1) todo ser humano que não tenha completado 18 anos de idade, ‘a menos que, em virtude da lei aplicável, tenha atingido a maioridade’. De acordo com a legislação guatemalteca em vigor no momento em que ocorreram os casos, eles também eram menores de idade, que não tinham completado 18 anos. De acordo com esses critérios, apenas três das vítimas [...] tinham status de criança. No entanto, a Corte IDH usa, nesse julgamento, a expressão coloquial “crianças de rua” para se referir às cinco vítimas no presente caso, que moravam nas ruas, sob risco”. Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1999, § 188.

40 O termo criança “obviamente abrange crianças e adolescentes”. Além disso, acrescenta, no que diz respeito à definição de criança, que: “em resumo, levando em conta as normas internacionais e os critérios apoiados pelo Tribunal em outros casos, ‘criança’ é entendida como qualquer pessoa que não tenha completado 18 anos de idade”. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, 2002, nota de rodapé 45 e § 42, respectivamente.

41 Como exemplo, entre as leis latino-americanas, a República Argentina através da Lei nº 23.849 (lei que aprova a Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada em 27 de setembro de 1990, efetivamente promulgada em 16 de outubro, 1990, e publicada no Diário Oficial de 22 de outubro de 1990), declara que uma criança é entendida como todo ser humano desde o momento de sua concepção até os dezoito anos de idade (art. 1), embora em termos de regulamentação de responsabilidade criminal especial a Lei nº 22.278 “Régimen Penal de la Minoridad” (sancionada em 25 de agosto de 1980 e publicada no Diário da República de 28 de agosto de 1980) estabelece a idade mínima de responsabilidade criminal juvenil em dezesseis anos idade (art. 1); A Ley n.º 20.084 de Responsabilidad Penal Juvenil de Chile (promulgada em 28 de novembro de 2005, publicada em 7 de dezembro de 2005 e entrou em vigor em 8 de junho de 2007) estabelece que, para os fins da referida lei, qualquer pessoa é considerada um adolescente se, no momento do crime, tiver mais de catorze e menos de dezoito anos; o Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador (Lei nº 100 (aprovada em 23 de dezembro de 2002 e publicada no Registro Oficial nº 737 de 3 de janeiro de 2003), define toda criança como aquela pessoa que não atingiu os doze anos de idade e, por outro lado, o adolescente como pessoa entre doze e dezoito anos de idade (art. 4); a ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala (Decreto no. 27-03, aprovado em 4 de junho de 2003, publicado em 15 de julho de 2003 e publicado em 18 de julho de 2003) considera toda pessoa como uma criança desde a concepção até os 13 anos de idade, e um adolescente como qualquer pessoa de 13 a 18 anos (art. 2); o Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua (Lei nº 287, aprovada em 24 de março de 1998, e publicado na La Gaceta nº 97 de 27 de Maio de 1998), considera uma pessoa que não atingiu os 13 anos e um adolescente que está entre os 13 e não completou dezoito anos de idade (art. 2); A Lei nº 1.702 do Paraguai (aprovada em 24 de maio de 2001) estabelece que uma criança é entendida como qualquer pessoa desde a concepção até os treze anos de idade, adolescente de quatorze a dezessete anos de idade e um menor adulto a partir dos dezoito anos até atingir a maioridade (art. 1); e o Código de la Niñez y Adolescencia del Uruguay, Lei nº 17.823 (promulgada em 14 de setembro de 2004), refere-se a criança como qualquer pessoa até os 13 anos de idade e como adolescente aos maiores de 13 anos e menores de dezoito anos. (art. 1), entre outras leis.

seu Protocolo Facultativo - proíbe o recrutamento pelas forças armadas e a participação em conflitos armados dos menores de 18 anos.⁴²

Além disso, vários instrumentos internacionais proíbem a aplicação da pena de morte a menores de 18 anos, o casamento antes dos 15 anos de acordo com a Recomendação sobre a Idade Mínima para o casamento,⁴³ o trabalho em tempo completo antes dos 15 anos e o trabalho perigoso antes dos 18 anos, de acordo com a Convenção 138 da OIT.⁴⁴

Mesmo assim, subsiste o problema de saber quando um adolescente se converte em adulto e, desse modo, perde o direito de ser titular de medidas especiais de proteção, já que a Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece uma exceção à regras dos 18 anos, que é a situação na qual o menor adquiriu a maioria antes do tempo. A Corte IDH ainda não se pronunciou sobre a questão em geral, tendo apenas mantido uma posição rigorosa quanto ao limite de 18 anos como limite para o tratamento penal diferenciado (em relação às crianças condenadas que devem cumprir parte de sua pena privativa de liberdade como adultos); esta análise ocorreu em um caso em que a própria legislação interna do país permitia a prorrogação da proteção especial até a idade de vinte e um anos.⁴⁵

4. Relação do artigo 19 da CADH com outros direitos

Esta seção descreverá brevemente a maneira com que o artigo 19 da CADH se relaciona com outros direitos fundamentais protegidos tanto pela própria Convenção quanto por outros instrumentos internacionais de Direitos Humanos; esta relação emerge das sentenças da Corte IDH.⁴⁶ A rigor, embora em graus variados todos os direitos estabelecidos no instrumento internacional se relacionem com o direito da criança à proteção especial (artigo 19), existem algumas relações “mais emblemáticas”, que têm sido objeto de decisões contenciosas por parte da Corte IDH. Nas palavras deste órgão judicial:

42 Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados, artigo 1: “Os Estados Partes adotarão todas as medidas possíveis para assegurar que membros de suas forças armadas menores de 18 anos não participem diretamente de hostilidades”. Artigo 2: “Os Estados Partes assegurarão que menores de 18 anos não serão recrutados de maneira compulsória em suas forças armadas”. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional classificou como crime de guerra (que tem responsabilidade criminal internacional para quem o comete), “recrutar ou alistar crianças menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-las para participar ativamente em hostilidades”, seja por forças armadas estatais, paramilitares ou por grupos armados dissidentes (art. 8). Por outro lado, o Protocolo Adicional I, relativo à Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Internacionais (aprovado em 8 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática de Reafirmação e Desenvolvimento Humanitário Internacional Aplicáveis em Conflitos Armados, e que entrou em vigor em 7 de dezembro de 1978), estabelece que as ‘Partes’ devem tomar todas as medidas possíveis para que crianças com menos de quinze anos não participem diretamente das hostilidades, evitando recrutá-las para suas forças armadas. Sobre a participação de crianças em conflitos armados, ver Winter, R. “Niños soldados”, em Collins, T. *et al.* (coord.) *Derechos del Niño*. Eudeba, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, julho de 2010, pp. 513-522; Atiba Davies, G. “Niños soldados en conflictos armados: el papel de la Corte Penal Internacional, en *Derechos del Niño*”, em Collins, T. *et al.* (coord.) *Derechos del Niño*. Eudeba, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, julho de 2010, pp. 522-532.

43 ONU. Recomendação sobre o consentimento para o matrimônio, a idade mínima para contrair matrimônio e o registro de matrimônios, adotada pela Assembleia Geral em sua Resolução n.º 2018 (XX), 1 de novembro de 1965. “Os Estados Membros adotarão as medidas legislativas necessárias para determinar a idade mínima para contrair matrimônio, a qual em nenhum caso poderá ser inferior aos quinze anos; não poderão contrair legalmente matrimônio as pessoas que não tenham cumprido esta idade, salvo que a autoridade competente, por causas justificadas e em interesse dos contraentes, dispense o requisito da idade.” *Ibidem*, Principio II.

44 Convenção 138 da OIT, artigos 2.3. e 3.1.

45 Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. EPMR. 2013, § 67.

46 Para uma análise abrangente, ver Beloff, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*, *op. cit.* Para uma análise da relação entre o interesse superior e os direitos à família, consulte os comentários aos artigos 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome) e 20 (direito à nacionalidade), por Beloff.

[...] a verdadeira e plena proteção das crianças significa que estas possam usufruir amplamente de todos os seus direitos, inclusive econômicos, sociais e culturais, que lhe são garantidos em diversos instrumentos internacionais. Os Estados partes em tratados internacionais de Direitos Humanos têm a obrigação de tomar medidas positivas para garantir a proteção de todos os direitos da criança.⁴⁷

4.1. Relação com os direitos à vida e à integridade pessoal

Em relação ao artigo 4 da CADH, que garante o direito à vida, e ao artigo 5,⁴⁸ que faz o mesmo para o direito à integridade pessoal, é importante ter em mente, como já indicado, o padrão definido pela Corte IDH no caso emblemático “*Crianças de Rua*” (*Villagrán Morales e outros*) vs. *Guatemala*, que ajudou a dar visibilidade aos direitos da criança como Direitos Humanos. Nessa ocasião foi estabelecido que o direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo pleno é um pré-requisito para o desfrute de todos os outros Direitos Humanos, de modo que, se não fosse respeitado, todos os outros direitos careceriam de sentido.⁴⁹

A jurisprudência da Corte IDH estabeleceu que a observância do artigo 4, relacionada ao artigo 1.1 da CADH, não só pressupõe que nenhuma pessoa seja arbitrariamente privada da vida (obrigação negativa), mas também exige que os Estados tomem todas as medidas apropriadas,⁵⁰ para proteger e preservar o direito (obrigação positiva).⁵¹ Portanto, para a Corte IDH, quando os Estados violam os direitos das crianças em risco, as tornam vítimas de uma agressão dupla. Em primeiro lugar - no sentido positivo como asseguradores de deveres de prestação - priva-lhes de condições mínimas de vida (vida digna) e impede-lhes o “desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade”;⁵² em outros casos

47 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, 2002, § 8. (grifo nosso)

48 CADH, Artigo 5 (Direito à integridade pessoal): “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. 3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente. 4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas. 5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”. Com relação à regulamentação desse direito em outros instrumentos internacionais de Direitos Humanos, O’Donnell destaca que: “curiosamente, nem a D[UDH], nem a D[ADDH], nem o P[IDCP] reconhecem expressamente o direito à integridade pessoal como tal. No entanto, é evidente que a integridade pessoal é o bem jurídico cuja proteção constitui o objetivo principal da proibição da tortura e outros tratamentos e penas cruéis, desumanos ou degradantes, previstos no artigo 5 da D[UDH] e 7 do P[IDCP]. O artigo 5.1 da C[ADH] consagra expressamente o direito à integridade pessoal e faz uma contribuição valiosa para a definição de seu conteúdo, especificando que inclui ‘integridade física, psíquica e moral’”. *Cf.* O’Donnell, D. *Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, *op. cit.*, pp. 169-170.

49 *Idem*. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. EPMRC. 2004.

50 Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, § 120.

51 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1999, §§ 144-146. Por sua vez, o Comitê DHONU declarou que “se trata do direito supremo em relação ao qual nenhuma suspensão é autorizada, mesmo em situações excepcionais que põem em perigo a vida da nação [...]. É um direito que não deve ser interpretado em um sentido restritivo”. Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 6 “Artigo 6 – Direito à vida”, 16º período de sessões, 1982, § 1. Além disso, “[...] o Comitê DHONU observou que o direito à vida tem sido muitas vezes interpretado de maneira excessivamente restritiva. A expressão “o direito à vida é inerente à pessoa humana” não pode ser entendida como restritiva e a proteção desse direito exige que os Estados adotem medidas positivas. Nesse sentido, o Comitê DHONU considera que seria apropriado que os Estados Partes adotassem todas as medidas possíveis para diminuir a mortalidade infantil e aumentar a expectativa de vida, principalmente adotando medidas para eliminar a desnutrição e as epidemias.” *Ibidem*, § 5. Por sua vez, a Corte IDH considerou que: “[...] se o devido processo legal, com seu conjunto de direitos e garantias, deve ser respeitado em qualquer circunstância, sua observância é ainda mais importante quando se encontra em jogo o supremo bem que todas as declarações e tratados de Direitos Humanos reconhecem e protegem: a vida humana”. *Cf.* Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99, *op. cit.*, § 135.

52 Convenção sobre os Direitos da Criança, Preâmbulo.

- no sentido negativo - atenta contra sua integridade física, psíquica e moral, e até mesmo contra suas próprias vidas.⁵³

Em suma, a obrigação estatal de respeitar a vida e a integridade pessoal das pessoas tem modalidades especiais no caso das crianças, com base nas normas de proteção especial estabelecidas na própria CADH e na Convenção sobre os Direitos da Criança.⁵⁴

4.2. Relação com os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial

4.2.1 Participação das crianças em procedimentos judiciais

A CIDH estabeleceu que é necessário estabelecer regras de proteção especial para as crianças frente a justiça. Nesse sentido, em processos judiciais que poderiam ter efeitos sobre os direitos das crianças, a Corte IDH estabeleceu que qualquer ação que as afete:

[...] deve ser perfeitamente motivada conforme a lei, ser razoável e pertinente na forma e substância, levar em consideração o interesse superior da criança e sujeitar-se a procedimentos e garantias que permitam verificar sua idoneidade e legitimidade a qualquer momento.⁵⁵

De forma complementar, sustentou que:

[...] as garantias consagradas no artigo 8 da Convenção são reconhecidas a todas as pessoas por igual e devem se relacionar com os direitos específicos que estabelece, também, o artigo 19 deste tratado, de tal forma que se reflitam em quaisquer processos administrativos ou judiciais nos quais se discuta algum direito de uma criança.⁵⁶

Uma questão específica diz respeito ao testemunho de crianças vítimas de crimes, que é visto como um meio de prova e não como um mecanismo de acesso à justiça. No caso de crimes que ocorrem na esfera privada, a declaração é uma prova fundamental e decisiva, mas sua produção pode ser uma experiência traumática para a criança.⁵⁷ Por isso, é necessário existir pessoal e instalações adequadas

53 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1999, § 191. A esse respeito, a Corte Suprema de Justiça da Argentina declarou que: “em essência, o direito fundamental à vida inclui não apenas o direito de todo ser humano de não ser arbitrariamente privado da vida, mas também o direito a que não se impeça o acesso às condições que lhe garantam uma existência digna. Os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições necessárias para que não ocorram violações deste direito básico.” Corte Suprema de Justiça da Argentina, Sentenças 330:3853, do voto dos juízes Petracchi, Maqueda e Argibay. Sobre o tema, ver Beloff, M. “*Derecho a una vida digna de ser vivida*”, em *Revista Comunicarnos* n.º 103, ano 9, Comisión de Niñez y Adolescencia en Riesgo del Arzobispado de Buenos Aires, Buenos Aires, dezembro de 2009, pp. 6-8. Beloff, M., Clerico, M. L. “*Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la argumentación de la Corte Interamericana*”, em *Revista Estudios Constitucionales*, n.º 1, ano 14, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, 2016, pp. 139-178.

54 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1999, par. 146. Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. MRC. 2003, §. 138.

55 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição Jurídica e Direitos do Migrantes Indocumentados*. 2003, §§ 112-114.

56 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. EPMRC. 2004, § 209. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, § 95.

57 A Corte Suprema de Justiça da Argentina sustentou que: “[...] a vítima do crime que possui uma limitação relevante para evitar ou atenuar os danos decorrentes do crime ou do contato com a justiça para enfrentar os riscos de vitimização. A vulnerabilidade pode advir de suas próprias características pessoais [...]”. Corte Suprema de Justiça da Argentina, Sentenças 325: 1549, voto da juíza Highton de Nolasco, considerando 5. Quanto ao dever dos juízes, a Corte Suprema de Justiça da Argentina acrescentou que: “Nestes casos, devem adotar as medidas que resultem adequadas para moderar os efeitos negativos do delito (vitimização primária) e também devem garantir que o dano sofrido não seja aumentado como resultado do contato com o sistema judiciário (vitimização secundária); em todas as fases do processo criminal deve-se proteger a integridade física e psicológica da vítima”. *Ibidem*, considerando 6. Com relação às repetidas convocações para uma criança que foi vítima desse tipo de crime para fazer sua declaração, a Corte Suprema de Justiça da Nação decidiu que: “o dano psicológico que a criança poderia sofrer como consequência da convocação repetida para testemunhar, e a consequente violação de seus direitos sob a Convenção sobre os Direitos da Criança [...] causa uma garantia de reparação subsequente inaceitável.” Corte Suprema de Justiça da Argentina,

para submeter uma criança a este tipo de processo,⁵⁸ é dever do Estado velar para que as crianças sejam questionadas de forma adequada e com respeito à sua integridade psicológica, assim como procurar que não se vejam confrontadas nem com o suposto agressor nem com o seu advogado de defesa.⁵⁹

Para assegurar o direito à proteção especial, as seguintes medidas devem ser tomadas com relação às crianças vítimas de crimes:⁶⁰ 1. buscar um tratamento com tato e sensibilidade levando em conta a situação pessoal da criança e suas necessidades imediatas, idade, sexo, deficiência física e nível de maturidade, e com pleno respeito à integridade física, mental e moral da criança,⁶¹ 2. que a interferência na privacidade da criança deve ser limitada ao mínimo necessário,⁶² e que isso exige restrições à publicidade de um julgamento em que a criança é vítima,⁶³ 3. uma relação contínua com os profissionais encarregados de proporcionar apoio e segurança sobre o processo,⁶⁴ 4. o uso de salas especiais com serviços interdisciplinares, pausas nas audiências programadas em horários adequados à idade e maturidade da criança;⁶⁵ 5. as crianças e seus pais, tutores ou representantes devem ser informados pronta e adequadamente sobre a disponibilidade de serviços médicos, psicológicos e sociais, sobre os procedimentos aplicáveis e seus passos mais importantes, os direitos da criança, os mecanismos de revisão de decisões, a disposição de medidas de proteção e de mecanismos de apoio,⁶⁶ e 6. a investigação deve desenvolver-se de maneira expedita, a menos que a demora seja em benefício da criança.⁶⁷

Sentenças 325:1549.

- 58 A Diretriz 23 das *Diretrizes sobre justiça em questões relativas a crianças vítimas e testemunhas de crimes* afirma o seguinte: “ao prestar assistência a crianças vítimas e testemunhas de crimes, os profissionais devem fazer todo o possível para coordenar os serviços de apoio para impedir que as crianças participem de um número excessivo de intervenções”. Por sua vez, a diretriz 31 estabelece que “[...] os profissionais devem aplicar medidas para: a) limitar o número de entrevistas: procedimentos especiais devem ser aplicados para obter evidências de crianças vítimas e testemunhas de crimes, a fim de reduzir o número de entrevistas, declarações, audiências e, especificamente, qualquer contato desnecessário com o processo judicial, por exemplo, usando gravações em vídeo”.
- 59 A Diretriz 31 indica que a proteção de uma criança testemunha ou vítima que testemunha em um julgamento como os aqui considerados exige garantir que esse ato não prejudique sua saúde física ou mental (ou seja, evite a revitimização). Para isso, a declaração deve ser conduzida por um profissional especializado (psicólogo ou psiquiatra), uma vez que os funcionários judiciais nem sempre possuem o treinamento necessário para realizar adequadamente essa atividade e por meio de uma câmera Gesell ou dispositivo similar que evita repetições, mas também eventuais nulidades levantadas pela defesa. Comitê DESCONU. *Diretrizes sobre a justiça em assuntos concernentes às crianças vítimas e testemunhas de delitos*, *op. cit.*
- 60 Nesse sentido, “à incorporação da vítima como ator processual com visibilidade relativa (certamente maior do que no sistema inquisitivo clássico) e com a possibilidade de atuar autonomamente em julgamento - cenário que apresenta à vítima direitos reafirmados - acrescenta-se a ideia de que crianças (menores de dezoito anos, em conformidade com o artigo 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança) têm direito a proteção especial (artigo 19 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)”. Beloff, M. “El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado”, em *Acceso a la Justicia de Niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*. Jufejus, Asociación por los Derechos Civiles, UNICEF, 2010, p. 22.
- 61 Comitê DESCONU. *Diretrizes sobre a justiça em assuntos concernentes às crianças vítimas e testemunhas de delitos*, *op. cit.*, diretriz 10. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010, § 201.
- 62 Comitê DESCONU. *Diretrizes sobre a justiça em assuntos concernentes às crianças vítimas e testemunhas de delitos*, *op. cit.*, diretriz 12.
- 63 *Ibidem*, diretriz 28.
- 64 A Diretriz 30 declara que os profissionais envolvidos devem: a) fornecer apoio, inclusive acompanhando a criança durante toda a sua participação no processo de justiça, quando isso for do interesse superior da criança; b) proporcionar-lhes certeza sobre o processo, para que crianças vítimas e testemunhas de crimes tenham ideias claras do que esperar do processo, com a maior certeza possível. A participação da criança nas audiências e julgamentos deve ser planejada com antecedência e devem ser feitos esforços para garantir a continuidade do relacionamento entre as crianças e os profissionais que estão em contato com elas durante todo o processo. Comitê DESCONU. *Diretrizes sobre a justiça em assuntos concernentes às crianças vítimas e testemunhas de delitos*, *op. cit.*, diretriz 30.
- 65 *Idem*.
- 66 *Ibidem*, diretriz 19.
- 67 Deveria também: “c) garantir que os julgamentos sejam realizados o mais rápido possível, a menos que os atrasos sejam do interesse superior da criança. A investigação de crimes envolvendo crianças como vítimas e testemunhas também deverá realizar-se de maneira expedita e deverá haver procedimentos, leis e regulamentos processuais para acelerar as causas em que essas crianças estão envolvidas”. *Ibidem*, diretriz 30.

De acordo com o Comitê dos Direitos da Criança sobre a necessidade de que a linguagem do processo em que estão envolvidos seja compreensível tanto para a criança quanto para sua família:

[...] A criança deve ser informada em termos que ela possa entender. Isso pode exigir que as informações sejam fornecidas em uma língua estrangeira, mas também uma “tradução” do jargão jurídico oficial frequentemente usado em processos criminais contra crianças para uma linguagem que a criança possa entender [...] muitas vezes não é suficiente fornecer à criança um documento oficial, mas uma explicação oral pode ser necessária. É mais apropriado que tanto a criança quanto os pais ou responsáveis recebam as informações de forma que lhes permita compreender as acusações e as possíveis consequências.⁶⁸

Em suma, até hoje não há maiores discussões teóricas ou jurisprudenciais de que o direito a um julgamento justo compreende um conjunto de condições tanto formais como substantivas sob as quais deve ser desenvolvido o processo e os papéis das diferentes partes envolvidas no mesmo. A América Latina e a Alemanha contam com leis e jurisprudência a esse respeito. Garantir essas condições e papéis com a devida atenção à situação especial das crianças faz parte do conteúdo das “medidas de proteção” que os Estados devem garantir a esse grupo, de acordo com o artigo 19 da CADH.

4.2.1 Justiça penal especializada

Em outro nível, e como parte integrante do direito das crianças à proteção especial, se encontra o tratamento judicial especializado. Neste sentido, a Corte IDH afirmou que:

[...] É evidente que as condições em que uma criança participa de um processo não são iguais às aquelas em que um adulto participa. Argumentar o contrário seria ignorar a realidade e omitir a adoção de medidas especiais para a proteção das crianças, em grave prejuízo delas. Portanto, é essencial reconhecer e respeitar as diferenças de tratamento que correspondem às diferenças de situação entre os envolvidos em um procedimento [...]. Embora os direitos processuais e garantias conexas sejam aplicáveis a todas as pessoas, no caso das crianças o exercício de tais direitos implica, devido às condições especiais em que se encontram os menores, a adoção de medidas específicas com o objetivo de garantir que estes gozem efetivamente de tais direitos e garantias [...]⁶⁹

Em relação ao princípio da justiça especializada, a Corte IDH definiu que:

[...] os menores de 18 anos acusados de ter cometido condutas previstas como delitivas na lei penal, deverão estar sujeitos, para os fins do conhecimento e da adoção de medidas pertinentes, apenas a *órgãos jurisdicionais específicos e diferentes dos que correspondentes aos maiores de idade* [...].⁷⁰

Na mesma linha e de uma forma adicional, a Corte IDH estabeleceu que:

[...] uma consequência evidente da necessidade de atender de forma diferenciada e específica as questões referentes às crianças, e particularmente, as relacionadas com a conduta ilícita, é o estabelecimento de *órgãos jurisdicionais especializados* para o conhecimento de condutas penalmente típicas atribuídas àqueles e um procedimento especial através do qual se conheçam estas infrações à lei penal. No mesmo sentido, a Convenção sobre os Direitos da Criança contempla o “estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para

68 Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 10, “Os direitos da criança na justiça de menores”, 2007, §§ 47-48.

69 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02, *op. cit.*, §§ 96-97.

70 *Ibidem*, § 109. (grifo nosso) Nesse sentido, sustentou que: “[...] que o Estado, ao não estabelecer um órgão jurisdicional especializado para crianças em conflito com a lei [...], nem um procedimento diferente ao dos adultos que tivesse em consideração de maneira adequada sua situação especial, violou os artigos 2 e 8.1 da Convenção, ambos em relação aos artigos 19 e 1.1 da mesma”. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. EPMRC. 2004, § 213.

as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido” [...].⁷¹

A Corte IDH, no caso “*Instituto de Reeducação do Menor*” vs. *Paraguai*, explicitou que a justiça penal juvenil deve ser caracterizada: 1. pela possibilidade de adotar medidas para tratar essas crianças sem recorrer a processos judiciais; 2. pela existência de várias medidas, como aconselhamento psicológico para a criança durante o processo, controle sobre a maneira de tomar o depoimento da criança e regulação da publicidade do processo; 3. o reconhecimento de uma margem suficiente para o exercício da discricionariedade nas diferentes fases dos julgamentos e nas diferentes fases da administração da justiça para as crianças; 4. treinamento em Direitos Humanos e psicologia infantil para evitar qualquer abuso da discricionariedade e para assegurar que as medidas ordenadas em cada caso sejam apropriadas e proporcionais.⁷²

Especificamente, no mesmo caso, a Corte IDH determinou categoricamente que o Estado, ao não estabelecer um tribunal especializado para crianças acusadas de crimes ou um procedimento diferente do dos adultos que levasse em conta adequadamente sua situação especial em processo penal, violou os artigos 2 e 8.1 da CADH, ambos em relação aos artigos 1.1 e 19 da mesma CADH, em detrimento de todas as crianças abrigadas no Instituto.⁷³

O Comitê dos Direitos da Criança, no seu comentário geral sobre os *direitos da criança na justiça de menores*, exigiu ainda, como componente da jurisdição especializada, a formação sistemática e contínua dos operadores no desenvolvimento físico, psíquico e social da criança, nas necessidades das crianças mais vulneráveis e nas medidas disponíveis que não envolvam o recurso a processos judiciais.⁷⁴

71 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. EPMRC. 2004, § 210. Nesse sentido, a Corte Suprema de Justiça de Argentina sustentou que um processo criminal específico deve ser usado para garantir tratamento diferenciado em relação aos adultos; dessa maneira, “a referida regra visa evitar os danos que podem ser causados a essas pessoas pelo uso automático de procedimentos projetados para adultos e que, portanto, não levam em conta as necessidades e características que o grupo protegido pela Convenção, a CDC, não compartilha com eles”. Corte Suprema de Justiça de Argentina, Sentenças 328:4343, do considerando 19. Assim, é garantido que os adolescentes tenham os mesmos direitos constitucionais que os adultos e direitos especiais derivados de sua condição: “que, com base na premissa básica, embora não redundante, de que menores têm os mesmos direitos constitucionais que os adultos, não se deve perder de vista o fato de que não se segue deste princípio que menores, confrontados com a violação do direito penal, sejam tratados exatamente da mesma forma que adultos [...] crianças têm os direitos que correspondem a todos os seres humanos, menores de idade e adultos, e também possuem direitos especiais derivados de sua condição, aos quais correspondem deveres específicos da família, da sociedade e do Estado”. Corte Suprema de Justiça de Argentina, Sentenças 328:4343, do considerando 32. Finalmente, o mais alto tribunal argentino declarou que: “[...] sua jurisdição limitada não isenta seus magistrados da obrigação de aplicar a legislação específica que rege os processos em que os menores fazem parte, que é constituído pela Constituição”. Lei, a Convenção [...] sobre os Direitos da Criança, a CADH, o PIDCP e o PIDESC (julgamentos 328: 4343, considerando 34 e leis 22.278 e 26.061)”. Corte Suprema de Justiça de Argentina, Sentenças 331:2720.

72 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. EPMRC. 2004, § 211.

73 *Ibidem*, § 213.

74 Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 10, *op. cit.*, § 97.

Artigo 20. Direito à nacionalidade

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.
3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la.

Bibliografia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C n.º 52. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. MRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C n.º 74. Doravante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C n.º 111. Doravante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. MRC. 2004.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C n.º 124. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C n.º 127. Doravante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPMRC. 2005.

Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C n.º 130. Doravante: Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso do "Massacre de Mapiripán" vs. Colômbia*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C n.º 134. Doravante: Corte IDH. *Caso do "Massacre de Mapiripán" vs. Colômbia*. [Mérito, Reparaciones e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. Sentença de 1 de julho de 2006. Série C n.º 148. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparaciones e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C n.º 192. Doravante: Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. MRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C n.º 212. Doravante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C n.º 218. Doravante: Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparaciones. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C n.º 221. Doravante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011.

Corte IDH. *Caso família Barrios vs. Venezuela*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C n.º 237. Doravante: Corte IDH. *Caso família Barrios vs. Venezuela*. MRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C n.º 250. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C n.º 252. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros ("Diário Militar") vs. Guatemala*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2012. Série C n.º 253. Doravante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros ("Diário Militar") vs. Guatemala*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 25

de novembro de 2013. Série C n.º 272. Doravante: Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 282. Doravante: Corte IDH. *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014.

Pareceres consultivos

Corte IDH. *O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. Série A n.º 2. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC2/82. *O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1982.

Corte IDH. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A No. 4.. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização*. 1984.

Corte IDH. *Situação jurídica e Direitos Humanos da criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A No. 17. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Situação jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002.

Corte IDH. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A No. 18. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*.

Corte IDH. *Direitos e garantias de crianças em contexto de migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Série A No. 21. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14. *Direitos e garantias de crianças em contexto de migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. 2014.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. *Sétimo Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos em Cuba*, 1983.

CIDH. Relatório Anual 1983-1984. Capítulo VI Situação dos Direitos Humanos em vários Estados, Paraguai. OEA/Ser.L/V/II.63, 28 de setembro de 1984.

CIDH. *Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos*, 1985.

CIDH. *Segundo Relatório Sobre a Situação dos Direitos Humanos no Suriname*, 1985.

CIDH. *Relatório Sobre a Situação dos Direitos Humanos no Chile*, 1985.

CIDH. Resolução n.º 20/88, *Caso Estiverne vs. Haiti*, Caso 9855, de 24 de março de 1988.

CIDH. *Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos dos Solicitantes de Asilo no marco do Sistema Canadense de determinação da condição de refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev., 28 de fevereiro de 2000.

CIDH. Relatório n.º 51/01 sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados Unidos pela detenção indefinida de pessoas de nacionalidade cubana, *Caso Rafael Ferrer-Mazorra e outros vs. Estados Unidos de América*, Caso 9903, 4 de abril de 2001.

CIDH. Relatório n.º 78/11, *Caso John Doe vs. Canadá*, Caso 12.586, Mérito, 21 de julho de 2011.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TEDH. *Caso Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga vs. Bélgica*. Sentença n.º 13178/03, de 12 de outubro de 2006.

TEDH. *Caso Rahimi vs. Grécia*, Sentença n.º 8687/08, de 5 de julho de 2011.

TEDH. *Caso Genovese vs. Malta*, Sentença n.º 53124/09, de 11 de outubro de 2011.

TEDH. *Caso Popov vs. França*, Sentença n.º 39472/07 e 39474/07, de 19 de janeiro de 2012.

TEDH. *Caso Mennesson vs. França*, Sentença n.º 65192/11, de 26 de junho de 2014.

TEDH. *Caso Labassee vs. França*, Sentença n.º 65941/11, de 26 de junho de 2014.

Sentenças proferidas por outros tribunais internacionais

Corte Internacional de justiça

CIJ. Caso *Nottebohm (segunda fase)*, Sentença de 6 de abril de 1955. Relatório 1955, p. 4.

Documentos adotados por organizações internacionais

Organização das Nações Unidas

Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 13 (1999), “O direito à educação (artigo 13)”, 1999. Comitê DESCONU. Comen-

tário Geral n.º 14 “O direito ao gozo do mais alto nível possível de saúde (artigo 12)”, 2000.

Comitê de Direitos Humanos

Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 4, “Artigo 3 – Direito igual de homens e mulheres no gozo de todos os direitos civis e políticos”, 13º período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, par. 141, 1981.

Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 17 “Direitos da criança (artigo 24)”, 1989.

Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 18, “Não discriminação”, 37º período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, par. 168, 1989.

Comitê DHONU. Caso Kindler vs. Canadá, Comunicação n.º 470/1991, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1991, 1993.

Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 23, “Artigo 27 - Direito das minorias”, 50º período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, par. 183, 1994. Comitê DHONU. Caso Stewart vs. Canadá, Comunicação n.º 538/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/538/1993, 1996.

Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 25, “Artigo 25 – A participação nos assuntos públicos e o direito de voto”, 57º período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, par. 194, 1996.

Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 27, “Artigo 12 – A liberdade de circulação”, 67º período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, par. 202, 1999.

Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 28, “Artigo 3- A igualdade de direitos entre homens e mulheres”, 68º período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7, par. 207, 2000.

Comitê dos Direitos da Criança

Comitê dos Direitos da Criança. Comentário Geral n.º 6, “Tratamento dos menores não acompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem”, 2005.

Comitê dos Direitos da Criança. Comentário Geral n.º 9, “O direito das crianças com deficiência”, 2006.

Comitê dos Direitos da Criança. Comentário Geral n.º 11, “As crianças indígenas e seus direitos na Convenção”, 2009.

Comitê dos Direitos da Criança. Comentário Geral n.º 15, “O direito da criança ao gozo do mais alto nível possível de saúde (artigo 24)”, 2013.

Comitê para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)

Comitê CEDAW. Recomendação Geral n.º 21, “A igualdade no matrimônio e nas relações familiares”, 1994.

Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial

Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial. Recomendação Geral n.º 30 “Discriminação dos não cidadãos”, 2004.

Conselho de Direitos Humanos

Conselho DHONU. *Os Direitos Humanos e a privação arbitrária da nacionalidade*, A/HRC/13/34, 14 de dezembro de 2009.

Conselho DHONU. *Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos migrantes*, A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012.

Conselho DHONU. *O direito à nacionalidade: mulheres e crianças*, A/HRC/20/L.8, adotada em 5 de julho de 2012.

Conselho DHONU. *Eliminação da discriminação contra a mulher*, A/HRC/20/L.11, adotada em 5 de julho de 2012.

Conselho DHONU. *Direitos Humanos e privação arbitrária da nacionalidade*, A/HRC/20/L.9, adotada em 5 de julho de 2012.

Conselho DHONU. *Direitos das crianças: acesso à justiça para as crianças*, A/HRC/25/L.10, adotada em 24 de março de 2014.

Conselho DHONU. *Direitos Humanos e privação arbitrária da nacionalidade*, A/HRC/26/L.25, adotada em 23 de junho de 2014.

Conselho DHONU. *Eliminação da discriminação contra a mulher*. A/HRC/26/L.12, adotada em 23 de junho de 2014.

Conselho DHONU. *Relatório do Relator Especial sobre a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*, A/ HRC/28/68, 5 de março de 2015.

Conselho DHONU. Relatório do Secretário-Geral. “Repercussões da privação arbitrária da nacionalidade no gozo dos direitos das crianças afetadas, e leis e práticas vigentes em matéria de acessibilidade das crianças à aquisição da nacionalidade, entre outros, do país em que nasceram, se de outro modo seriam apátridas”, A/HRC/31/29, 16 de dezembro de 2015.

Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados

ACNUR, Unión Inter-Parlamentaria. Nacionalidad y Apatridia: Manual para parlamentarios. Manual para parlamentarios no. 11, agosto de 2008. Disponível em: http://www.ipu.org/PDF/publications/nationality_sp.pdf. (Data de acesso 31 de julho de 2017).

ACNUR. Resolução n.º 61/137, 25 de janeiro de 2007.

ACNUR. Apatridia. Actuación del ACNUR para afrontar la apatridia. Nota sobre estrategias a seguir, División de Protección Internacional, División de Protección Internacional, 2010.

ACNUR. *Bajo el radar y desprotegidos. La necesidad urgente de abordar los derechos de los niños apátridas*. 2012.

ACNUR. Diretrizes sobre a Apatridia n.º 4. Garantir o direito de toda criança a adquirir uma nacionalidade mediante os artigos 1-4 da Convenção para a redução dos casos de apatridia de 1961, 21 de dezembro de 2012.

ACNUR. Eu estou Aqui, Eu Pertencço: A Necessidade Urgente de Acabar com a Apatridia Infantil, ACNUR/UNHCR, Divisão de Proteção Internacional, 2015.

Liga das Nações (Organização antecessora à Organização de Nações Unidas)

Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela V Assembleia da Liga das Nações Unidas, 26 de dezembro de 1924.

Referências acadêmicas

BELOFF, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*. 4ª ed., Oxford, 1990.

BURGORGUE-LARSEN, L. e ÚBEDA DE TORRES, A. *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l'homme*. Etablissements Emile Bruylant S.A., Bruxelles, 2008.

DRAGHICI, C. “Competencias personales del Estado”, en SÁNCHEZ, V. (dir.) *Derecho Internacional Público*. Huygens ed., Barcelona, 2009.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. IIDH, San José, 1996.

FERIA TINTA, M. *The Landmark Rulings of the Inter-American Court of Human Rights on the Rights of the Child. Protecting the Most Vulnerable at the Edge*. Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

FRANCO, L. (coord.) *Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*. Universidad de Lanus, ACNUR, Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2003.

KESBY, A. *The Right to have Rights, Citizenship, Humanity, and International Law*. Oxford University Press, 2012.

LAFER, C. *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*. Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

NOWAK, M. *Introducción al régimen internacional de los derechos humanos*. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 2009.

O'DONNELL, D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas, 2ª ed., 1989.

O'DONNELL, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

O'DONNELL, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007.

PODESTÁ COSTA, L. A. e RUDA, J. M. *Derecho Internacional Público*. T. I, Tipografía Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1988.

ZIEMELE, I. “Article 7: The Right to Birth Registration, Name and Nationality, and the Right to Know and be Cared for by Parents”, em ALEN, A., et al. (eds.) *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

Outras referências

Regras de Brasília sobre acesso à justiça de pessoas em condição de vulnerabilidade, aprovadas pela XIV Cúpula Judiciária Ibero-americana, Brasília, 2008.

Open Society Justice Initiative, Children's Right to nationality, 2011. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/publications/addressing-childrens-right-nationality>. (data do último acesso: 1 agosto de 2017).

Sumário

1. Introdução.....	552
2. Normativa sobre o direito à nacionalidade.....	556
3. Efeitos da nacionalidade.....	560
4. Direitos intrínsecos ao direito à nacionalidade.....	560
4.1. Aquisição.....	560
4.2. Direito de mudar a nacionalidade.....	567
4.3. Privação da nacionalidade: caso dos apátridas.....	567
4.4. Dupla ou múltipla nacionalidade.....	573
4.5. Privação, perda, renúncia e re aquisição da nacionalidade.....	573
5. Relação do direito à nacionalidade com outros direitos.....	575
5.1. Liberdade de circulação e direito de residência.....	575
5.2. O direito de deixar o território.....	578
5.3. O direito de asilo, à condição de refugiado e a não devolução.....	580
5.4. Restrição da liberdade de circulação, residir e deixar o território.....	588
6. Conclusão.....	589

1. Introdução

De acordo com a posição clássica do Direito Internacional,¹ a nacionalidade é um vínculo jurídico baseado em um fato social profundamente enraizado, uma solidariedade efetiva de assistência, interesses e sentimentos, juntamente com uma reciprocidade de direitos e deveres. Por conseguinte, o indivíduo a quem é conferida a nacionalidade está mais intimamente ligado à população do Estado que a concede do que a de qualquer outro Estado.

A seguinte decisão foi relevante para o Direito Internacional no que diz respeito aos critérios que regem o reconhecimento da nacionalidade efetiva de uma pessoa. Trata-se de uma decisão da Corte Internacional de Justiça de Haia que determinou os critérios pelos quais a Guatemala poderia rejeitar validamente a nacionalidade de Liechtenstein invocada a seu favor por F. Nottebohm, nativo da Alemanha que se estabeleceu na Guatemala entre 1905 e 1943. A CIJ decidiu não admitir o pedido e, portanto, considerou que a Guatemala não era obrigada a reconhecer a nacionalidade de Liechtenstein adquirida por Nottebohm para fins de proteção diplomática, em virtude de que o vínculo existente entre Nottebohm e Liechtenstein no período que precedeu, durante e posteriormente à sua naturalização não foi suficientemente próxima e preponderante em relação ao vínculo que poderia existir entre ele e aquele outro Estado para permitir que a nacionalidade a ele conferida fosse considerada efetiva, como expressão jurídica de um fato social com vínculo preexistente ou posterior. Historicamente, a nacionalidade era considerada como um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fazia parte da comunidade política que um Estado constituía sob o seu direito interno, de acordo com o Direito Internacional.

Etimologicamente, a nação vem do latim *natio*, derivado do *natus*, um participípio do verbo *nascor*: nascer. Na origem designava a ação de nascer e tinha um sentido étnico que, por uma transação fácil, se aplicava às coletividades que passou a ter o significado de indígena, ou seja, nascido no território, original do país, ao contrário dos alienígenas. Em um sentido derivado, após as revoluções estadunidense e francesa, o termo nação foi sendo aplicado cada vez mais à organização política do *populus*, identificando-se com o Estado, e essa foi a origem do princípio contemporâneo da autodeterminação dos povos [...]. A identificação do Estado

1 Cf. Relatório do Primeiro Comitê da Conferência de Haia sobre Codificação do Direito Internacional, 1930.

com a nação coincidiu, na experiência europeia, com o despertar de governos constitucionais que, com base no princípio da legalidade, visavam impedir o exercício arbitrário do poder. Essa coincidência significou que os Direitos Humanos de primeira geração, que na formulação *iusnaturalista* eram vistos como inalienáveis e dados, e portanto independentes de qualquer governo, passaram a ser identificados positivamente nas declarações de direitos através das emancipações nacionais e dos governos constitucionais delas derivados. Dessas coincidências deriva a combinação dos Direitos Humanos com a soberania nacional, segundo o modelo da Revolução Francesa [...]. A ideia de uma única vontade da nação deu origem à postulação da coincidência entre Estado e nação que efetivamente deslocou da dinastia legítima o critério de lealdade e o vínculo de uma nação em relação ao Estado. Daí a relação entre a nação e a comunidade política, que a partir do século XIX inspirou o esforço de organizar o sistema interestatal baseado no princípio das nacionalidades [...]. Por isso se denomina geralmente a nacionalidade ao vínculo jurídico e político entre uma população e um Estado [...].²

Assim, a atribuição da nacionalidade é estabelecida pelos próprios Estados de acordo com sua legislação interna.³ Trata-se de um vínculo jurídico cuja aquisição, perda e reaquisição são legisladas por cada país.

É justamente com base nessa noção clássica e tendo em vista o referido vínculo jurídico-político entre uma população e um Estado, considerado dotado de permanência e continuidade, que, na esfera de alguns Estados, o nacional se distingue do estrangeiro e no qual se baseia a competência pessoal de alguns Estados em relação aos seus nacionais para além das suas fronteiras.⁴ O Direito Internacional dos Direitos Humanos tomou essa ideia e a transformou em um direito humano fundamental.

De fato, a abordagem mudou substancialmente nas últimas décadas, após a aprovação de várias convenções de Direitos Humanos e a interpretação por órgãos judiciais e outros organismos de monitoramento de tratados, os quais têm se pronunciado sobre o impacto que tem o reconhecimento da nacionalidade no gozo dos direitos fundamentais que vão desde o direito à não discriminação até o exercício dos direitos políticos, entre outros que serão analisados mais adiante.

2 CIJ. Caso *Nottebohm* (segunda fase), Sentença de 6 de abril de 1955 I.C.J. Relatório 1955, p. 4. (tradução livre). A esse respeito, cabe ter em consideração o mencionado precedente do caso *Nottebohm* perante a Corte Internacional de Justiça. Lafer, C. *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 156-158. O problema com esta definição, entre outros, é que baseia o vínculo na circunstância de que uma pessoa “integra a comunidade política de um Estado” quando é um fato que em muitos Estados (entre outros, a República Argentina) os estrangeiros exercem o direito à voto nas eleições locais e, portanto, fazem parte da comunidade política.

3 Cf. Brownlie, I. *Principles of Public International Law*. 4ª. ed., Oxford, 1990, p. 386. “Os Estados devem promulgar leis que regulem a aquisição, renúncia e perda da nacionalidade de acordo com suas obrigações internacionais, particularmente no campo dos Direitos Humanos. Especificamente, cabe aos Estados impedir e reduzir a apatridia, cooperando adequadamente com a comunidade internacional [...]”. Cf. Conselho DHONU. Conselho DHONU. Relatório do Secretário Geral “Repercussões da privação arbitrária da nacionalidade no gozo dos direitos das crianças afetadas, e leis e práticas vigentes em matéria de acessibilidade das crianças à aquisição da nacionalidade, entre outros, do país em que nasceram, se de outro modo seriam apátridas”, A/HRC/31/29, 16 de dezembro de 2015.

4 Nesse sentido, “o grupo nacional, por exemplo, dá ao indivíduo seus meios de comunicação - a língua - e não é necessário reiterar que o pacto linguístico, como Rousseau já ensinava, é uma premissa do contrato social. A linguagem possibilita a herança cultural, que é um repertório compartilhado de significados que a nacionalidade pode gerar, ou seja, hábitos complementares de comunicação social e no processo de decisão, mensagens, imagens e memória nacionais, indubitavelmente vinculam o homem à sua comunidade nacional [...]”. Lafer, C., *op. cit.*, pp. 153-156. Além disso, “enquanto o território representa a base fundamental da competência espacial do Estado, [...] o alcance da competência pessoal é determinado em relação a uma população estável, identificada através da nacionalidade. A competência pessoal é o conjunto de poderes jurídicos que um Estado exerce em relação às pessoas (físicas e morais) unidas a ele pelo vínculo de nacionalidade. Este é um vínculo jurídico e político que expressa o reconhecimento de que uma pessoa está mais intimamente ligada à comunidade de um estado do que para qualquer outra comunidade estatal.” Draghici, C. “Competencias personales del Estado”, em Sánchez, V. (dir.) *Derecho Internacional Público*. Huygens ed., Barcelona, 2009, p. 261.

Em particular a este comentário, a Corte IDH -no exercício de sua jurisdição contenciosa- decidiu sobre a nacionalidade, entre outros, nos casos de *Ivcher Bronstein vs. Peru*,⁵ *Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*,⁶ e o caso *Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*.⁷

Também emitiu pareceres consultivos sobre a *proposta de modificação à Constituição da Costa Rica relativa à naturalização*,⁸ em 1984, sobre a *condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados*,⁹ em 2003, e sobre *os direitos e garantias das crianças em contexto de migração e/ou necessidade de proteção internacional*,¹⁰ em 2014. Essas opiniões refletem a atenção que a Corte IDH tem dedicado especificamente ao tema e a questões relacionadas a esse direito. Na primeira dessas opiniões, a Corte IDH afirmou que:

[a] nacionalidade, como aceita pela maioria, *deve ser considerada como um estado natural do ser humano*. Tal estado não é apenas a base de sua capacidade política, mas também parte de sua capacidade civil. Assim, embora tradicionalmente se aceite que a determinação e regulação da nacionalidade seja uma matéria da competência de cada Estado, os desenvolvimentos nesta área mostram que o *Direito Internacional impõe certos limites à discricionariedade dos Estados e que, na sua forma atual, a regulação da nacionalidade não é apenas uma questão de competência do Estado, mas também das exigências da proteção integral dos Direitos Humanos [...] De fato, do ponto de vista doutrinário clássico em que a nacionalidade poderia ser concebida como um atributo que o Estado concede aos seus sujeitos, o conceito de nacionalidade está evoluindo para um conceito em que, além de ser uma questão de competência estatal, tem o caráter de um direito da pessoa humana [...]*.¹¹

Na mesma linha, no caso *Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*, a Corte IDH observou que:

A determinação de quem são nacionais continua sendo competência interna dos Estados. Entretanto, sua discricionariedade nessa matéria sofre um constante processo de restrição conforme a evolução do Direito Internacional, com vistas a uma maior proteção da pessoa diante da arbitrariedade dos Estados. Assim, na atual etapa de desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, esta faculdade dos Estados está limitada, por um lado, por seu dever de oferecer aos indivíduos uma proteção igualitária e efetiva da lei e sem discriminação e, por outro lado, por seu dever de prevenir, evitar e reduzir a apatridia.¹²

5 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. MRC. 2001.

6 Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, [Mérito, Reparações e Custas] 2005. Uma análise exaustiva sobre a transcendência deste precedente em Burgogue-Larsen, L. e Úbeda de Torres, A. *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l'homme*. Etablissements Emile Bruylant S.A., Bruxelas, 2008; e em Feria Tinta, M. *The Landmark Rulings of the Inter-American Court of Human Rights on the Rights of the Child. Protecting the Most Vulnerable at the Edge*. Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

7 Corte IDH. *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014.

8 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização*. 1984.

9 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direito dos migrantes indocumentados*. 2003. No exercício de sua jurisdição contenciosa, a Corte IDH identificou migrantes indocumentados ou irregulares como um grupo vulnerável, expostos à falta de proteção e a violações potenciais ou reais de seus direitos. Da mesma forma, ver Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPMRC. 2010, § 98 e Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPMRC. 2013, § 128.

10 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14. *Direitos e garantias de crianças em contexto de migração e/ou necessidade de proteção internacional*. 2014.

11 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84, *op. cit.*, §§ 32-33. (grifo nosso).

12 Corte IDH. *Caso das Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, [Mérito, Reparações e Custas] 2005, § 140. Corte IDH. *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014, § 256.

Em última análise, o direito à nacionalidade é um direito pessoal de caráter fundamental, ou seja, é um direito humano fundamental.¹³ Como será discutido abaixo, não é uma condição para o gozo de todos os Direitos Humanos fundamentais, porque nas normas internacionais e regionais de proteção dos Direitos Humanos estes são reconhecidos como regra a todas as pessoas sob jurisdição do Estado, sem discriminação com base na origem nacional.¹⁴

Por último, é importante mencionar que, embora os conceitos de nacionalidade e cidadania sejam frequentemente utilizados como sinônimos, eles não são e não devem ser confundidos.

O direito à nacionalidade não é um direito político, mas um direito reconhecido a *toda pessoa*.

Um aspecto digno de nota é que o catálogo de direitos protegidos pela C[ADH] é mais extenso que o de qualquer outro instrumento internacional de proteção dos Direitos Humanos [...]. Na área dos direitos civis e políticos, a C[ADH] consagra e desenvolve os mesmos direitos já reconhecidos na D[ADDH], que incluem o direito à vida, o direito à integridade pessoal, o direito à liberdade pessoal, o direito ao devido processo [...], a proibição de leis criminais *ex post facto* [...], o direito à proteção da honra, o direito à privacidade, a liberdade de consciência e religião, a liberdade de expressão, o direito de retificação ou resposta, o direito de reunião, a liberdade de associação, o direito à nacionalidade, o direito de circulação e residência, os direitos políticos, o direito à proteção igualitária da lei e o direito a um recurso simples e imediato que ampare a pessoa contra atos que violem seus direitos fundamentais; aos anteriores [...].¹⁵

Neste sentido, a nacionalidade pode ser uma das condições exigidas por lei para que uma pessoa se torne cidadã.¹⁶ Assim, cidadania refere-se ao status das pessoas legalmente habilitadas a exercer direitos políticos, sejam ou não nacionais do Estado.¹⁷

Daqui deriva a estreita relação entre o direito à nacionalidade reconhecido pela CADH para “toda pessoa” e os direitos políticos que, segundo o mesmo instrumento, são em princípio atribuídos a “todo cidadão”, sem prejuízo da possibilidade de regulamentar por lei o exercício deste direito pelas razões enumeradas no artigo 23.2.¹⁸

13 Assim foi reconhecido pelo Conselho DHONU em suas várias resoluções, *ver* Conselho DHONU. O direito à nacionalidade: mulheres e crianças, A/HRC/20/L.8, adotada em 5 de julho de 2012; Conselho DHONU. Direitos Humanos e privação arbitrária da nacionalidade, A/HRC/20/L.9, adotada em 5 de julho de 2012; Conselho DHONU. Direitos Humanos e privação arbitrária da nacionalidade, A/HRC/26/L.25, adotada em 23 de junho de 2014.

14 Um exemplo claro é o artigo 14 da Constituição Argentina, que estabelece que: “[t]odos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa [...]”.

15 Faúndez Ledesma, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. IIDH, San José, 1996, pp. 62-63.

16 CADH, 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.”

17 Como consequência disso, o nacional pode ser legalmente incapacitado de exercer a cidadania, ou seja, seus direitos políticos. Por exemplo, menores de idade até atingirem a maioridade política, aqueles que, por algum motivo, foram privados desses direitos e, em alguns países, analfabetos ou condenados a penas de prisão, entre outros casos. Contudo, ao considerar a nacionalidade como o elo político-jurídico entre um Estado soberano e um indivíduo que o torna membro de uma comunidade política e, portanto, parte integrante da competência pessoal do Estado, os textos do direito internacional público contemporâneo, em termos de Direitos Humanos, tendem a equivaler a nacionalidade à cidadania para indicar quem é membro do Estado e lhe deve “lealdade” em virtude de sua nacionalidade, diferentemente daqueles indivíduos com os quais o Estado não tem essa relação jurídica. *Cf.* Lafer, C., *op. cit.*, p. 156; Podestá Costa, L. A. e Ruda, J. M. *Derecho Internacional Público*. T. I, Tipografía Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1988, p. 381.

18 Remete-se ao Comentário ao artigo 23 CADH.

2. Normativa sobre o direito à nacionalidade

A CADH inclui o direito a uma nacionalidade num duplo aspecto: em primeiro lugar, regula o direito a ter uma nacionalidade na perspectiva de proporcionar ao indivíduo um nível mínimo de proteção jurídica ao estabelecer a sua ligação com um determinado Estado; e, em segundo lugar, regula a obrigação de proteger o indivíduo contra a privação arbitrária da sua nacionalidade, obrigação que, se não for cumprida, permite a privação da totalidade dos seus direitos políticos e daqueles direitos civis que se baseiam precisamente na nacionalidade do indivíduo.¹⁹

No parecer consultivo sobre a *proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relativa à naturalização*, a Corte IDH sustentou que:

A nacionalidade pode ser considerada como o vínculo jurídico-político que liga uma pessoa a um determinado Estado por meio do qual se obriga com ele com relações de lealdade e fidelidade e tem direito a proteção diplomática. De várias maneiras, a maioria dos Estados têm estabelecido a possibilidade de pessoas que não eram originalmente nacionais adquirirem posteriormente a sua nacionalidade, geralmente através de uma declaração de vontade feita após o cumprimento de certas condições. Nesses casos, a nacionalidade não mais depende do fato fortuito de ter nascido em determinado território ou de ter nascido de pais que tinham a referida nacionalidade, mas de um ato voluntário que busca vincular a quem o expressa a uma determinada sociedade política, sua cultura, seu modo de vida e seu sistema de valores.²⁰

O direito à nacionalidade foi originalmente reconhecido no sistema regional de proteção dos Direitos Humanos na DADDH, que, no artigo XIX, dispõe que: “1. [t]oda pessoa tem direito à nacionalidade que legalmente lhe corresponda, podendo mudá-la, se assim o desejar, pela de qualquer outro país que estiver disposto a concedê-la”.

No âmbito universal, esse direito também está expressamente regulamentado no artigo 15 da DUDH, que dispõe que: “1. [t]odo homem tem direito a uma nacionalidade. 2. [n]inguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.” O PIDCP estipula no seu artigo 24.3 que: “[...] 3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade.”

O direito a uma nacionalidade também é regulamentado em instrumentos internacionais específicos de Direitos Humanos. Assim, a Declaração dos Direitos da Criança, no Princípio 3, afirma que: “[d]esde o nascimento, toda criança terá direito a um nome e a uma nacionalidade”. O artigo 7º da Convenção sobre os Direitos da Criança²¹, por sua vez, prevê o seguinte:

1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.
2. Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com sua legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo no se, de outro modo, a criança se tornaria apátrida..

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias,²² no artigo 29, estabelece que: “[o] filho de um trabalhador migrante tem o direito a um nome, ao registo do nascimento e a uma nacionalidade.”

19 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização*. 1984, § 34. Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas 2005, § 139. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, § 128. Corte IDH. *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014, § 254.

20 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84, *op. cit.*, § 35.

21 Para uma análise do artigo 7 da Convenção sobre os Direitos da Criança, ver Ziemele, I. “Article 7: The Right to Birth Registration, Name and Nationality, and the Right to Know and be Cared for by Parents”, em Alen, A., et al. (eds.) *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

22 Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas

A Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia,²³ nos artigos 1º a 4º, regula o direito de toda criança a adquirir uma nacionalidade: “1. [t]odo Estado Contratante concederá sua nacionalidade a uma pessoa nascida em seu território e *que de outro modo seria apátrida*”²⁴. O artigo 2º também regulamenta o caso das crianças abandonadas: “*Salvo prova em contrário*, presume-se que um menor abandonado que tenha sido encontrado no território de um Estado Contratante *tenha nascido neste território*, de pais que possuem a nacionalidade daquele Estado”²⁵, e o artigo 3º sobre aqueles nascidos a bordo de um navio ou aeronave estabelece que:

Para o fim de se determinarem as obrigações dos Estados Contratantes nos termos da presente Convenção, o nascimento a bordo de um navio ou uma aeronave será considerado como ocorrido no território do Estado de cuja bandeira for o navio ou no território do Estado em que a aeronave estiver matriculada, conforme o caso.

-
- Famílias, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 45/158, de 18 de dezembro de 1990.
- 23 Convenção para a Redução dos casos de Apatridia, adotada pela Conferência de Plenipotenciários em 30 de agosto de 1961, em cumprimento à Resolução 896 (IX) da Assembleia Geral da ONU. A/CONF.9/15, entrada em vigor em 13 de dezembro de 1975.
- 24 Convenção para a Redução dos casos de Apatridia, *op. cit.* (grifo nosso). Artigo 1º: “[...] essa nacionalidade será concedida: a) de pleno direito, no momento do nascimento; ou [...] 3. Não obstante o disposto nos parágrafos 1 (b) e 2 do presente Artigo, todo filho legítimo nascido no território de um Estado Contratante e cuja mãe seja nacional daquele Estado, adquirirá essa nacionalidade no momento do nascimento se, do contrário, viesse a ser apátrida. 4. Todo Estado Contratante concederá sua nacionalidade a qualquer pessoa que do contrário seria apátrida e que não pôde adquirir a nacionalidade do Estado Contratante em cujo território tiver nascido por ter passado da idade estabelecida para a apresentação de seu requerimento ou por não preencher os requisitos de residência exigidos, se no momento do nascimento do interessado um de seus pais possuía a nacionalidade do Estado Contratante inicialmente mencionado. Se seus pais não possuíam a mesma nacionalidade no momento de seu nascimento, a legislação do Estado Contratante cuja nacionalidade estiver sendo solicitada determinará se prevalecerá a condição do pai ou da mãe. Caso seja necessário requerimento para tal nacionalidade, tal requerimento deverá ser apresentado à autoridade competente pelo interessado ou em seu nome, conforme prescrito pela legislação do Estado Contratante. Nos termos do disposto no parágrafo 5 do presente Artigo, nenhum requerimento poderá ser indeferido. [...]”. Artigo 4 “1. Todo Estado Contratante concederá sua nacionalidade a qualquer pessoa que não tenha nascido no território de um Estado Contratante e que do contrário seria apátrida se no momento de seu nascimento um de seus pais possuía a nacionalidade do primeiro destes Estados. Se seus pais não possuíam a mesma nacionalidade no momento de seu nascimento, a legislação daquele Estado Contratante determinará se prevalecerá a condição do pai ou da mãe.. A nacionalidade a que se refere este Artigo será concedida: (a) de pleno direito, no momento do nascimento; ou (b) mediante requerimento apresentado à autoridade competente pelo interessado ou em seu nome, conforme prescrito pela legislação do Estado em questão. Nos termos do disposto no parágrafo 2 deste Artigo, nenhum requerimento poderá ser indeferido. [...]”
- 25 A esse respeito, sustentou-se que: “[...] a Convenção não define uma idade em que uma criança pode ser considerada abandonada [...] A prática dos Estados revela uma ampla faixa de idades dentro das quais essa disposição se aplica. Vários Estados Contratantes limitam a concessão de nacionalidade a crianças abandonadas muito jovens (12 meses ou menos), enquanto a maioria dos Estados Contratantes aplica suas regras em favor de crianças até a idade mais avançada, inclusive em alguns casos até idade adulta”. ACNUR. Diretrizes sobre a Apatridia n.º 4. Garantir o direito de toda criança a adquirir uma nacionalidade mediante os artigos 1-4 da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961, 21 de dezembro de 2012, § 58. A esse respeito, acrescentou que: “no mínimo, a salvaguarda dos Estados Contratantes de conceder nacionalidade às crianças abandonadas deve ser aplicada a todas as crianças pequenas que ainda não conseguem comunicar com precisão as informações relativas à identidade de seus pais ou local de nascimento, que decorre do objeto e da finalidade da Convenção de 1961 e também do direito de toda criança adquirir uma nacionalidade. Uma interpretação contrária deixaria algumas crianças apátridas [...]. Se um Estado estabelecer um limite de idade para que as crianças abandonadas adquiram nacionalidade, é decisiva a idade da criança na data em que ela foi encontrada e não na data em que a criança chamou a atenção das autoridades”. *Ibidem*, §§ 59-60.
-

Por outro lado, a Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança (art. 6),²⁶ a Carta Árabe dos Direitos Humanos (art. 29), e o Pacto sobre os Direitos da Criança no Islã (art. 7),²⁷ entre outros instrumentos internacionais, também garantem o direito das crianças a uma nacionalidade.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, estabelece no artigo 5.d) que:

[...] Os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a garantir o direito de cada uma à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: [...] d) Outros direitos civis, principalmente, [...] iii) direito de uma nacionalidade; [...].

A CEDAW regula em seu artigo 9º o seguinte:

1. Os Estados-Partes outorgarão às mulheres direitos iguais aos dos homens para adquirir, mudar ou conservar sua nacionalidade. Garantirão, em particular, que nem o casamento com um estrangeiro, nem a mudança de nacionalidade do marido durante o casamento, modifiquem automaticamente a nacionalidade da esposa, convertam-na em apátrida ou a obriguem a adotar a nacionalidade do cônjuge.
2. Os Estados-Partes outorgarão à mulher os mesmos direitos que ao homem no que diz respeito à nacionalidade dos filhos..

Finalmente, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência,²⁸ no artigo 18, estabelece que:

1. Os Estados Partes reconhecerão os direitos das pessoas com deficiência à liberdade de movimentação, à liberdade de escolher sua residência e à nacionalidade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, inclusive assegurando que as pessoas com deficiência:
 - a) Tenham o direito de adquirir nacionalidade e mudar de nacionalidade e não sejam privadas arbitrariamente de sua nacionalidade em razão de sua deficiência.
 - b) Não sejam privadas, por causa de sua deficiência, da competência de obter, possuir e utilizar documento comprovante de sua nacionalidade ou outro documento de identidade, ou de recorrer a processos relevantes, tais como procedimentos relativos à imigração, que forem necessários para facilitar o exercício de seu direito à liberdade de movimentação.
 - c) Tenham liberdade de sair de qualquer país, inclusive do seu; e
 - d) Não sejam privadas, arbitrariamente ou por causa de sua deficiência, do direito de entrar no próprio país.
2. As crianças com deficiência serão registradas imediatamente após o nascimento e terão, desde o nascimento, o direito a um nome, o direito de adquirir nacionalidade e, tanto quanto possível, o direito de conhecer seus pais e de ser cuidadas por eles.

26 Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança (adotada pela Organização para a Unidade Africana em 11 de julho de 1990 e entrou em vigor em 29 de novembro de 1999), artigo 6: “Nome e nacionalidade. 1. Toda criança tem o direito a partir de seu nascimento não um nome. 2. Cada criança será registrada imediatamente após o nascimento. 3. Toda criança tem o direito de adquirir uma nacionalidade. 4. Estados Partes na presente Carta comprometem-se a assegurar que a sua legislação constitucional reconhecer os princípios segundo os quais uma criança deve adquirir a nacionalidade do Estado em cujo território tenha sido nascido se, no momento do nascimento da criança, ele não é concedido nacionalidade de qualquer outro Estado em conformidade com as suas leis.”

27 Pacto sobre os Direitos da Criança no Islã (entrou em vigor em 28 de junho de 2005), artigo 7: “1. Uma criança deve, desde o nascimento, ter direito a um bom nome, ser registrada perante as respectivas autoridades, ter sua nacionalidade determinada e conhecer seus pais, parentes e a mulher que lhe deu assistência materna [*foster mother*]. 2. Os Estados partes na Convenção devem garantir os elementos da identidade da criança, incluindo seu nome, nacionalidade e relações familiares, de acordo com a lei interna, e deve fazer todos os esforços para resolver a situação de apatridia para qualquer criança nascida em seus territórios ou para qualquer de seus cidadãos fora de seu território. 3. A criança descendente de alguém desconhecido, ou que seja legalmente assimilado a esse status, deve ter o direito de custódia e cuidados mesmo sem a adoção. Deverá ter direito ao nome, ao título e a nacionalidade”. (Tradução livre)

28 Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 61/106, de 13 de dezembro de 2006.

Da mesma forma, a CIPPDF no artigo 25.4. garante o “seu direito de preservar ou de ter restabelecida sua identidade, inclusive nacionalidade, nome e relações familiares reconhecidos pela lei”.

Embora este direito não seja regulado diretamente em artigo autônomo da CEDH, o artigo 14 inclui a nacionalidade como um dos elementos em sua cláusula de não-discriminação,²⁹ o artigo 16 se refere às restrições à atividade política dos estrangeiros : “[n]enhuma das disposições dos artigos 10 [liberdade de expressão], 11 [liberdade de reunião e associação] e 14 [proibição de discriminação] pode ser considerada como proibição às Altas Partes Contratantes de imporem restrições à actividade política dos estrangeiros”; da mesma forma, os artigos 3º e 4º do Quarto Protocolo³⁰, bem como o artigo 1º do Sétimo Protocolo,³¹ abordam questões relacionadas à situação de nacionais e estrangeiros, entre outras regras. É importante notar que, no âmbito europeu, o direito à nacionalidade é regulado por uma regra específica: a Convenção Europeia sobre Nacionalidade de 1997.³² Esta Convenção que define a nacionalidade como “o vínculo jurídico entre uma pessoa e um Estado e não indica a origem étnica de uma pessoa”;³³ visa estabelecer os princípios e as regras relativas à nacionalidade das pessoas, bem como as regras que determinam as obrigações militares em casos de nacionalidades múltiplas.³⁴

Adicionalmente, conforme indicado, as disposições de direito interno relativas à nacionalidade devem ser reconhecidas pelos demais Estados, desde que não afetem tratados ou o costume internacionais.³⁵

No parecer consultivo sobre *o efeito das reservas sobre a entrada em vigor da CADH*, a Corte IDH sustentou que:

[O] objeto e finalidade da Convenção não é o intercâmbio recíproco de direitos entre um número limitado de Estados, mas sim a proteção dos direitos de todos os seres humanos na América, independentemente de sua nacionalidade [...]. Ao aprovar esses tratados de Direitos Humanos, os Estados se submetem a uma ordem jurídica dentro da qual, para o bem comum, assumem diversas obrigações, não em relação a outros Estados, mas aos indivíduos sob sua jurisdição. [...] A Convenção não pode ser vista senão como ela é em realidade: um instrumento ou marco jurídico multilateral que capacita aos Estados para comprometer-se unilateralmente a não violar os Direitos Humanos dos indivíduos sob sua jurisdição.³⁶

29 CEDH, artigo 14. “Proibição de discriminação”. “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.”.

30 CEDH, Protocolo nº 4, Artigo 3. “Proibição de expulsão de nacionais” “1. Ninguém pode ser expulso, em virtude de disposição individual ou colectiva, do território do Estado de que for cidadão. 2. Ninguém pode ser privado do direito de entrar no território do Estado de que for cidadão.”; e Artigo 4: “Proibição de expulsões coletivas de estrangeiros”. “São proibidas expulsões colectivas de estrangeiros”.

31 CEDH, Protocolo nº 7, Artigo 1º: “Garantias processuais em caso de expulsão de estrangeiros” 1. Um estrangeiro que resida legalmente no território de um Estado não pode ser expulso, a não ser em cumprimento de uma decisão tomada em conformidade com a lei, e deve ter a possibilidade de: a) Fazer valer as razões que militam contra a sua expulsão; b) Fazer examinar o seu caso; e c) Fazer - se representar, para esse fim, perante a autoridade competente ou perante uma ou várias pessoas designadas por essa autoridade. 2. Um estrangeiro pode ser expulso antes do exercício dos direitos enumerados no nº 1, alíneas a), b) e c), deste artigo, quando essa expulsão seja necessária no interesse da ordem pública ou se funde em razões de segurança nacional.”.

32 Convênio Europeu sobre a Nacionalidade, firmado em Estrasburgo em 6 de novembro de 1997, entrou em vigor em 1 de março de 2003.

33 *Ibidem*, artigo 2.a).

34 *Ibidem*, artigo 1.

35 Podestá Costa, L. A. e Ruda, J. M., *op. cit.*, p. 381.

36 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-2/82. *O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1982, §§ 27, 29 e 33.

3. Efeitos da nacionalidade

A nacionalidade tem efeitos no direito público interno e no Direito Internacional, entre os seguintes: 1 habilita a desempenhar funções públicas, bem como a exercer certos direitos ou atividades que geralmente são proibidas aos estrangeiros; 2. habilita o direito a obter o passaporte, de retornar ao país e, em caso de indigência ou outras dificuldades extremas, de ser repatriado pelo Estado; e 3. habilita a obter proteção diplomática do próprio país em certos casos em que os direitos das pessoas sejam lesionados no exterior.

Nesta linha, a Corte IDH entendeu que a importância da nacionalidade reside no fato de que ela, como vínculo jurídico-político que vincula uma pessoa a um determinado Estado, permite ao indivíduo adquirir e exercer os direitos e responsabilidades inerentes a pertencer a uma comunidade política.³⁷ No caso das *Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*, a Corte IDH sustentou que, como tal, a nacionalidade é a expressão jurídica de um fato social que vincula o indivíduo ao Estado; em outras palavras, é um pré-requisito para o exercício de determinados direitos.³⁸

Da mesma forma, é importante notar que na mesma sentença a Corte IDH sustentou que o status migratório não pode ser uma condição para a concessão da nacionalidade; em outras palavras, a condição migratória não pode constituir uma justificativa válida para privar uma pessoa do direito à nacionalidade ou do gozo e exercício dos direitos que se derivam desta, e que a condição migratória não se transmite aos filhos.³⁹

4. Direitos intrínsecos ao direito à nacionalidade

Em princípio, do direito à nacionalidade derivam outros direitos como o direito de adquirir uma nacionalidade, de não ser privado arbitrariamente dela, e o direito de mudá-la.⁴⁰

Embora este direito esteja consagrado nos instrumentos anteriormente citados, nem todos reconhecem cada um dos três aspectos mencionados. Nesse sentido, o artigo 15 da DUDH, reconhece os três, enquanto o artigo 19 da DADDH reconhece apenas o “direito de ter a nacionalidade que legalmente lhe corresponda”, bem como o direito de modificá-la; enquanto o artigo 20 da CADH propõe um amplo reconhecimento ao regular os três direitos.

O PIDCP prevê o direito de adquirir uma nacionalidade, mas apenas em termos dos direitos da criança. A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência reconhece no artigo 18 o “direito de adquirir nacionalidade e mudar de nacionalidade e não sejam privadas arbitrariamente de sua nacionalidade em razão de sua deficiência”, e a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher prevê no artigo 9º o direito de “adquirir, mudar ou conservar [a] nacionalidade”.

4.1. Aquisição

4.1.1 Aquisição da nacionalidade no momento do nascimento

37 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84, *op. cit.*, 1984, § 35.

38 Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 2005, §§ 136-137. Em sentido similar, ver Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, § 128. Corte IDH. *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014, § 253.

39 Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, [Mérito, Reparações e Custas] 2005. Em sentido similar, ver Corte IDH. *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014, § 318.

40 O'Donnell, D. *Derecho Internacional de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, pp. 563-564.

De acordo com a legislação de cada país, a atribuição da nacionalidade de uma pessoa ao nascer pode se basear nos seguintes princípios: 1. *jus sanguinis* ou direito de sangue. Segundo este princípio, a pessoa adquire a nacionalidade dos ascendentes pelo simples fato da filiação, apesar de ter nascido em outro território; 2. *jus soli* ou direito de solo. Segundo este princípio, a nacionalidade é adquirida em razão do local de nascimento, independentemente da nacionalidade dos pais. De acordo com esta regra, uma pessoa pode ter mais de uma nacionalidade.⁴¹

Das diferentes regras transcritas, se advertem vários critérios no que diz respeito ao direito de aquisição da nacionalidade. A DUDH afirma que “toda pessoa tem direito a uma nacionalidade”, enquanto a DADDH afirma que “toda pessoa tem direito à nacionalidade que legalmente lhe corresponda”. A CADH, por sua vez, adota o mesmo princípio geral, mas mais uma vez amplia o conceito, acrescentando que o Estado parte é obrigado a reconhecer o *jus soli* para pessoas que de outra forma seriam apátridas.⁴²

A ausência de alguma referência à obrigação do Estado em relação à aquisição da nacionalidade nas diferentes declarações, bem como no PIDCP, enfraquece o reconhecimento desse direito e dá aos Estados uma ampla discricionariedade quanto às modalidades de sua incorporação ao direito interno. Da mesma forma, o artigo 7 da Convenção sobre os Direitos da Criança, o artigo 24.3. do PIDCP e o artigo 29 da Convenção sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas Famílias, reconhecem o direito da criança a uma nacionalidade, mas não especificam a natureza das obrigações do Estado.⁴³ Por estes motivos, a obrigação consagrada no artigo 20.2. da CADH representa um avanço significativo nesta área.

Neste sentido, a Corte IDH, no *caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, sustentou que:

O artigo 20(2) da C[ADH] estabelece que uma pessoa nascida no território de um Estado tem direito à nacionalidade desse Estado “*se não tiver direito a outra*”. Este preceito deve ser interpretado à luz da obrigação de garantir a toda pessoa sujeita à jurisdição estatal o exercício dos direitos, conforme previsto no artigo 1.1 da Convenção. Portanto, para recusar a concessão da nacionalidade o Estado deve estar certo de que a criança nascida em seu território, imediatamente após o nascimento, poderá efetivamente adquirir a nacionalidade de outro Estado, caso contrário, adquirirá a nacionalidade do Estado em cujo território nasceu.⁴⁴

41 Na República Argentina, desde a Constituição de 1853, é norma o *jus soli*, aplicada desde antes da adoção do texto constitucional. O princípio inclui todos os nascidos em solo argentino, incluindo consulados e embaixadas em território estrangeiro, e navios ou aeronaves com a bandeira argentina. Desde o final da década de 1980, a Argentina assinou acordos de dupla nacionalidade com alguns estados - principalmente com Itália e Espanha -, através dos quais os descendentes de imigrantes de tais países podem utilizar-se do *jus sanguinis* e permanecer cidadãos de tais países sem perder nenhum dos direitos que originalmente têm como cidadãos argentinos. Em outros contextos, a França e o Reino Unido têm tradicionalmente aplicado o *jus soli*, enquanto a Espanha utiliza o *jus sanguinis*, bem como uma forma limitada de *jus soli*. Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Estados Unidos, Equador, Jamaica, México, Peru, Uruguai, Venezuela e Guiana Francesa também aplicam o *jus soli*, originalmente em resposta às necessidades da população europeia de colonizar o continente.

42 O'Donnell, D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas, 2ª ed., 1989, pp. 206-232. Essas regras não se aplicam de modo exclusivo, mas o *jus soli* e o *jus sanguinis* aparecem combinados de diferentes maneiras. A situação particular dos apátridas é discutida na seção 4.3 deste comentário.

43 No que diz respeito à proteção da família e, em particular da criança, em consonância com o artigo 11.2 da CADH, o artigo 8 da Convenção sobre os Direitos da Criança obriga os Estados partes a respeitar o direito da criança a preservar sua identidade (incluindo nacionalidade, nome e relações familiares de acordo com a lei), sem interferências ilícitas. Além disso, estabelece que, quando uma criança é ilegalmente privada de alguns ou de todos os seus elementos de identidade, os Estados Partes devem fornecer assistência e proteção apropriadas com o objetivo de restaurar rapidamente sua identidade.

44 Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014, p. 259. (grifo nosso)

O instrumento que contribui para preencher a lacuna jurídica identificada é a Convenção para a Redução dos casos de Apatridia, a qual obriga os Estados partes a permitir a aquisição de sua nacionalidade por *jus soli* e *jus sanguinis*, em relação às pessoas que, de outra forma, seriam apátridas.⁴⁵

Por sua vez, a Corte IDH considerou em várias ocasiões, que o “princípio imperativo de proteção igualitária e efetiva da lei e da não discriminação” determina que os Estados, ao regularem os mecanismos de concessão da nacionalidade, devem abster-se de elaborar normas que sejam discriminatórias ou que contenham efeitos discriminatórios nos diferentes grupos de uma população no momento de exercer seus direitos.⁴⁶ No caso das *crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*, a Corte IDH sustentou que, ao negar a nacionalidade a duas meninas, o Estado dominicano agiu contrariamente ao interesse superior da criança,⁴⁷ e no julgamento do caso das *peessoas dominicanas e Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*, a Corte IDH sustentou que:

45 O’Donnell, D. *Derecho Internacional de los derechos humanos Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, op. cit., pp. 564-567. “Embora existam surtos de pessoas apátridas em todo o mundo, a apatridia é particularmente aguda no Sudeste e na Ásia Central, na Europa Oriental, no Oriente Médio e em alguns países da África. A maioria dos países das Américas concede cidadania a qualquer pessoa nascida em seu território; portanto, esta região tem a menor incidência de apátridas.” ACNUR. *Bajo el radar y desprotegidos. La necesidad urgente de abordar los derechos de los niños apátridas*. 2012.

46 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Situación jurídica e Derechos Humanos da criança*. 2002, § 44. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03, op. cit., §§ 88 e 101. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPMRC. 2005, § 185. Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, [Mérito, Reparações e Custas] 2005, § 141. Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014, § 264. O Comitê dos Direitos da Criança da ONU sustentou que: “As obrigações do Estado em virtude da Convenção se aplicam com referência a todos os menores dentro de seu território e àqueles que estão sujeitos à sua jurisdição (art. 2). Essas obrigações a cargo do Estado não poderão ser arbitrária e unilateralmente recortadas, excluindo zonas ou áreas do território do Estado, ou estabelecendo zonas ou áreas específicas que estão total ou parcialmente fora da jurisdição do Estado. Por outro lado, as obrigações do Estado de acordo com a Convenção se aplicam dentro das fronteiras deste Estado, inclusive no que diz respeito aos menores sujeitos à jurisdição do Estado por tentarem penetrar no território nacional. Portanto, os direitos estipulados na Convenção não se limitam aos menores nacionais do Estado Parte, de modo que, salvo estipulação expressa em contrário na Convenção, serão também aplicáveis a todos os menores – sem excluir os solicitantes de asilo, os refugiados e as crianças migrantes – independente de sua nacionalidade ou apatridia, e situação em termos de imigração”. Comitê dos Direitos da Criança. Comentário Geral n.º 6 “Tratamento dos menores não acompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem”, 2005, § 12. Também, pode-se consultar, Convenção sobre os Direitos da Criança, artigos 2.2, 7º e 8º; Convenção para a Redução dos casos de Apatridia, artigo 9º; Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, artigo 5º d) (iii); e Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e os Membros de suas Famílias, artigo 29. Nesse sentido, ver Comitê para Eliminação da Discriminação Racial ONU. Recomendação Geral n.º 30 “Discriminação dos não cidadãos”, 2004.

47 Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito e Custas] 2005, §§ 165-166. “O princípio do interesse superior da criança, consagrado no artigo 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança e reconhecido em muitos outros instrumentos internacionais e regionais de Direitos Humanos, outorga a criança o direito de que se considere e leve-se em conta de maneira primordial seu interesse superior em todas as medidas ou decisões que lhe afetem, tanto na esfera pública quanto na privada. Os Estados devem respeitar este princípio em suas atuações legislativas e administrativas relacionadas com a nacionalidade, entre outras coisas aplicando salvaguardas para evitar a apatridia entre as crianças. Tal como recordou o Comitê Africano de Peritos sobre os Direitos e o Bem-Estar da Criança, em seu comentário geral relativo ao artigo 6 da Carta Africana sobre os Direitos e o Bem-Estar da Criança, “que uma criança se converta em apátrida é a antítese do interesse supremo da criança”. A aplicação deste princípio implica, entre outras coisas, que a criança deve adquirir uma nacionalidade ao nascer ou tão logo seja possível depois do nascimento”. Conselho DHONU. Relatório do Secretário Geral “Repercussões da privação arbitrária da nacionalidade no gozo dos direitos das crianças afetadas...”, A/HRC/31/29, 16 de dezembro de 2015, § 9. Nesse sentido, argumentou-se: “dos artigos 7 e 11 da CDC, se desprende que a uma criança não se deve deixar em estado de apatridia durante um período longo de tempo: a criança deve adquirir uma nacionalidade ao nascer ou tão logo seja possível depois do nascimento. As obrigações impostas aos Estados pela CDC não estão apenas dirigidas ao Estado de nascimento da criança, mas a todos os países com os que a criança tem um vínculo pertinente, como através de parentesco ou de residência. No contexto da sucessão de Estados, os Estados predecessores e sucessores também podem ter obrigações.” ACNUR. Diretrizes sobre a Apatridia n.º 4. Garantir o direito de toda criança a adquirir uma nacionalidade mediante os artigos 1-4 da Convenção para a redução dos casos de apatridia de 1961, 21 de dezembro de 2012. § 11. Em relação ao não reconhecimento da filiação, por parte Estado, de crianças nascidas através de ventre de aluguel e seus progenitores, pode-se consultar os seguintes casos do TEDH: *Menesson vs. França*, Sentença no

Em relação com o momento em que resulta exigida a observância dos deveres estatais no que diz respeito ao direito à nacionalidade e à prevenção da apatridia, nos termos do Direito Internacional pertinente, isso ocorre *ao momento do nascimento das pessoas*. Em tal sentido, o P[IDCP] prevê que as crianças nascidas no território adquiram a nacionalidade do Estado em que nascem automaticamente no momento do nascimento, caso contrário seriam apátridas.⁴⁸

A Corte IDH também acrescentou que:

[...] se o Estado não puder ter certeza de que a criança nascida em seu território obtenha a nacionalidade de outro Estado, por exemplo a nacionalidade de um de seus pais por meio de *jus sanguinis*, esse Estado mantém a obrigação de lhe conceder (*ex lege*, automaticamente) a nacionalidade, a fim de evitar desde o nascimento uma situação de apatridia, de acordo com o artigo 20.2. da C[ADH]. Esta obrigação também se aplica no caso dos pais não poderem (devido a obstáculos de *facto*) registrar seus filhos no Estado de sua nacionalidade.⁴⁹

65192/11, de 26 de junho de 2014; e CEDH. *Labassee vs. França*, Sentença nº 65941/11, de 26 de junho de 2014. Ambos invocaram o Artigo 8 (direito ao respeito pela vida privada e familiar) da CEDH pelos danos causados ao interesse superior da criança derivados do fato de não poder obter na França o reconhecimento de uma filiação legalmente reconhecida no exterior. Tratava-se de crianças nascidas nos Estados Unidos, às quais a França lhes negou acesso ao Registro Civil por considerar que isso atentava contra a ordem pública internacional francesa. Em outras palavras, França não reconheceu as crianças como cidadãos franceses. O TEDH considerou que negar a inscrição no Registro Civil vulnerava o artigo 8 da citada Convenção que reconhece o direito das crianças ao respeito de sua vida privada, direito que pode ver-se afetado pela indeterminação de sua identidade filial, e que, por conseguinte, os privava da nacionalidade francesa assim como de todos os direitos derivados dela. Para uma análise do direito das crianças a sua proteção especial em relação ao direito a nacionalidade e melhor interesse da criança, ver Beloff, M. *El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano*. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

48 Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014, § 258. “Em praticamente todos os casos de apatridia sem filhos, a melhor solução está em dar às crianças a nacionalidade do país em que nasceram e onde viveram a vida toda. Isso precisa ser alcançado o mais rápido possível para que nenhuma criança cresça sofrendo as privações causadas pela apatridia. Não apenas é congruente com o interesse superior da criança, mas também com o interesse do Estado, abordar a apatridia no momento do nascimento ou o mais rápido possível depois disso. As crianças apátridas devem poder disfrutar seus direitos fundamentais, incluídos os de educação e saúde, até que adquiram uma nacionalidade. Isso contribui a integração e a coesão social”. ACNUR. Eu estou Aqui, Eu Pertencço: A Necessidade Urgente de Acabar com a Apatridia Infantil, ACNUR/UNHCR, Divisão de Proteção Internacional, 2015, p. 23. Nesse sentido, o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados instou os Estados a adotar, entre outras, as seguintes medidas: permitir que as crianças obtenham a nacionalidade do país de nascimento se de outra forma se converteriam em apátridas; reformar as leis que impedem as mães de transmitir a nacionalidade a seus filhos em igualdade de condições com o país; eliminar as leis e as práticas que privam as crianças da nacionalidade por causa de sua etnia, raça ou religião; garantir o acesso universal ao registro de nascimentos para prevenir a apatridia. *Ibidem*.

49 Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014, § 261. “O registro universal de nascimentos é importante para promover o exercício efetivo do direito da criança a uma nacionalidade. O direito de toda criança a ser registrada no nascimento é reconhecido como um direito humano fundamental, que deve ser cumprido independentemente da questão da aquisição de uma nacionalidade. Ao documentar a filiação, o local e a data de nascimento da criança, o registro de nascimento também desempenha um papel importante para ajudar as crianças a reivindicar seu direito à nacionalidade. Em alguns casos, a falta de acesso ao registro de nascimento é um obstáculo direto para que o Estado reconheça uma criança como nacional. Os grupos considerados mais vulneráveis em caso de não registro de nascimento como resultado de discriminação estrutural, incluindo migrantes indocumentados, grupos indígenas, minorias nômades, refugiados, pessoas deslocadas internamente e apátridas, também correm maior risco de sua nacionalidade ser posta em dúvida quando o registro de nascimento não pode ser realizado. Os Estados devem prestar atenção especial a ambos os aspectos e remover qualquer obstáculo ao acesso aos procedimentos de registro e ao exercício efetivo do direito à nacionalidade das crianças nessas circunstâncias. Os Estados devem garantir que o registro de nascimento seja gratuito e acessível a todas as crianças e emitir certidões de nascimento para todas as crianças nascidas em seu território, sem discriminação e independentemente da nacionalidade dos pais ou da apatridia, situação relativa à residência ou outro estatuto jurídico.” Conselho DHONU. Relatório do Secretário-Geral “Repercussões da privação arbitrária da nacionalidade no gozo dos direitos das crianças afetadas [...]”, A/HRC/31/29, 16 de dezembro de 2015, § 15. Nesse sentido, argumenta-se que: “os problemas que surgem da necessidade de demonstrar a nacionalidade devido ao não registro de nascimento podem afetar não apenas as pessoas de interesse do ACNUR, mas também a população em geral. As seguintes categorias de pessoas, que não são mutuamente excludentes, podem estar em risco de apatridia devido ao não registro de nascimento: pessoas que

Por sua vez, em relação ao artigo 24 do PIDCP o Comitê de Direitos Humanos considerou que:

[o]s Estados são obrigados a tomar todas as medidas apropriadas, tanto no plano nacional como em cooperação com outros Estados, para garantir que toda criança tenha uma nacionalidade ao nascer. Neste sentido, não se admite qualquer discriminação, na legislação interna, no que diz respeito à aquisição da nacionalidade, entre filhos legítimos e filhos nascidos fora do matrimônio ou de pais apátridas, ou por causa da nacionalidade de um ou de ambos os pais.⁵⁰

Finalmente, o mesmo Comitê de Direitos Humanos acrescentou que “nos relatórios dos Estados partes deveriam sempre indicar as medidas tomadas para garantir que as crianças tenham uma nacionalidade”.⁵¹

4.1.2 Aquisição da nacionalidade por meio da naturalização

A aquisição da nacionalidade por naturalização requer uma manifestação de vontade por parte da pessoa e, além disso, uma concessão - também voluntária - por parte do Estado que a concede.

Para ser concedida, é necessário que o solicitante reúna certos requisitos especificados pelas diferentes legislações; por exemplo, aqueles que visam comprovar a vinculação do interessado com o país

vivem em áreas fronteiriças onde o não registro de nascimento pode causar confusão quanto à nacionalidade de um país ou de outro; minorias e pessoas com ligações reais ou notáveis com estados estrangeiros; populações nômades ou seminômades cujos territórios atravessam fronteiras nacionais; populações migrantes em que podem surgir problemas para demonstrar a nacionalidade do país de origem, quando nasce uma geração ou mais fora do país (risco que aumenta a cada geração subsequente). O risco de apatridia pode aumentar nesses grupos como resultado de outras circunstâncias, como o caso de certas culturas nas quais o nascimento de meninas não é registrado, porque a família não toma as medidas administrativas necessárias, ou o caso de crianças nascidas fora do casamento, especialmente como consequência da exploração e abuso sexual.” ACNUR. Apatridia. Atuação do ACNUR para afrontar a apatridia. Nota sobre estratégias a seguir, Divisão de Proteção Internacional, 2010, p. 12.

50 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 17 “Direitos da criança (artigo 24)”, 1989, § 8.º “O princípio da não discriminação é um princípio orientador do Direito Internacional dos Direitos Humanos e se aplica à interpretação e ao exercício efetivo do direito a uma nacionalidade. Pressupõe que toda criança tem o direito de adquirir uma nacionalidade, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra índole, a origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiência física, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais. Impedir uma criança de obter uma nacionalidade por motivos discriminatórios constitui um ato de privação arbitrária da nacionalidade [...]”. Conselho DHONU. Relatório do Secretário-Geral “Repercussões da privação arbitrária da nacionalidade no gozo dos direitos das crianças afetadas, e leis e práticas vigentes em matéria de acessibilidade das crianças à aquisição da nacionalidade, entre outros, do país em que nasceram, se de outro modo seriam apátridas”, *op. cit.*, § 8. Em relação à proibição de discriminação entre filhos legítimos e filhos nascidos fora do casamento em relação à aquisição de nacionalidade, entre outros, *ver* TEDH. *Caso Genovese vs. Malta*, Sentença n.º 53124/09, de 11 de outubro de 2011.

51 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 17, *op. cit.*, § 8.º. Comitê dos Direitos da Criança ONU “As crianças com deficiência são desproporcionalmente vulneráveis a não serem registradas no registro no nascimento. Sem o registro de nascimento, elas não são reconhecidas por lei e ficam invisíveis nas estatísticas do governo. A não inscrição no registro tem consequências profundas para o gozo de seus Direitos Humanos, em particular a falta de nacionalidade e acesso a serviços e educação social e de saúde. As crianças com deficiência cujo nascimento não está registrado correm maior risco de negligência, institucionalização e inclusive morte [...] À luz do artigo 7 da Convenção sobre os Direitos da Criança, o Comitê recomenda que os Estados Partes tomem todas as medidas apropriadas para garantir o registro de crianças com deficiência ao nascer, essas medidas devem incluir desenvolvimento e implementação de um sistema eficaz de registro de nascimento, isenção de taxas de registro, a introdução de escritórios móveis de registro e, para crianças ainda não registradas, unidades de registro nas escolas. Nesse contexto, os Estados Partes devem garantir que as disposições do artigo 7 sejam aplicadas integralmente de acordo com os princípios de não discriminação (art. 2) e com os melhores interesses da criança (art. 3)”. Comitê dos Direitos da Criança. Comentário Geral n.º 9, “O direito das crianças com deficiência”, 2006, §§ 35-36. Com relação às crianças indígenas, no Comentário Geral n.º 11 “Crianças indígenas e seus direitos sob a Convenção”, 2009, o mesmo Comitê considerou que: “[...] os Estados Partes devem adotar medidas especiais para o devido registro de crianças indígenas, inclusive as residentes em áreas remotas, deve [...] garantir que as comunidades indígenas sejam informadas da importância do registro de nascimento e das consequências negativas que o não registro de nascimentos tem sobre o desfrutar de outros direitos das crianças [...] deve garantir que as crianças indígenas possam ter os nomes indígenas que seus pais escolherem de acordo com suas tradições culturais, bem como garantir o direito de preservar sua identidade.” Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 11, *op. cit.*, §§ 42-44.

(residência durante certo período, conhecimento do idioma), perda da nacionalidade anterior e não ter exigido outra nacionalidade por naturalização. Em outras palavras, a naturalização é um reconhecimento que um determinado Estado oferece para aqueles que desejam e estão legalmente aptos a se tornarem membros de sua comunidade política.

A nacionalidade por meio da naturalização confere à pessoa a condição de nacional, mas não a coloca necessariamente em situação de absoluta igualdade em relação ao nacional de origem (por exemplo, em certas sociedades a pessoa naturalizada não é elegível para ocupar altos cargos públicos).

Entre outras causas de revogação da naturalização se encontram a prática de certos delitos, ou algum tipo de conduta manifesta, a permanência de certo período fora do país.⁵²

Nesse sentido, a Corte IDH, no parecer consultivo sobre a *proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relativa à naturalização*, considerou que uma lei que visa restringir as condições para adquirir a nacionalidade por naturalização, mas que não priva nenhum nacional de sua nacionalidade ou de seu direito de mudá-la, não pode ser considerada incompatível com o disposto no artigo 20 da CADH.⁵³ Em outras palavras, considerou que o referido artigo 20 não limitava a discricionariedade que sempre caracterizou o poder dos Estados com relação à naturalização, em virtude de que:

Sendo o Estado quem estabelece a possibilidade de aquisição da nacionalidade de uma pessoa que era originalmente estrangeira, é natural que as condições e procedimentos para tal aquisição sejam uma questão predominantemente de direito interno. Desde que tais regulamentações não violem outros princípios superiores, é o Estado que concede a nacionalidade que deve avaliar em que medida as condições existem e como devem ser avaliadas para garantir que o requerente da nacionalidade esteja efetivamente vinculado ao sistema de valores e interesses da sociedade à qual pretende pertencer plenamente. É igualmente lógico que sejam as conveniências do Estado, dentro dos mesmos limites, as que determinem a maior ou menor facilidade de obtenção da nacionalidade; e como essas conveniências são geralmente contingentes, também é normal que as mesmas variem, seja para estendê-la ou para restringi-la, dependendo das circunstâncias. Não é, portanto, surpreendente que, a qualquer momento, sejam exigidas novas condições, destinadas a evitar que a mudança de nacionalidade seja utilizada como meio de resolver problemas transitórios sem que se estabeleçam vínculos efetivos reais e duradouros que justifiquem o ato grave e transcendente de mudança de nacionalidade.⁵⁴

Nesse sentido, considerou-se razoável estabelecer requisitos para a naturalização, tais como o conhecimento do idioma, da história e dos valores nacionais.⁵⁵

4.1 .3. Aquisição da nacionalidade por parte da mulher como consequência do matrimônio

Durante o século XIX, em várias legislações regia o princípio de que a mulher adquiria a nacionalidade do marido ao se casar. Ao longo dos anos, tornou-se evidente que estas disposições criaram inúmeros problemas, como, por exemplo, que em certas oportunidades a mulher perdia a sua nacionalidade original sem adquirir a nacionalidade de seu marido, ou adquiria duas nacionalidades. O problema central foi que a vontade da mulher envolvida não era considerada. Assim, a Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher,⁵⁶ de 1933, abordou a questão mais geral da discriminação sexual e estabeleceu

52 Por sua vez, o Comitê DHONU considerou que negar a naturalização com base no registro criminal de uma pessoa não seria arbitrário, mesmo se essa pessoa tivesse laços estreitos com o país. Comitê DHONU. *Caso Stewart vs. Canadá*, Comunicação n.º 538/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/538/1993, 1996.

53 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84, *op. cit.*, §§ 42 e 48.

54 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84, *op. cit.*, § 36.

55 *Ibidem*, § 63.

56 Convenção sobre Nacionalidade da Mulher, adotada em Montevidéu no marco da Sétima Conferência Internacional Americana de 26 de dezembro de 1933, e entrada em vigor em 29 de agosto de 1934.

desde então que a legislação ou práticas dos Estados contratantes não deveriam estabelecer distinções a respeito da nacionalidade com base no sexo.⁵⁷

Posteriormente, a Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada,⁵⁸ de 1957, prevê em seu artigo 1º que “[...] nem a celebração ou dissolução do matrimônio entre nacionais ou estrangeiros, nem a mudança de nacionalidade do marido durante o matrimônio, poderão afetar automaticamente a nacionalidade da mulher”. Também estabeleceu que se um de seus nacionais adquirir voluntariamente a nacionalidade de outro Estado ou renunciar à sua nacionalidade, isso não impede que o cônjuge mantenha a nacionalidade que possui.⁵⁹ Além disso, prescreve que uma mulher estrangeira casada - se assim o solicitar - poderá adquirir a nacionalidade de seu marido através de um procedimento especial de naturalização privilegiada. Finalmente, prescreve que estas disposições não podem ser interpretadas de forma a afetar a legislação ou a prática judicial que permite à esposa estrangeira de um de seus nacionais adquirir a nacionalidade de seu marido com seu pedido.⁶⁰

Em sentido semelhante, a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia estabelece que: “[...] Caso a legislação de um Estado Contratante imponha a perda de nacionalidade em decorrência de qualquer mudança no estado civil de uma pessoa, tal como casamento, dissolução da sociedade conjugal, legitimação, reconhecimento ou adoção, tal perda será condicionada à titularidade ou aquisição de outra nacionalidade.. [...]”.⁶¹

O Comitê de Direitos Humanos expressou sua opinião sobre o assunto em diversas ocasiões. Neste sentido, e de forma complementar aos tratados mencionados acima, deve-se considerar a Comentário Geral nº 4 (o direito igual de homens e mulheres ao gozo de todos os direitos civis e políticos);⁶² Comentário Geral nº 18 (não discriminação);⁶³ Comentário Geral nº 23 (os direitos das minorias);⁶⁴ Comentário Geral nº 25 (participação nos assuntos públicos e direito de voto);⁶⁵ Comentário Geral nº 27 (liberdade de circulação);⁶⁶ e Comentário Geral nº 28 (igualdade de direitos entre homens e mulheres).⁶⁷

57 *Ibidem*, artigo 1.

58 Convenção sobre a Nacionalidade da mulher casada, aberta à assinatura e ratificação pela Assembleia Geral em sua Resolução 1040 (XI), de 29 de janeiro de 1957. Esta Convenção entrou em vigência em 11 de agosto de 1958, em conformidade com o artigo 6º.

59 Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher, *op. cit.*, artigo 2.

60 *Ibidem*, artigo 3.

61 Convenção para a redução dos Casos de Apatridia, artigo 5.1. Neste sentido, pode-se consultar a Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada, *op. cit.*

62 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 4, “Artigo 3 – Direito igual de homens e mulheres no gozo de todos os direitos civis e políticos”, 13º período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, par. 141, 1981.

63 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 18, “Não discriminação”, 37º período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, par. 168, 1989.

64 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 23, “Artigo 27 - Direito das minorias”, 50º período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, par. 183, 1994.

65 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 25, “Artigo 25 – A participação nos assuntos públicos e o direito de voto”, 57º período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, par. 194, 1996.

66 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 27, “Artigo 12 – A liberdade de circulação”, 67º período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, par. 202, 1999.

67 O Comitê DHONU no Comentário Geral nº 28 sustentou que a desigualdade sofrida pelas mulheres no gozo de seus direitos está profundamente enraizada na tradição, história e cultura, incluindo atitudes religiosas. O Artigo 3 do PIDCP estabelece que todos os seres humanos devem gozar em pé de igualdade e na íntegra todos os direitos previstos no Pacto. Conseqüentemente, os Estados devem garantir a homens e mulheres igualmente o gozo de todos os direitos previstos no Pacto. Nesse sentido, eles devem tomar todas as medidas necessárias para tornar isso possível, além de eliminar os obstáculos que impedem o gozo desses direitos em igualdade de condições, educar a população e os funcionários do Estado no campo dos Direitos Humanos e ajustar leis internas; em outras palavras, adotar medidas de proteção e medidas positivas em todas as áreas, a fim de capacitar as mulheres de maneira eficaz e igualitária. Os Estados são responsáveis por garantir o gozo de direitos em condições de igualdade e sem qualquer discriminação. Em particular, eles devem garantir que não haja discriminação baseada no sexo em relação à aquisição ou perda de nacionalidade devido a casamento, direitos de residência, entre outros. Os Estados Partes devem fornecer informações sobre disposições ou práticas legislativas que restrinjam o direito das mulheres à liberdade de circulação; por exemplo, o exercício de atribuições do marido sobre a esposa ou de pais sobre as filhas adultas e os requisitos de fato ou legais

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher declara sobre o assunto que “os Estados-Partes outorgarão às mulheres direitos iguais aos dos homens para adquirir, mudar ou conservar sua nacionalidade”.⁶⁸

Além disso, prevê que os Estados parte “[g]arantirão, em particular, que nem o casamento com um estrangeiro, nem a mudança de nacionalidade do marido durante o casamento, modifiquem automaticamente a nacionalidade da esposa, convertam-na em apátrida ou a obriguem a adotar a nacionalidade do cônjuge”.⁶⁹

4.2 Direito de mudar a nacionalidade

A DADDH afirma que toda pessoa tem o direito de mudar sua nacionalidade, se assim desejar, para a de qualquer outro país que esteja disposto a concedê-la. Por sua vez, como observado, a CEDAW estabelece que a mulher tem esse direito.⁷⁰

A CIDH considerou, no caso *Estiverne vs. Haiti*,⁷¹ ao decidir sobre a recuperação da nacionalidade haitiana do peticionário que havia se tornado cidadão norte americano, que o direito de mudar de nacionalidade incluía o direito de uma pessoa que havia renunciado à sua nacionalidade de origem enquanto vivia no exílio durante um longo período de repressão, de recuperar a sua nacionalidade original.

4.3 Privação da nacionalidade: caso dos apátridas

Segundo a normativa internacional, o direito de uma pessoa de não ser privada de sua nacionalidade não é absoluto.⁷² A nacionalidade pode ser perdida em certos casos por ordem do Estado de

que impedem a mulher de viajar, como o consentimento de terceiros para emitir passaporte ou outro tipo do documento de viagem para uma mulher adulta. Cf. Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 28, “Artigo 3- A igualdade de direitos entre homens e mulheres”, *op. cit.*

68 Sobre este tema, ver Conselho DHONU. Eliminação da discriminação contra a mulher, A/HRC/20/L.11, adotada em 5 de julho de 2012. Conselho DHONU. O direito à nacionalidade: mulheres e crianças, A/HRC/20/L.8, *op. cit.*; Conselho DHONU. Eliminação da discriminação contra a mulher. A/HRC/26/L.12, adotada em 23 de junho de 2014.

69 CEDAW, artigo 9.1. O Comitê da CEDAW considerou que: “A nacionalidade é essencial para a plena participação na sociedade. Em geral, os Estados conferem nacionalidade àqueles nascidos no país. A nacionalidade também pode ser adquirida residindo em um país ou por razões humanitárias, como no caso de apatridia. Uma mulher sem cidadania não tem direito a voto, não pode ocupar cargos públicos e pode ser privada de benefícios sociais e do direito de escolher sua residência. Uma mulher adulta deve poder mudar sua nacionalidade e não deve ser arbitrariamente privada dela como resultado do casamento ou de sua dissolução ou da mudança de nacionalidade do marido ou pai.” Comitê CEDAW. Comentário Geral n.º 21, “A igualdade no matrimônio e nas relações familiares”, 1994, § 6.

70 *Ibidem*, artigo 9.

71 CIDH. Resolução n.º 20/88, *Caso Estiverne vs. Haiti*, Caso 9855, de 24 de março de 1988.

72 Parte da literatura considera o caso da Corte IDH *Castillo Petruzzi et al. Peru*, como um caso sobre nacionalidade que, no entanto, não é em sentido estrito. Nessa sentença, foi debatida a compatibilidade da CADH com a aplicação da legislação criminal antiterrorista e da justiça penal militar, sem as garantias do devido processo legal e das condições de detenção impostas às pessoas acusadas de terrorismo. A demanda foi baseada na suposta violação, pelo Peru, do artigo 20 da CADH em função do julgamento e condenação de cidadãos chilenos pelo crime de ‘traição à pátria’, sem levar em conta que o Peru não era a ‘pátria’ do acusado, além de ter violado outras garantias dos peticionários. A Corte IDH declarou por unanimidade que o Estado não violara o artigo 20 da CADH, mas, no entanto, violara os artigos 1.1., 2, 7.6., 8 e 25 do mesmo tratado. O problema era que o nome do tipo penal na legislação peruana como ‘traição à pátria’ em vez de ‘rebelião’ ou outros nomes comumente usados na legislação de segurança nacional no contexto do caso era quase anedótico, já que o conteúdo da norma em si era a legislação antiterrorista latino-americana característica da época e não respondia à tipologia clássica de ‘traição à pátria’. A discussão sobre *nomen juris* obscureceu o fato de que, em última análise, era uma regra antiterrorista que se aplica a nacionais e estrangeiros (exceto salvaguardas consulares), mas que foi nomeada de maneira confusa, para dizer o mínimo. Na discussão do caso, enfatizou-se o problema da impossibilidade de aplicar o tipo de ‘traição à pátria peruana’ a uma pessoa de nacionalidade chilena, mas, como mencionado, isso desviou a atenção do problema central colocado pelos fatos.

origem, com base em certos motivos que envolvem a dissociação da pessoa daquele país. Esta situação é referida como apatridia.⁷³

A apatridia, que foi reconhecida como um problema global durante a primeira metade do século XX, pode ser resultado de disputas entre Estados sobre a identidade legal dos indivíduos, a sucessão do Estado,⁷⁴ a marginalização prolongada de grupos específicos dentro da sociedade, ou da privação de indivíduos ou grupos de sua nacionalidade. A apatridia está normalmente associada aos períodos de profundas mudanças nas relações internacionais.⁷⁵

Tanto a DUDH, quanto a DADDH e a CADH impõem uma mesma condição à privação da nacionalidade: que não seja feita de forma arbitrária. Por sua vez, a CEDAW estabelece que os Estados devem assegurar que “nem o casamento com um estrangeiro, nem a mudança de nacionalidade do marido durante o casamento, modifiquem automaticamente a nacionalidade da esposa, convertam-na em apátrida ou a obriguem a adotar a nacionalidade do cônjuge”.⁷⁶

73 “É certo que no século XIX a falta de nacionalidade não deixou de se apresentar como um problema político na Europa, com a imigração que seguiu os movimentos revolucionários de 1848 e com grupos como os ciganos e os judeus, que não eram necessariamente considerados naturais de nenhum país. É por isso que o termo apátrida - que significa, para um indivíduo, ser estrangeiro em todos os países e, portanto, carece de direitos políticos e sofre restrições aos direitos civis - surgiu no século XIX, mostrando a existência do problema [...] O fim da Primeira Guerra Mundial, no entanto, modificou radicalmente esse padrão com o aparecimento, em uma escala numericamente sem precedentes, de pessoas que não eram bem-vindas em nenhum lugar e não podiam ser assimiladas a nenhum território. Hannah Arendt observa que eles foram deslocados, porque perderam suas casas, sua cidadania e seus direitos, e foram expulsos da trindade Estado-povo-território. Tornaram-se pessoas deslocadas dentro da estrutura de um sistema interestatal baseado no princípio das nacionalidades.” Nesse sentido, “antes da Primeira Guerra Mundial, o número de apátridas em um determinado país era relativamente pequeno e a possibilidade de pessoas que atravessavam fronteiras sem passaportes ou vistos e permaneciam imperturbáveis em países de residência temporária, tornaram o problema da apatridia de relativamente pouco interesse internacional. No entanto, as medidas massivas de desnacionalização adotadas pelos regimes soviético, fascista e nazista, por razões políticas ou raciais, criaram grupos significativamente grandes de apátridas e motivaram esforços internacionais para aperfeiçoar o status legal dos apátridas e eliminar a apatridia automática causada devido a um conflito de leis de nacionalidade [...]. De fato, o número de pessoas que ficaram apátridas, não pelo que fizeram, mas simplesmente pelo que eram, dificultou a aplicação do direito de asilo territorial, que é um instituto projetado para ser aplicado individualmente. Um indivíduo se beneficia do asilo por ter sido acusado, em um país, da prática de crimes políticos - de pensamento ou ação - que o Estado que concede asilo entende que não deve ser punido. É por isso que o asilo não é um direito de servir um grande número de pessoas, é um direito para os indivíduos e, por esse motivo, só serviu àqueles cuja fama e reputação os distinguiam das multidões de pessoas apátridas anônimas, da mesma forma, os institutos clássicos de naturalização e repatriação não eram aplicáveis à multidão de apátridas [...]. Aqueles seres sem privilégios nem podiam recorrer aos Direitos Humanos e essa situação iniciou a ruptura, uma vez que teve consequências jurídicas extremamente graves em um contexto que passou a ser caracterizado pela mudança no padrão de normalidade do sistema interestadual vigente até então, que se baseava na premissa da distribuição regular de indivíduos entre os Estados dos quais eram nacionais.” Lafer, C., *op. cit.*, pp. 160, 162, 166 e 167. Além disso, ver Kesby, A. *The Right to have Rights, Citizenship, Humanity, and International Law*. Oxford University Press, 2012. No mesmo sentido: “[...] a apatridia é uma situação anormal que tem sérias consequências legais para a pessoa e para o Estado. Nos países que seguem o ‘sistema de nacionalidade’ para determinar o status civil e a capacidade dos indivíduos, o apátrida pode ser incapaz de exercer direitos civis e, para evitar tal extremo as leis locais têm disposto que para esses indivíduos vige a lei de seu domicílio. Mas há outras consequências, não menos graves: essas pessoas, por não terem nacionalidade, não podem obter um passaporte nem ser objeto de proteção diplomática e, em caso de expulsão, muitas vezes acontece que não encontram um país que as admita.” Podestá Costa, L. A. e Ruda, J. M., *op. cit.*, p. 403.

74 A Convenção sobre a Prevenção da Apatridia em relação à Sucessão de Estados pode ser consultada. “[...] quando houver mais de um Estado sucessor, nem todos os Estados sucessores têm a obrigação de conceder sua nacionalidade e, portanto, impõem aos Estados a obrigação de tomar todas as medidas apropriadas para impedir que caiam na apatridia. No contexto da sucessão do Estado, é geralmente aceito que os Estados possam exigir, a fim de garantir a nacionalidade, que a nacionalidade de outro Estado seja renunciada, desde que o procedimento não leve à apatridia [...]” Conselho DHONU. Os Direitos Humanos e a privação arbitrária da nacionalidade, A/HRC/13/34, 14 de dezembro de 2009, § 54.

75 Cf. ACNUR. *Inter-Parliamentary Union. Nationality and Statelessness: A Handbook for Parliamentarians*. Handbook for Parliamentarians n.º 11, 2005.

76 CEDAW, *op. cit.*, artigo 9.1.

A apatridia é regulada tanto pela Convenção relativa ao Estatuto dos Apátridas,⁷⁷ quanto pela Convenção para a redução dos casos de apatridia⁷⁸, que prevê que os Estados devem tomar medidas em suas legislações para tratar da apatridia surgida no nascimento ou em outro momento da vida e estabelece, ainda, as obrigações dos Estados em caso de sucessão do Estado (entre outros, transferência de uma parte do território de um Estado para outro; a separação de uma parte do território de um Estado e a formação de um ou mais outros Estados; a dissolução de um Estado e a formação de dois ou mais Estados).

A Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas define um apátrida como “[...] toda pessoa que não seja considerada seu nacional por nenhum Estado, conforme sua legislação.”⁷⁹ Assim, um apátrida é obrigado a cumprir as leis e regulamentos do país onde se encontra.⁸⁰

O artigo 1º da Convenção para a redução dos casos de apatridia prevê que “[t]odo Estado Contratante concederá sua nacionalidade a uma pessoa nascida em seu território e que de outro modo seria apátrida [...]”⁸¹ De acordo com o citado artigo a nacionalidade se concederá: 1. de pleno direito no momento do nascimento, ou 2. mediante uma solicitação apresentado à autoridade competente pelo interessado ou em seu nome, na forma prescrita pela legislação do Estado que se trate.

Assim, a Convenção estabelece que cada Estado pode fazer depender a concessão da sua nacionalidade de certas condições (por exemplo, que o interessado tenha residido habitualmente no território nacional durante um período fixado pelo Estado contratante, que não tenha sido condenado por um crime contra a segurança nacional ou condenado a cinco ou mais anos de prisão por uma infração penal, que não tenha adquirido a nacionalidade ao nascer ou posteriormente).⁸²

A Corte IDH, no caso citado das *Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*, sustentou que:

77 Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, adotada em 28 de setembro de 1954 pela Conferência de Plenipotenciários convocada pelo Conselho Econômico e Social em sua Resolução 526 A (XVII), de 26 abril de 1954. Esta Convenção entrou em vigor em 6 de junho de 1960, em conformidade com o artigo 39. “A Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas constitui a pedra angular do regime de proteção internacional dos apátridas. A Convenção de 1954 é semelhante de muitas maneiras à Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados. A Convenção de 1954 fornece uma definição de apátrida (*de jure*) e estabelece um estatuto internacionalmente reconhecido para apátridas, que confere certos direitos, como relacionados com a emissão de documentos de identidade e de viagem [...]”. ACNUR. Apatridia. Atuação do ACNUR para afrontar a apatridia. Nota sobre estratégias a seguir, Divisão de Proteção Internacional, 2010, p. 5. O Estatuto “[que] vincula 32 Estados, busca conferir aos necessitados nacionalmente os benefícios da legalidade no Estado em que se encontrem, concedendo-lhes tratamento nacional em certos assuntos - como liberdade de religião (art. 4), propriedade intelectual e industrial (art. 14), direito de acesso aos tribunais (art. 16), educação pública (art. 22) - e tratamento igual ao fornecido aos estrangeiros em geral em outros, como bens imóveis e pessoais (art. 13), profissões assalariadas (art. 17), profissões liberais (art. 19), acomodação (art. 21), liberdade de movimento (art. 26). O Estatuto limita a discricionariedade do Estado em relação à expulsão (art. 31) e estimula a assimilação e naturalização de apátridas (art. 32)”. Lafer, C., *op. cit.*, p. 177.

78 Convenção para a Redução dos casos de Apatridia, adotada em 30 de agosto de 1961 pela Conferência de Plenipotenciários que se reuniu em 1959 e novamente em 1961, em cumprimento da Resolução n.º 896 (IX) da Assembleia Geral, de 4 de dezembro de 1954.

79 Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, artigo 1.

80 Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, artigo 2.

81 “O conceito de ‘caso contrário seria apátrida’ significa que a criança ficaria apátrida, a menos que um Estado contratante com o qual ele ou ela tenha um vínculo através do nascimento em seu território ou o nascimento de um nacional de referido Estado para outorgar a criança sua nacionalidade, seja de seus pais (princípio do *ius sanguinis*) ou do Estado em cujo território está (princípio *ius soli*). As crianças são sempre apátridas quando seus pais são apátridas e se nasceram em um país que não concede nacionalidade em razão de nascimento no território. No entanto, as crianças também podem ser apátridas se nascerem em um Estado em que o princípio do *ius soli* não é aplicável e se um ou ambos os pais têm uma nacionalidade, mas nenhum deles pode conferi-la aos filhos. O teste é se uma criança é apátrida porque esta não adquire a nacionalidade de seus pais ou a do Estado em que nasceram; não é uma investigação se os pais de uma criança são apátridas. A restrição à aplicação do artigo 1 da Convenção de 1961 aos filhos de pais apátridas é insuficiente à luz das diferentes maneiras pelas quais uma criança pode ser apátrida e contrária aos termos dessas disposições.” ACNUR. Diretrizes sobre a Apatridia n.º 4. Garantir o direito de toda criança a adquirir uma nacionalidade mediante os artigos 1-4 da Convenção para a redução dos casos de apatridia de 1961, 21 de dezembro de 2012, § 18.

82 Convenção para a Redução dos casos de Apatridia, *op. cit.*, artigo 1.

Os Estados têm a obrigação de não adotar práticas ou legislação, em relação à concessão da nacionalidade, cuja aplicação favoreça o incremento do número de pessoas apátridas, condição que é derivada da falta de nacionalidade, quando um indivíduo não se qualifica sob as leis de um Estado para recebê-la, como consequência de sua privação arbitrária, ou ainda pela concessão de uma nacionalidade que não é efetiva na prática. A apatridia tem como consequência impossibilitar o gozo dos direitos civis e políticos de uma pessoa e produzir uma condição de extrema vulnerabilidade.⁸³

[...]

Uma pessoa apátrida, [...] não possui personalidade jurídica reconhecida, já que não estabeleceu um vínculo jurídico político com nenhum Estado, motivo pelo qual a nacionalidade é um pré-requisito para o reconhecimento da personalidade jurídica.⁸⁴

[...]

Este Tribunal conclui que, em razão do tratamento discriminatório aplicado às crianças, o Estado lhes negou sua nacionalidade e as deixou apátridas, o que, por sua vez, lhes impôs uma situação de contínua vulnerabilidade [...] a situação de extrema vulnerabilidade em que o Estado colocou as crianças Yean e Bosico, em razão da negação de seu direito à nacionalidade por razões discriminatórias, bem como da impossibilidade de receber proteção do Estado e de ter acesso aos benefícios dos quais eram titulares, e finalmente por viverem sob o temor fundado de que seriam expulsas do Estado do qual eram nacionais e serem separadas de sua família pela falta da certidão de nascimento, a República Dominicana descumpriu sua obrigação de garantir os direitos consagrados na Convenção Americana, que implica não apenas que o Estado deve respeitá-los (obrigação negativa), mas que, além disso, deve adotar todas as medidas apropriadas para garanti-los (obrigação positiva).⁸⁵

83 Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, [Fundo, Reparações e Custas] 2005, § 142. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014, § 257. “As salvaguardas nas leis de nacionalidade que protegem contra apatridia no nascimento impedem a transferência de apatridia de uma geração para a outra. Elas também ajudam a prevenir apatridia quando os pais têm nacionalidade, mas não podem passá-la aos filhos, ou quando as crianças foram abandonadas e seus pais são desconhecidos. As leis de nacionalidade de mais da metade dos estados do mundo carecem de salvaguardas ou são inadequadas para conceder nacionalidade a crianças que nascem apátridas em seu território. Em certos casos, as leis da nacionalidade podem incluir salvaguardas, mas existem lacunas na sua aplicação [...] crianças abandonadas, cujos pais não podem ser identificados, constituem outro grupo em risco de apatridia. Quase um terço de todos os Estados não possui disposições em sua legislação de nacionalidade para conceder nacionalidade a essas crianças abandonadas encontradas em seu território [...]”. ACNUR. *Eu estou Aqui, Eu Pertença* [...], *op. cit.*, p. 8.

84 Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, [Mérito, Reparações e Custas] 2005, § 178. Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFC. 2014, § 265. Nesse sentido, assinalou-se que: “o apátrida não encontra lugar na família das nações e, portanto, perde, em primeiro lugar, seu elemento básico de conexão com o Direito Internacional Público, que é a nacionalidade, posto que o vínculo tradicional entre o indivíduo e o direito das gentes é estabelecido por meio da nacionalidade, o que permite a proteção diplomática, resultante da competência do Estado em relação a seus nacionais. A condição de apatridia também causa a perda de um elemento de conexão com a ordem jurídica interna dos Estados, que afeta a vida das instituições jurídicas de uma maneira radicalmente nova e não tem nada a ver com a distinção clássica entre nacionais e estrangeiros. Com efeito, o apátrida, sem o direito de residir ou trabalhar, vivia permanentemente fora da lei, transgredindo a ordem legal do país em que ele estava, sem cometer nenhum crime, ele sempre foi exposto a ir para a cadeia, já que sua mera presença e existência em um território nacional era uma anomalia. Portanto, para o apátrida, a única maneira de estabelecer um vínculo adequado com a ordem jurídica nacional era efetivamente cometer um crime [...] uma maneira paradoxal de recuperar uma certa igualdade humana, porque como criminoso, em estado de direito, o apátrida se via tratado da mesma forma que qualquer outra pessoa nas mesmas condições [...] era frequentando o Código Penal comum a todos que o apátrida se tornava uma pessoa, sujeito dotado de direitos e obrigações, recuperando assim a condição humana.” Lafer, C., *op. cit.*, pp. 168-169.

85 Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, [Mérito, Reparações e Custas] 2005, §§ 172-173.

Conforme observado, o PIDCP no artigo 24.3 refere-se ao direito à nacionalidade, mas somente em relação às crianças, sem especificar outras obrigações para o Estado. A Convenção sobre os Direitos da Criança, no artigo 7º, garante o direito de toda criança a adquirir uma nacionalidade e, embora a redação do artigo seja clara, não há clareza na forma em que se opera este direito no que diz respeito a obrigação dos Estados.⁸⁶ Por este motivo, o Comitê dos Direitos da Criança desempenha um papel fundamental nesta questão, a fim de clarificar as obrigações dos Estados no que diz respeito às crianças apátridas.⁸⁷

Por outro lado, em 5 de julho de 2012, o Conselho de Direitos Humanos aprovou uma importante resolução sobre o direito à nacionalidade, que enfoca especificamente a situação das mulheres e das crianças.⁸⁸ Essa resolução constitui um passo importante no fortalecimento das normas jurídicas internacionais que regem esse direito, orientado tanto a proteger aqueles sem nacionalidade, quanto aqueles que sofrem grave discriminação quando procuram obter uma prova de sua nacionalidade. O Conselho de Direitos Humanos reiterou no texto acima mencionado que o direito à uma nacionalidade é um direito humano universal e que ninguém pode ser arbitrariamente limitado ou privado de sua nacionalidade, em especial por motivos discriminatórios como raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, origem nacional ou étnica, posição econômica, nascimento, deficiência ou qualquer outra condição.

86 Nesse sentido, o Comitê DHONU considerou que: “[...] deve ser dada atenção especial, no âmbito da proteção a ser concedida às crianças, ao direito estabelecido no § 3 do artigo 24 que toda criança deve adquirir uma nacionalidade. Embora esta disposição vise impedir que uma criança receba menos proteção da sociedade e do Estado como resultado de sua apatridia, ela não impõe necessariamente uma obrigação aos Estados de conceder sua nacionalidade a toda criança nascida em seu território. No entanto, os Estados são obrigados a tomar todas as medidas apropriadas, tanto em nível nacional quanto em cooperação com outros Estados, para garantir que todas as crianças tenham nacionalidade no momento do nascimento. A este respeito, não se admite nenhuma discriminação, na legislação interna, em relação à aquisição da nacionalidade, entre os filhos legítimos e os extraconjugais ou dos pais apátridas ou devido à nacionalidade de um ou de ambos os pais [...]”. Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 17, *op. cit.*, § 8.

87 *Open Society Justice Initiative* recomenda, entre outras coisas, que o Comitê dos Direitos da Criança faça um comentário geral sobre os artigos 7 e 8 da Convenção sobre os Direitos da Criança, levando em consideração o interesse superior da criança, para que nenhuma criança seja arbitrariamente privada nacionalidade e, além disso, os Estados busquem alternativas para reduzir e evitar a apatridia. Além disso, afirma que o direito à nacionalidade das crianças implica que cada criança tem direito à nacionalidade do Estado em que nasceu, caso contrário, ele seria apátrida. Esta obrigação está de acordo com as normas regionais da Europa, África e Américas. As crianças têm o direito de adquirir uma nacionalidade de forma não discriminatória, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiência, nascimento ou qualquer outra circunstância. Além disso, a legislação nacional não deve permitir discriminação em relação à aquisição de nacionalidade entre as crianças nascidas dentro e fora do casamento. Conseqüentemente, os Estados têm a obrigação de registrar imediatamente após o nascimento todas as crianças nascidas em seu território e fornecer a eles os documentos necessários para provar sua nacionalidade. Além disso, a lei deve prever que uma criança que esteja no território do Estado seja considerada nascida no território de que os pais são nacionais, na ausência de evidências claras do contrário. Os Estados têm a obrigação de conceder nacionalidade a crianças apátridas que não nasceram em seu território, mas que têm residência habitual. Nesse sentido, os Estados podem exigir um certo período de residência antes de solicitar a nacionalidade, mas esse período não pode se estender além de cinco anos. *Open Society Justice Initiative, Children’s Right to nationality*, 2011. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/publications/addressing-childrensright-nationality> (data do último acesso 1 agosto de 2017). Da mesma forma, ver Comitê dos Direitos da Criança da ONU. Comentário Geral n.º 6, *op. cit.*

88 Conselho DHONU. O direito à nacionalidade: mulheres e crianças, A/HRC/20/L.8, *op. cit.*

Como observado, a apatridia afeta milhões de pessoas em todo o mundo, sendo as mais vulneráveis as crianças.⁸⁹ As consequências da apatridia são numerosas e graves.⁹⁰ Muitas crianças apátridas crescem em condições de extrema pobreza e lhes são negados direitos e serviços básicos, como o acesso à educação e à saúde.⁹¹

Além disso, a falta de documentos de identidade limita a liberdade de circulação ou movimento e, muitas vezes, os torna sujeitos a deportações e detenções arbitrárias prolongadas, colocando-os em uma situação de extrema vulnerabilidade, de exclusão social e exploração. O Conselho de Direitos Humanos sustentou que a prevenção e a redução da apatridia são primordialmente de responsabilidade dos Estados.⁹²

89 “A privação arbitrária da nacionalidade de uma criança é uma violação dos Direitos Humanos, sendo a apatridia a sua consequência mais extrema possível. O Direito Internacional dos Direitos Humanos não se baseia na nacionalidade da pessoa, mas na dignidade que é igualmente inerente a todos os seres humanos. Na prática, porém, as pessoas que gozam do direito a uma nacionalidade têm maior acesso ao exercício efetivo de vários outros Direitos Humanos. Alguns direitos políticos fundamentais, como o direito de voto, candidatar-se a eleições ou desempenhar certas funções públicas, que podem ser restritas aos cidadãos de um país, são uma exceção a esta declaração, pois são exemplos de Direitos Humanos que, geralmente, não podem ser reivindicados por pessoas que carecem de uma nacionalidade. Todos os demais Direitos Humanos devem beneficiar todas as pessoas, inclusive crianças que foram privadas arbitrariamente de nacionalidade [...]. Não há base legal que permita aos Estados que privaram arbitrariamente uma criança de nacionalidade justificar que outros Direitos Humanos foram negados por causa da apatridia resultante”. Conselho DHONU. Relatório do Secretário Geral “Repercussões da privação arbitrária da nacionalidade no gozo dos direitos das crianças afetadas [...]”, *op. cit.*, §§ 27-28.

90 O Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados afirmou que as populações apátridas “enfrentam uma ampla gama de riscos de proteção”, incluindo: “falha no registro ou recusa em registrar nascimentos e emissão de certidões de nascimento (ligadas à prevenção apatridia), falta de documentação (e, portanto, dificuldades em ser reconhecido como pessoa perante a lei, se casar, etc.); não determinação ou recusa em determinar e reconhecer o status de apátrida, bem como conceder direitos a apátridas; não reconhecimento do direito de residir no próprio país e o risco resultante de expulsão; não permitir ou recusar o retorno do exterior de apátridas que residem habitualmente no território do país; detenção, especialmente no contexto da migração e onde o país de origem se recusa a permitir o retorno; discriminação e abuso por parte de as autoridades, um alto risco de tráfico e violência sexual e de gênero; acesso limitado ou inexistente à educação e saúde; falta de acesso ao mercado de trabalho; limitações na propriedade de imóveis; dificuldade em assinar contratos, obter licenças ou abrir contas bancárias.” ACNUR. Apatridia. Atuação do ACNUR para afrontar a apatridia. Nota sobre estratégias a seguir, Divisão de Proteção Internacional, 2010, pp. 15-16.

91 Em muitos Estados, eles têm acesso negado à educação básica em escolas públicas: se a certidão de nascimento de uma criança tem a palavra ‘estrangeiro’ escrita, ou se a criança não possui uma certidão de nascimento, simplesmente não pode ser matriculada (essa foi a situação das crianças Yean e Bosico na República Dominicana). “A privação arbitrária da nacionalidade coloca as crianças em uma situação de maior vulnerabilidade às violações dos Direitos Humanos. Os Estados devem garantir que não sejam negadas a essas crianças o gozo de outros Direitos Humanos. As crianças não devem ser sujeitas a discriminação com base em sua apatridia ou por qualquer outro motivo. Em particular, devem poder exercer plenamente seu direito à identidade, educação, saúde, um padrão de vida adequado, vida familiar e liberdade. Devem estar sempre protegidos de violações graves, como exploração, tráfico, tortura ou outro tratamento cruel, desumano ou degradante e privação de liberdade.” *Cf.* Conselho DHONU. Relatório do Secretário Geral “Repercussões da privação arbitrária da nacionalidade no gozo dos direitos das crianças afetadas [...]”, *op. cit.*, § 46. Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 13 (1999), “O direito da educação (art. 13)”, 1999, § 6.b). Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 6, *op. cit.*, § 41. Comitê para Eliminação para Discriminação Racial ONU. Recomendação Geral n.º 30, *op. cit.*, §§ 29, 30 e 31. Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 14 “Direito da criança ao desfrute do nível mais alto possível de saúde (art. 12)”, 2000, § 34. Comitê dos Direitos da Criança ONU. Comentário Geral n.º 15 “Direito da criança ao desfrute do nível mais alto possível de saúde (art. 24)”, 2013, § 8.

92 Na resolução do Conselho DHONU sobre os direitos das crianças: acesso à justiça para crianças, os Estados foram instados a: “a) procurar remover obstáculos adicionais ao acesso à justiça que possam ser encontrados por crianças que pertencem a grupos especialmente vulneráveis, incluindo, mas não exclusivamente, crianças designadas para ambientes institucionais ou modalidades alternativas de assistência, pessoas privadas de liberdade, pessoas com deficiência, pessoas que vivem na pobreza ou nas ruas, aquelas que pertencem a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas, crianças indígenas, requerentes de asilo, refugiados e migrantes, incluindo crianças migrantes desacompanhadas, separadas de suas famílias, apátridas, pessoas vivendo com HIV/AIDS, que foram envolvidos ou afetados por conflitos armados ou outros atos violentos [...]”. Conselho DHONU. Direitos das crianças: acesso à justiça para as crianças, A/HRC/25/L.10, adotada em 24 de março de 2014.

O Conselho DHONU reconhece as enormes dificuldades enfrentadas pelas crianças apátridas e apela aos governos de todo o mundo para que reformem as legislações que discriminem a mulher. Além disso, exige que os Estados garantam o devido processo legal em todas as questões relativas à nacionalidade e que providenciem recursos eficazes para a sua obtenção. No entanto, apenas incentiva os Estados a “facilitar, de acordo com sua legislação nacional, a aquisição da nacionalidade por crianças nascidas em seus territórios ou por seus nacionais no exterior que de outra forma seriam apátridas”, sem reconhecer expressamente o direito à nacionalidade das crianças não nascidas no país de residência habitual.

4.4 Dupla ou múltipla nacionalidade

Uma pessoa pode se beneficiar de dupla ou múltipla cidadania, que é o caso quando é reconhecida como cidadã de vários Estados. Esta circunstância dependerá da legislação adotada por cada Estado, bem como dos acordos entre eles. Como explicado, alguns países concedem a cidadania aos pais ou a um dos pais automaticamente no nascimento (*jus sanguinis*) ou, quando a pessoa nasce em solo nacional (*jus soli*); também pode ser concedida no momento do casamento e, além disso, por naturalização.

Os instrumentos internacionais resenhados - com exceção do PIDCP - reconhecem o direito de renunciar à sua nacionalidade para adquirir outra.

4.5. Privação, perda, renúncia e re aquisição da nacionalidade

O direito de não ser privado da própria nacionalidade não é absoluto. O que é expressamente proibido na DUDH, na DADDH e na CADH é a *sua privação arbitrária*.⁹³ A CEDAW afirma que “nem o casamento com um estrangeiro, nem a mudança de nacionalidade do marido durante o casamento, modifiquem automaticamente a nacionalidade da esposa, convertam-na em apátrida ou a obriguem a adotar a nacionalidade do cônjuge”.⁹⁴ Enquanto isso, a Convenção para a redução dos casos de apatridia condiciona a privação da posse ou aquisição de outra nacionalidade.⁹⁵

Sobre o assunto, a CIDH ressaltou que:

[...] o direito de possuir uma nacionalidade e não ser arbitrariamente privado dela é reconhecido pela D[ADDH] e pela maioria dos instrumentos internacionais sobre Direitos Humanos. Tal direito, por outro lado, tem sido respeitado por todos os países do hemisfério, os quais incluíram em suas constituições a perda da nacionalidade apenas por motivos que envolvem uma verdadeira separação voluntária da pessoa - implícita ou explicitamente - do Estado do qual é nacional. A perda da nacionalidade como sanção para atos políticos foi um sinal de estranha intolerância à legislação e à prática deste hemisfério, e constituiu uma grave regressão.⁹⁶

A Corte IDH considerou, no caso *Ivcher Bronstein vs. Peru*, que o direito nacional não reconhecia a perda da nacionalidade, exceto por renúncia expressa, e concluiu que o recorrente havia sido privado de sua nacionalidade ilegalmente (com base em razões não reconhecidas pela legislação e por ter sido decretada por um órgão sem competência), circunstância que violou o artigo 20 da CADH. Sustentou

93 O Conselho DHONU declarou que: “[...] embora o direito internacional autorize a privação da nacionalidade em determinadas circunstâncias, essa privação deve estar de acordo com a legislação nacional e de acordo com regras processuais e substantivas específicas, em particular o princípio da proporcionalidade. As medidas que conduzem à privação da nacionalidade devem servir a um propósito legítimo compatível com o direito internacional e, em particular, com os objetivos do direito internacional relacionados aos Direitos Humanos. Tais medidas devem ser o instrumento menos prejudicial entre aquelas que podem levar ao resultado desejado e devem ser proporcionais aos interesses que procuram proteger. A esse respeito, a noção de arbitrariedade se aplica a todas as medidas estatais, tanto legislativas, administrativas e judiciais. A noção de arbitrariedade pode ser interpretada como incluindo não apenas atos contrários à lei, mas também, em um sentido mais amplo, elementos de improcedência, injustiça e imprevisibilidade”. Conselho DHONU. Os Direitos Humanos e a privação arbitrária da nacionalidade, A/HRC/13/34, *op. cit.*, § 25.

94 CEDAW, artigo 9.

95 Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, artigos 5 a 9.

96 CIDH. *Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Chile*, 1985, §§ 1-2.

também que o fato da vítima ser peruana por naturalização não era um fator relevante, pois a CADH reconhece o direito à nacionalidade *sem diferenciar a forma como foi adquirida*, ou seja, por nascimento, naturalização ou algum outro meio. Além disso, a CADH estabelece que nem a existência de um estado de guerra ou estado de sítio poderia justificar a privação involuntária da nacionalidade, nem os direitos e garantias que dela derivam.⁹⁷

Por sua vez, o Comitê de Direitos Humanos, em seu Comentário Geral sobre liberdade de circulação, indicou que a privação da nacionalidade pode constituir uma forma de privação do direito de entrar no próprio país.⁹⁸ A Convenção para a redução dos casos de apatridia estabelece que se a legislação de um Estado prevê a renúncia da nacionalidade, tal renúncia só será efetiva se a pessoa em questão tiver ou adquirir outra nacionalidade.⁹⁹ Este tratado também prevê que os Estados contratantes não devem privar uma pessoa da sua nacionalidade se tal privação a tornar apátrida;¹⁰⁰ no entanto, um Estado pode privar uma pessoa da sua nacionalidade em certas circunstâncias, por exemplo, se essa nacionalidade tiver sido obtida por deturpação ou fraude.¹⁰¹

A Convenção para a redução dos Casos de Apatridia prevê que em nenhum caso o Estado pode justificar a privação de uma pessoa da sua nacionalidade por motivos raciais, étnicos, religiosos ou políticos.¹⁰²

A CIDH considerou a perda da nacionalidade com base na saída do país de origem como “uma grave violação do direito de residência e trânsito e do direito à nacionalidade”¹⁰³.

A nacionalidade perdida por naturalização no exterior pode ser readquirida, de acordo com as disposições do direito interno, através de certos requisitos, como o retorno ao país e, em certos casos, o transcurso de um determinado período de tempo, acompanhado ou não de manifestação de vontade e renúncia da nacionalidade adquirida.

97 CADH artigo 27.2.

98 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 27, “artigo 12 – Liberdade de circulação”, 67ª sessão, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev 7, par. 202, 1999, § 21.

99 Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, artigo 7.1.a.

100 *Ibidem*, artigo 8.1.

101 *Ibidem*, artigos 8.2. e 8.3. Em sentido similar no âmbito europeu, ver Convenção Europeia sobre a Nacionalidade de 1997, artigo 7.

102 Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, artigo 9.

103 CIDH. *Sétimo Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos em Cuba*, 1983, p. 131, § 42. Por outro lado, “a CIDH criticou repetidamente a prática de alguns Estados de negar vistos de saída ou passaportes a seus nacionais por razões políticas, enfatizando assim que a negação do direito de deixar o país como uma sanção para os opositores políticos ou seus familiares está claramente violando o Direito Internacional.” CIDH. *Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos em Cuba*, 1985, p. 130, § 41. CIDH. *Segundo Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Suriname*, 1985, pp. 42-45. CIDH. Relatório Anual 1983-1984. Capítulo VI *Situação dos Direitos Humanos em vários Estados*, Paraguai. OEA/Ser.L/V/II. 63, 28 de setembro de 1984, p. 124. Por sua vez, a Corte IDH observou que “[...] a vigência do princípio de legalidade no estabelecimento de uma restrição ao direito de deixar o país em uma sociedade democrática é essencial, dada a alta incidência que tal restrição tem no exercício da liberdade pessoal.” Portanto, é necessário que o Estado defina de maneira precisa e clara, por meio de lei, os casos excepcionais em que uma medida como a restrição de deixar o país possa existir. A falta de regulamentação legal impede a aplicação de tais restrições, posto que não se encontrará definido o seu propósito e as premissas específicas indispensáveis para que a restrição cumpra com algum dos propósitos indicados no artigo 22.3 da CADH, assim como também impede ao acusado apresentar as alegações que julgue pertinentes sobre a imposição da medida. Não obstante, quando a restrição se encontra contemplada por lei, sua regulação não pode ser ambígua de forma que gere dúvidas aos responsáveis pela sua aplicação [...], permitindo que atuem de maneira arbitrária e discricionária realizando interpretações extensivas de [seu alcance], [o que é] particularmente indesejável quando se trata de medidas que afetem severamente bens fundamentais, como a liberdade.” Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. MRC. 2004, § 125.

5. Relação do direito à nacionalidade com outros direitos

5.1 Liberdade de circulação e direito de residência

O artigo 22 da CADH estabelece o seguinte:

1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais. [...]
2. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.
3. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivos de interesse público.
4. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional, nem ser privado do direito de nele entrar. [...].¹⁰⁴ (grifo nosso)

Por sua vez, o artigo 8 da DADDH prevê que: “[t]oda pessoa tem direito de *fixar sua residência* no território do Estado de que é nacional, de *transitar por ele livremente e de não abandoná-lo senão por sua própria vontade*”. (grifo nosso)

A DUDH estabelece no artigo 9º que: “[n]inguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado”. Além disso, o artigo 13 dispõe que: “1 - [t]odo ser humano tem direito à *liberdade de locomoção e residência* dentro das fronteiras de cada Estado. 2. [t]odo ser humano tem o *direito de deixar* qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar” (grifo nosso)

O PIDCP, no artigo 12, dispõe:

1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado terá o *direito de nele livremente circular e escolher sua residência*. [...]
2. os direitos supracitados não poderão em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, a saúde ou a moral pública, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente Pacto.
3. Ninguém poderá ser privado arbitrariamente do direito de entrar em seu próprio país. (grifo nosso).

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias,¹⁰⁵ no artigo 39, estabelece:

1. Os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias têm o direito de circular livremente no território do Estado de emprego e de aí escolher livremente a sua residência.
2. Os direitos referidos no nº 1 do presente artigo não podem ser sujeitos a restrições, com exceção das previstas na lei e que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou moral públicas, ou os direitos e liberdades de outrem e se mostrem compatíveis com os outros direitos reconhecidos na presente Convenção.

Por sua parte, o artigo 5º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial estabelece que:

[...] Os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada uma à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direito:

104 Sobre liberdade de circulação e direito de residência, ver o comentário ao artigo 22 de Uprimny e Sánchez.

105 Sobre os direitos dos migrantes, especialmente crianças migrantes, ver Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03, *op. cit.* Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, *op. cit.*

[...]

d) Outros direitos civis, principalmente:

i) direito de circular livremente e de escolher residência dentro das fronteiras do Estado;

ii) direito de deixar qualquer país, inclusive o seu, e de voltar a seu país; [...].

A liberdade de circulação pode ser considerada como “patrimônio de todo indivíduo”, que consiste no direito de “circular sem limitações no território do país em que se encontra”.¹⁰⁶ A DUDH reconhece-o como um direito de toda pessoa,¹⁰⁷ e a DADDH como um direito dos nacionais de um Estado.¹⁰⁸ O PIDCP e a CADH estendem o direito de circular livremente e de escolher o local de residência a qualquer pessoa legalmente dentro do território de um Estado parte.¹⁰⁹

A este respeito, o Comitê de Direitos Humanos considerou que é condição indispensável para o livre desenvolvimento da pessoa.¹¹⁰ O Comentário Geral sobre a liberdade de circulação do mesmo Comitê de Direitos Humanos estabelece que o direito à liberdade de residência e de circulação se aplica a todo o território de um Estado, inclusive tratando-se de um Estado federal, e que a proibição de entrada, ou a exigência de permanência da pessoa em uma parte específica do território, é contrária ao artigo 12 do PIDCP.¹¹¹

Especificamente no que diz respeito ao direito de residência, a CIDH - *no relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Chile* - considerou que:

[...] a possibilidade de entrada e residência só pode ser restrita àqueles que não estejam legalmente vinculados ao Estado pelo vínculo de nacionalidade [...] O Estado não é obrigado a aceitar a entrada de qualquer estrangeiro, mas não pode negá-la aos seus nacionais. Se existe um direito que é, em princípio, absoluto, é o direito de viver na pátria, de tal modo incorporado ao ser humano que a doutrina o chama de “um atributo de personalidade”.¹¹²

Em numerosos precedentes, a Corte IDH estabeleceu que o direito de circulação e residência é condição indispensável para o livre desenvolvimento da pessoa,¹¹³ e protege, *inter alia*, o direito de não ser deslocado à força dentro de um Estado parte e de não ter que sair forçadamente do território do Estado em que está legalmente presente.¹¹⁴ No caso de ocorrer uma forma de deslocamento interno forçado,

106 O'Donnell, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007, p. 562.

107 DUDH, artigo 13.

108 DADDH, Artigo VIII: “Toda pessoa tem direito de fixar sua residência no território do Estado de que é nacional, de transitar por ele livremente e de não abandoná-lo senão por sua própria vontade.”

109 Artigo 12.1. do PIDCP estabelece que “Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência”. O gozo desse direito não deve depender de nenhum objetivo ou motivo específico da pessoa que deseja se mudar ou permanecer em um local. Todos os tipos de restrições devem cumprir o disposto no artigo 12.3.

110 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 27, *op. cit.*, § 1. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. MRC. 2004, § 115. Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005, § 110. Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mampiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, § 168. Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. MRC. 2011, § 162.

111 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 27, *op. cit.*, §§ 5 e 7.

112 CIDH. *Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Chile*, 1985, § 5.

113 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. MRC. 2004, § 115. Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, § 206. Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, § 186. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. MRC. 2012, § 304.

114 Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010, § 139. Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mampiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, §§ 170 e 188. Corte IDH. *Caso Massacres de Rio Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, § 172. Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, § 186. “Este direito pode ser violado formalmente ou por restrições de fato se o Estado não tiver estabelecido as condições ou fornecido os meios que o permitam exercer, por exemplo, quando uma pessoa é vítima de ameaças ou assédio e o Estado não fornece as garantias necessárias para que ele possa transitar e residir livremente no território em questão. Da mesma forma, a Corte IDH indicou que a falta de uma investigação efetiva sobre atos violentos pode

deverá ser demonstrado que o mesmo cumpriu os requisitos de legalidade e necessidade estabelecidos no artigo 12.3 do PIDCP.¹¹⁵

A determinação de um estrangeiro estar “legalmente” no território de um Estado é uma matéria regida pelo direito interno, o qual pode concordar com restrições à entrada de estrangeiros em seu Estado, desde que se adequem às obrigações internacionais desse Estado.¹¹⁶ Assim, nenhum Estado pode

propiciar ou perpetuar o exílio ou o deslocamento forçado”. Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. MRC. 2008, § 139. Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010, § 142. Corte IDH. *Caso família Barrios vs. Venezuela*. MRC. 2011, § 162. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. MRC. 2012, § 304.

- 115 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 27, *op. cit.*, § 7. A esse respeito, *ver* os Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 60 / L.1. Esses princípios definem os direitos e garantias para a proteção das pessoas contra o deslocamento forçado, bem como para sua proteção e assistência durante o deslocamento, o retorno ou o reassentamento e a reintegração. De acordo com os Princípios acima mencionados: “os deslocados internos são pessoas, ou grupos de pessoas, forçadas ou obrigadas a fugir ou abandonar as suas casas ou seus locais de residência habituais, particularmente em consequência de, ou com vista a evitar, os efeitos dos conflitos armados, situações de violência generalizada, violações dos Direitos Humanos [...] e que não tenham atravessado uma fronteira internacionalmente reconhecida de um Estado” (§ 2). Nesse sentido, a Corte IDH considerou que: “[...] devido à complexidade do fenômeno dos deslocamentos internos e à ampla gama de Direitos Humanos que os afetam ou os colocam em risco, e devido às circunstâncias de vulnerabilidade e desamparo especiais em que os deslocados são geralmente se encontram, sua situação pode ser entendida como uma condição *de facto* de desproteção. Esta situação, segundo a CADH, obriga os Estados a adotar medidas positivas para reverter os efeitos de sua referida condição de debilidade, vulnerabilidade e falta de defesa, inclusive em relação às ações e práticas de terceiros privados”. Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010, § 141. Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, §§ 177 e 179. Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, § 210. De acordo com as Regras de Brasília sobre acesso à justiça para pessoas em condições vulneráveis: “[regra 3] se consideram em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão de sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades para exercitar com plenitude ante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. [A regra 4 assinala que] poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, o pertencimento a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação da liberdade. A concreta determinação das pessoas em condições de vulnerabilidade em cada país dependerá de suas características específicas, ou inclusive de seu nível de desenvolvimento social e econômico. [Neste sentido, a regra 13] estabelece que: [o] deslocamento de uma pessoa fora de seu território do Estado de sua nacionalidade pode constituir uma causa de vulnerabilidade, especialmente nos casos de trabalhadores migrantes e de suas famílias. Considera-se trabalhador migrante qualquer pessoa que realize ou tenha exercido atividade remunerada em um Estado do qual não seja nacional. [...] [Finalmente, a regra 14 indica que] também podem encontrar-se em condição de vulnerabilidade dos deslocamentos internos, entendidos como pessoas ou grupos de pessoas que foram forçadas ou obrigadas a escapar ou fugir de sua casa ou de seu lugar de residência habitual, em particular como resultado [-] ou para evitar os efeitos [-] de um conflito armado, de situações de violência generalizada, de violações dos Direitos Humanos ou de catástrofes naturais ou provocadas pelo ser humano, e que não tenham cruzado uma fronteira internacionalmente reconhecida”. Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, Brasília, 2008.

- 116 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 27, *op. cit.*, §§ 2 e 4. Da mesma forma, no parágrafo 4, o Comitê DHONU declarou que: “[...] um estrangeiro que entrou ilegalmente em um Estado, mas cuja condição foi regularizada, deve ser considerado legalmente dentro do território para os fins do artigo 12. Uma vez que uma pessoa esteja legalmente dentro de um Estado, todas as restrições a seus direitos garantidos pelos parágrafos 1 e 2 do artigo 12, bem como qualquer tratamento diferente daquele concedido às nações, devem ser justificadas sob as normas estabelecidas no § 3º do artigo 12 [...]”. Quanto ao processo de expulsão relacionado à condição de estrangeiros em situação irregular, a Corte IDH no *Caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia* indicou a relação intrínseca entre o direito à proteção da família e os direitos das crianças. Nesse sentido, argumentou que, em certos contextos, a separação dos filhos dos pais pode colocar em risco sua sobrevivência e desenvolvimento, os quais devem ser garantidos pelo Estado, em especial por meio da proteção da família e na não interferência ilegal ou arbitrária na vida familiar das crianças. Corte IDH. *Caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPMRC. 2013, §§. 226 e 227. Na mesma sentença, a Corte IDH acrescentou que: “[...] a participação de crianças adquire relevância especial quando se trata de procedimentos que podem ter caráter sancionatório, em relação a alguma infração ao regime migratório, abertos contra crianças migrantes ou contra sua família, seus pais, representantes ou acompanhantes, pois este tipo de procedimento pode derivar na separação da família e a subsequente afetação do bem-estar das crianças, independentemente de a separação ocorrer no Estado que expulsou ou no Estado para onde serão expulsos [e determinou que] em atenção a sua situação migratória e suas condições o Estado

recusar em absoluto a entrada de estrangeiros em seu território. Isto é muitas vezes assegurado por meio de acordos. No entanto, como observado acima, o Estado exerce o direito, por razões de ordem pública, de regular as condições de entrada, permanência e trânsito dos estrangeiros. O objetivo desta norma é impedir que a admissão de indivíduos não ligados ao país constitua um ônus injustificado para a comunidade ou cause desequilíbrio social ou político. Consequentemente, pode ser proibida a entrada de pessoas legalmente desqualificadas (ou seja, estrangeiros anteriormente expulsos) ou de pessoas condenadas por determinados crimes.

Especificamente, a CADH permite que sejam impostas limitações à liberdade de circulação interna e de residência, de acordo com o princípio da necessidade para a proteção dos bens jurídicos elencados no artigo 22, inciso 3º. Com relação a possíveis restrições a esses direitos, o Comitê de Direitos Humanos, no Comentário Geral sobre liberdade de circulação, indicou que os Estados devem se orientar pelo princípio de que tais restrições não devem comprometer a essência do direito. Nesse sentido, as leis que autorizam sua aplicação devem “usar critérios precisos e não conferir discricionariedade irrestrita aos responsáveis por sua aplicação”.¹¹⁷ Dessa forma, o Comitê de Direitos Humanos sustentou que:

[...] não basta que as restrições sejam usadas para atingir fins permitidos; devem ser necessárias para protegê-los. As medidas restritivas devem obedecer ao princípio da proporcionalidade; devem ser adequadas ao desempenho de sua função protetora [...], e devem ser proporcionais ao interesse que deve ser protegido.

[...]

O princípio da proporcionalidade deve ser respeitado não apenas na lei que define as restrições, mas também pelas autoridades administrativas e judiciais que o aplicam. Os Estados devem assegurar que quaisquer procedimentos relativos ao exercício ou restrição destes direitos sejam realizados de forma expedita e que as razões para a aplicação de medidas restritivas sejam explicadas motivadamente.¹¹⁸

5.2 O direito de deixar o território

Desta forma, toda pessoa tem o direito de sair do território de um Estado, direito que não pode depender de nenhum propósito em particular ou do prazo que o indivíduo opta por permanecer fora do país.¹¹⁹ Este direito é uma manifestação de liberdade de circulação no âmbito internacional.¹²⁰

A DUDH, o PIDCP e a CADH reconhecem o direito de deixar qualquer país (inclusive o próprio), e os dois últimos instrumentos estabelecem que esse direito só pode ser restringido para preservar determinados bens jurídicos (segurança pública, saúde, moral, entre outros), de acordo com os princípios de legalidade e necessidade.¹²¹ Em consonância com esses instrumentos, a Convenção sobre os Direitos da Criança prevê no artigo 10 que:

2. A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais. Para tanto, e

tinha o dever de velar pelo seu interesse superior, pelo princípio de *non refoulement* e pelo princípio da unidade familiar, o qual requer que as autoridades migratórias estatais sejam especialmente diligentes em esgotar todos os meios de informação disponíveis para determinar sua situação migratória e, se for o caso, adotar a melhor decisão em relação ao Estado para o qual deveriam ser enviadas em caso de expulsão [...] [e concluiu que, a Bolívia] *tratou as crianças como objetos condicionados e limitados aos direitos dos pais, o que atenta contra sua condição como sujeitos de direitos e contra o sentido do artigo 19 da C[ADH].*” *Ibidem*, §§ 227-228. (grifo nosso)

117 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 27, *op. cit.*, § 13.

118 *Ibidem*, §§ 14-15.

119 *Ibidem*, § 8.

120 Com relação ao direito de sair e retornar ao território, a posição da CIDH também pode ser consultada no Relatório n.º 51/01 sobre a responsabilidade internacional dos Estados Unidos pela detenção indefinida de pessoas de nacionalidade cubana, *Caso Rafael Ferrer-Mazorra e outros vs. Estados Unidos da América*, Caso 9903. 4 de abril de 2001.

121 O'Donnell, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* [...], 2007, *op. cit.*, pp. 213-214.

de acordo com a obrigação assumida pelos Estados Partes em virtude do parágrafo 2 do Artigo 9, *os Estados Partes respeitarão o direito da criança e de seus pais de sair de qualquer país, inclusive do próprio, e de ingressar no seu próprio país*. O direito de sair de qualquer país estará sujeito, apenas, às restrições determinadas pela lei que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades de outras pessoas e que estejam acordes com os demais direitos reconhecidos pela presente convenção. (grifo nosso).

Essa obrigação de permitir e facilitar a saída de pessoas que desejam exercer esse direito cabe basicamente ao país de nacionalidade; entretanto, o país em cujo território o estrangeiro se encontra, também tem a obrigação de respeitar esse direito. A este respeito, o Comitê de Direitos Humanos indicou que:

A liberdade de sair do território de um Estado não pode depender de nenhum propósito em particular ou do prazo que o indivíduo opte por permanecer fora do país. Conseqüentemente, tal liberdade inclui a viagem temporária ao exterior e a partida em caso de emigração permanente. Da mesma forma, *o direito do indivíduo de determinar o Estado de destino faz parte da garantia jurídica*.¹²²

Assim, as possíveis restrições à saída do território devem ser compatíveis com o resto dos direitos e com os princípios de igualdade e da não discriminação. Neste sentido, o Comitê de Direitos Humanos argumentou que as distinções baseadas em raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política de outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou outra condição social constituiriam uma clara violação do PIDCP.¹²³

Para que o indivíduo possa usufruir dos direitos garantidos no artigo 12, parágrafo 2º, são impostas obrigações tanto ao Estado de residência como ao Estado de nacionalidade. Como normalmente são exigidos documentos adequados, em particular um passaporte, para viagens internacionais, *o direito de sair do Estado deve incluir o direito de obter os documentos de viagem necessários*. O Estado da nacionalidade da pessoa é normalmente o responsável pela emissão do passaporte. A recusa de um Estado em emitir um passaporte ou estender sua validade a um nacional residente no exterior pode privar essa pessoa do direito de deixar o país de residência e de viajar para outro lugar. Não constitui justificção para um Estado alegar que tal nacional teria o direito de retornar ao seu território sem passaporte.¹²⁴

122 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 27, *op. cit.*, § 7. (grifo nosso)

123 *Ibidem*, § 18. Especificamente, “o Comitê observou, em várias ocasiões, ao examinar relatórios do Estado, que medidas que impedem as mulheres de circular livremente ou deixar o país sem o consentimento ou a companhia de um homem constituem uma violação do artigo 12.”

124 *Ibidem*, § 9. (grifo nosso) Nesse sentido, “são causa de especial preocupação os múltiplos obstáculos legais e burocráticos que afetam desnecessariamente o pleno exercício dos direitos das pessoas à livre circulação, a deixar um país, inclusive o seu, e a adotar uma residência. A respeito do direito de circulação dentro de um país, o Comitê tem criticado as disposições que exigem que as pessoas solicitem autorização para mudar de residência ou a aprovação das autoridades locais do lugar de destino, assim como a demora na tramitação de tais solicitações por escrito. Na prática dos Estados, existe uma gama ainda mais variada de obstáculos que dificultam a saída do país, especialmente a de seus próprios nacionais. Entre essas normas e práticas figuram a falta de acesso dos solicitantes às autoridades competentes e a falta de informação sobre os requisitos; a obrigação de solicitar formulários especiais para conseguir os documentos oficiais para requerer o passaporte; a necessidade de certificados ou declarações de empregadores ou de familiares em apoio a sua solicitação; a descrição exata do itinerário; a expedição de passaportes apenas mediante o pagamento prévio de taxas elevadas que excedem consideravelmente o custo dos serviços prestados pela administração; a demora injustificada para a expedição de documentos de viagem; as restrições a que membros da família viagem juntos; o requisito de depositar uma fiança de repatriação ou estar em posse de uma passagem de volta; o requisito de haver recebido um convite do Estado de destino ou de pessoas que vivam nele; o assédio de candidatos, por exemplo, através de intimidação física, detenção, perda de emprego ou expulsão de seus filhos da escola ou universidade; a recusa de emitir um passaporte sob o pretexto de que o requerente danifica o bom nome do país. À luz dessas práticas, os Estados partes devem garantir que todas as restrições que impõem cumpram integralmente o disposto no parágrafo 3 do artigo 12”. *Ibidem*, § 17. Por outro lado, de acordo com o escopo do artigo 12.2 o PIDCP não se restringe a pessoas que estão

Em resumo, o direito de sair do país é um direito amplo que inclui o direito de viajar para qualquer país que permita a entrada. De acordo com o anterior, o passaporte é um documento que o Estado concede aos seus nacionais para que estes possam sair do país e retornar ao mesmo e, por sua vez, permite, após visto emitido por um cônsul, a entrada em território estrangeiro. Com este documento, cada Estado controla e, ocasionalmente, restringe ou impede legitimamente a saída de nacionais, bem como a entrada de estrangeiros.

Tanto a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados como a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas preveem que os Estados devem emitir documentos de identidade para qualquer apátrida e para qualquer refugiado que se encontre no território desses Estados e que não possua um documento de viagem válido. Da mesma forma, devem emitir documentos que lhes permitam sair do seu território.¹²⁵ A Convenção Internacional sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes proíbe a destruição pelas autoridades de passaportes ou documentos equivalentes e o confisco de tais documentos sem recibo.¹²⁶

A Comissão IDH criticou a prática de alguns Estados de negar, por razões políticas, a concessão de vistos ou passaportes de saída aos seus nacionais. Assim, com estes relatórios, acentua a ideia de que a negação do direito de deixar o país como forma de sanção para os opositores políticos ou seus familiares, é contrária aos padrões internacionais.¹²⁷

5.3 O direito de asilo, à condição de refugiado e a não devolução

5.3.1 O direito de solicitar e receber asilo

Asilo é a proteção proporcionada por um Estado a pessoas que não são seus nacionais, mas cuja vida, liberdade ou integridade física correm perigo por ameaças ou perseguição por parte das autoridades do Estado de origem e que, por esse motivo, solicitam asilo às autoridades de outro Estado.¹²⁸

Tradicionalmente, há dois tipos de instituições de asilo. Em primeiro lugar, asilo diplomático, que abrange “asilo concedido em legações, navios de guerra e acampamentos ou aeronaves militares, a pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos”,¹²⁹ e, em segundo lugar, asilo territorial, que se refere à proteção concedida por um Estado a um indivíduo que se encontra em seu território.¹³⁰

Além do disposto no artigo 22 da CADH¹³¹, a DUDH prescreve no artigo 14 o seguinte:

1. Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países.
2. Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por actividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas.¹³²

legalmente no território de um Estado, mas sim, um estrangeiro que seja expulso legalmente do país tem o mesmo direito de escolher o Estado de destino, sujeito, é claro, a concordância desse Estado.

125 Convenção sobre o estatuto dos apátridas, artigo 27, e Convenção sobre o estatuto dos refugiados, artigo 28.

126 Convenção Internacional sobre a proteção de todos os direitos dos trabalhadores migrantes e de suas famílias, artigo 21.

127 CIDH. *Sétimo Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos em Cuba, 1983*, p. 130. CIDH. *Segundo Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Suriname, 1985*, pp. 42-45.

128 Em relação às crianças, ver Comitê dos Direitos da Criança da ONU. Comentário Geral n.º 6, *op. cit.*

129 Convenção sobre asilo diplomático, artigo 1.

130 Comumente, a palavra asilo é utilizada como sinônimo de asilo territorial ou refúgio. Cf. Franco, L. (coord.) *Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*. Universidad de Lanus, ACNUR, Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2003.

131 Sobre o direito de solicitar asilo, consulte a seção correspondente no comentário ao artigo 22, a cargo de Uprimny e Sánchez.

132 Segundo Nowak, “os mais afetados por um Estado de proteção internacional reduzido são civis que frequentemente se envolvem em conflitos de motivação étnica, política ou religiosa. No caso em que estes últimos provoquem deslocamentos violentos e as pessoas envolvidas (chamadas pessoas deslocadas internamente) estejam incapazes de migrar para outro país, o que está se tornando cada vez mais difícil tendo em vista o número crescente de conflitos internos violentos e a falta de vontade dos países que tradicionalmente davam asilo para aceitar refugiados, não haveria recur-

Em sentido semelhante, a DADDH, em seu artigo XXVII, estabelece que:

Toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com os convênios internacionais.

Embora o asilo seja considerado uma prerrogativa da pessoa humana, não há obrigação correspondente por parte do Estado de concedê-lo, por considerá-lo uma faculdade soberana. De fato, as convenções reconhecem o direito de asilo como uma *faculdade do Estado*,¹³³ que pode:

concedê-lo ou negá-lo e não o reconhecem como um direito do indivíduo. Esta concessão discricionária distingue o asilado da figura equivalente do refugiado.¹³⁴ No entanto, é possível inferir a obrigação de não prejudicar os esforços de um nacional que busca asilo em outro país.¹³⁵

O artigo 14 da DUDH prevê em sentido amplo que “Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países”. Por sua vez, a CADH limita a “casos de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos” e, de forma semelhante, a DADDH prevê “em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum”.¹³⁶ No entanto, deve-se lembrar que a Convenção sobre o estatuto dos refugiados ampliou o conceito ao incluir - juntamente com a perseguição política - a perseguição racial, religiosa e de nacionalidade, entre outras.

5.3.2. Direito de solicitar a condição de refugiado

O regime internacional sobre refúgio é regido pela Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados¹³⁷ e seu Protocolo de 1967.¹³⁸

A Convenção de 1951 define um refugiado como uma pessoa que:

so de proteção sob o direito dos refugiados. O artigo 14 da DUDH menciona o direito das pessoas perseguidas de procurar e usufruir de asilo; no entanto, esse princípio, pelo menos na Europa, não se tornou vinculante no âmbito do direito internacional dos tratados [...]. Nowak, M. *Introducción al régimen internacional de los derechos humanos*. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 2009, p. 61.

133 Além dos instrumentos mencionados, devem ser levadas em consideração as seguintes convenções para analisar este tópico: Convenção sobre asilo, adotada na Sexta Conferência Internacional Americana, Havana (Cuba), em 20 de fevereiro de 1928. Esta Convenção entrou em vigor no dia 21 de maio de 1929; Convenção de Montevideu sobre Asilo Político, adotada na Sétima Conferência Internacional Americana, Montevideu (Uruguai), em 26 de dezembro de 1933 e entrou em vigor em 28 de março de 1935; Convenção sobre Asilo Diplomático, adotada na Décima Conferência do IDH em Caracas (Venezuela), em 28 de março de 1954 e entrou em vigor em 29 de dezembro de 1954, em conformidade com o artigo 23; Convenção sobre Asilo Territorial, adotada na Décima Conferência do IDH, Caracas (Venezuela), em 28 de março de 1954 e entrou em vigor em 29 de dezembro de 1954.

134 Draghici, C., *op. cit.*, pp. 271-272.

135 O'Donnell, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* [...], 2007, *op. cit.*, p. 226.

136 Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, Brasília, 2008, regra 13.

137 Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e dos Apátridas, convocada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução nº 429 (V), 14 de dezembro de 1950. Esta Convenção entrou em vigor em 22 de abril de 1954, em conformidade com o artigo 43. Em janeiro de 1951 criou-se o escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), uma agência da ONU encarregada de proteger e ajudar as pessoas desalojadas ou deslocadas internacionalmente (refugiados, asilados, apátridas, pessoas deslocadas internamente, mulheres, crianças, pessoas com deficiência, entre outras). O ACNUR, entre outras funções, promove acordos internacionais de refugiados, colabora com os Estados no estabelecimento de estruturas de asilo e atua como observador internacional em questões de refugiados.

138 Para uma análise sobre a situação das pessoas refugiadas e apátridas, assim como as diversas convenções que regulam esta situação, ver ACNUR, Unión Inter-Parlamentaria. *Nacionalidad y Apatridia: Manual para parlamentarios. Manual para parlamentarios n.º 11*. Agosto de 2008. Disponível em: http://www.ipu.org/PDF/publications/nationality_sp.pdf (data do último acesso: 31 de julho de 2017).

[...] temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país [...]¹³⁹.

Esta Convenção define, ainda, as circunstâncias as quais a condição de refugiado cessa, os atos que levam a pessoa a ser excluída da condição de refugiado,¹⁴⁰ e estabelece o princípio de não devolução (*non-refoulement*) do refugiado para o país onde sua vida ou liberdade possam estar em perigo.¹⁴¹

Ao reconhecer várias causas de refúgio, flexibiliza a definição de “refugiado” ao exigir apenas *fundados temores de perseguição* (e não a perseguição efetiva).¹⁴²

A Corte IDH interpretou por proteção internacional como “aquela oferecida por um Estado a uma pessoa estrangeira porque seus Direitos Humanos estão ameaçados ou violados em seu país de nacionalidade ou residência habitual, e no qual não pôde obter a proteção devida por não ser acessível, disponível e/ou efetiva”.¹⁴³ Ela entende que:

(a) a proteção recebida pelas pessoas solicitantes de asilo e refugiadas com fundamento nos convênios internacionais ou nas legislações internas; (b) a proteção recebida pelas pessoas solicitantes de asilo e refugiadas com fundamento na definição ampliada da Declaração de Cartagena; (c) a proteção recebida por qualquer estrangeiro com base nas obrigações internacionais de Direitos Humanos e, em particular, o princípio de não devolução e a denominada proteção complementar ou outras formas de proteção humanitária, e (d) a proteção recebida pelas pessoas apátridas de acordo com os instrumentos internacionais sobre a matéria.¹⁴⁴

As pessoas consideradas refugiadas estão em situação semelhante aos cidadãos do Estado receptor no que diz respeito ao direito de escolher seu local de residência, bem como outros Direitos Humanos (como o direito à igualdade de acesso à educação, ao trabalho, à seguridade social e à justiça). Em particular, o Estado de acolhimento é responsável por protegê-las de perseguições e por não expulsá-las ou

139 Convenção sobre o estatuto dos refugiados, artigo 1.2.

140 A Convenção sobre o estatuto dos refugiados prevê certos casos em que uma pessoa não recebe o status de refugiado. Portanto, se a pessoa “cometeu um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, conforme definido nos instrumentos internacionais preparados para adotar disposições relativas a esse crime”, o Estado pode negar-lhe o status de refugiado. (art. 10. E.).

141 Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, artigos 1 e 2. Nesse sentido, “o Direito Internacional dos Refugiados se aplica somente a pessoas reconhecidas como refugiadas e, em alguns casos, àquelas que buscam asilo. [...] Com o auge da migração para países ricos e industrializados e com o aumento da xenofobia nas últimas décadas, a disposição desses países em aceitar imigrantes e refugiados diminuiu drasticamente. Como resultado, as leis de imigração e de estrangeiros tornaram-se ainda mais estritas, e as leis sobre refugiados e asilo também acabaram substancialmente afetadas. Como a emigração foi prejudicada, as pessoas que deixaram seus países principalmente por necessidades econômicas ou sociais (chamadas de ‘refugiados econômicos’) também aproveitaram os procedimentos de asilo. Isso implicou que as leis de asilo fossem aplicadas para reconhecer como refugiados. O aumento das restrições atraiu o crime organizado ou, mais especificamente, o tráfico de seres humanos organizado, o que implica a enorme capitalização da miséria das pessoas perseguidas. Como resultado, apenas um pequeno número de pessoas perseguidas e refugiados no mundo é verdadeiramente protegido pela lei internacional dos refugiados.” Nowak, M., *op. cit.*, p. 62.

142 O Manual de Procedimentos e Critérios para Determinação do Estatuto de Refugiado, de acordo com a Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967, indica que a expressão “fundado temor” contém um elemento subjetivo e um objetivo, que devem ser considerados no momento de verificar se existem “fundados temores”. Assim, “dada a importância que a definição atribui ao elemento subjetivo, uma avaliação da credibilidade das declarações é indispensável quando o caso não for suficientemente claro a partir dos fatos já registrados. Deve-se considerar os antecedentes pessoais e familiares do solicitante, a sua relação com certo grupo racial, religioso, nacional, social ou político, a sua própria interpretação da situação e a sua experiência pessoal – em outras palavras, tudo o que possa indicar que o motivo determinante para o seu pedido é o temor, que deve ser razoável. Contudo, um temor exagerado pode ser fundado quando for justificado diante de todas as circunstâncias do caso”. (§ 41). Neste sentido, *ver* O’Donnell, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* [...], 2004, *op. cit.*, pp. 598-623.

143 Corte IDH. Parecer Consultivo. OC-21/14., *op. cit.*, § 37.

144 *Ibidem*.

devolvê-las ao Estado em que foram perseguidas (o princípio de *non-refoulement* acima mencionado), bem como por prestar apoio social e assistência para a sua integração, se necessário.¹⁴⁵

Em suma, o conceito de asilo, *strictu sensu*, está intimamente ligado ao delito político, enquanto o conceito de refugiado é mais amplo.¹⁴⁶ Embora ambas as noções sejam geralmente usadas como sinônimos, algumas diferenças devem ser notadas. Asilo é uma instituição política através da qual uma pessoa perseguida por motivos políticos ou crimes cuja vida, liberdade ou integridade física esteja em perigo dentro de um Estado (denominado territorial) é removida dele por um ato unilateral de outro Estado (denominado requerente de asilo), a fim de evitar a ação coerciva dos órgãos repressivos do Estado territorial ou a materialização de atos de violência coletiva contra essa pessoa.¹⁴⁷

Por sua vez, o refúgio é a instituição de caráter humanitário através da qual uma pessoa abandona o país do qual é nacional por motivos de temor fundado de ser perseguida não só por razões políticas, mas também por considerar que razões de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um determinado grupo social ou opiniões políticas a impossibilita de retornar ao seu país porque sua vida e integridade física estão em perigo.¹⁴⁸

A Corte IDH afirmou o direito dos requerentes de asilo à revisão judicial ou administrativa da decisão de rejeição de seu pedido e de reabrir o processo à luz de novos fatos ou provas.¹⁴⁹ Neste sentido, o *Relatório sobre a situação dos solicitantes de asilo no sistema canadense de determinação à condição de refugiado*, enfatiza o direito do requerente de ser ouvido vinculado ao devido processo:

[...] embora o direito de asilo consagrado no artigo XXVII não implique qualquer garantia de que será concedido, *requer necessariamente que o requerente seja ouvido ao apresentar a solicitação*. O direito de ser ouvido está vinculado ao princípio do respeito ao devido processo que está subjacente a várias disposições da D[ADH], mais pertinentes aos artigos II (proteção igualitária), XVII (reconhecimento da personalidade jurídica e dos direitos civis), XVIII (direito à justiça) e XXVI (direito ao processo regular). Embora o direito de ser ouvido na apresentação de uma reclamação não pressupõe necessariamente a aplicação da mesma gama de garantias processuais que se aplicariam, por exemplo, num processo penal, requer-se que a pessoa em questão receba as garantias mínimas necessárias para apresentar efetivamente sua reclamação [...].¹⁵⁰

5.3.3 Direito de não devolução

O direito de não devolução está consagrado no artigo 22.8. da CADH, que estabelece que:

145 Nowak, M., *op. cit.*, p. 62.

146 O'Donnell, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* [...], 2004, *op. cit.*, pp. 599-601.

147 Ver Franco, L. (coord.), *op. cit.*, pp. 32 e ss.

148 O escritório do ACNUR insistiu no “enfoque dos quatro ‘erres’ (repatriação, reintegração, reabilitação e reconstrução) em relação ao retorno sustentável [...]”. ACNUR. Resolução n.º 61/137, 25 de janeiro de 2007, § 17.

149 Nesse sentido, ver CIDH. Relatório sobre a *situação dos Direitos Humanos dos solicitantes de asilo no marco do sistema canadense de determinação da condição de refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev., 28 de fevereiro de 2000. Neste relatório, a CIDH “recomenda que se considere mais cuidadosamente (1) o estabelecimento dos procedimentos necessários para permitir que petionários a quem foi negado o status de refugiado apresente informações obtidas posteriormente que sejam relevantes para sua situação de risco e (2) garantir que os petionários rejeitados tenham acesso a uma revisão da decisão original sobre o mérito do caso, seja por meios administrativos ou judiciais” (§ 110). Além disso, a CIDH “considera que permitir que o processo de determinação seja reaberto antes da CRDD com base em novos fatos ou evidências que considerem atingir um limite razoável de relevância não seria apenas consistente com a intenção do processo existente, também forneceria uma salvaguarda importante para identificar refugiados legítimos e garantir o direito de não serem devolvidos.” (§ 73).

150 *Ibidem*, § 60. “Mulheres e meninas deslocadas à força podem ser expostas a problemas específicos de proteção relacionados ao seu gênero, posição cultural e socioeconômica e status legal, que podem ser menos propensos a homens ou meninos a exercer seus direitos e que, portanto, pode ser necessário adotar medidas específicas em favor de mulheres e meninas, para que elas possam usufruir de proteção e assistência em pé de igualdade [...]”. ACNUR. Resolução n.º 61/137, 25 de janeiro de 2007, § 14.

Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

É possível distinguir o alcance dado pela CADH ao princípio de não devolução, que beneficia todos os estrangeiros, daquele regido pela Convenção sobre o estatuto dos refugiados que limita este princípio apenas às pessoas consideradas como refugiados.¹⁵¹ A importância está no fato de que a C[ADH] pode proteger as pessoas que, quando preenchem os requisitos para ser refugiado, não são formalmente reconhecidas como tal; também protege as pessoas que não são refugiadas porque podem regressar ao seu país de origem sem perigo, e estão em risco de perseguição no caso de expulsão para um terceiro país. Ao mesmo tempo, protege as pessoas que preenchem as condições para serem reconhecidas como refugiados, mas que são excluídas da proteção da Convenção sobre o estatuto do refugiado, como resultado de alguma das cláusulas de exclusão.¹⁵²

Por sua vez, a Convenção contra a Tortura também aborda o assunto em seu artigo 3, que estipula:

1. Nenhum Estado Parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida a tortura.
2. A fim de determinar a existência de tais razões, as autoridades competentes levarão em conta todas as considerações pertinentes, inclusive, quando for o caso, a existência, no Estado em questão, de um quadro de violações sistemáticas, graves e maciças de Direitos Humanos.

A CIPPT, no artigo 13, observa:

[...] Não se concederá a extradição nem se procederá à devolução da pessoa requerida quando houver suspeita fundada de que corre perigo sua vida, de que será submetida à tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante, ou de que será julgada por tribunais de exceção ou ad hoc, no Estado requerente..

Esses instrumentos sobre tortura dispensam a exigência de perseguição, como se observa. Assim, a simples exigência de um risco de tortura é suficiente para a aplicação da proibição acima mencionada.¹⁵³

Por outro lado, tanto a Convenção de 1951 quanto a Declaração sobre asilo territorial preveem exceções ao princípio de não devolução e/ou condicionam sua aplicação ao cumprimento de certos requisitos. Especificamente, a Convenção sobre o estatuto dos refugiados estabelece no artigo 33 que:

1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.
2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país.

Por sua vez, a Declaração sobre asilo territorial estabelece que “poderá haver exceções ao princípio anterior apenas por razões fundamentais de segurança nacional ou para salvaguardar a população,

151 “[...] No SIDH, o princípio da não devolução é mais amplo em seu significado e alcance e, em virtude da complementaridade que atua na aplicação do Direito Internacional dos Refugiados e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a proibição da devolução é a pedra angular da proteção internacional para refugiados e asilados e requerentes de asilo. Esse princípio também constitui norma consuetudinária do Direito Internacional e é reforçado, no sistema interamericano, pelo reconhecimento do direito de solicitar e receber asilo”. Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPMRC. 2013, § 151.

152 O’Donnell, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. 2004, *op. cit.*, pp. 228-232.

153 O’Donnell, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* [...], 2004, *op. cit.*, pp. 616-618. Da mesma forma, sobre o direito à integridade pessoal e o princípio da não devolução, ver o comentário ao artigo 5 de Nash.

como no caso de uma afluência em massa de pessoas”; a declaração acrescenta, então, que quando uma exceção for justificada, o Estado “considerará a possibilidade de conceder à pessoa interessada, nas condições que julgue conveniente, uma oportunidade sob a forma de asilo provisório ou de outro modo, a fim de que possa ir para outro Estado” e assim permitir que as pessoas afetadas encontrem asilo em um terceiro Estado.¹⁵⁴

É importante notar que os tratados mencionados sobre a proibição da tortura não reconhecem qualquer exceção ao princípio em questão.

A Corte IDH considerou que, frente a determinadas situações em que as autoridades migratórias tomam decisões que afetam direitos fundamentais (como a liberdade pessoal) em processos como a expulsão ou deportação de estrangeiros, o Estado não pode emitir atos administrativos ou judiciais de punição sem respeitar certas garantias mínimas.¹⁵⁵

Nesse sentido, acrescentou que o *corpus juris* internacional aplicável aos migrantes deriva do direito de qualquer pessoa estrangeira - não apenas os requerentes de asilo ou refugiados - de não serem indevidamente devolvidos quando sua vida, integridade e/ou liberdade estiverem em risco, independentemente de seu estatuto legal ou condição migratória no país em que se encontram.¹⁵⁶ A Corte IDH também sustentou que,

[...] uma vez declarado por um Estado, o estatuto de refugiado protege uma pessoa que foi reconhecida além das fronteiras desse Estado, de modo que outros Estados em que essa pessoa entra devem levar essa condição em consideração ao tomar quaisquer medidas relacionadas à migração a seu respeito.¹⁵⁷

Da mesma forma, estabeleceu que “[a]ntes de realizar uma devolução, os Estados devem assegurar que a pessoa requerente de asilo possa ter acesso à proteção internacional adequada através de

154 Declaração sobre asilo territorial, artigo 3. O Comitê DHONU reconhece o princípio de que todo Estado tem a obrigação de não devolver ou entregar qualquer pessoa a um país em circunstâncias tais que o resultado seja um risco efetivo de que seus direitos, em virtude do Pacto, sejam violados em outra jurisdição. Da mesma forma, ver Comitê DHONU. *Caso Kindler vs. Canadá*, Comunicação n.º 470/1991, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1991, 1993, § 13. O’Donnell, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. 2004, *op cit.*, pp. 616-623.

155 Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPFRC. 2013, § 132. Sobre as garantias mínimas nos processos de expulsão ou deportação, ver § 133 da mesma sentença. “Em atenção às necessidades especiais de proteção de pessoas e grupos migrantes, este Tribunal interpreta e dá conteúdo aos direitos que a C[ADH] lhes reconhece, de acordo com a evolução do *corpus juris* internacional aplicável aos Direitos Humanos das pessoas migrantes. O anterior não significa que nenhuma ação possa ser iniciada contra migrantes que não cumpram o ordenamento jurídico estatal, mas que, ao adotar as medidas que correspondam, os Estados devem respeitar seus Direitos Humanos, cumprindo sua obrigação de garantir seu exercício e gozo a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição, sem discriminação nenhuma pela sua permanência regular ou irregular, nacionalidade, raça, gênero ou qualquer outra causa. O anterior é ainda mais relevante, se levar-se em consideração que no âmbito do Direito internacional foram desenvolvidos certos limites à aplicação das políticas migratórias que impõem, em procedimentos de expulsão ou deportação de estrangeiros, um apego estrito às garantias do devido processo, proteção judicial e respeito a dignidade humana, qualquer que seja a condição jurídica ou o status migratório do migrante”. *Ibidem*, § 129. Em sentido semelhante, Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03, *op cit.*, §§ 118 e 119. No caso *Vélez Loor vs. Panamá*, a Corte IDH considerou que: “[...] em procedimentos administrativos ou judiciais nos quais se possa adotar uma decisão que implique deportação, expulsão ou privação de liberdade, a prestação de um serviço público gratuito de defesa jurídica é necessária para evitar a violação do direito às garantias do devido processo. Com efeito, em casos como o presente, em que a consequência do processo migratório podia ser uma privação da liberdade de caráter punitivo, a assistência jurídica gratuita se torna um imperativo do interesse da justiça”. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, § 146.

156 Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPMRC. 2013, § 135.

157 No *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolívia*, a Corte IDH observou que “no caso de um requerente de refúgio que receba proteção, outros membros da família, principalmente crianças, podem receber o mesmo tratamento ou se beneficiar desse reconhecimento, de acordo com o princípio da unidade familiar.” Acrescentou-se que: “[...] Neste procedimento para determinar a condição de refugiado, os familiares do requerente podem eventualmente ser ouvidos, mesmo que haja crianças entre eles. Em cada caso, cabe às autoridades avaliar a necessidade de ouvi-los, dependendo do que for indicado na solicitação [...]”. Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPMRC. 2013, § 225.

procedimentos de asilo justos e eficientes no país para o qual seria expulsa”; e, além disso, têm a obrigação de não retornar ou expulsar um requerente de asilo para onde haja a possibilidade de sofrer um risco de perseguição, ou para um Estado do qual poderia ser repatriado para o país onde sofreria tal risco (devolução indireta).¹⁵⁸

A Corte IDH considerou que o direito de buscar e receber asilo, e não ser devolvido em tais circunstâncias, garante que a pessoa que busca a condição de refugiado será ouvida pelo Estado com as garantias mínimas de um processo justo que deve ser salvaguardado em processos de natureza migratória, em processos relacionados a um pedido de reconhecimento do estatuto do refugiado ou, quando apropriado, que possa levar à expulsão ou deportação de um requerente desse status ou de um refugiado.¹⁵⁹

Finalmente, a CIDH entendeu a obrigação de respeitar o princípio de não devolução como “a obrigação suprema dos Estados” em relação aos refugiados e requerentes de asilo.¹⁶⁰

Em última análise, os Estados devem se abster de retornar essas pessoas ao país do qual fugiram ou a qualquer outro país em relação ao qual existam receios fundados de perigo para suas vidas ou para sua integridade pessoal.

Agora, uma questão que merece consideração especial é a das crianças no contexto da migração.

A Corte IDH, no parecer consultivo sobre os *direitos e garantias das crianças no contexto da migração e/ou com necessidade de proteção internacional*, analisou os deveres do Estado em relação ao direito de buscar e receber asilo para crianças.¹⁶¹ Neste parecer, a Corte IDH sustentou que esses direitos incluem, entre outros: permitir que a criança peça asilo ou condição de refugiado, razão pela qual não pode ser rejeitada na fronteira sem uma análise adequada e individualizada de seus pedidos com as devidas garantias através de um procedimento respectivo; não devolver a criança a um país onde ela possa sofrer um risco aos seus direitos (sua vida, sua liberdade,¹⁶² sua segurança ou integridade), ou

158 *Ibidem*, § 153.

159 *Ibidem*, §§ 154-155. Nessa mesma sentença, a Corte IDH estabeleceu que: “[...] todo procedimento relacionado à determinação da condição de refugiado de uma pessoa implica uma avaliação e decisão sobre o possível risco de afetar seus direitos mais básicos, como a vida, a integridade e a liberdade pessoal Assim, mesmo que os Estados possam determinar os procedimentos e autoridades responsáveis por efetivar esse direito, na aplicação dos princípios de não discriminação e devido processo legal, são necessários procedimentos previsíveis, bem como coerência e objetividade na tomada de decisão em cada etapa do procedimento para evitar decisões arbitrárias.” *Ibidem*, § 157.

160 CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, *op. cit.*, § 24. Em 2011, a CIDH tratou do caso de *John Doe e outros vs Canadá*, no qual analisou as práticas atuais de devolução direta e seu impacto no devido processo legal, bem como no princípio de *non refoulement*. CIDH. Informe n.º 78/11, *Caso John Doe vs. Canadá*, Caso 12.586, Mérito, 21 de julho de 2011.

161 Para uma análise exaustivo do parecer consultivo, ver Beloff, M., *op. cit.*

162 O Relator Especial sobre tortura e outros tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes sustentou que: “[a]s crianças privadas de liberdade correm maior risco de serem sujeitas a violência, abuso e atos de tortura ou tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante. Inclusive períodos muito breves de privação da liberdade podem minar o bem-estar psicológico e físico da criança e por em perigo seu desenvolvimento cognitivo. Crianças privadas de liberdade correm maior risco de depressão e ansiedade e geralmente apresentam sintomas de estresse pós-traumático [...]”. Conselho DHONU. Relatório do Relator Especial sobre a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, A/HRC/28/68, 5 de março de 2015, § 16. Conselho DHONU. Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos migrantes, A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, §§ 38-41. O TEDH sustentou que a privação da liberdade das crianças migrantes, mesmo que por pouco tempo, viola a proibição de tortura e maus-tratos. No caso *Popov vs. França* considerou que o princípio do interesse superior da criança exige que as autoridades façam todo o possível para limitar a detenção de famílias com crianças pequenas, bem como proteger seu direito ao respeito pela vida familiar. Dessa forma, concluiu que a prisão dos demandantes em um centro de detenção por duas semanas implicava uma medida desproporcional e uma interferência no direito ao respeito pela vida familiar, violando os artigos 3 (Proibição da tortura); 5.1 e 5.4. (Direito à liberdade e segurança); e 8 (direito ao respeito pela vida privada e familiar) da CEDH. TEDH. *Caso Popov vs. França*, Sentença n.º 39472/07 e 39474/07, de 19 de janeiro de 2012. No caso *Rahimi vs. Grécia*, o TEDH considerou que as condições de prisão do solicitante em um centro de detenção e a falha das autoridades em cuidar dele, como menor não acompanhado, constituíam tratamento degradante, violando o artigo 3 (Proibição de tortura); 13 (direito a um recurso efetivo); e 5.1.f) e 5.4. (Direito à liberdade e segurança).

para um terceiro país do qual possam posteriormente ser devolvidas ao Estado onde estão em risco; e, além disso, para conceder proteção internacional onde a criança se qualifica para esta e beneficiar com esse reconhecimento a outros membros da família, tendo em vista o princípio da unidade familiar.¹⁶³

Devido às várias razões pelas quais as crianças se mudam de seu país de origem, é necessário diferenciar entre aqueles que migram em busca de oportunidades para melhorar seu padrão de vida, e aqueles que necessitam de alguma forma de proteção internacional (por exemplo, os requerentes de asilo ou refugiados). Para tanto, os Estados, a fim de proporcionar-lhes um tratamento adequado e individualizado, devem identificar cada situação através de uma avaliação inicial com garantias de segurança e privacidade, realizada por profissionais competentes e formados em técnicas de entrevistas que levem em conta a idade e o gênero.¹⁶⁴ Da mesma forma:

as autoridades fronteiriças não devem impedir o ingresso de crianças estrangeiras ao território nacional, ainda quando se encontrem sozinhas, não devem exigir documentação que não podem ter e devem encaminhá-las imediatamente ao pessoal que possa avaliar suas necessidades de proteção, a partir de um enfoque no qual prevaleça sua condição de crianças.¹⁶⁵

A Corte IDH observou que o procedimento deve visar os seguintes objetivos:¹⁶⁶ 1. tratamento adequado à condição da criança e, em caso de dúvida quanto à idade, avaliação e determinação da mesma;¹⁶⁷ 2. determinação se a criança está desacompanhada ou separada;¹⁶⁸ 3. determinação da nacionalidade da criança ou, se for o caso, da sua condição de apatridia¹⁶⁹ 4. a obtenção de informações sobre os motivos da saída do país de origem, sobre a separação familiar, se for o caso, sobre as vulnerabilidades da criança e sobre quaisquer outros elementos que demonstrem ou neguem a necessidade da criança de qualquer forma de proteção internacional,¹⁷⁰ e 5. adoção, quando necessária e apropriada no interesse superior da criança, de medidas especiais de proteção.¹⁷¹

No caso da *Família Pacheco Tineo vs. Bolívia*, o referido tribunal considerou que o direito das crianças de expressar suas opiniões e de participar também é importante no contexto dos procedimentos de asilo, cujos alcances podem depender do fato de a criança ser ou não requerente, de estar ou não acompanhada e/ou separada dos membros de sua família.¹⁷²

Ainda indicou que quando são requerentes da condição de refugiado:

ECHR. *Rahimi vs. Grécia*, Sentença n.º 8687/08, de 5 de julho de 2011. Finalmente, no caso de *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga vs. Bélgica*, o TEDH também concluiu que a detenção de uma menina por dois meses em um centro para adultos, sem a companhia de seus pais, a colocou em uma situação de extrema vulnerabilidade e constituiu tratamento desumano, além disso, as autoridades não prestaram assistência adequada antes e durante a deportação, além da angústia e ansiedade da mãe em decorrência da prisão de sua filha, que constituiu violação dos artigos 3 (proibição da tortura); 5 (direito à liberdade e segurança); e 8 (Direito ao respeito pela vida privada e familiar). TEDH. *Caso Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga vs. Bélgica*. Sentença n.º 13178/03, de 12 de outubro de 2006.

163 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, *op. cit.*, § 81.

164 *Ibidem*, § 82. Nesse mesmo parecer consultivo, a Corte IDH indica que “garantias processuais mínimas em conformidade com os princípios do interesse superior da criança e sua proteção integral, os quais incluem, mas sem estar a elas limitadas, as seguintes: que a entrevista se realize em um idioma que a criança possa compreender; que seja centrado na criança, sensível ao gênero e assegure sua participação; que a análise leve em consideração a segurança e a possível reunificação familiar; que reconheça a cultura da criança e considere sua rejeição a se manifestar na presença de adultos ou familiares; que forneça um intérprete caso seja necessário; que conte com pessoal altamente qualificado para lidar com crianças e facilidades adequadas; que forneça assessoria jurídica caso seja requerida; que ofereça informação clara e compreensível sobre os direitos e obrigações da criança e sobre a continuação do procedimento”. *Ibidem*, § 85.

165 *Ibidem*, § 83.

166 *Ibidem*, § 86.

167 *Ibidem*, § 88.

168 *Ibidem*, § 89-83.

169 *Ibidem*, § 94-96.

170 *Ibidem*, §§ 97-102.

171 *Ibidem*, §§ 103-107.

172 Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPFRC. 2013, §§ 219 e 223.

[...] as crianças devem gozar de garantias processuais específicas e probatórias para assegurar que [sejam tomadas decisões justas] na determinação dos seus pedidos de obtenção da condição de refugiado, o que requer o desenvolvimento e integração de procedimentos apropriados e seguros para as crianças e um ambiente que construa a sua confiança em todas as fases do processo de asilo.¹⁷³

Finalmente, no já citado parecer consultivo sobre os *direitos e garantias das crianças no contexto da migração e/ou com necessidade de proteção internacional*, a Corte IDH sustentou que os Estados estão proibidos de retornar, expulsar, deportar, retornar, recusar na fronteira ou não admitir, ou de qualquer forma transferir ou remover uma criança para um Estado quando sua vida estiver em perigo, a segurança e/ou a liberdade estejam em risco de violação devido, entre outros motivos, a perseguição ou ameaça de perseguição, violência generalizada ou violações em massa dos Direitos Humanos, bem como quando exista o risco de tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ou para um terceiro Estado do qual possa ser enviado para um Estado onde possa correr tais riscos.¹⁷⁴

5.4 Restrição da liberdade de circulação, residir e deixar o território

Tanto a CADH, a DUDH, o PIDCP e a DADDH consagram o direito de permanecer em seu país de nacionalidade, de não ser expulso dele e de retornar ao seu território.¹⁷⁵ No entanto, há uma diferença entre os citados instrumentos: os documentos universais protegem o indivíduo contra a privação arbitrária desses direitos, enquanto os documentos regionais proporcionam essa proteção de forma absoluta.

Excepcionalmente, os direitos de circular, residir e sair do território podem ser restringidos. Essas restrições devem ser contempladas por uma lei que regulamente as condições em que podem ser limitadas e devem ser necessárias em uma sociedade democrática para proteger determinados propósitos. Tais restrições são geralmente baseadas em razões de ordem pública, para proteger a segurança nacional, a saúde pública ou a moral e os direitos e liberdades de terceiros (art. 12.3 do PIDCP).¹⁷⁶ Assim, o artigo 13 do PIDCP reflete uma ideia semelhante à estabelecida na CADH:

Um estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte do presente Pacto só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei e, a menos que razões imperativas de segurança nacional a isso se oponham, *terá a possibilidade de expor as razões que militem contra sua expulsão e de ter seu caso reexaminado pelas autoridades competentes*, ou por uma ou varias pessoas especialmente designadas pelas referidas autoridades, e de fazer-se representar com esse objetivo. (grifo nosso).

Em suma, conforme indicado, as restrições ao exercício dos Direitos Humanos devem ser estabelecidas de acordo com determinados requisitos.¹⁷⁷

173 *Ibidem*, § 224.

174 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, *op. cit.*, §§ 207-242.

175 Nesse sentido, a DUDH estabelece, no artigo 29.2., que “[...] No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.” Por sua vez, o CADH no artigo 32.2. assinala que: “Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.”

176 A CADH proíbe expressamente a expulsão coletiva de estrangeiros no artigo 22.9. Da mesma forma, a CIDH declarou: “[...] sua grave preocupação com as expulsões coletivas do Suriname de nacionais da Guiana. A CIDH conclui que esta operação foi realizada de maneira brutal e insensível. Essa expulsão foi motivo de considerável preocupação internacional e constitui uma violação dos padrões internacionais em relação ao tratamento adequado de estrangeiros no território nacional de um Estado”. CIDH. Segundo relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Suriname, 1985, p. 73.

177 Sobre as restrições autorizadas aos Direitos Humanos, *ver* Faúndez Ledesma, H., *op. cit.*

6. Conclusão

O direito à nacionalidade forma o “núcleo duro” dos direitos da CADH, pois é um pré-requisito para o gozo de muitos outros direitos. Tem sido reconhecido gradualmente e com nuances e alcances diferentes pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, tanto nas normas do sistema de proteção universal quanto nas normas do sistema regional. As regras do sistema regional, em particular o artigo 20 da CADH, oferecem maior proteção a este direito, como este comentário procurou demonstrar.

A Corte IDH entendeu que a importância da nacionalidade reside no fato de que ela permite ao indivíduo adquirir e exercer os direitos e responsabilidades que definem o pertencimento a uma comunidade estatal.¹⁷⁸ No caso emblemático das *Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*, reiterou o que foi sustentado pela Corte Internacional de Justiça no *Caso Nottebohm* acima mencionado, que, como tal, “a nacionalidade é a expressão jurídica de um fato social de conexão de um indivíduo a um Estado”.¹⁷⁹

Os Estados têm a obrigação de assegurar que o direito à nacionalidade seja usufruído por todas as pessoas sem qualquer tipo de discriminação, e que nenhuma pessoa seja restringida ou privada de sua nacionalidade por motivos discriminatórios.

Todas as crianças têm o direito de adquirir uma nacionalidade. As normas internacionais estabelecem que uma criança nascida no território de um Estado ou nascida no exterior, se um dos pais tiver a nacionalidade desse Estado, adquirirá a nacionalidade desse Estado, caso contrário seria apátrida.

Embora os termos sejam frequentemente confundidos, o conceito de nacionalidade deve ser distinguido do de cidadania. A nacionalidade é composta por três elementos: o direito de adquirir uma nacionalidade, o direito de não ser arbitrariamente privado dela, e o direito de mudá-la. Em princípio, a aquisição e perda da nacionalidade é definida pelos próprios Estados de acordo com sua legislação interna; entretanto, o exercício e o respeito à condição de nacionalidade ocorre no âmbito do reconhecimento por outros Estados e da coerência com tratados internacionais, costumes internacionais e princípios geralmente reconhecidos em relação à nacionalidade.

O direito de uma pessoa de não ser privada de sua nacionalidade não é absoluto; mas o que é expressamente proibido é a privação arbitrária da nacionalidade. Consequentemente, a nacionalidade pode ser perdida em determinados supostos estritamente regulamentados. Nos casos em que a perda da nacionalidade retira a pessoa da proteção de um Estado sem ser substituída pela proteção de outro ou outros, surge a condição de apátrida e coloca a pessoa em uma situação de extrema vulnerabilidade.

As relações da nacionalidade com outros direitos são diversas e complexas. Em particular, o direito à nacionalidade está intimamente ligado à liberdade de circulação e ao direito de residência e de sair do território.

O reconhecimento efetivo e amplo da nacionalidade, bem como a existência de mecanismos de reparação para situações em que tenha sido violada constituem requisitos essenciais do Estado de Direito.

178 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84, *op. cit.*, § 35.

179 Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, [Mérito, Reparações e Custas] 2005, § 136.

Artigo 21. Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. Mérito. Sentença de 29 de setembro de 1999. Série C n.º 56. Doravante: Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. M. 1999.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C n.º 74. Doravante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C n.º 79. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Exceções Preliminares. Sentença de 7 de setembro de 2001. Série C n.º 85. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2002. Série C n.º 97. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. MRC. 2002.

Corte IDH. *Caso “Cinco Aposentados” vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C n.º 98. Doravante: Corte IDH. *Caso “Cinco Aposentados” vs. Peru*. MRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C n.º 107. Doravante: Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPMRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C n.º 111. Doravante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. MRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. Exceções Preliminares. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C n.º 114. Doravante: Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPMRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparações. Sentença de 19 de novembro de 2004. Série C n.º 116. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. R. 2004.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C n.º 124. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C n.º 125. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C n.º 135. Doravante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de fevereiro de 2006. Série C n.º 142. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Interpretação da Sentença de MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de fevereiro de 2006. Série C n.º 144. Doravante: Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. EPMRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C n.º 146. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. Sentença de 1 de julho de 2006. Série C n.º 148. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C n.º 165. Doravante: Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. MRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C n.º 170. Doravante: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPMRC. 2007.

Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C n.º 172. Doravante: Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. Exceção Preliminar e Mérito. Sentença de 6 de maio de 2008. Série C n.º 179. Doravante: Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPF. 2008.

Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C n.º 185. Doravante: Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Interpretação da Sentença de EPMRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C n.º 195. Doravante: Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de julho de 2009. Série C n.º 198. Doravante: Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Exceção Preliminar. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C n.º 211. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C n.º 212. Doravante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C n.º 214. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. Reparações e Custas. Sentença de 3 de março de 2011. Série C n.º 222. Doravante: Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. RC. 2011.

Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. Mérito e Reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C n.º 245. Doravante: Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C n.º 246. Doravante: Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. Mérito e Reparações. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C n.º 249. Doravante: Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. MR. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C n.º 250. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C n.º 252. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 30 de novembro de 2012. Série C n.º 259. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPFR. 2012.

Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de agosto de 2013. Série C n.º 265. Doravante: Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso das comunidades afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Génesis) vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2013. Série C n.º 270. Doravante: Corte IDH. *Caso Operação Génesis vs. Colômbia*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C n.º 284. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de junho de 2015. Série C n.º 293. Doravante: Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C n.º 299. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bár-*

bara vs. Peru. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de outubro de 2015. Série C n.º 304. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de outubro de 2015. Série C n.º 305. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2015. Serie C n.º 309. Doravante: Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. MRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C n.º 340. Doravante: Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPMRC. 2017.

Pareceres consultivos

Corte IDH. O registro profissional obrigatório de jornalistas (*Arts. 13 e 29 Convenção Americana sobre Direitos Humanos*). Parecer Consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A n.º 5. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. O registro profissional obrigatório de jornalistas. 1985.

Corte IDH. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A n.º 6. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1986.

Corte IDH. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A n.º 18. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003.

Resoluções e decisões

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 08 fevereiro de 2008.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 8 de fevereiro de 2008.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 3 de abril de 2009.

Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Peru*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 24 de novembro de 2009.

Corte IDH. *Caso Quatro Comunidades Indígenas Ngöbe e seus Membros*. Solicitação de Medidas Provisórias em relação à República do Panamá. Resolução de 28 de maio de 2010.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Documentos e resoluções

CIDH. *Caso Comunidade San Vicente los Cimientos vs. Guatemala*, Solução Amistosa, 2003.

CIDH. *Acesso à Justiça e Inclusão Social: O caminho para o fortalecimento da democracia na Bolívia*. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 34, 28 de junho de 2007.

Relatórios

CIDH. Relatório n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Peru*, 1991. Caso 10.169. Relatório Anual 1990-1991.

CIDH. Relatório n.º 47/97, *Caso Tabacalera Boquerón vs. Paraguai*. Relatório Anual 1997.

CIDH. Relatório n.º 39/99, *Caso Mevopal S. A. vs. Argentina*. Relatório Anual 1999.

CIDH. Relatório n.º 103/99, *Caso Bernard Merens e Família vs. Argentina*, 27 de setembro de 1999.

CIDH. Relatório n.º 67/01, *Caso Tomás Enrique Carvallo Quintana vs. Argentina*, 14 de junho de 2001.

CIDH. Relatório n.º 75/02, *Caso Mary e Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, 27 de dezembro de 2002.

CIDH. Relatório n.º 92/03, *Caso Eñías Santana e outros vs. Venezuela*. Relatório Anual de 2003.

CIDH. Relatório n.º 40/04, *Caso Comunidades Indígenas Mayas do Distrito de Toledo vs. Belice*, Mérito. Caso 12.052, 12 de outubro de 2004.

CIDH. Relatório n.º 58/09, *Caso Povo Indígena Kuna de Madungandi e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*, Petição n.º 12.354, Admissibilidade, 21 de abril de 2009.

CIDH. Relatório n.º 75/09, *Caso Comunidades Indígenas Ngöbe e seus membros no Valle do Rio Changuinola vs. Panamá*, Petição n.º 286-08, Admissibilidade, 5 de agosto de 2009.

CIDH. Relatório n.º 98/09, *Caso Povo indígena Xucurú vs. Brasil*, Petição n.º 4355/02, Admissibilidade, 29 de outubro de 2009 (delimitação).

CIDH. Relatório n.º 105/09, *Caso Grupo de Tratado Hul'qumi'num vs. Canadá*, Petição n.º 592/07, Admissibilidade, 30 de outubro de 2009.

CIDH. Relatório n.º 141/09, *Caso Comunidade Agrícola Diaguita de los Huascoltinos e seus membros vs. Chile*, Petição n.º 415/07, Admissibilidade, 30 de dezembro de 2009.

CIDH. *Relatório sobre os Direitos dos Povos Indígenas e Tribais sobre suas Terras Ancestrais e Recursos Naturais*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de dezembro de 2009, publicado em 2011.

CIDH. Relatório Anual 2009. Volume II: Relatório Anual da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Capítulo IV, Parágrafo 2, Acesso à informação e direito à consulta dos povos indígenas.

CIDH. Relatório n.º 63/10, *Caso Comunidade Garífuna Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*, Petição n.º 1119/03, Admissibilidade, 24 de março de 2010.

CIDH. Relatório n.º 79/10, *Caso Asociación de jubilados petroleros del Peru, Área Metropolitana de Lima e Callao vs. Peru*, Petição n.º 12.119, Inadmissibilidade, 12 de julho de 2010.

CIDH. Relatório n.º 125/10, *Caso Povos Indígenas de Raposa Serra do Sol vs. Brasil*, Petição n.º 250/04, Admissibilidade, 23 de outubro de 2010.

CIDH. Relatório n.º 144/10, *Caso Vizinhos da Aldeia Chichupac e Caserio Xeabaj do Município de Rabinal vs. Guatemala*, Petição n.º 1579/07, Admissibilidade, 1 de novembro de 2010.

CIDH. Relatório n.º 72/11, *Caso William Gómez Vargas vs. Costa Rica*, Petição n.º 1164-05, 31 de março de 2011.

Medidas cautelares

CIDH. MC n.º 260/07. *Caso Comunidades do Povo Maya (Sipakapense e Mam) dos municípios de Sipacapa e San Miguel Itahuacán no Departamento de San Marcos vs. Guatemala*.

CIDH. MC n.º 269/08. *Caso Membros da Comunidade Lof Paichil Antriao do Povo Indígena Mapuche*.

CIDH. MC n.º 382/10. *Caso Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, vs. Brasil*.

CIDH. MC n.º 61/11. *Caso Membros do povo indígena Awá dos departamentos de Nariño e Putumayo vs. Colômbia*.

CIDH. MC n.º 105/11. *Caso Comunidades dos povos Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano vs. Panamá*.

Documentos adotados por organizações internacionais

Organização dos Estados Americanos

OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

OEA. Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Aprovada na segunda sessão plenária celebrada em 14 de junho de 2016, AG/RES.2888 (XLVI-O/16).

Organização Internacional do Trabalho

OIT. Convenção n.º 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes. Adotada em 27 de junho de 1989, entrada em vigor em 5 de setembro de 1991.

Organização das Nações Unidas

ONU. Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial. Recomendação geral n.º 23 sobre o direito dos povos indígenas. 51ª sessão, 22 de agosto de 1997.

ONU. Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Aprovada pela Assembleia Geral em 13 de setembro de 2007. A/RES/61/295.

ONU. Relatório do relator especial sobre a situação dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais dos indígenas, James Anaya. A/HRC/15/37, 19 de julho de 2010.

Conselho DHONU. Relatório do representante especial do Secretário-Geral para a questão dos Direitos Humanos e as empresas transnacionais e outras empresas, John Ruggie. A/HRC/14/27, 9 de abril de 2010.

Referências acadêmicas

ANTKOWIAK, T. “Moiwana Village vs. Suriname: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights”, em *Berkeley J. Int'l L.*, n.º 25, pp. 268-282, 2007.

ANTKOWIAK, T. “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, em *Colum. J. Transnat’l L.*, n.º, 46, pp. 351-419, 2008.

BURGORGUE-LARSEN, L. e ÚBEDA DE TORRES, A. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*. Oxford University Press, Nova York, 2011.

GALVIS PATIÑO, M. C. “El contenido amplio del artículo 21 de la Convención Americana: la propiedad privada de los particulares y la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas y los pueblos tribales”, em *La América de los Derechos*. Corte Interamericana de Derechos Humanos - UNAM III, no prelo.

GROS ESPIELL, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991.

HARRIS, D., O’BOYLE, M., BATES, E. e BUCKLEY, C. *Harris, O’Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2a ed., 2009.

PASQUALUCCI, J. M. “International Indigenous Land Rights: a Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples”, em *Wisconsin Int’l L. J.*, vol. 27, n.º 1, 2009.

Outras referências

App. No. 7823 & 7824/77, *Kalderas Gipsies v. FRG and the Netherlands*, 11 D&R (1977).

ANTKOWIAK T. e GONZA, A. “El derecho a la consulta en las Américas. Marco legal internacional”, em *Revista Aportes, Fundación para el debido proceso legal*, año 3, n.º 14, 2010.

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Revista Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, vol. 1, n.º1, 2005.

Due Process of Law Foundation. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Peru*. DPLF-OXFAM, Washington DC, 2011.

Due Process of Law Foundation, Instituto de Defensa Legal, Seattle University School of Law. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Peru*. DPLF, Washington, DC, 2010.

International Human Rights Clinic, Seattle University School of Law. Escrito de *amicus curiae* no caso do *Povo Kichwa de Sarayaku e seus membros vs. Equador*, apresentado à Corte IDH, em abril de 2011.

MELISH, T. “A Pyrrhic, Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property and the Perversion of Progressivity”, em *Revista CEJIL Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, vol. 1, 2005.

Outras referências sugeridas

ANTKOWIAK, T. e GONZA, A. *The American Convention on Human Rights. Essential Rights*. Oxford University Press, 2017.

Due Process of Law Foundation. *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala y Peru*. DPLF - OXFAM, Washington, DC, 2015.

Sumário

1. Introdução.....	595
2. Estrutura do artigo 21 e os limites legítimos.....	596
2.1. O amplo conteúdo do direito à propriedade	596
2.2. Os limites do direito à propriedade	600
2.3. Titularidade do direito à propriedade	602
3. Os bens protegidos e os poderes do Estado	606
3.1. A proteção às pensões adquiridas e o escasso poder limitante do Estado	606
3.2. A proteção dos direitos adquiridos mediante decisão judicial transitada em julgado de órgão interno.....	609
3.3. Direito à propriedade e processos que tramitam no âmbito interno	611
3.4. O direito à propriedade e o poder de expropriação do Estado	613

4. O direito à propriedade intelectual e o interesse institucional do Estado ...	616
5. O direito à propriedade coletiva ou comunal dos povos e comunidades indígenas e tribais	616
5.1. A proteção dos direitos indígenas através da função cautelar	620
5.2. Características especiais do direito à propriedade coletiva ou comunal e as obrigações estatais.....	621
5.3. Conflitos entre a proteção à propriedade comunal e outros direitos.....	624
5.4. O direito à propriedade coletiva ou comunal e seus limites	627
6. Conclusões.....	633

1. Introdução

O reconhecimento da propriedade privada como um direito humano foi objeto de grande resistência por parte dos Estados durante a elaboração das diferentes convenções internacionais sobre Direitos Humanos assinadas nos anos sessenta e setenta.¹ Apesar de estar presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789,² este direito não está consagrado no PIDCP ou no PIDESC. Também não foi consagrado no texto final da CEDH,³ agregando-se a esta última o artigo 1º do Primeiro Protocolo Adicional a essa Convenção, em 1952, com uma redação restritiva e com amplos poderes do Estado para limitá-lo.⁴

No caso da CADH, as atas dos trabalhos preparatórios do artigo 21 mostram que este direito foi um dos mais discutidos ao tratar da proposta de projeto original apresentado pela CIDH em 1969.⁵ Antes da aprovação do texto final, os Estados hesitaram entre várias opções: a eliminação do direito à propriedade privada por, entre outras razões, não o considerarem um direito fundamental,⁶ por seu caráter econômico e social,⁷ ou por ser um assunto que deveria permanecer sob a soberania do Estado;⁸ apontaram também a modificação do texto proposto, pois precisava enfatizar a função social que a propriedade tem para não prejudicar, entre outras, as reformas agrárias que muitos deles já haviam iniciado;⁹ ou a inclusão do direito à autodeterminação dos povos.¹⁰

Essas discussões explicam, em parte, porque o texto final adotado no artigo 21.1 da CADH se refere a um conceito amplo,¹¹ do direito de propriedade, entendido como o “direito ao uso e gozo de [...] bens”, ao invés da “propriedade privada” e o poder dos Estados de limitar tal uso e gozo por lei com base no “interesse social”, também refletido no artigo 21, inciso 2.

1 Para aprender sobre o debate europeu sobre o alcance do direito de propriedade, ver Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. e Buckley, C. *Harris, O’Boyle, Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, 2ª. ed., 2009, p. 655.

2 O artigo 2 menciona o direito de propriedade como um direito natural e imprescritível.

3 Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. e Buckley, C., *op. cit.*, p. 655.

4 Gros Espiell, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 112.

5 OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XXVI/1.2, p. 301.

6 *Ibidem*, pronunciamentos da delegação do Chile, p. 233.

7 *Ibidem*, pronunciamentos da delegação da Colômbia, p. 237.

8 *Ibidem*, p. 240.

9 OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969, *op. cit.*, pp. 124 e 239. Aqui são mencionadas as reformas agrárias realizadas pelas delegações do Brasil, Panamá e Costa Rica, bem como o direito à autodeterminação pela delegação colombiana. Também ver Pasqualucci, J. M. “International Indigenous Land Rights: a Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples”, em *Wisconsin Int’l L. J.*, vol. 27, n.º 1, 2009, p. 65.

10 OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969, *op. cit.*, p. 234.

11 *Ibidem*, p. 237. A delegação dos Estados Unidos mencionou a necessidade de estabelecer um direito à propriedade privada como “inerente à pessoa humana e que o Estado não poderia conceder ou negar a seu critério”.

Embora os trabalhos preparatórios da CADH sejam breves e não registram uma discussão específica sobre a propriedade coletiva dos povos indígenas, a abordagem sobre as reformas agrárias e a possibilidade de incorporar o direito à autodeterminação neste artigo poderia indicar que não era um tema ausente. Da mesma forma, embora a referência a “privado” tenha sido eliminada do título do artigo em espanhol, o termo é mantido na versão em inglês do texto.¹²

Sem dúvida, a interpretação posterior por parte dos órgãos do SIDH, juntamente com a amplitude da redação do artigo 21 da CADH - e as faculdades interpretativas decorrentes do artigo 29 - consolidaram uma extensa proteção desse direito.

Para resolver os casos apresentados e dar conteúdo ao direito foram utilizados - com melhores ou piores resultados - conceitos de propriedade desenvolvidos na legislação nacional,¹³ ou em outros instrumentos internacionais,¹⁴ enfatizando o caráter de instrumentos vivos dos tratados de Direitos Humanos.¹⁵

Desta forma, a Corte IDH se pronunciou sobre vários aspectos da propriedade privada dos indivíduos, analisando seu conteúdo e limites, determinando seus titulares e resolvendo casos em que este direito se enfrenta com diversos poderes do Estado. Da mesma forma, desenvolveu uma extensa jurisprudência sobre os direitos à propriedade dos povos indígenas e tribais sobre seus territórios ancestrais - questão que atualmente constitui parte importante do litígio sobre o artigo 21 da CADH nesta instância internacional -, e incorporou conceitos baseados em vários instrumentos internacionais, como os da Convenção nº 169 da OIT e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas.¹⁶

2. Estrutura do artigo 21 e os limites legítimos

2.1 O amplo conteúdo do direito à propriedade

2.1.1 Perspectiva comparada com o sistema europeu de Direitos Humanos

A terminologia utilizada pela CADH em seu artigo 21 difere radicalmente da terminologia obtida com a redação do artigo 1º do Protocolo Adicional nº 1 à CEDH. Para alguns autores, a redação adotada na CADH sugeriria a intenção de uma proteção mais ampla do que a sua contraparte europeia em termos substantivos e poderes menores do Estado para limitá-lo. Tal diferença decorre dos termos usados e a extensão das restrições, incluindo expressamente o “pagamento de justa indenização” como elemento essencial para que qualquer privação de propriedade fosse legítima.¹⁷

12 Pasqualucci, J. M., *op. cit.*, p. 6.

13 A Corte IDH adota conceitos e direitos desenvolvidos na legislação interna no caso de pensões, *ver* Corte IDH. *Caso “Cinco Aposentados” vs. Peru*. MRC. 2003, § 103. Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru*. EPMRC. 2009, § 43 (Nesse caso, não há menção explícita ao artigo 29). Assim como em casos de propriedades comunais, desde o julgamento do caso Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, § 148. Para uma crítica deste método de interpretação, *ver* Cejil. *Revista Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, vol. 1, n.º 1, 2005, pp. 51-61. Pasqualucci, J. M., *op. cit.*, p. 7.

14 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, §§ 127, 130, 136, 150-151. Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, §§ 93-95, nesta sentença são citados os artigos 1 e 27 do PID-CP.

15 Pela primeira vez em direitos indígenas nas seguintes sentenças: Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, §§ 146-148. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 125. Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 89.

16 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, §§ 127, 130, 136, 150-151. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 157. Nesse sentido, como será feita referência em uma seção especial deste trabalho à jurisprudência da Corte IDH sobre povos indígenas e tribais, esse comentário mencionará apenas os aspectos essenciais do direito à propriedade comunal desenvolvido pela Corte IDH.

17 Gros Espiell, H., *op. cit.*, § 112. Em relação ao TEDH, *ver* Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. e Buckley, C., *op. cit.*, p.

Contudo, as diferenças nos conceitos de propriedade dos instrumentos mencionados são atenuadas pela interpretação dada pelas respectivas Cortes nos casos de vítimas individuais. Por exemplo, o TEDH ampliou o âmbito de proteção deste direito e, apesar do texto do referido Protocolo se referir apenas às “*possessions*”, compartilha com a Corte IDH a mesma definição de propriedade privada e bens.¹⁸ O TEDH também entendeu que o direito à propriedade inclui, em alguns casos, a compensação rápida, efetiva e adequada, como elemento integral do mesmo, juntamente com a referência da CEDH aos princípios gerais do Direito Internacional.¹⁹

Cabe destacar que o TEDH tem tratado em sua jurisprudência sobre o direito à propriedade de temas muito variados, como direitos contratuais, fideicomissos, pensões, dívidas estabelecidas em julgamentos, nacionalizações, marcas registradas, expropriações de fato e de direito, expropriações no âmbito de sucessões dos Estados ou no âmbito de reformas sociais,²⁰ entre outros. Também, em contextos diferentes daqueles dos casos analisados na América Latina, tem permitido expropriações sem indenização.²¹ Com essa variedade e complexidade de temáticas - e os poderes de pronunciar-se sobre violações de pessoas jurídicas - torna-se delicada a aplicação direta de sua jurisprudência no contexto dos casos apresentados à Corte IDH. O TEDH inclusive estabeleceu que o conceito de “expectativa legítima” é protegido pelo direito à propriedade. A este respeito, o TEDH exige que em cada caso, no mínimo, a vítima demonstre que tem direito a um benefício econômico real, mesmo que esse benefício ainda esteja pendente concretização.²²

Por sua vez, a Corte IDH tem interpretado o conceito de “bens” de forma ampla, incluindo nesta proteção algo que carece à jurisprudência europeia:²³ os direitos indígenas e tribais sobre seus territórios ancestrais. No entanto, não aproveitou as substanciais diferenças e proteções expressamente estabelecidas no artigo 21 da CADH, ampliando os poderes de limitação do Estado através de uma interpretação elástica dos requisitos para restrições legítimas adotadas pela CADH. Para tanto, endossa as interpretações que o TEDH tem desenvolvido nesta área, especialmente sobre o tema das expropriações.²⁴ Desde sua primeira decisão, a Corte IDH definiu o direito de uso e gozo dos bens referidos no artigo 21 como “todo direito que possa fazer parte do patrimônio de uma pessoa”.²⁵ Afirmando ainda que o conceito de bens inclui: 1. todos os móveis e imóveis,²⁶ 2. os elementos corporais e não corporais, e 3. qualquer outro objeto imaterial suscetível de valor.²⁷

655.

18 *Ibidem*, p. 656.

19 *Idem*.

20 Gros Espiell, H., *op. cit.*, p. 656.

21 *Idem*. Excepcionalmente, pode-se não exigir a compensação pela maneira pela qual foi adquirida a propriedade sobre o bem em questão: 1. Falta de certeza da posição legal dos reclamantes; 2. Intervenção do governo dentro de um prazo razoável; e 3. Justiça social da medida. Deve se tratar de um “golpe de sorte”, um “ganho inesperado” ou um *windfall*.

22 *Ibidem*, § 659.

23 *ver* App. n.º. 7823 & 7824/77, *Kalderas Gipsies v. FRG and the Netherlands*, 11 D&R (1977).

24 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPM. 2008. Voto do juiz Diego García Sayán, que sugere que a reparação pela violação do direito à propriedade não exige uma *restitutio in integrum*.

25 É importante notar que em 1999, no caso de *Cesti Hurtado vs. Peru*, sem dar mais explicações, a Corte IDH negligenciou a oportunidade de decidir sobre o poder do Estado de limitar o direito de uso e gozo de propriedades de pessoas sujeitas a processos de investigação criminal. *ver* Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. M. 1999. Nessa sentença a Corte IDH reservou para a etapa de reparações o pronunciamento sobre os efeitos patrimoniais da detenção e da condenação.

26 No caso da *Comunidade Rural de Santa Bárbara vs. Peru*, a Corte IDH responsabilizou o Estado pela violação do artigo 21 da CADH, como resultado da queima de casas e roubo de gado pelas Forças Militares. Da mesma forma, a Corte IDH estabeleceu que a queima de casas também constituía uma interferência abusiva e arbitrária na vida e nas residências particulares das pessoas. O fato de perder o local onde desenvolveram sua vida privada também implicou a violação do artigo 11.2 da CADH. Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, §§ 204-205.

27 *Ver* Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. MRC. 2001, § 122. Corte IDH. *Caso “Cinco Aposentados” vs. Peru*. FRC. 2003. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005. Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPFRC. 2005. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005. Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas]. 2006. Corte IDH. *Caso do Povo Sara-*

A Corte IDH começou o desenvolvimento jurisprudencial do direito de propriedade em 2001, no caso *Ivcher Bronstein vs. Peru*, no qual analisou o uso e gozo dos direitos de propriedade privada da vítima sobre ações em um canal de televisão. Alguns meses depois, resolveu o caso da *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*, no qual pela primeira vez interpretou extensivamente o conceito de propriedade, protegendo também a propriedade coletiva dos povos indígenas; mas não foi até 2004 que a Corte IDH desenvolveu sua jurisprudência sobre as possíveis limitações ao direito de propriedade no uso do poder punitivo do Estado, no caso *Tibi vs. Equador*; esta linha foi posteriormente alimentada em 2007 no caso *Chaparro Álvarez e Lapo Ñíguez vs. Equador*.

Em 2003, com o caso “Cinco Aposentados” vs. *Peru*, a Corte IDH começou a desenvolver a proteção dos direitos adquiridos pelos aposentados, consolidando com contundência essa jurisprudência em 2009, no caso *Acevedo Buendía vs. Peru*. Em 2010 se pronunciou sobre o poder de expropriação do Estado sobre bens imóveis, no caso *Salvador Chiriboga vs. Equador*.

Em sentenças posteriores, e até hoje, o direito à propriedade tem tido um importante e crescente desenvolvimento na jurisprudência da Corte IDH.

Finalmente, é importante ressaltar que a Corte IDH tem enfatizado o efeito que a violação do direito à propriedade gera sobre as pessoas em situação de vulnerabilidade ou de determinada condição socioeconômica, diante dos efeitos que essas pessoas ou grupos com condições diferentes podem experimentar.²⁸ Nesse sentido, a Corte IDH considerou que:

[...] os Estados devem levar em consideração que os grupos de pessoas que vivem em circunstâncias adversas e com menos recursos, tais como as pessoas que vivem em condições de pobreza, enfrentam um incremento no grau em que seus direitos são afetados precisamente por causa de sua situação de maior vulnerabilidade.²⁹

2.1.2 Aplicação do Direito Internacional humanitário para determinar o alcance do direito à propriedade

Outra questão relevante sobre os parâmetros legais que a Corte IDH utilizou para estabelecer o alcance do artigo 21 da CADH foi a aplicação do Direito Internacional Humanitário nos casos em que a violação ao direito de propriedade ocorre durante um conflito armado no país em questão. De acordo com os fatos dos casos analisados pela Corte IDH, o estudo da violação do direito de propriedade ocorre num contexto mais amplo de graves violações de Direitos Humanos, como execuções extrajudiciais em massa, deslocamentos forçados, entre outros. Como analisado nesta seção, isso implica um impacto especial e grave ao direito à propriedade.

Ao estabelecer o quadro normativo, a Corte IDH justifica a aplicação tanto do Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra (Protocolo Adicional),³⁰ quanto das disposições pertinentes do Direito

maka vs. Suriname. EPFRC. 2007. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. MRC. 2006. Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñíguez vs. Equador*. EPMRC. 2007. Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Interpretação da Sentença de EPMRC. 2008. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPM. 2008. Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009. Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru*. EPFRC. 2009. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. RC. 2011. Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001.

28 No caso *Uzcátegui e outro vs. Venezuela*, funcionários policiais, sem o consentimento da família, ingressaram violentamente em sua casa, causando múltiplos estragos; em atenção à condição socioeconômica e à vulnerabilidade da família, a Corte IDH enfatizou o especial dano causado ao direito de propriedade das vítimas. Ver Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. MR. 2012, §§ 202-204.

29 Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPMR. 2012, § 273. Na sentença do caso *Operação Gênesis vs. Colômbia*, a Corte IDH recordou a Corte Constitucional da Colômbia no sentido de que: “a propriedade deve ser considerada como um direito fundamental, sempre que ela se encontre vinculada de tal maneira à manutenção das condições materiais de existência, que seu desrespeito afete o direito a igualdade e a levar uma vida digna”. Corte IDH. EPMRC. 2013, § 352.

30 Protocolo II Adicional às Convenções de Genebra de 1949 relativo à proteção das vítimas de conflitos armados que

Internacional Humanitário consuetudinário, por considerar tais regras úteis e apropriadas para a interpretação dos alcances do artigo 21 da CADH.³¹

No caso dos *Massacres de Ituango vs. Colômbia*, em 2006, a Corte IDH aplicou o Direito Internacional Humanitário para determinar a proteção do uso e gozo de bens móveis e imóveis indispensáveis para a sobrevivência da população civil vítima de conflitos armados de natureza não internacional, provocada por ações de paramilitares com a aquiescência do Estado.³²

No caso dos *Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*, durante a operação das Forças Armadas na localidade, as vítimas foram despojadas de seus pertences, suas casas foram queimadas, as plantações foram destruídas e queimadas, e os animais foram mortos, o que implicou uma perda definitiva da propriedade das vítimas e a destruição de suas casas, em prejuízo das vítimas executadas nos massacres ou de seus familiares,³³ assim como das vítimas sobreviventes.³⁴ Em particular, a Corte IDH tomou nota do estabelecido nos artigos 13 (proteção da população civil) e 14 (proteção dos bens indispensáveis à sobrevivência da população civil) do Protocolo Adicional, para estabelecer o marco jurídico aplicável ao caso. A Corte IDH estabeleceu que a violação do direito à propriedade no caso era de “especial gravidade e magnitude não só pela perda de bens materiais, mas também pela perda das condições mais básicas de existência e de todas as referências sociais das pessoas que residiam nestes povoados”.³⁵

No caso do *Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*, os habitantes de Santo Domingo tiveram que abandonar suas casas e se deslocar como consequência dos acontecimentos, após os quais ocorreram saques em algumas das casas e lojas, bem como danos e destruições aos bens móveis e imóveis.³⁶ Ao determinar o marco jurídico aplicável ao caso, a Corte IDH observou que a regra 7 do Direito Internacional Humanitário consuetudinário previa a aplicação do princípio de distinção entre bens de caráter civil e objetivos militares, bem como a obrigação de não atacar os primeiros.³⁷ Em particular, no que diz respeito a atos de saque como um possível dano ao direito à propriedade, a Corte IDH observou que tal ato estava expressamente proibido no artigo 4.2.g do Protocolo Adicional:

[...] a Corte recordou que o T[ribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia] [TPIY] ha[via] observado em sua jurisprudência que ess[e] delito era comet[ido] quando exist[ia] apropriação intencional e ilegal de bens públicos ou privados [...], e que “os atos de saque dev[ia]

não são de caráter internacional. Aprovado em 8 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário Aplicável aos Conflitos Armados. Entrada em vigor em 7 de dezembro de 1978.

31 Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPMR. 2012, § 270.

32 Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, § 183. Em 2007, no caso *Escué Zapata vs. Colômbia*, a Corte IDH não considerou as alegações de violação de propriedade privada das vítimas perpetradas por membros das Forças Armadas (destruição de propriedade e apropriação de utensílios de trabalho), porque tais eventos não foram apresentados pela CIDH em sua demanda. Cf. Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. MRC. 2007, §§ 115 e 117.

33 Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, § 168. A perícia de Yánez De la Cruz sobre o caso enfatizou que a “Terra arrasada constitui uma marca de violação e de estigmatização dos militares que os perpetradores criaram. A dimensão do horror perpetrado lá quis acabar com a região, com toda sua gente, esvaziar o território, expulsá-los de lá”. Além disso, “[f]oi uma lógica de extermínio, uma destruição total dos espaços sociais. [...] O massacre dissolveu a identidade coletiva, ao deixar um vazio social, onde a comunidade realizava seus rituais, seus intercâmbios afetivos, o contexto e o marco no qual sabiam ser parte da comunidade”. *Ibidem*, § 180. É importante destacar que a Corte IDH reconheceu, como vítimas, as famílias das pessoas executadas no massacre. *Ibidem*, § 202.

34 *Ibidem*, § 179.

35 *Ibidem*, § 180.

36 Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPMR. 2012, § 274.

37 *Ibidem*, § 317. Da mesma forma, na nota 391 da sentença, a Corte IDH considerou relevantes ao caso as normas 8, 9 e 10 relativas à natureza e aos objetivos dos bens de caráter militar e os de caráter civil, devendo assegurar-se a proteção destes últimos enquanto se conservem como tal. Na nota de rodapé acima mencionada, a Corte IDH fez referência a Henckaerts, J. M. y Doswald-Beck, L. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*. Volumen I: normas. CICR, Buenos Aires, 2007, pp. 29 a 41.

m envolver graves consequências para as vítimas”. Este ser[ia] o caso quando os bens [fossem] de suficiente valor monetário, ou quando se apropri[aram] os bens de uma grande quantidade de pessoas, caso no qual a escala e o impacto geral dos atos de roubo equivaleriam a graves violações do direito e do costume de guerra”.³⁸

No caso, a Corte IDH concluiu que o Estado não era responsável pelos atos de saque, pois, por um lado, não havia evidência suficiente para atribuir responsabilidade às Forças Armadas, e, por outro lado (dando particular atenção aos critérios estabelecidos pelo TPIY), a Corte IDH concluiu que embora fosse possível apontar que membros do Exército se apropriaram de tomates, cerveja e refrigerantes, constatou-se que os atos não tinham consequências graves para as vítimas.³⁹

No que diz respeito aos efeitos sobre o direito à propriedade como consequência de deslocamentos forçados ou compulsórios, no caso da *Operação Gênesis vs. Colômbia*, a Corte IDH baseou-se tanto na aplicação das normas do Direito Internacional Humanitário quanto nos Princípios Orientadores da ONU sobre Deslocamentos Forçados para estabelecer o quadro normativo.⁴⁰ As vítimas, membros de uma comunidade afrodescendente que se estabeleceram na bacia do Rio Cacarica, haviam sido forçadas a se deslocar após incursões paramilitares na área, o que gerou danos pelo desuso das terras e perda do usufruto; da mesma forma, a propriedade coletiva foi explorada ilegalmente, sem recursos judiciais administrativos efetivos para remediar a situação. Diante disso, a Corte IDH declarou a violação ao artigo 21 da CADH.⁴¹

2.2. Os limites do direito à propriedade

O direito à propriedade protegido na CADH não é absoluto: o artigo 21.1 parece descrever o direito de forma ampla e estabelece que: “[a] lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social”. Este primeiro inciso leva em conta possíveis limitações, intromissões ou interferências, ao uso e gozo da propriedade impostas pelo Estado, que não implicam a privação de bens. O artigo 21.2 contempla os casos de expropriação de bens e os requisitos para que a ação do Estado seja considerada justificada.

Apesar desta estrutura, da jurisprudência da Corte IDH não se extrai um uso diferente dos incisos para analisar situações fáticas radicalmente diferentes que permitem categorizações claras. Também não foi feita distinção entre as razões de “interesse público” e as de “utilidade pública” indicadas no inciso 2º do artigo 21. Uma situação semelhante surge da análise da jurisprudência europeia na matéria, que, apesar de fazer algumas distinções nas categorias das violações em alguns de seus casos, adota uma posição que parece dar menos peso ao tipo de interferência no direito à propriedade para aplicar diretamente o teste das limitações permitidas.⁴²

Assim, a Corte IDH estabeleceu que o Estado pode restringir o direito à propriedade contemplado no artigo 21 da CADH se essa restrição responde aos interesses da sociedade.⁴³

Para a Corte IDH, os conceitos de “ordem pública” e “bem comum”, derivados do interesse geral, na medida em que são invocados como fundamento de limitações aos Direitos Humanos, devem ser objeto de uma *interpretação estritamente limitada às justas exigências de uma sociedade democrática*

38 *Ibidem*, § 272.

39 *Ibidem*, *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPMR. 2012, §§ 277-278. No caso, a Corte IDH só declarou responsabilidade pelo dano à propriedade dado que um grupo de lojas e casas resultaram afetadas pelo lançamento de uma bomba de fragmentação por parte das Forças Armadas. *Ibidem*, §§ 280-282.

40 De acordo com a norma 133 do Direito Humanitário consuetudinário “deverão respeitar-se os direitos de propriedade das pessoas deslocadas” [...] O princípio 21.3 dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Deslocamentos Forçados indica que a “propriedade e os bens deixados pelos deslocados internos no ato de fuga, devem ser protegidos contra destruição e apropriação, ocupação ou uso arbitrário ou ilegal”. Corte IDH. *Caso Operação Gênesis vs. Colômbia*. EPMRC. 2013, § 349, e notas de rodapé 593-595.

41 Corte IDH. *Caso Operação Gênesis vs. Colômbia*. EPMRC. 2013, §§ 353, 356.

42 Sobre, ver Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. e Buckley, C., *op. cit.*, p. 688.

43 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 127.

que leve em conta o equilíbrio entre os diversos interesses em jogo e a necessidade de preservar o objeto e a finalidade da CADH.⁴⁴ Para serem compatíveis com a CADH, as restrições devem ser justificadas de acordo com objetivos coletivos que, por sua importância, prevalecem claramente sobre a necessidade do pleno gozo do direito restringido.⁴⁵ Para que se possa considerar “de interesse da sociedade”, as restrições devem: 1. ser previamente estabelecidas por lei; 2. sejam necessárias; 3. sejam proporcionais; e 4. visem a consecução de um objetivo legítimo em uma sociedade democrática.⁴⁶

No caso de restrições à propriedade coletiva ou comunitária dos povos indígenas e tribais, a Corte IDH, além dos requisitos estabelecidos anteriormente, exige a satisfação de um quinto elemento: a restrição não pode “implica[r] a negação das tradições e costumes de forma a pôr em perigo a própria subsistência do grupo e de seus membros”.⁴⁷ O ônus de provar que essas limitações atendem a esses requisitos recai sobre o Estado que as impõe.

O requisito de legalidade tem sido interpretado de forma estrita em grande parte da jurisprudência da Corte IDH - ao analisar as restrições legítimas aos direitos estabelecidos na CADH - e constitui um elemento essencial para evitar arbitrariedades nas decisões do Estado. Interpreta-se que o requisito exige a existência de uma lei no sentido formal e material, que as causas de tais restrições sejam “expressa, taxativa e previamente” estabelecidas por lei, que sejam necessárias para assegurar o legítimo objetivo perseguido e que não devem, de forma alguma, limitar, além do estritamente necessário, o direito afetado.⁴⁸ Entre outros elementos das restrições, foi apontado, por exemplo, no caso *Chaparro Álvarez e Lapo Ñiguez vs. Equador*, que devem ser justificadas previamente na ausência de outro tipo de medidas menos restritivas do direito à propriedade.⁴⁹

O significado do artigo 21.3 da CADH não foi desenvolvido pela Corte IDH e alguns autores entendem que ele não constitui um direito, mas sim uma “determinação à lei interna” e que ela “não pode operar por si mesma”.⁵⁰ Também não há qualquer referência nos trabalhos preparatórios ao seu conteúdo ou discussão substantiva ao seu redor.

2.3 Titularidade do direito à propriedade

2.3.1 Proteção a acionistas de empresas

A CADH consagra o ser humano como titular do direito à propriedade privada. Em contraste, a CEDH, em seu Protocolo Primeiro, consagra explicitamente tanto os seres humanos quanto as pessoas jurídicas como titulares desse direito. No âmbito do direito à propriedade privada, isso tem

44 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPM. 2008, § 75. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. O registro profissional obrigatório de jornalistas. 1985, §§ 66 e 67. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1986, § 31.

45 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakyé Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 145. Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. FRC. 2001, § 155.

46 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 127. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakyé Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, §§ 144-145. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 137.

47 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 128.

48 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. MRC. 2004, § 95. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPMRC. 2004, § 120. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85, *op. cit.*, 1985, § 39. Sobre o requisito da legalidade no artigo 21 da CADH, pareceria que no caso *Salvador Chiriboga vs. Equador* de 2008, a Corte IDH “flexibilizou” sua jurisprudência constante ao afirmar que: “não era necessário que toda causa de privação ou restrição do direito de propriedade fosse indicada na lei”. A Corte IDH justifica essa afirmação com uma citação do próprio caso *Chaparro Álvarez e Lapo Ñiguez*, mas essa citação tem uma modificação em relação à redação original da sentença, uma vez que no caso *Chaparro Álvarez e Lapo Ñiguez*, a Corte IDH nunca indicou que “não era necessário” que todos os motivos de restrição estivessem na lei, mas que “não era suficiente”. A jurisprudência do caso *Salvador Chiriboga* - que parece se basear mais na jurisprudência do TEDH do que na interamericana - não foi repetida e constitui um precedente isolado. Cf. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPM. 2008, § 65.

49 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñiguez vs. Equador*. EPMRC. 2007, § 188.

50 Gros Espiell, H., *op. cit.*, p. 112.

consequências especiais, visto que a criação de sociedades é comum e tem grande impacto sobre o patrimônio das pessoas que as constituem, bem como sobre o exercício de seus direitos.⁵¹ A resposta dos órgãos do SIDH à proteção dos direitos que podem ter as pessoas físicas que atuam sob uma ficção jurídica foram gradualmente estabelecidos. Esses desenvolvimentos tratam ou respondem a atos de Estados que violam seriamente os Direitos Humanos, seja agindo ou omitindo agir contra ou a favor de empresas, corporações, sociedades ou qualquer tipo de organização em sociedade, com ou sem fins lucrativos.

A linha jurisprudencial da Corte IDH sobre o assunto começou em 2001, no caso *Cantos vs. Argentina*, quando a Corte IDH se propôs a dar ampla proteção em resposta aos argumentos do Estado levantados em uma exceção preliminar sobre sua competência *ratione personae*, já que a suposta vítima era uma pessoa jurídica. A Corte IDH ressaltou fortemente que os direitos e as obrigações atribuídos às pessoas jurídicas são resolvidos através dos direitos e obrigações das pessoas físicas que as constituem ou que agem em seu nome ou representação.⁵² Em um *obiter dictum*, a Corte IDH afirmou que: “não [será] restringida a possibilidade de, em determinadas circunstâncias, um indivíduo po[der] recorrer ao S[IDH] para fazer valer seus direitos, mesmo quando o mesmo estive[r] coberto por uma figura ou ficção jurídica criada pelo mesmo sistema jurídico”.⁵³

Posteriormente, no caso *Ivcher Bronstein vs. Peru*, a Corte IDH encontrou uma violação do artigo 21 da CADH em razão da intervenção ilegítima do Estado no uso e desfrute das ações que a vítima possuía em um canal de televisão. A intervenção foi realizada através de uma medida cautelar em um processo civil arbitrário, privando-o do gozo de suas ações majoritárias e da condição de presidente e diretor da empresa, com o objetivo de retirá-lo da direção informativa do canal.

No caso de *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, a Corte IDH entendeu que as consequências civis decorrentes de uma sentença penal que recaíram diretamente sobre o representante da empresa afetada (Jornal “La Nación”) não foram dirigidas contra a suposta vítima “como sujeito privado ou particular”.⁵⁴ No caso *Perozo e outros vs. Venezuela*, considerou que os danos foram causados à sede ou à propriedade do canal de televisão Globovisión, “enquanto empresa ou pessoa jurídica”, sem que tenha sido demonstrado de que forma esses danos afetaram diretamente as vítimas como acionistas.⁵⁵ Em contrapartida, no caso de *Chaparro Álvarez e Lapo Ñíguez vs. Equador*, analisou a violação ao artigo 21 com profundidade ao considerar interferências arbitrárias no usufruto dos bens da empresa que “incidem em [seu] valor e produtividade, o que por sua vez prejudica[va] os [...] seus acionistas”⁵⁶.

Em 2015, a Corte IDH proferiu sua sentença no caso *Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*; nela estabelece critérios relevantes para determinar os casos em que os acionistas de uma empresa podem alegar a violação do seu direito à propriedade, com origem em danos sofridos pela empresa.

O caso dizia respeito à alegada violação da liberdade de expressão dos acionistas, administradores e jornalistas do canal Radio Caracas Televisión (RCTV), devido à decisão do Estado de não renovar a concessão à RCTV. A Corte IDH reiterou o seu critério sobre a possibilidade de analisar uma suposta violação dos direitos à propriedade de pessoas na sua qualidade de acionistas nesses casos:

51 *Idem*.

52 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, § 27. Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, § 399.

53 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, § 29. Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, § 399. No caso *Cantos*, a Corte IDH deixou de fora da análise jurídica alguns elementos do direito de propriedade por não ter jurisdição temporal sobre os fatos, e não se pronunciou no julgamento de mérito, sem dar nenhuma explicação, sobre as alegações feitas a respeito da violação do artigo 21 da CADH pela cobrança de “quantias exorbitantes” como honorários e taxas judiciais, que atingiram 140 milhões de dólares. Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. MRC. 2002, § 160.

54 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPMRC. 2004, § 100.

55 Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, § 403.

56 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñíguez vs. Equador*. EPMRC. 2007, § 209.

[...] a Corte diferenciou os direitos dos acionistas de uma empresa dos direitos da própria empresa, observando que as leis internas conferem certos direitos diretos aos acionistas [...]. A este respeito, *a fim de determinar a existência de uma violação do direito à propriedade dos sócios é necessário que sejam claramente comprovados os danos ocorridos sobre os seus direitos [...]*.⁵⁷

A fim de determinar se houve um dano sobre os direitos diretos dos acionistas da RCTV, a Corte IDH analisou se houve alguma violação destes direitos patrimoniais, com base nas declarações das partes relativas a três situações.

Em primeiro lugar, quanto à não renovação da concessão à RCTV para a utilização do espectro eletromagnético, a Corte IDH concluiu que o espectro radioelétrico era um bem público cuja titularidade não podia ser reclamada por particulares, de maneira que não era possível afirmar que os acionistas ou a empresa havia adquirido um direito ou titularidade sobre o mesmo.⁵⁸ A Corte IDH também analisou o argumento dos representantes segundo o qual a não renovação da concessão era equivalente à destruição ilegítima do direito à propriedade que possuíam as supostas vítimas, no pressuposto de que era um bem protegido pela CADH. Tendo concluído previamente que não havia direito à renovação ou a uma prorrogação automática da concessão,⁵⁹ a Corte IDH concluiu que não havia:

[...] argumentação ou regulamento que permitiria interpretar, para o[...] caso, de que [havia] gerado um direito à extensão de concessões na legislação venezuelana a favor da empresa. [Portanto,] a possibilidade de o Estado renovar a concessão à RCTV para a utilização do espectro de radiofrequências [...], não [podia] ser considerada como um bem ou direito adquirido já incorporado ao patrimônio da empresa. Essa possibilidade era uma mera expectativa de renovação condicionada à faculdade do Estado para estabelecer controles sobre um recurso de sua propriedade. Consequentemente, *os benefícios econômicos que os acionistas poderiam ter recebido como consequência da renovação da concessão tampouco [poderiam] ser considerados como bens ou direitos adquiridos que fazem parte do patrimônio direto dos sócios e poderiam ser protegidos pelo artigo 21º da Convenção Americana em virtude da sua titularidade.*

[...] [a Corte] concluiu que a RCTV [havia sido] titular de um direito patrimonial derivado de [uma] concessão outorgada [...], durante o período de 20 anos frente a qual o Estado já havia concedido uma licença, mas veri[ficou] que o Estado não impediu a utilização do espectro eletromagnético nem interferiu arbitrariamente no exercício dos direitos decorrentes do contrato de concessão durante a sua vigência, atos que poderiam ter infringido o direito à propriedade das alegadas vítimas⁶⁰.

Em segundo lugar, no que diz respeito a certas medidas cautelares que tinham sido impostas aos bens da empresa, a Corte IDH recordou que, a fim de determinar a existência de uma violação do direito à propriedade dos sócios, resultava necessário provar claramente o impacto sobre os direitos dos acionistas. A Corte IDH já tinha estabelecido que a pessoa jurídica da RCTV era um veículo para a liberdade de expressão dos seus trabalhadores e gestores, no entanto, não constatou que se tratava de uma base jurídica suficiente para afirmar que esta função instrumental fez desaparecer a separação dos patrimônios entre a pessoa jurídica e os seus acionistas.

A Corte IDH reiterou que os direitos dos acionistas de uma empresa são diferentes dos direitos da pessoa jurídica, “por isso, para efeitos de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade anônima para conferir aos sócios legitimidade para reclamar os danos gerados por atos dirigidos à empresa, era necessário contar com material probatório suficiente para demonstrar essa relação”⁶¹. Na

57 Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPMRC. 2015, § 338. (grifo nosso)

58 *Ibidem*, § 342.

59 *Ibidem*, § 180.

60 *Ibidem*, §§ 343-344.

61 Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, § 350. Isso porque um

ausência de provas suficientes, a Corte IDH não foi capaz de analisar as consequências da imposição de tais medidas cautelares sobre os bens que faziam parte do patrimônio da RCTV, nem determinar se tinham infringido a propriedade jurídica da empresa.⁶²

Em terceiro lugar, sobre o possível efeito no valor das ações de propriedade dos sócios da RCTV derivada da não renovação da concessão para a utilização do espectro eletromagnético e da imposição de medidas cautelares sobre os bens da RCTV, por um lado, a Corte IDH observou que, ao contrário do caso *Chaparro Álvarez vs. Equador*, a relação entre as alegadas vítimas deste direito e a empresa em causa não era direta, uma vez que as vítimas eram acionistas de pessoas jurídicas com patrimônios autônomos separados, que por sua vez eram acionistas ou proprietários de uma cadeia que tinha no intervalo entre uma ou até cinco outras pessoas jurídicas até chegarem à empresa RCTV.⁶³ Diante disso, a Corte IDH considerou que:

[a] complexa constituição acionária, consequência de uma ampla estrutura empresarial de pessoas jurídicas com patrimônios separados, dificulta[va] ainda mais uma relação direta e evidente entre a alegada perda de valor das ações e os danos ao patrimônio da entidade jurídica da RCTV.⁶⁴

Por outro lado, na sequência da análise no caso *Perozo vs. Venezuela*, a Corte IDH analisou se havia sido provado os danos das ações das quais as vítimas eram proprietárias.⁶⁵ Dos fatos provados do caso, concluiu-se que as medidas cautelares implicaram a transferência de bens empresariais, tais como “micro-ondas, teleportos, transmissores, equipamento auxiliar de televisão, equipamentos auxiliares de energia e clima, torres, antenas, cabines de transmissão, etc., ao Estado, para a atribuição de utilização e gozo a outros operadores de sinais de televisão. No entanto, de acordo com a Corte IDH:

[...] não se ha[via] provado o efeito que isso teve no direito à propriedade das supostas vítimas, toda vez, que para poder estabelecer semelhante violação, devia acreditar em primeiro lugar, um violação às empresas da qual são acionistas diretas e a forma como isso possa ter repercutido em cada uma das pessoas jurídicas que, por sua vez, faz[ia]m parte da ampla rede societária, até chegar às ações ou fideicomissos dos quais as supostas vítimas [eram] proprietárias diretas.⁶⁶

Desta maneira, a jurisprudência da Corte IDH, compartilhada pela CIDH nas suas decisões de admissibilidade,⁶⁷ exige os seguintes critérios: 1) Um nível de prova mais elevado no que respeita à relação entre o agir ou omitir do Estado que seja prejudicial aos direitos e da pessoa física que faz

dos peritos indicados pelos representantes das vítimas afirmou que a separação entre os ativos dos acionistas e os da pessoa jurídica não devia ser aplicada no caso. [A proposta do perito era que] “a regra geral de separação de patrimônio, própria das sociedades anônimas em geral, [fosse] substituída pela regra da confusão de patrimônio, pela simples razão de que as características sociais da empresa de comunicação era uma ficção [...]”. De acordo com o perito, esse era um fato público e notório que não precisava de provas, já que ocorria um fenômeno de indiferenciação na gestão do patrimônio social por parte dos acionistas, situação que dava como resultado que o patrimônio social e o patrimônio dos acionistas se confundissem em um só. No entanto, a Corte IDH rejeitou esse argumento. *Ibidem*, § 349, e notas de rodapé 371 e 372.

62 *Ibidem*, § 348.

63 *Ibidem*, § 65.

64 *Ibidem*, § 355.

65 *Ibidem*, § 356. Nesse ponto, a Corte IDH recordou que a renovação da concessão não era um direito adquirido já incorporado ao patrimônio da empresa, de modo que os danos econômicos que ocorreram no valor acionário não podiam ser consideradas propriedade dos sócios. *Ibidem*, § 357.

66 *Ibidem*, § 358.

67 CIDH. Relatório n.º 72/11, *Caso William Gómez Vargas vs. Costa Rica*, Petição 1164/05, 31 de março de 2011, § 36. CIDH. Relatório n.º 67/01, *Caso Tomás Enrique Carvallo Quintana vs. Argentina*, 14 de junho de 2001, § 54. CIDH. Relatório n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Peru*, Caso 10.169, 1991, considerandos 2 e 3. CIDH. Relatório n.º 39/99, *Caso Mevopal, S. A. vs. Argentina*, Relatório Anual 1999, § 17. Para Gros Espiell, isso resulta problemático. Cf. Gros Espiell, *op. cit.*, p. 112.

parte da pessoa jurídica atacada (conexão, nas palavras da própria CIDH).⁶⁸ 2. Uma distinção entre atos dirigidos a uma pessoa enquanto “sujeito particular” ou “como empresa ou pessoa jurídica”.⁶⁹ 3. O requisito formal de que os recursos interpostos internamente foram também apresentados em “nome próprio” e não apenas em nome da empresa.⁷⁰

Esses critérios deixam de fora de análise do SIDH os casos - ou parte dos fatos em casos de graves violações dos Direitos Humanos - quando há uma utilização desproporcionada do poder por parte do Estado contra empresas ou outros tipos de associações; dá origem a distinções formais, difíceis ou artificiais em cada caso particular, devendo determinar se o ato é dirigido contra a própria empresa, ou contra a pessoa física que faz a petição perante o SIDH, ou que se apresenta como vítima, resultando na proteção do direito de propriedade, entre outros, da pessoa enquanto esta for acionista da empresa,⁷¹ ou está em situações decorrentes de tal condição, tais como ser um acionista exercendo a representação da empresa.

2.3.2. Proteção a comunidades e povos indígenas e tribais

No caso das comunidades indígenas, que reclamam o respeito e garantia do uso e gozo da propriedade das suas terras ancestrais, não se apresenta uma similar problemática no que diz respeito à titularidade dos direitos. A Corte IDH tem rejeitado consistentemente os argumentos dos Estados que se referem à falta de “personalidade jurídica” das comunidades na esfera interna que impediria que a Corte IDH conhecesse esses assuntos⁷².

Nos casos dos direitos indígenas, a Corte IDH teve em conta os efeitos sobre a comunidade no seu conjunto, a fim de determinar não só as violações dos Direitos Humanos, mas também traçar esquemas de reparação.⁷³ Isto foi confirmado no caso do povo *Kichwa de Sarayaku vs. Equador*, no qual a Corte IDH estabeleceu um precedente importante ao afirmar que:

Em oportunidades anteriores, em casos relativos a comunidades ou povos indígenas e tribais, o Tribunal declarou violações em detrimento dos integrantes ou membros das comunidades e povos indígenas ou tribais. Entretanto, a *legislação internacional relativa a povos e comunidades indígenas ou tribais reconhece direitos aos povos como sujeitos coletivos do Direito Internacional e não unicamente a seus membros*. Tendo em vista que os povos e comunidades indígenas ou tribais, unidos por suas particulares formas de vida e identidade, exercem alguns direitos reconhecidos pela Convenção de uma perspectiva coletiva, a Corte salienta que as

68 Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, § 403.

69 *Idem*.

70 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, § 30. Esse elemento surge com maior contundência das decisões da CIDH que afirmam que são inadmissíveis os casos que, no âmbito interno, tenham sido apresentados apenas em nome de pessoas jurídicas. CIDH. Relatório n.º 72/11, *Caso William Gómez Vargas vs. Costa Rica*, Petição 1164/05, 31 de março de 2011, § 36. CIDH. Relatório n.º 92/03, *Caso Elías Santana e outros vs. Venezuela*, Relatório Anual de 2003, § 50 onde cita-se: CIDH. Relatório n.º 67/01, *Caso Tomás Enrique Carvallo Quintana vs. Argentina*, 14 de junho de 2001. CIDH. Relatório n.º 103/99, *Caso Bernard Merens e Família vs. Argentina*, 27 de setembro de 1999. CIDH. Relatório n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Peru*, Caso 10.169, 1991. Relatório Anual 1990-1991, p. 452. CIDH. Relatório n.º 47/97, *Caso Tabacalera Boquerón vs. Paraguai*. Relatório Anual 1997, p. 229. CIDH. Relatório n.º 39/99, *Caso Mevopal, S. A. vs. Argentina*, Relatório Anual 1999, § 2. Sobre esse tema, ver a seção 3.1. Prévio esgotamento dos recursos internos, dos comentários aos artigos 44 a 47 sobre a competência da CIDH, a cargo de Tojo.

71 Galvis Patiño, M. C. “El contenido amplio del artículo 21 de la Convención Americana: la propiedad privada de los particulares y la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas y los pueblos tribales”, em *La América de los Derechos*. Corte Interamericana de Derechos Humanos - UNAM III, no prelo.

72 Burgorgue-Larsen, L. e Úbeda de Torres, A. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*. Oxford University Press, Nova York, 2011, p. 504. A esse respeito, a Corte IDH assinalou que não é necessário que todas as vítimas pertencentes a uma comunidade indígena se encontrem previamente determinadas, sempre e quando sejam identificáveis.

73 *Ibidem*. Sobre este tema, ver a seção 3. Parte II: Reparações ordenadas pela Corte IDH da Sessão Especial. Jurisprudência da Corte IDH sobre os Povos Indígenas e Tribais. Mérito e reparações, a cargo de Ruiz-Chiriboga e Donoso.

considerações de direito expressas ou expostas na presente Sentença devem ser entendidas nessa perspectiva coletiva.⁷⁴

3. Os bens protegidos e os poderes do Estado

3.1 A proteção às pensões adquiridas e o escasso poder limitante do Estado

Através da jurisprudência desenvolvida em 2003 no caso “*Cinco Aposentados*” vs. *Peru* e posteriormente consolidada em 2009 no caso *Acevedo Buendía vs. Peru*, a Corte IDH delineou os critérios para a proteção dos direitos adquiridos dos trabalhadores pensionistas ou aposentados, através do artigo 21 da CADH. Os fatos de ambos os casos são semelhantes e baseiam-se em reduções de benefícios previdenciários decretadas através de decretos de lei ou decretos-lei declarados inconstitucionais pelos tribunais nacionais (em ambos os casos no Peru), sendo as vítimas beneficiárias de um regime de pensões reconhecido tanto pelo direito como pelos tribunais internos. A solução de mérito em ambos os casos é idêntica e as diferenças que se apresentam, após duras críticas substanciais ao primeiro,⁷⁵ e vários anos de escassos progressos no seu cumprimento,⁷⁶ continuam sem conseguir responder às questões de fundo que surgem nestes casos.

De acordo com a jurisprudência da Corte IDH, sob o artigo 21 da CADH são protegidos os “efeitos patrimoniais” de um regime de pensões determinado pela legislação interna ao qual uma pessoa tem direito, e que após realizar suas contribuições e se aposentar, vê modificado arbitrariamente os montantes pagos pelo Estado num dado momento. Para alcançar essa proteção, a Corte IDH entende que a violação do artigo 21 da CADH é configurada pela violação do artigo 25 do mesmo instrumento (que consagra o direito à proteção judicial), que se dá quando uma pessoa se dirige às autoridades judiciais internas para reclamar sobre essa modificação; estas reconhecem que a ação do Estado na modificação dos benefícios de pensão foi arbitrária, exigem que as pensões sejam recalculadas de forma diferente, e as autoridades que o devem fazer não respeitam essa decisão. Ou seja, de acordo com a jurisprudência, para decretar uma violação do direito de propriedade nesta área exige-se: 1. a redução arbitrária da pensão paga internamente; e 2. que essa redução seja mantida em desrespeito às decisões internas favoráveis obtidas pelas vítimas.⁷⁷

Alguns autores entendem que a proteção destes “direitos adquiridos”, iniciada no caso “*Cinco Aposentados*” como parte do patrimônio de uma pessoa, protegidos pelo artigo 21, demonstra a “amplitude” do conteúdo dado pela Corte IDH.⁷⁸ No entanto, outros estudiosos argumentam que a análise apresentada no artigo 21 está equivocada e, no seu conjunto, constitui um precedente “desastoso”⁷⁹ que deixa sem resolver os principais questionamentos de mérito levantados nestes casos, como a justiciabilidade internacional do direito à seguridade social e os poderes do Estado para limitá-lo.⁸⁰

Cabe destacar que a Corte IDH adotou uma solução casuística, e não analisa o conteúdo e alcance do direito à uma pensão ou à seguridade social do ser humano, nem delineou as bases interpretativas internacionais do artigo 21.⁸¹ No caso *Acevedo Buendía e outros vs. Peru* foi feita uma referência ao determinar reparações por danos imateriais à “aspiração natural de um trabalhador aposentado” de

74 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012, § 231.

75 Melish, T. “A Pyrrhic, Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property and the Perversion of Progressivity”, em *Revista CEJIL Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, vol. 1, 2005, pp. 51-66.

76 Corte IDH. *Caso “Cinco Aposentados” vs. Peru*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 24 de novembro de 2009.

77 *Ibidem*, §§ 117, 118 e 120 e, com mais força, no parágrafo 90 do caso *Acevedo Buendía e outros vs. Peru*, coletando anteriores votos fundamentados. Sobre o assunto, ver Melish, T., *op. cit.*, pp. 51-66.

78 Burgorgue-Larsen, L. e Úbeda de Torres, A., *op. cit.*, p. 627.

79 *Ibidem*, pp. 51-66.

80 *Idem*.

81 *Idem*.

“desfrutar da liberdade e do descanso, que supõe cumprir o tempo de prestação laboral, contando com a garantia e segurança econômicas que representa o pagamento da pensão íntegra da qual se torna credor a partir de suas contribuições”.⁸² A este respeito, a Corte IDH partiu do princípio de que tal “aspiração natural” causa danos imateriais no caso específico, devido à “falta de tranquilidade na parte econômica”.

Num outro caso em que a violação do direito de propriedade não é analisada - também relacionada com a falta de cumprimento de decisões internas por demissões arbitrárias e demora no cumprimento de ações amparo aos direitos trabalhistas das vítimas -, a Corte IDH realizou melhores considerações solicitando ao Estado determinar como reparação ao dano material, “de acordo com o direito interno e através de mecanismos correspondentes, quem são as vítimas que têm direito à aposentadoria”⁸³.

Apesar da Corte IDH não reconhecer o impacto no patrimônio pessoal como violação independente do direito à propriedade privada, que podem gerar várias violações por parte do Estado ao direito ao trabalho e seus direitos conexos (por exemplo, não receber salários ou aposentadoria) e limita-se à análise das violações por desrespeito às sentenças internas, concedeu proteção indireta a estes direitos. Por exemplo, no aspecto de reparações, reconheceu que:

[por] não poder exercer o direito a desempenhar uma atividade laboral em condições dignas e justas e receber em troca do seu trabalho uma remuneração que permita às vítimas e suas famílias desfrutar de um padrão de vida digna, impediu-se que elas tivessem acesso ao bem-estar econômico e pudessem proporcionar a seus familiares melhores condições de saúde, moradia e educação, entre outras.⁸⁴

Uma melhor proteção dos direitos trabalhistas enquanto tal decorre da jurisprudência consultiva da Corte IDH.⁸⁵ Em algumas das opiniões proferidas pela Corte IDH se menciona a seguridade social como direito dos trabalhadores, e dá exemplos mais generosos em torno de violações de Direitos Humanos por parte do Estado que incorrem, por exemplo, em:

[...] a denegação do direito à aposentadoria de um trabalhador [...] que contribuiu e cumpriu todos os requisitos exigidos legalmente aos trabalhadores, ou como o de um trabalhador que comparece ao órgão judicial correspondente para reivindicar seus direitos sem que este lhe proporcione as devidas garantias ou proteção judiciais.⁸⁶

Estas situações todavia não foram levantadas em casos litigiosos perante a Corte IDH, e parece difícil que venham a ocorrer, uma vez que a Corte IDH rejeita os casos em que existe uma diferença na interpretação entre as alegadas vítimas e o Estado, no que diz respeito ao cumprimento dos requisitos estabelecidos em uma lei para receber benefícios de aposentadoria, e que não foram reconhecidos pelos tribunais internos.⁸⁷

Tanto no caso dos “Cinco Aposentados” como no caso *Acevedo Buendia e outros*, a Corte IDH não aplicou de maneira clara a sua habitual análise ou teste (legalidade, necessidade e proporcionalidade) sobre as possíveis limitações ao direito à propriedade privada por parte do Estado, deixando

82 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendia e outros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru*. EPMRC. 2009, § 131.

83 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. EPMRC. 2006, p. 305. Esta sentença analisa o direito à aposentadoria, especialmente no capítulo de reparações. Para uma análise de como a Corte IDH realiza a proteção dos direitos dos trabalhadores, ver Burgogue-Larsen, L. e Úbeda de Torres, A., *op. cit.*, cap. 18.

84 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. EPMRC. 2006, § 311.

85 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003, § 157. Expressamente consagra o direito à seguridade social como um direito dos trabalhadores.

86 *Ibidem*, § 154.

87 CIDH. Relatório n.º 79/10 *Caso Asociación de jubilados petroleros del Perú. Área Metropolitana de Lima e Callao vs. Peru*, Petição 12.119, Inadmissibilidade, 12 de julho de 2010.

aparentemente intangível, imutável ou com um poder mínimo para limitar os benefícios patrimoniais que tenham sido reconhecidos na legislação interna.⁸⁸

Quanto às diferenças notáveis entre estes casos, dois aspectos podem ser salientados. O primeiro decorre de melhores considerações no caso *Acevedo Buendía* sobre o conteúdo do artigo 26 da CADH (intitulado “desenvolvimento progressivo”, estabelecido no Capítulo III da CADH sobre os direitos econômicos, sociais e culturais).⁸⁹ Nesta ocasião, a Corte IDH afirmou diretamente que os direitos econômicos sociais e culturais são justiciáveis no âmbito internacional.⁹⁰ Com esta sentença, foi ultrapassada a infeliz interpretação da Corte IDH⁹¹ na sentença “Cinco Aposentados”, na qual compreendeu que o carácter progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais - entre eles o direito à seguridade social e à pensão -, “se deve medir [...] em função da crescente cobertura dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral, e do direito à previdência social e à aposentadoria em particular, sobre o conjunto da população, tendo presentes os imperativos da equidade social, e não em função das circunstâncias de um grupo muito limitado de aposentados não necessariamente representativos da situação geral prevalecente”.⁹² No entanto, no caso *Acevedo Buendía* a Corte IDH rejeitou os argumentos dos representantes das vítimas em torno da violação do artigo 26 da CADH, os quais a CIDH já não se atreveu a sustentar novamente.

A linha jurisprudencial da Corte IDH sobre o artigo 26 foi esclarecida com contundência na sentença histórica de *Lagos del Campo vs. Peru*, de 2017, na qual se declarou a justiciabilidade direta do artigo 26 da CADH, e se determinou, pela primeira vez, a violação desta disposição. Ademais, a Corte IDH reconheceu a proteção do direito ao trabalho com base numa interpretação do artigo 26 com a Carta da OEA, a DADDH, e que o direito foi explicitamente reconhecido nas leis internas dos Estados da região.⁹³

A importância dessa sentença, para a seção em apreço, reside no fato de que a nova interpretação do artigo 26 abre a porta para o reconhecimento e proteção dos direitos trabalhistas específicos como o direito à seguridade social e a uma pensão,⁹⁴ os quais seriam também justiciáveis por meio do instrumento convencional e geradores de obrigações internacionais para o Estado. Ainda mais importante é o fato de que este reconhecimento permitirá esclarecer tanto o alcance dos direitos patrimoniais e adquiridos dos trabalhadores, bem como as faculdades do poder do Estado para limitá-los, uma vez que no caso destes direitos a nova interpretação do artigo 26 da CADH necessariamente impacta no desenvolvimento do artigo 21.

O segundo aspecto decidido de forma diferente no caso *Acevedo Buendía* é a não remissão aos tribunais internos para calcular o montante que corresponde às vítimas. Tal decisão pode ter como base a experiência da Corte IDH na supervisão do cumprimento do caso “*Cinco Aposentados*”, através do qual se demonstrou que deixar tal determinação nas mãos das autoridades internas apenas se transformou numa justificativa estatal para o não cumprimento da decisão tomada pela Corte IDH.⁹⁵

88 Melish, T., *op. cit.*, pp. 51-66.

89 Sobre o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais nos casos “Cinco Aposentados” e *Acevedo Buendía*, ver o comentário no artigo 26, de Courtis.

90 Para uma análise detalhada desse desenvolvimento, ver Burgorgue-Larsen, L. e Úbeda de Torres, A., *op. cit.*, pp. 631-634.

91 Burgorgue-Larsen, L. e Úbeda de Torres, A., *op. cit.*, p. 630. CIDH. Relatório n.º 79/10. *Caso Asociación de jubilados petroleros del Perú. Área Metropolitana de Lima e Callao vs. Peru*, Petição 12.119, Inadmissibilidade, 12 de julho de 2010, p. 631.

92 Corte IDH. *Caso “Cinco Aposentados” vs. Peru*. MRC. 2003, § 147.

93 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPMRC. 2017, §§ 143, 145.

94 Na sentença, a Corte IDH reconheceu e protegeu, por meio do artigo 26 da CADH, o direito à estabilidade no emprego. Cf. Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPMRC. 2017, §§ 146-150.

95 Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Peru*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 24 de novembro de 2009, § 32.

Por sua parte, a jurisprudência do TEDH estabeleceu claramente que não existe um direito geral aos benefícios de seguridade social decorrente do direito à propriedade privada previsto no artigo 1 do Protocolo Primeiro.⁹⁶ No entanto, reconhece que se pode obter a proteção deste artigo quando a vítima demonstrar que tem direito legal aos benefícios na legislação interna, isto é, se satisfaz determinadas condições. O TEDH não faz distinção entre os casos em que a vítima realizou sua contribuição e aqueles que não. Se o Estado não reconhece no procedimento interno os benefícios reclamados, o TEDH só analisará o caso nos termos do artigo 1º do Protocolo se os benefícios tiverem sido recusados com base em condições discriminatórias estabelecidas no artigo 14 da CEDH. Nestes casos, o direito a receber o benefício existirá independentemente do cumprimento das condições exigidas.⁹⁷ O TEDH repetiu que a CEDH e o Primeiro Protocolo não garantem o direito de adquirir propriedade como um direito econômico, social ou cultural. No entanto, uma decisão da Grande Câmara no contexto da seguridade social começa a afirmar que não existe uma divisão aguda que separe as esferas dos direitos civis e políticos dos econômicos, sociais e culturais.⁹⁸

A jurisprudência da Corte IDH analisada demonstra que evitou pronunciar-se em profundidade sobre as facultades do Estado para modificar retroativamente as pensões quando as circunstâncias socioeconômicas o exigem, e mostra uma certa antipatia para com o desenvolvimento de padrões em casos em que as vítimas não são “tão vulneráveis”, tais como os casos analisados em que não se tratava de pensões baixas, mas sim de privilégios.⁹⁹

3.2 A proteção dos direitos adquiridos mediante decisão judicial transitada em julgado de órgão interno

Na decisão *Furlan e familiares vs. Argentina* de 2012, a Corte IDH reconheceu que a compensação atribuída mediante decisão judicial final proferida pelos órgãos internos ingressa ao patrimônio e é protegida pelo direito de propriedade consagrado no artigo 21 da CADH, e que qualquer medida de restrição ao direito por parte do Estado deve ser justificada mediante uma decisão de proporcionalidade, caso contrário, implicará uma violação do direito à propriedade.

Sebastian Furlan - de 14 anos no momento em que aconteceram os fatos - estava brincando numa propriedade do Exército Argentino, e sofreu um grave acidente que gerou sequelas irreversíveis e deficiências físicas e psicológicas, para as quais necessitava de tratamento.¹⁰⁰ As decisões internas em matéria civil estabeleceram que os danos causados a Sebastian resultaram da negligência do Estado, enquanto proprietário e responsável pelo imóvel; em especial, foi estabelecido que o imóvel era considerado pelos habitantes da área como uma praça ou local público onde os menores brincavam, desta forma o Estado foi condenado a pagar \$ 130.000 pesos argentinos.¹⁰¹

A indenização declarada a favor do jovem Furlan foi enquadrada na Lei 23.982, 1991, pela qual deveria escolher entre duas formas de cobrança: 1. o pagamento diferido em espécie, ou 2. subscrição de títulos emitidos a um prazo de dezesseis anos, nesta segunda opção as obrigações teriam o valor nominal uma vez decorrido o prazo.¹⁰² A Corte IDH constatou que devido às condições econômicas precárias em que a família se encontrava e à necessidade de uma rápida obtenção de dinheiro para os tratamentos médicos,¹⁰³ o pai do jovem Furlan optou pela subscrição de títulos. Uma vez que os títulos foram pagos, o pai do jovem Furlan recebeu 33% do seu valor nominal, após o pagamento do montante que lhe correspondia pagar pelas despesas do processo de acordo com a responsabilidade de 30%

96 Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E. e Buckley, C., *op. cit.*, p. 660.

97 *Idem.*

98 *Idem.*

99 Melish, T., *op. cit.*, pp. 51-66. Corte IDH. *Caso “Cinco Aposentados” vs. Peru*. FRC. 2003, § 147.

100 Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012, § 95.

101 *Ibidem*, §§ 99-100.

102 *Ibidem*, § 213.

103 *Ibidem*, §§ 104-117.

atribuída, e diminuindo 30% que correspondiam ao advogado, Sebastian Furlan recebeu o equivalente a \$ 38.000 pesos argentinos.¹⁰⁴

Na análise em questão, a Corte IDH examinou a relação entre o direito à proteção judicial e o direito de propriedade. Em primeiro lugar, a Corte IDH especificou as normas que regem a aplicação das sentenças e determinou que a execução não tinha sido completa nem integral, uma vez que Sebastian tinha recebido um montante excessivamente inferior ao ordenado pelo órgão jurisdicional nacional.¹⁰⁵ Em segundo lugar, a Corte IDH estabeleceu que com a sentença interna “o montante tinha sido ingresado ao patrimônio” do jovem Furlan, que era, portanto, “um direito adquirido a seu favor”, e determinou que a aplicação da Lei 23.982 implicava uma restrição do direito:¹⁰⁶

[...] a Corte observa que existe [...] uma inter-relação entre os problemas de proteção judicial efetiva e o gozo efetivo do direito à propriedade. Com efeito, ao aplicar um juízo de proporcionalidade à restrição do direito à propriedade, conclui-se que a Lei 23.982 cumpria uma finalidade admissível convencionalmente, relacionada com a administração de uma grave crise econômica que afetava diversos direitos dos cidadãos. O meio escolhido para enfrentar este problema podia resultar idôneo para alcançar este fim e, em princípio, pode ser aceito como necessário, tendo em conta que em algumas ocasiões podem não existir medidas alternativas menos lesivas para enfrentar a crise. Entretanto, a partir da informação disponível nos autos, a restrição ao direito à propriedade de Sebastián Furlan não é proporcional em sentido estrito porque não contemplou nenhuma possibilidade de aplicação que fizesse menos onerosa a diminuição do montante indenizatório que lhe correspondia. Não se encontra nos autos nenhum tipo de previsão pecuniária ou não pecuniária que houvesse podido moderar o impacto da redução da indenização ou outro tipo de medidas ajustadas às circunstâncias específicas de uma pessoa com várias deficiências que requeriam, para sua devida atenção, do dinheiro já previsto judicialmente como direito adquirido a seu favor. Nas circunstâncias específicas do caso concreto, o não pagamento completo da soma disposta judicialmente a favor de uma pessoa pobre em situação de vulnerabilidade exigia uma justificação muito maior da restrição do direito à propriedade e algum tipo de medida para impedir um efeito excessivamente desproporcional, o que não se comprovou neste caso.¹⁰⁷

3.3 Direito à propriedade e processos que tramitam no âmbito interno

3.3.1. Direito à propriedade em processos penais e os poderes de investigação do Estado

O direito à propriedade frente aos poderes do Estado de investigação penal foi posto à prova pela Corte IDH¹⁰⁸ no caso *Cesti Hurtado vs. Peru*, submetido à Corte IDH em 1999. Contudo, nesse caso, sem dar maiores explicações, a Corte IDH não se pronunciou sobre as possíveis violações ao direito à propriedade de uma pessoa submetida a um processo penal através da imposição de medidas cautelares reais.¹⁰⁹ Apenas em 2004 a Corte IDH começou a pronunciar-se sobre as possíveis limitações que

104 Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012, § 213.

105 *Ibidem*, §§ 210-211. Embora o Estado tenha alegado que a venda dos bônus tenha sido uma decisão pessoal, a Corte IDH observou que as condições pessoais de Sebastián Furlan, e a precária situação econômica na qual se encontrava sua família, não lhe permitia esperar até que transcorresse o prazo para cobrar o montante total. A Corte IDH enfatizou que na aplicação da Lei 23.982 de 1991, as autoridades administrativas deviam levar em consideração que Sebastián Furlan era uma pessoa com deficiência e com poucos recursos econômicos, o que lhe colocava em situação de vulnerabilidade que exigia maior diligência das autoridades estatais. *Ibidem*, §§ 214-215.

106 *Ibidem*, § 221.

107 *Ibidem*, § 222. (grifo nosso)

108 A CIDH sustentou que o Estado violou o direito de propriedade em detrimento da vítima, uma vez que o embargo à sua propriedade não foi resultado de um devido processo legal nem foi ordenado por um juiz competente e imparcial. Além disso, a CIDH declarou que, ao manter a vítima detida na prisão, o Peru violou seu “direito ao trabalho”, causando danos contínuos.

109 Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. M. 1999, § 183. Nesse caso, a Corte IDH considerou que, de acordo com

podem ser impostas pelos Estados ao direito à propriedade no uso dos seus poderes de investigação, quando debruçou-se sobre o caso *Tibi vs. Equador*,¹¹⁰ no qual declarou que o Estado havia violado o direito à propriedade da vítima por não ter devolvido os bens apreendidos com base na necessidade de “lutar contra o narcotráfico”, e cuja devolução os tribunais internos já haviam ordenado. O ponto nevrálgico da proteção neste caso radica na presunção *iuris tantum* de que a posse de bens móveis adquire a qualidade de propriedade, e que o Estado deve tratar os possuidores como proprietários, sem poder exigir a apresentação de qualquer título, mesmo que mobiliário, para devolver bens arbitrariamente apreendidos no curso de um processo penal.¹¹¹ A Corte IDH não realizou uma análise da legalidade, legitimidade e proporcionalidade da restrição ao direito à propriedade.

Este precedente isolado foi esclarecido e explicado com maior profundidade no caso *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador* de 2007. Nessa sentença, a Corte IDH analisou o direito à propriedade, utilizando-se os incisos 1 e 2 do artigo 21 da CADH, estudando os elementos necessários que devem ser respeitados a fim de limitar um direito que não é absoluto, para que essa limitação seja considerada em conformidade com a CADH.

Primeiro, esclareceu que o Estado tem faculdades para restringir o direito à propriedade no âmbito de investigações penais, e que a existência dessas restrições numa lei não implica, *per se*, uma violação do artigo 21 da CADH. Segundo lugar, formulou o seu raciocínio sobre os elementos necessários para que uma limitação possa ser legítima e reconheceu que, no caso em particular, os motivos de restrição provinham de uma lei,¹¹² tal como exigido pela CADH. Terceiro lugar, interpretou que não é suficiente a existência da causa de limitação na lei, mas que tais limitações devem ter objetivos legítimos buscados pelo Estado, como: “[i] evitar que os bens continuem a ser utilizados em ações ilegais, [(ii)] assegurar o êxito da investigação penal, [(iii)] assegurar as responsabilidades pecuniárias que poderiam ser declaradas como resultado do processo, ou [(iv)] evitar a perda ou deterioração das provas”. Quarto lugar, exigia que a medida de proteção real “dev[a] ser justificada antecipadamente na inexistência de outro tipo de medidas menos restritivas do direito à propriedade”.¹¹³ Quinto lugar, observou que devem existir “indícios claros de sua vinculação com o ato ilícito, sempre e quando tal seja necessário para assegurar a investigação, o pagamento das responsabilidades pecuniárias incorridas ou para evitar perda ou deterioração de provas”. Sexto lugar, indicou que as medidas devem ser orientadas e supervisionadas por funcionários judiciais. Sétimo lugar, declarou que devem ser apuradas se “desaparecem as razões que justificaram a medida cautelar”, e que o juiz “deve avaliar a pertinência de continuar com a restrição, mesmo antes do final do processo”. A Corte IDH assinalou que:

ponto é da maior importância, dado que, caso os bens não continuem cumprindo um papel relevante para a continuação ou agilização da investigação, a medida cautelar real deve ser suspensa, sob pena de se converter em pena antecipada. Essa última situação constituiria uma restrição manifestamente desproporcional do direito à propriedade.

Desta forma, a Corte IDH estendeu as garantias necessárias desenvolvidas na sua jurisprudência em matéria de restrição a liberdade pessoal através de medidas cautelares pessoais, às restrições à propriedade impostas através de medidas cautelares reais, e destacou a conexão existente entre o direito à presunção de inocência e a imposição destas medidas no âmbito de processos penais.

Uma segunda parte da análise baseou-se na arbitrariedade do caso particular, exigindo que as medidas que restringem o direito de propriedade se encontrem devidamente motivadas. Tal requisito de

o artigo 21 da CADH, “não se comprovou a ocorrência de uma violação, *per se*, do direito do senhor Cesti Hurtado sobre sua propriedade. Os efeitos que sua prisão, acusação e condenação possam ter produzido em seu patrimônio ou em sua capacidade de trabalho derivariam da violação dos artigos 7, 8 e 25 da CADH, para os quais, em seu caso, a Corte IDH reservou sua decisão sobre os referidos efeitos para a etapa de reparações”.

110 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPMRC. 2004.

111 Galvis Patiño, M. C., *op. cit.*

112 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPMRC. 2007, § 186.

113 *Ibidem*, § 188.

motivação requer, de acordo com a jurisprudência da Corte IDH, que nas ordens de apreensão se precise o seguinte: 1. “que existiam probabilidades e indícios suficientes para inferir que os bens estavam realmente envolvidos no ilícito”,¹¹⁴ 2. possibilidade de suspender as medidas cautelares reais diante do fato de que teriam desaparecido os motivos que as fizeram necessárias¹¹⁵ e 3. “se a investigação podia continuar sem prejudicar nesse grau a posse” do bem.¹¹⁶ Ao não contar com uma motivação adequada, viola-se o gozo do direito à propriedade protegido no artigo 21.1 da CADH.¹¹⁷

3.3.2. Direito à propriedade e medidas cautelares

Nos processos cíveis as medidas cautelares que afetem a propriedade das pessoas foram também reconhecidas pela Corte IDH como convencionalmente aceitáveis, desde que sejam legais e legítimas, e que em sua aplicação seja observado um teste de proporcionalidade para determinar se as mesmas estão em conformidade ao artigo 21 da CADH, ou se, ao contrário, representam uma violação do direito por ser uma interferência desproporcional ao direito à propriedade.

No caso *Mémoli vs. Argentina* a Corte IDH analisou a medida cautelar de inibição geral para dispor e onerar bens contra o Sr. e a Sra. Mémoli, a fim de assegurar um eventual pagamento resultante de uma ação civil por perdas e danos movida contra eles, na qual, após mais de quinze anos, ainda não havia sido proferida uma decisão de primeira instância; as medidas cautelares (tomadas com anterioridade ao início desse processo) estavam em vigor, no total, há mais de dezessete anos.¹¹⁸

A Corte IDH estabeleceu que a adoção de medidas cautelares que afetam a propriedade privada não constitui “*per se* uma violação do direito à propriedade, mesmo quando constituam uma limitação a esse direito, na medida em que afetam a capacidade das pessoas de disporem livremente de seus bens [...]”.¹¹⁹ Além disso, recordou que ao analisar se uma restrição geral dos bens constitui uma violação do direito à propriedade, “[...] não dev[ia] limitar-se a examinar unicamente se foi produzido uma desapropriação ou expropriação formal, mas sim dev[ia] provar, para além da aparência, *qual foi a situação real por detrás da situação denunciada* [...]”.¹²⁰

A Corte IDH observou que ambas as ordens impostas ao Sr. e à Sra. Mémoli estavam legalmente previstas, cumpriam um objetivo convencionalmente admissível (uma vez que a medida visava assegurar o direito à uma indenização pelos alegados danos causados, que se encontravam em uma disputa no processo civil), e era evidente que uma “inibição geral de vender ou onerar os bens e[ra] idônea para garantir esse fim”. Contudo, a Corte IDH *advertiu que as autoridades judiciais internas não previram a possibilidade de moderar o impacto da duração do processo civil na faculdade das alegadas vítimas para disporem dos seus bens*, nem tiveram em conta que, segundo a lei argentina, “[o] juiz, a fim de evitar danos ou gravames desnecessários para o titular dos bens, *pode[ria] dispor uma medida cautelar diferente da solicitada, ou limitá-la, tendo em conta a importância do direito que se tentou proteger*”.¹²¹ A Corte IDH enfatizou que, apesar de referida disposição, a medida cautelar estava em vigor por um longo período de tempo.

A Corte IDH concluiu que as autoridades judiciais competentes “não tinham agido com a devida diligência e o dever de celeridade exigidos em razão dos direitos e interesses em jogo”, a duração do processo, em princípio de natureza sumária, juntamente com a inibição geral dos bens durante mais de

114 *Ibidem*, § 197.

115 *Ibidem*, § 198.

116 *Ibidem*, §§ 198 e 199.

117 Deve-se notar que a Corte IDH concluiu no mesmo caso *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador* “que a não devolução de mercadorias à empresa teve um impacto no valor e na produtividade da empresa, que por sua vez prejudicou aqueles que eram seus acionistas”. Esse dano deve ser entendido como uma interferência arbitrária no “gozo” do bem, também consagrado no artigo 21.1. da CADH.

118 Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPMRC. 2013, §§ 95-112.

119 *Ibidem*, § 178.

120 *Ibidem*, § 170. (grifo nosso)

121 *Ibidem*, §§ 179-180. (grifo nosso)

dezessete anos, significou um efeito desproporcional sobre o direito à propriedade privada do Sr. e Sra. Mémoli e levou a que as medidas cautelares se convertessem em medidas punitivas, em contrariedade ao princípio de um prazo razoável previsto no artigo 8.1 e o direito à propriedade privada no artigo 21.¹²²

3.4 O direito à propriedade e o poder de expropriação do Estado

Foi apenas em 2008, no caso de *Salvador Chiriboga vs. Equador*,¹²³ que a Corte IDH começou a desenvolver jurisprudência sobre o poder de expropriação do Estado sobre os bens imóveis das pessoas, com o objetivo de cumprir um fim de “utilidade pública” permitido na CADH.

Este poder é exercido pelos Estados latino-americanos de forma constante em diferentes áreas que incluem, entre outros, nacionalizações, construção de obras de infraestrutura, exploração de recursos naturais, reforma agrária, etc. As pessoas afetadas podem ser ricas e pobres, povos indígenas ou não indígenas, empresas nacionais ou estrangeiras. Por conseguinte, uma decisão da Corte IDH neste domínio constitui um precedente importante para o funcionamento de um sistema de freios e contrapesos, exigindo que o Estado cumpra os estritos requisitos convencionais no uso deste poder. No entanto, o primeiro precedente demonstra, como ao analisar o tema das pensões, a dificuldade da Corte IDH em resolver a questão; essa dificuldade se reflete na postergação da decisão sobre as reparações para um acordo entre as partes que, ao não ser alcançado, levou a Corte IDH a determinar as reparações, em uma divisão de votos incomum.

3.4.1. Declaração de utilidade pública

Na sentença do caso *Salvador Chiriboga vs. Equador*, verifica-se como princípio o amplo poder do Estado de limitar o direito à propriedade privada com base em “razões de utilidade pública e interesse social”. A esse respeito, a Corte IDH assinalou que esse poder pode ser exercido sobre “todos os bens cujo uso será destinado a permitir o melhor desenvolvimento de uma sociedade democrática”¹²⁴. No caso específico, expropriou-se de uma pessoa individual um imóvel situado na capital para destiná-lo a um parque público considerado o pulmão da mesma. A Corte IDH salientou que “um interesse legítimo ou geral baseado na proteção do meio ambiente [...], representa uma causa de utilidade pública legítima”.¹²⁵

No entanto, a Corte IDH não analisou o conteúdo do ato de declaração de utilidade pública, nem a sua eventual arbitrariedade ao entender que “não existe controvérsia entre as partes quanto ao motivo e o fim da expropriação do imóvel”.¹²⁶ No entanto, tal e como a própria Corte IDH reconheceu, essa controvérsia estava pendente de decisão no âmbito interno.¹²⁷ Sobre o decreto de utilidade pública, a Corte IDH considerou unicamente como violadoras ao direito à propriedade “a falta de uma decisão definitiva dos recursos subjetivos interpostos pela alegada vítima”, e relacionou o dano causado por esse atraso ao “estado de incerteza” em que estava o interesse social que fundamentou a expropriação. A este respeito, salientou que a passagem do tempo sem resolver a questão “coloca[va] em risco não só o interesse público [...], mas também o real benefício do qual está sendo objeto a comunidade em seu conjunto, diante da possibilidade de uma decisão desfavorável a este respeito”.¹²⁸

Com base nos argumentos da CIDH e dos representantes da vítima, a Corte IDH evitou pronunciar-se sobre uma parte nevrálgica desta questão que permite o controle do caráter convencional da atuação do Estado em relação a um elemento substancial do poder expropriatório, qual seja a legalidade e a

122 *Ibidem*, §§ 180, 183.

123 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPM. 2008. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. RC. 2011.

124 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. RC. 2011, § 73.

125 *Ibidem*, § 65.

126 *Idem*.

127 *Ibidem*, § 77.

128 *Ibidem*, § 89.

legitimidade do ato de declaração de utilidade pública.¹²⁹ Tampouco surgem da jurisprudência pautas gerais sobre o órgão que em uma sociedade democrática deve ser o indicado para determinar a utilidade pública de uma expropriação, nem ao conteúdo que tal ato deve ter para não ser arbitrário (motivação analisada em outras limitações),¹³⁰ nem sobre os mecanismos alternativos menos prejudiciais existentes, ou sobre a possibilidade de o proprietário questionar com anterioridade ao ato tal declaração, entre outros.

3.4.2. Justa indenização

O eixo central da violação ao direito de propriedade no caso de *Salvador Chiriboga vs. Equador* girou em torno do requisito estabelecido pela CADH relativamente ao pagamento da “justa indenização”; a Corte IDH indicou que, para que a indenização seja convencional deve ser “adequada, rápida e efetiva”. Tal qualificação decorre dos princípios gerais do Direito Internacional, os quais foram adotados pelo TEDH para dar maior alcance à proteção do direito à propriedade, e devido ao fato de que a indenização não é expressamente reconhecida no texto do direito à propriedade privada estabelecido no Protocolo Primeiro.¹³¹ A sentença da Corte IDH não suscita a necessidade de que a indenização seja prévia à ocupação ou à privação efetiva da propriedade em questão, elemento que é tido em conta em alguns regimes de expropriação latino-americanos.

Quanto ao conceito de “adequada”, a Corte IDH introduz três elementos de referência: 1. “o valor comercial do bem sujeito a expropriação anterior à declaração de utilidade pública”, este elemento está reconhecido em muitas leis sobre expropriação; 2. o “justo equilíbrio entre o interesse geral e o interesse particular”, elemento que decorre da jurisprudência europeia (*fair balance*) mas em casos marcadamente diferentes;¹³² e 3. os juros produzidos desde a “perda do gozo efetivo da posse do imóvel,”¹³³ elemento que pode ser discutível devido ao longo decurso de tempo entre o ato de declaração de utilidade pública, o qual começa a afetar a utilização e desfrute do bem, tornando-o indisponível.

O primeiro e terceiro elementos são determináveis e tem caráter técnico, enquanto o segundo elemento pode dar lugar a uma margem de discricionariedade na determinação do montante. Nas legislações internas o que corresponderia ao “justo equilíbrio” é um elemento a ser considerado para a declaração de “utilidade pública”, e não para determinar o montante da indenização. No âmbito europeu, tanto o padrão de compensação justa como os métodos de avaliação imobiliária tidos em conta pelo TEDH, bem como princípios do Direito Internacional, são controversos e foram alterados desde que o Protocolo foi redigido.¹³⁴

No caso *Salvador Chiriboga vs. Equador*, dada a discordância entre os montantes alcançados em pareceres de peritos e avaliações realizadas ao imóvel e apresentadas como prova perante a Corte IDH, foi decidido que as partes deveriam chegar a um acordo, adiando a determinação de reparações para um momento posterior à sentença de mérito.¹³⁵ Este elemento de aproximação entre as partes para resolver seu conflito é de suma importância no Direito Internacional,¹³⁶ mas apesar de embaralhar-se na fase de reparações a possibilidade de chegar a uma arbitragem internacional, o desacordo das partes quanto à designação das pessoas que integrariam o órgão arbitral responsável pela avaliação

129 Neste ponto, ver Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPMRC. 2007. No caso, a análise vai além do objetivo legítimo alegado, para buscar quais são os propósitos convencionais permitidos para uma medida cautelar real, que são determinados explicitamente pela Corte IDH. Talvez o voto do juiz Manuel Ventura Robles possa demonstrar essa falta de análise, perdendo o elemento de justo equilíbrio entre a lei individual e o interesse geral.

130 *Ibidem*, § 197.

131 Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. e Buckley, C., *op. cit.*, p. 679.

132 *Idem*.

133 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. RC. 2011, § 100.

134 Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. e Buckley, C., *op. cit.*, p. 679.

135 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPM. 2008, § 134.

136 Antkowiak, T. “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, *Colum. J. Transnat’l L.*, n.º 46, 2008, pp. 389-402.

dos bens expropriados levou a Corte IDH à difícil tarefa de calcular o montante correspondente.¹³⁷ Tal decisão conduziu à discordância de vários membros da Corte IDH,¹³⁸ o que não é habitual em número tão elevado (cinco contra três em termos de montante, juros e modalidade de cumprimento). Algumas das divergências substanciais sobre a compensação pecuniária baseiam-se no fato de o montante determinado pela Corte IDH, ao valorizar o imóvel, acrescidos dos juros, era demasiadamente alto em comparação com outros casos de violações graves dos Direitos Humanos, tornando a cifra “mais elevada na história ao longo de trinta anos”.¹³⁹ Outras se basearam em que, ao determinar a indenização, deveria ser levado em conta outros elementos, entre eles: 1. a capacidade orçamentária do Município de Quito;¹⁴⁰ e 2. o interesse geral beneficiado com a expropriação.¹⁴¹ Finalmente, algumas das dissidências se referiram à modalidade de cumprimento porque, ao dar um período de vários anos para pagar um montante elevado, para os juízes dissidentes, a Corte IDH deveria ter calculado, como sempre faz, os juros correspondentes.¹⁴²

Uma parte da problemática neste caso decorre da tomada de decisões em áreas em que a Corte IDH não possui com o *expertise* necessário. Do mesmo modo, é complicada a aplicação direta da jurisprudência europeia, cujo tribunal teve de fazer várias interpretações a fim de afirmar que o Protocolo Primeiro estabelece uma justa indenização como elemento do direito de propriedade para todas as pessoas. Em particular, o TEDH referiu-se a *general principles of international law* como uma fonte direta aplicável do direito; em matéria de expropriação, estes princípios se baseavam na proteção do direito à propriedade dos “não nacionais” contra atos arbitrários de expropriação¹⁴³ de um Estado que não é o seu. Essa problemática é alheia à Corte IDH, que dispõe de um instrumento internacional que exige como elemento a existência de uma indenização justa para que uma expropriação seja legítima.¹⁴⁴

Além disso, o TEDH faz a distinção entre a expropriação para efeitos de uma reforma social ou econômica, de outros fins. Nos primeiros casos, pode desviar-se do pagamento do montante total do que dita o “valor de mercado”; nestes casos, o ônus da prova sobre a necessidade de se desviar do valor de mercado recai sobre o próprio Estado.¹⁴⁵ O TEDH mostra-se relutante em determinar violações ao direito à propriedade quando a indenização de uma expropriação foi calculada com métodos objetivos e houve representação da parte expropriada no processo de determinação do montante.¹⁴⁶

4. O direito à propriedade intelectual e o interesse institucional do Estado

O caso *Palamara Iribarne vs. Chile* é o único em que a Corte IDH determinou que a violação ao direito à propriedade não respeitava o segundo elemento das limitações estabelecidas pela CADH, em relação ao objetivo buscado pelo Estado ao estabelecer a limitação. A este respeito, ao analisar a

137 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. RC. 2011, § 84. Soma de US\$ 18.705.000.00 (dezoito milhões setecentos e cinco mil dólares dos Estados Unidos) por justa indenização.

138 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. RC. 2011. Votos parcialmente dissidentes dos juízes Diego García-Sayán, Cecilia Medina Quiroga, Sergio García Ramírez, Leonardo Franco, Margarette May Macaulay e Diego Rodríguez Pinzón.

139 *Ibidem*. Voto parcialmente dissidente do juiz Sergio García Ramírez, § 19.

140 *Ibidem*. Voto parcialmente dissidente do juiz Leonardo Franco, § 9. Voto parcialmente dissidente do juiz Diego García Sayán, §§ 30-31.

141 *Ibidem*. Voto parcialmente dissidente do juiz Diego García Sayán, §§ 30-31.

142 *Ibidem*. Voto parcialmente dissidente dos juízes Cecilia Medina Quiroga, Margarette May Macaulay e Diego Rodríguez Pinzón.

143 Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E. e Buckley, C., *op. cit.*, p. 679.

144 *Idem*.

145 Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E. e Buckley, C., *op. cit.*, p. 681.

146 *Idem*.

proibição da publicação de um livro sobre as Forças Armadas, a Corte IDH observou que “a privação da propriedade com fundamento em um “interesse institucional” é incompatível com a CADH”.¹⁴⁷

Na sentença, a Corte IDH também elaborou uma definição de propriedade intelectual ao expandir o alcance do conceito de “bens” e proporcionou uma proteção convencional aos direitos do autor, os quais, integram a propriedade intelectual.¹⁴⁸ A Corte IDH definiu que:

[...] [a] proteção do uso e gozo da obra confere ao autor direitos que incluem aspectos materiais e imateriais. O aspecto material desses direitos do autor abrange, entre outros, a publicação, exploração, transferência ou alienação da obra e, por outro lado, o aspecto imaterial dos mesmos se relaciona com a salvaguarda da autoria da obra e com a proteção da sua integridade. O aspecto imaterial é o vínculo entre o criador e a obra criada, o qual se estende através do tempo. Tanto o exercício do aspecto material como o aspecto imaterial dos direitos do autor são suscetíveis de valor e são incorporados ao patrimônio de uma pessoa. Consequentemente, o uso e o desfrute da obra de criação intelectual também são protegidos pelo artigo 21 da C[ADH].¹⁴⁹

Foi igualmente destacado que o conteúdo do direito do autor “está estreitamente relacionado com as duas dimensões do direito à liberdade de pensamento e de expressão”.¹⁵⁰ Com esta determinação, a Corte IDH pode, pela primeira vez, estabelecer como reparação um montante por conceito de danos materiais num caso de liberdade de expressão.

5. O direito à propriedade coletiva ou comunal dos povos e comunidades indígenas e tribais¹⁵¹

A Corte IDH estabeleceu uma jurisprudência importante sobre a proteção que o artigo 21 da CADH concede à propriedade coletiva ou comunal dos povos indígenas e tribais. A Corte IDH parte da premissa de que esta proteção comunal não corresponde à concepção “clássica de propriedade”, contudo, de acordo com a sua jurisprudência constante, o artigo 21 do Pacto de San José:

[...]protege a estreita vinculação que os povos indígenas possuem com suas terras, bem como com os recursos naturais dos territórios ancestrais e os elementos incorpóreos que deles emanam. *Entre os povos indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que sua posse não se centra num indivíduo, mas no grupo e sua comunidade.* Essas noções de domínio e da posse das terras não necessariamente correspondem à concepção clássica de propriedade, mas merecem igual proteção do artigo 21 da Convenção Americana. *Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a sustentar que só existe uma forma de usar os bens e deles dispor, o que, por sua vez, significaria tornar ilusória a proteção dessa disposição para milhões de pessoas.*¹⁵²

147 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. MRC. 2005, § 109. (grifo nosso)

148 Essa extensão da proteção convencional também foi realizada pelo TEDH, que decidiu em casos mais complexos, como as patentes. *Ver* casos citados em Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. e Buckley, C., *op. cit.*, p. 656.

149 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. MRC. 2005, § 103.

150 *Ibidem*, § 107.

151 Esta seção inclui o artigo escrito pela autora com Antkowiak, T. “El derecho a la consulta en las Américas. Marco legal internacional”, em *Revista Aportes de DPLF*, n.º 14, año 3, septiembre de 2010; e se nutre de pesquisa realizada para o relatório escrito como consultora da DPLF para Oxfam. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los Pueblos indígenas - La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Primera Edición, Washington DC, 2011. International Human Rights Clinic de Seattle University School of Law. Escrito de *amicus curiae* no caso do Povo Kichwa de Sarayaku e seus membros vs. Ecuador, apresentado perante a Corte IDH, em abril de 2011.

152 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. MR. 2012, § 145. (grifo nosso). Citando a: Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, §§ 148-149. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, §§ 85-87. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena*

Por essa razão, de acordo com a Corte IDH, a proteção e a garantia do direito à utilização e ao gozo de seu território, “é necessária para garantir não só a sobrevivência, mas também o *desenvolvimento e a evolução como povo destas comunidades*”.¹⁵³

A inclusão da propriedade comunitária na proteção estabelecida pelo artigo 21 da CADH começou a tomar forma a partir das sentenças proferidas pela Corte IDH sobre os direitos dos povos indígenas e tribais em 2001, com a sentença do caso *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua* e - em junho de 2016 - continua com a sentença *Kaliña e Lokono vs. Suriname*.

Nos casos da *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua* e do *Povo Saramaka vs. Suriname*, a Corte IDH resolveu os conflitos de direitos causados pela ausência de delimitação e demarcação do território, decorrente da atribuição de concessões a terceiros para extração e exploração dos recursos naturais.¹⁵⁴

Nos casos *Comunidade Indígena Yakye Axa* e *Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, ambos contra o Paraguai, a Corte IDH viu-se confrontada com a transferência de direitos de propriedade do Estado para terceiros, em consequência da qual os indígenas reclamantes haviam perdido a posse das suas terras, deslocando-se contra a sua vontade e em condições de extrema pobreza para outro local.¹⁵⁵ Por sua vez, no caso da *Comunidade Moiwana vs. Suriname*, a comunidade perdeu a posse das suas terras quando se deslocaram após sofrerem um massacre de 40 de seus membros, e no caso do *Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, o Estado reconheceu a responsabilidade internacional pela violação do direito à vida e do direito à propriedade com respeito às vítimas e suas famílias, que também foram forçadas a mudar-se, concedendo reparações aos indivíduos e à comunidade como um todo.¹⁵⁶ No caso da

Sawhoyamaya vs. Paraguai. MRC. 2006, § 120. CIDH. Relatório de Monitoramento. Acesso à Justiça e Inclusão Social: O caminho para o fortalecimento da Democracia na Bolívia. Doc. OEA/Ser/L/V/ II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, § 156.

153 Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname e*. MRC. 2015, § 130. (grifo nosso) No caso *Kichwa de Sarayaku vs. Equador*, a Corte IDH, nos termos do artigo 21 da CADH, elaborou a análise que justifica a proteção das comunidades indígenas aos seus recursos naturais nos seguintes termos: “ Devido à conexão intrínseca que os integrantes dos povos indígenas e tribais tem com seu território, a proteção do direito a sua posse, uso e gozo é necessária para garantir a sua sobrevivência, ou seja, o direito a usar e usufruir do território careceria de sentido no contexto dos povos indígenas e tribais caso esse direito não estivesse vinculado à proteção dos recursos naturais que se encontram no território. Por isso, a proteção dos territórios dos povos indígenas e tribais também decorre da necessidade de garantir a segurança e a manutenção, por parte deles, do controle e uso dos recursos naturais, o que, por sua vez, permite manter seu modo de vida. Essa vinculação entre o território e os recursos naturais que os povos indígenas e tribais usaram tradicionalmente e que são necessários para sua sobrevivência física e cultural, bem como para o desenvolvimento e continuidade de sua cosmovisão, deve ser protegida pelo artigo 21 da Convenção para garantir que possam continuar vivendo de acordo com seu modo de vida tradicional, e que sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições distintas sejam respeitados, garantidos e protegidos pelos Estados. [...] Além disso, a falta de acesso aos territórios pode impedir as comunidades indígenas de usar os recursos naturais necessários, e deles usufruir, para procurar sua subsistência, mediante suas atividades tradicionais; e de ter acesso aos sistemas tradicionais de saúde e a outras funções socioculturais, o que pode expô-los a condições de vida precárias, ou desumanas, a maior vulnerabilidade diante de doenças e epidemias, bem como submetê-los a situações de desproteção extrema, que podem implicar em várias violações de seus Direitos Humanos, além de ocasionar-lhes sofrimento e prejudicar a preservação de sua forma de vida, costumes e idioma [...]”. Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012, §§ 146-147, no qual cita-se os seguintes casos: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, §§ 124, 135, 137. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. MRC. 2006, §§ 118, 121.

154 Falta de delimitação e demarcação decorrente de concessões a terceiros: Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, em relação à exploração de ouro e madeira. Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, sobre a exploração madeireira.

155 Ver Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005.

156 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname e*. EPMRC. 2005. Para um comentário sobre esta sentença, ver Antkowiak, T. *Moiwana Village vs. Suriname: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights*, *Berkeley J. Int'l L.*, n.º 25, 2007. Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. R. 2004.

Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, a Corte IDH resolveu a reivindicação de terras ancestrais reclamadas por uma comunidade indígena nômade e que se encontrava na posse de terceiros.¹⁵⁷

Sobre a relação especial de um povo com suas terras tradicionais, a Corte IDH observou que esta relação “pode ser expressa de diferentes formas, de acordo com o povo indígena em questão e as circunstâncias concretas em que se encontre, e que [essa] relação com as terras deve ser possível”.¹⁵⁸

Assim, a jurisprudência da Corte IDH tem repetidamente reconhecido o direito de propriedade dos povos indígenas nos seus territórios tradicionais e o dever de proteção que emana do artigo 21 da CADH,¹⁵⁹ à luz das:

[...] normas da Convenção 169 da OIT, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, bem como dos direitos reconhecidos pelos Estados em suas legislações nacionais ou noutros instrumentos e decisões internacionais, formando assim um *corpus iuris* que define as obrigações dos Estados Partes na Convenção Americana, em relação à proteção dos direitos de propriedade indígenas.¹⁶⁰

A aplicação de outros corpos normativos para dar conteúdo ao artigo 21 da CADH tem sido também explicada da seguinte forma:

A devida proteção da propriedade comunal indígena, nos termos do artigo 21 da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, impõe aos Estados a obrigação positiva de adotar medidas especiais para garantir aos povos indígenas e tribais o exercício pleno e igualitário do direito aos territórios que tradicionalmente usaram e ocuparam. Desse modo, conforme o artigo 29.b) da Convenção, as disposições do artigo 21 desse instrumento devem ser interpretadas em conjunto com outros direitos reconhecidos pelo Estado em sua legislação interna, ou em outras normas internacionais relevantes. Segundo as normas internacionais, não é possível negar às comunidades e povos indígenas o gozo de sua própria cultura, que consiste num modo de vida fortemente associado ao território e ao uso de seus recursos naturais [...].¹⁶¹

No caso dos *Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*, a Corte IDH analisou outras normas para estabelecer o direito à propriedade comunal dos membros dos povos tribais desse país. Uma vez que a legislação nacional desse país não reconhecesse o direito de propriedade comunal e que o Suriname também não havia ratificado a Convenção n.º 169 da OIT, a Corte IDH estabeleceu que, no entanto, o

157 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, §§ 56, 65, 91.

158 Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname e. MRC*. 2015, § 151. Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012, § 148.

159 O direito à propriedade comunitária possui uma relação intrínseca e um conteúdo compartilhado com o *direito à identidade cultural*, porque “[e]m função de seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração em geração esse patrimônio cultural imaterial, que é recriado constantemente pelos membros das comunidades e grupos indígenas. Segundo o princípio da não discriminação, estabelecido no artigo 1.1 da Convenção, o reconhecimento do direito à identidade cultural é ingrediente e via de interpretação transversal para conceber, respeitar e garantir o gozo e o exercício dos direitos humanos dos povos e comunidades indígenas protegidos pela Convenção e, segundo seu artigo 29.b), também pelos ordenamentos jurídicos internos. A Corte considera que o direito à identidade cultural é um direito fundamental e de natureza coletiva das comunidades indígenas, que deve ser respeitado numa sociedade multicultural, pluralista e democrática [...]”. Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012, §§ 212, 213 e 217.

160 Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, § 168. (notas de rodapé omitidas). Em casos recentes, a Corte IDH estabeleceu claramente o momento em que surgem as obrigações internas e internacionais para os Estados, bem como seu alcance, de acordo com as disposições de seu direito interno e os regulamentos internacionais ratificados pelo Estado, incluindo o momento em que aceita a jurisdição contenciosa da Corte IDH. No caso dos *Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus Membros vs. Panamá*, a Corte IDH observou que a obrigação de reconhecer o direito de propriedade a membros de populações indígenas também poderia basear-se na Convenção n.º 107 da OIT, ratificada pelo Estado. Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPMRC. 2014, § 116.

161 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012, § 171.

país tinha ratificado tanto o PIDCP como o PIDESC, e que tinha votado a favor da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas da ONU.

A Corte IDH observou igualmente que, por um lado, o Comitê DESCONU (um organismo de especialistas independentes que monitora a implementação do PIDESC pelos Estados Partes) interpretou as disposições do artigo 1º comum dos pactos como aplicáveis aos povos indígenas; portanto, a Corte IDH afirmou que: “em virtude do direito à autodeterminação dos povos indígenas de acordo com o referido artigo 1º, os povos podem igualmente “prossegui[r] o seu desenvolvimento econômico, social e cultural” e [...] “dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais”, para que não sejam privados de “seus próprios meios de subsistência” [...].¹⁶² Por outro lado, a Corte IDH registrou que o Comitê de Direitos Humanos havia analisado as obrigações dos Estados Partes no PIDCP, incluindo do Suriname, nos termos do artigo 27º de referido instrumento, e que, nas palavras do Comitê de Direitos Humanos:

[...] não se nega[ria] às pessoas pertencentes a [...] minorias o direito que lhes corresponde, em comunidade com outros membros de seu grupo, de gozar de sua própria cultura, [a qual] pod[eria] consistir num modo de vida que est[ivera] fortemente associado ao território e a utilização dos seus recursos naturais. [O que] poderia ser particularmente verdadeiro [quando se trata dos] membros de comunidades indígenas que constituem uma minoria [...].¹⁶³

Por conseguinte, a Corte IDH concluiu que, conforme o artigo 29.b da CADH, não podia interpretar as disposições do artigo 21 da CADH para limitar o gozo e o exercício dos direitos reconhecido pelo Suriname tanto no PIDCP como no PIDESC,¹⁶⁴ mesmo na ausência de legislação interna e da falta da ratificação da Convenção nº 169 da OIT por parte do Estado. Os instrumentos internacionais ratificados pelo Estado e as interpretações dos organismos responsáveis pela supervisão destes instrumentos confirmavam a proteção vinculante dos direitos dos membros dos povos indígenas e tribais do Suriname para o Estado, de modo que pudessem determinar e usufruir livremente do seu desenvolvimento social, cultural e econômico, o que inclui o direito particular da relação espiritual com o território que tradicionalmente utilizaram e ocuparam. Diante do anterior, o Estado tinha a obrigação de tomar medidas especiais para reconhecer, respeitar e proteger aos seus membros o direito à propriedade comunal sobre esse território.¹⁶⁵

Finalmente, é importante salientar que a evolução jurisprudencial da Corte IDH naturalmente consolida a defesa dos Direitos Humanos das comunidades indígenas realizada por parte das vítimas e seus líderes, pela sociedade civil e pela CIDH, principalmente através do exercício das suas funções consultiva e contenciosa.¹⁶⁶ A CIDH solicitou, em várias ocasiões, medidas provisórias à Corte IDH,¹⁶⁷ quando suas próprias medidas cautelares não eram eficazes, bem como apresentou demandas em casos contenciosos. Além disso, a CIDH continua a elaborar relatórios de admissibilidade e de mérito nos

162 Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname e. MRC*. 2015, § 122. (grifo nosso e notas de rodapé omitidas).

163 *Ibidem*, § 123. (nota de rodapé omitida)

164 *Ibidem*, § 122.

165 *Ibidem*, §§ 124-125.

166 Antkowiak, T. e Gonza, A. *El derecho a la consulta en las Américas. Marco legal internacional, op. cit.*

167 Ver, por exemplo, as decisões da Corte IDH que adotam ou rejeitam medidas nos seguintes casos: o *Caso Quatro Comunidades Indígenas Ngöbe e seus membros vs. Panamá* foi admitido perante a CIDH; *Caso Povo Indígena Sarayaku vs. Equador*; *Caso Povo Indígena de Kankuamo vs. Colômbia*; *Caso Comunidades de Jiguamiandó e de Curbaradó vs. Colômbia*.

casos concretos,¹⁶⁸ adota medidas cautelares,¹⁶⁹ elabora relatórios temáticos¹⁷⁰ ou relatórios sobre países específicos nos quais a problemática é analisada,¹⁷¹ bem como realiza as audiências públicas e visitas *in loco* para coletar informações substantivas sobre o assunto que servirão de base para aprofundar estas questões em relatórios futuros.

5.1. A proteção dos direitos indígenas através da função cautelar

A Corte IDH tem protegido os direitos à vida e à integridade física dos membros das comunidades indígenas através de diferentes medidas provisórias, conferindo uma proteção tangencial ao direito de propriedade comunal.¹⁷² No entanto, ainda não surge claramente a *proteção preventiva* do direito à propriedade comunal em si - tal como consagrado no artigo 21 da CADH -, como seria uma ordem para suspender a execução de um determinado projeto em territórios indígenas.

A CIDH tem tentado obter medidas provisórias desta natureza perante a Corte IDH em favor das comunidades indígenas assediadas por projetos de desenvolvimento que são realizados sem consulta prévia, livre e informada com as comunidades afetadas. A Corte IDH teve dificuldade para pronunciar-se sobre um assunto que levanta a possibilidade de danos irreparáveis ao direito à propriedade em territórios indígenas, sem se pronunciar sobre o mérito quando o caso ainda não havia sido apreciado perante a Corte IDH, o que ajudaria a prevenir danos futuros.

Em sua resolução sobre o *Caso das Quatro Comunidades Indígenas Ngöbe e seus Membros vs. Panamá*, a Corte IDH estabelece elementos rigorosos que devem ser verificados pelo requerente de medidas provisórias: 1. os fatos que fundamentam o pedido “não precisam estar totalmente verificados, [mas] precisam um mínimo de detalhes e informações para que [a Corte IDH] possa apreciar *prima facie* uma situação de extrema gravidade e urgência”;¹⁷³ 2. uma distinção clara entre aquilo que corresponde ao estritamente cautelar, e o que é próprio a dirimir-se no mérito de uma petição;¹⁷⁴ e 3. maior

168 Ver, por exemplo, CIDH. Relatório de Admissibilidade n.º 144/10, *Caso Vizinhos da Aldeia Chichupac e Caserio Xebabaj do Município de Rabinal vs. Guatemala*, Petição n.º 1579/07, 1 de novembro de 2010. CIDH. Relatório de Admissibilidade n.º 63/10, *Caso Comunidade Garífuna Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*, Petição n.º 1119/03, 24 de março de 2010. CIDH. Relatório de Admissibilidade n.º 125/10, *Caso Povos Indígenas de Raposa Serra do Sol vs. Brasil*, Petição n.º 250/04, 23 de outubro de 2010. CIDH. Relatório de Admissibilidade n.º 141/09, *Caso Comunidade Agrícola Diaguita de los Huascoltinos e seus membros vs. Chile*, Petição n.º 415/07, 30 de dezembro de 2009. CIDH. Relatório de Admissibilidade n.º 98/09, *Caso Povo indígena Xucurú vs. Brasil*, Petição n.º 4355/02, 29 de outubro de 2009 (delimitação). CIDH. Relatório n.º 58/09, *Caso Povo Indígena Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*, Petição 12.354, Admissibilidade, 21 de abril 2009. CIDH. Relatório n.º 75/09, *Caso Comunidades Indígenas Ngöbe e seus membros no Valle do Río Changuinola vs. Panamá*, Petição 286/08, Admissibilidade, 5 de agosto de 2009. CIDH. Relatório 40/04, *Caso Comunidades Indígenas Mayas do Distrito de Toledo vs. Belice*, Mérito, Caso 12.052, 12 de outubro de 2004. CIDH. Relatório n.º 75/02, *Caso Mary e Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, 27 de dezembro de 2002. CIDH. *Caso Comunidade San Vicente los Cimientos vs. Guatemala*, Solução Amistosa, 2003.

169 CIDH. MC 105/11, *Caso Comunidades dos povos Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano vs. Panamá*. CIDH. MC 382/10, *Caso Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará vs. Brasil*. CIDH. MC 61/11, *Caso Membros do povo indígena Awá dos departamentos de Nariño e Putumayo vs. Colômbia*. CIDH. MC 269/08, *Caso Membros da Comunidade Lof Paichil Antriao do Povo Indígena Mapuche*. CIDH. MC 260/07, *Caso Comunidades do Povo Maya (Sipakapense e Mam) dos municípios de Sipacapa e San Miguel Ixtahuacán no Departamento de San Marcos vs. Guatemala*. Através dessas medidas, foi ordenado ao Estado a suspensão das atividades de mineração.

170 CIDH. *Direitos dos povos indígenas e tribais sobre suas terras ancestrais e recursos naturais. Normas e jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II Doc 56/09, de 30 de dezembro de 2009, publicado em março de 2011. CIDH. Relatório Anual 2009. Volume II: Relatório Anual da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Capítulo IV Parágrafo 2 Acesso à informação e direito à consulta dos povos indígenas.

171 CIDH. *Acesso à Justiça e Inclusão Social: O caminho para o fortalecimento da democracia na Bolívia*. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 34, 28 de junho de 2007. Capítulo IV C.

172 O caso do Povo Indígena de Kankuamo vs. Colômbia; e o Caso Comunidades de Jigamiandó e de Curbaradó vs. Colômbia, talvez sejam os mais contundentes em relação à exploração da palma africana.

173 Corte IDH. *Caso Quatro Comunidades Indígenas Ngöbe e seus Membros vs. Panamá*. Solicitação de Medidas Cautelares, Resolução de 28 de maio de 2010, considerando onze.

174 Ver, por exemplo, as decisões da Corte IDH em que adotou ou rejeitou os meios de proteção nos seguintes casos: *Caso*

celeridade na CIDH para decidir sobre os méritos da petição nestes casos, dado que os argumentos sobre a urgência das medidas merecem tratamento urgente do mérito do caso.¹⁷⁵

Por sua vez, a CIDH é cada vez mais ousada na concessão de medidas cautelares em casos contenciosos que lhe são apresentadas, ordenando aos Estados, por exemplo: “suspender imediatamente o processo de licenciamento do projeto de [uma] Usina Hidrelétrica” e realizar processos de consulta,¹⁷⁶ suspender atividades de mineração; “prevenir a poluição ambiental”, “descontaminar fontes de água na medida do possível”, “assegurar o acesso dos seus membros a água própria para consumo humano”, e “identificar as pessoas que possam ter sido afetadas pelas consequências da contaminação, para que lhes seja prestada a assistência médica adequada”.¹⁷⁷

Há ainda pontos chave e complexos a serem desenvolvidos na matéria, assim como direitos conexos que ainda não foram analisados em profundidade, de maneira que se espera que no futuro exista uma maior jurisprudência sobre este assunto.

5.2 Características especiais do direito à propriedade coletiva ou comunal e as obrigações estatais

A Corte IDH estabeleceu que os Estados devem salvaguardar o direito à propriedade coletiva ou comunitária dos povos que vivem em terras ancestrais, de acordo com as suas tradições, com todos os seus elementos especiais,¹⁷⁸ e para garantir a sobrevivência social, cultural e econômica dos povos indígenas e tribais.¹⁷⁹

Para alguns autores, apesar do andaime jurídico estabelecido há anos pela Corte IDH, ainda há sinais de uma posição conservadora em relação à apropriação dos recursos naturais pelos povos

Quatro Comunidades Indígenas Ngöbe e seus Membros vs. Panamá; Caso Povo Indígena Sarayaku vs. Equador; Caso Povo Indígena Kankuamo vs. Colômbia e Caso Comunidades de Jiguamiandó e de Curbaradó vs. Colômbia.

175 Corte IDH. *Caso Quatro Comunidades Indígenas Ngöbe e seus Membros vs. Panamá*. Caso. Solicitação de Medidas Cautelares, Resolução de 28 de maio de 2010.

176 Ver, por exemplo, CIDH. MC 382/10. *Caso Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, vs. Brasil*. A CIDH solicitou ao governo brasileiro que suspendesse imediatamente o processo de licenciamento do projeto da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e impedisse a execução de qualquer trabalho material de execução até que as condições mínimas fossem observadas.

177 CIDH. MC 260/07. *Caso Comunidades do Povo Maya (Sipakapense e Mam) dos municípios de Sipacapa e San Miguel Ixtahuacán no Departamento de San Marcos vs. Guatemala*, por meio de medidas cautelares, ordenou-se ao Estado a suspensão das atividades de mineração.

178 ver o artigo 21 da CADH; artigo 14.1. da Convenção n.º 169 da OIT, que estabelece que “Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes”; a Declaração das Nações Unidas, em seu artigo 26.3. Também afirma que “Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se referam”. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 87. Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname e. EPMRC*. 2007, § 88. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 118. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 137.

179 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname e. EPMRC*. 2007, § 91. Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, §§ 148, 149, 151. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006, §§ 118-121. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, §§ 124, 131, 135, 154. Por sua vez, a CIDH, em um de seus relatórios, afirmou que “o uso contínuo dos sistemas coletivos tradicionais de controle e uso do território é essencial em muitas circunstâncias para o bem-estar individual e coletivo e, de fato, para a sobrevivência dos povos indígenas”. CIDH. Relatório n.º 75/02, *Caso Mary e Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, 27 de dezembro de 2002, § 128. Em outro de seus relatórios, estabeleceu que: “o uso e aproveitamento da terra e seus recursos são componentes integrais da sobrevivência física e cultural das comunidades indígenas e da efetiva realização de seus Direitos Humanos em termos mais gerais”. CIDH. Relatório 40/04, *Caso Comunidades Indígenas Mayas do Distrito de Toledo vs. Belice*, Mérito, Caso 12.052, 12 de outubro de 2004, § 114.

indígenas,¹⁸⁰ ao exigir-se uma relação tradicional com os mesmos para uma maior proteção e obtenção de benefícios.¹⁸¹

A Corte IDH afirmou não só a obrigação de respeitar o direito à propriedade dos povos indígenas, mas também enfatizou que os Estados têm uma “obrigação positiva de adotar medidas especiais para garantir aos integrantes dos povos indígenas e tribais o exercício pleno e igualitário do direito aos territórios que tradicionalmente usaram e ocuparam”.¹⁸² Estas considerações são particularmente relevantes para enfrentar a exclusão social e a pobreza extrema que caracterizam às realidades indígenas, bem como fazer com que as disposições da Convenção n.º 169 da OIT que afirma que “deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse”.¹⁸³ No entanto, o mero reconhecimento por parte dos Estados do direito à propriedade especial e coletiva de seus povos indígenas não são suficientes, e a Corte IDH tem apontado vários aspectos substanciais dos deveres dos Estados a este respeito.¹⁸⁴

1. Dever de reconhecer, com efeitos jurídicos, que a posse tradicional das terras dos povos indígenas e tribais é equivalente a título de pleno domínio que outorga ao Estado,¹⁸⁵ e abrange o conceito de territórios.¹⁸⁶
2. Dever de reconhecer, com efeitos jurídicos, que a posse tradicional lhes confere o direito de reivindicar o reconhecimento oficial da propriedade e do seu registro,¹⁸⁷ bem como o direito de não serem transferidos do mesmo.¹⁸⁸
3. Dever de demarcação, delimitação e titularização das terras (a fim de assegurar a utilização e usufruto permanentes desse território e de salvaguardar a segurança jurídica dos membros).¹⁸⁹

180 Pasqualucci, J. M., *op. cit.*, p. 65.

181 International Human Rights Clinic de Seattle University School of Law. Escrito *amicus curiae* no caso do *Povo Kichwa de Sarayaku e seus membros vs. Equador*, apresentado ante a Corte IDH, em abril de 2011.

182 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname e. EPMRC*. 2007, § 91. O artigo 14.1 da Convenção n.º 169 da OIT assinala que: “dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam”.

183 Artigo 14.2. da Convenção n.º 169 da OIT; artigo 27 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname e. EPMRC*. 2005, § 209.

184 Due Process of Law Foundation. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los Pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. DPLF - Oxfam Washington DC, 2011. Due Process of Law Foundation, Instituto de Defensa Legal, Seattle University School of Law. *El derecho a la consulta de los Pueblos indígenas en Perú*. DPLF, Washington, DC, 2010.

185 Ver artigo 14.2. da Convenção n.º 169 da OIT. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 109. Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, § 151. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 128.

186 Artigo 13.2. da Convenção n.º 169 da OIT, artigo 25 Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 109. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 128. Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname e. EPMRC*. 2005, §§ 131 e 209. Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, § 151.

187 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 109. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 128. Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname e. EPMRC*. 2005, § 131 e 209. Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, § 151.

188 Convenção n.º 169 da OIT, art. 16.1.

189 A Corte IDH indicou que o estabelecimento dessas obrigações não constitui um privilégio de uso da terra, que pode ser desapropriada pelo Estado ou ofuscada pelos direitos de propriedade de terceiros. Tratar-se-ia de um direito dos membros dos povos indígenas e tribais obter o título de seu território, a fim de garantir o uso e aproveitamento permanente da referida terra. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, § 104. Da mesma forma, ver os casos: Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPMRC. 2014, § 118. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, § 169. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, § 104. Sobre a obrigação de delimitar o artigo 14.2, a Convenção n.º 169 da OIT estabelece que “Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras

Para efeitos de delimitação, demarcação e titulação, o direito à propriedade dos povos indígenas e tribais oferece garantias plenas para os territórios que tradicionalmente possuíram, ocuparam e utilizaram para exercer a sua própria vida, subsistência, tradições, cultura e desenvolvimento enquanto povos.¹⁹⁰

De todos os modos, dentro deste dever se encontra também a obrigação de assegurar a utilização e o usufruto efetivo das terras mediante a desintrusão. No caso da *Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*, a Corte IDH observou que, para os efeitos do caso, a desintrusão deveria ser entendida como:

[...] um processo que deriva na obrigação do Estado de remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão. Em particular, se realizará através do domínio pleno e efetivo do legítimo proprietário e, se apropriado e conforme acordado, mediante o pagamento de melhorias e a realocação dos terceiros ocupantes, a fim de permitir que a Comunidade [...] possa fazer uso e usufruir pacífica e efetivamente do pleno domínio da propriedade coletiva.¹⁹¹

4. Dever de restituir, quando for o caso, as terras tradicionais às comunidades, quando por causas alheias à sua vontade tenham saído de suas terras tradicionais ou perdido a posse das mesmas e estas se encontrem em mãos de terceiros. Apesar da perda da posse, e da ausência de título legal, mantém-se o direito à propriedade sobre as mesmas e a restituição é a forma mais adequada de respeitar o direito à propriedade, com prevalência sobre os direitos de terceiros e mediante a adoção de medidas necessárias para que ditos terceiros de boa-fé sejam devidamente indenizados.¹⁹²
5. Dever de outorgar terras alternativas da mesma extensão e qualidade daquelas perdidas, quando a restituição não seja possível, em casos excepcionais e acordados com as comunidades e seus representantes livremente eleitos.¹⁹³ Sobre a atualização do direito à propriedade comunal das terras

que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse". Igualmente, ver Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 143. Sobre a obrigação de titularidade, ver Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 109. Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname e. EPMRC*. 2007, § 115. Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, § 153. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 215. Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname e. EPMRC*. 2005, § 209. Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname e. EPMRC*. 2007, § 115. Em outra ordem, no caso da *Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*, a Corte IDH reconheceu a relação ancestral da comunidade Garífuna com a praia, o mar e os recursos pesqueiros, em particular devido à importância da praia para a celebração de suas cerimônias religiosas e sua cultura e economia. De um modo mais geral, a relação dos povos e comunidades indígenas com os recursos hídricos naturais foi reconhecida na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e no Comitê DHONU; no entanto, a Corte IDH não considerou necessário se pronunciar sobre a violação do artigo 21 da CADH, quando o Estado não delimitou, tituló e demarcou partes da praia e do mar em favor da comunidade. Nessa ocasião, apenas considerou relevante lembrar que os Estados devem garantir o uso, gozo e utilização - em igualdade de condições e sem discriminação - das praias e dos mares costeiros e de outros recursos que tradicionalmente utilizavam, de acordo com seus usos e costumes. Isso provavelmente deve-se aos direitos soberanos que o Estado possui sobre essas parcelas territoriais e que impossibilitariam o reconhecimento exclusivo de direitos em favor de um povo ou comunidade. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, §§ 132, 135-137.

190 De acordo com a Corte IDH, sem prejuízo disso, "haveria outras áreas tradicionais complementares ou adicionais às quais eles tiveram acesso para suas atividades tradicionais ou de subsistência (que, no caso deles, podem compartilhar outros fins), com relação às quais deve-se garantir, pelo menos, seu acesso e uso na medida em que corresponda". Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. FRC. 2015, § 139. (grifo nosso)

191 Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, § 181.

192 Artigo 16.3. Convenção n.º 169 da OIT. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 128. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 284.

193 No caso dos *Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*, a Corte IDH estabeleceu, com relação às obrigações do Estado relacionadas à garantia do gozo do direito de propriedade dos povos indígenas sobre terras alternativas, que "essas obrigações devem necessariamente ser as mesmas dos casos em que a recuperação de terras ancestrais ainda é possível". Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPMRC. 2014, § 122. artigo 16.4. Convenção n.º 169 da OIT. artigo 28.2. da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006, §§ 128- 130. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 109.

alternativas, a Corte IDH observou que:

[...] em relação às terras ancestrais, é precisamente a posse ancestral ou a ocupação prolongada dessas terras que dá direito a exigir o reconhecimento oficial de propriedade e registro, enquanto que para terras alternativas onde não exista tal ocupação ancestral, o reconhecimento do direito à propriedade coletiva só se concretizará quando o Estado designa as novas terras.¹⁹⁴ Do mesmo modo, em nenhum caso a decisão das autoridades internas sobre a possibilidade de acessar terras alternativas deverá basear-se exclusivamente em que estas terras estão em mãos de particulares ou racionalmente exploradas;¹⁹⁵ ao outorgar terras alternativas aos povos indígenas, o Estado adquire a obrigação de assegurar o gozo efetivo do direito à propriedade.¹⁹⁶

6. Dever de indenizar totalmente as pessoas transferidas e realocadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido em consequência de seu deslocamento.¹⁹⁷

5.3 Conflitos entre a proteção à propriedade comunal e outros direitos

5.3.1. Conflitos reais ou aparentes entre a propriedade comunal e a propriedade privada de terceiros não indígenas

É pertinente observar que apesar das suas profundas considerações sobre o direito à propriedade indígena e à identidade cultural, a Corte IDH foi criticada por não ter sido mais decisiva para dar precedência à propriedade indígena sobre o direito de terceiros em caso de necessidade de devolução de terras.¹⁹⁸ Em particular, nas sentenças recentes que reconhecem a propriedade comunal de terras a favor de uma comunidade indígena, e nas que já existe um título de propriedade concedido em favor de um terceiro não indígena, a Corte IDH evitou pronunciar-se sobre a preponderância de quaisquer direitos nos seguintes termos:

[...] não pode decidir se o direito à propriedade tradicional dos membros de uma Comunidade indígena é superior ao direito à propriedade privada de terceiros ou vice-versa, uma vez que a Corte IDH não é um tribunal de direito interno que resolve controvérsias particulares. Essa tarefa é da exclusiva competência do Estado. Contudo, ao Tribunal lhe compete analisar se o Estado garantiu ou não os Direitos Humanos da Comunidade indígena.¹⁹⁹

194 Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPMRC. 2014, § 121.

195 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 284.

196 A referida obrigação “não pode ser desconhecida e o gozo não pode deixar de concretizar-se efetivamente em função da outorga de um título de propriedade privada sobre essas terras, nem poderia um terceiro adquirir esse título de boa-fé. O anterior se entenderia sem prejuízo dos particulares que já possuíam um título de propriedade privada sobre parte das terras com anterioridade à ocupação dos povos indígenas. Além disso, a Corte [constatou] que a normatividade de vários países da região, como Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Honduras, Paraguai, Peru e Venezuela, de alguma forma incluem *que os territórios indígenas são, entre outros, inalienáveis e imprescritíveis*”. Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPMRC. 2014, § 142.

197 Artigo 16.5. Convenção n.º 169 da OIT. Artigo 28.1. Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. MRC. 2006, §§ 313, 320. Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname e*. EPMRC. 2005, § 213.

198 Galvis Patiño, M. C., *op. cit.* Pasqualucci, J. M., *op. cit.*, p. 65.

199 Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPMRC. 2014, § 144. No mesmo sentido, no caso da *Comunidade Garifuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*, a Corte IDH manifestou “que a declaração de responsabilidade do Estado por não ter garantido a posse pacífica do território concedido como garantia de ocupação à Comunidade não implicava um pronunciamento sobre os direitos das pessoas que já possuíam um título de propriedade privada sobre parte dessas terras. Nesse ponto, a Corte [esclareceu que] se referia apenas à responsabilidade do Estado de Honduras por ter concedido um título de ocupação sobre um território que não era possível ocupar em sua totalidade e para o qual não havia plena segurança jurídica quanto à sua propriedade”. Corte IDH. *Caso Comunidade Garifuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, § 146. Em procedimentos perante a Corte IDH, os representantes das vítimas nos casos afirmaram que qualquer disposição legal interna que não estabeleça a preferência da lei indígena com base na posse ancestral de suas terras ou que favoreça exclusivamente a propriedade coletiva de um território indígena, tornar-se-ia ilusória a proteção pre-

No caso *dos Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname* de 2015, a Corte IDH deixou claro que *tanto a propriedade privada dos particulares bem como a propriedade coletiva dos membros das comunidades indígenas têm proteção dos seus direitos sob o artigo 21 da CADH*, e que corresponde ao Estado realizar a avaliação correspondente ao resolver as controvérsias que surgirem:

Sobre este particular, a Corte indicou que, quando o direito à propriedade comunitária indígena e a propriedade privada particular entram em contradições reais ou aparentes, *será necessário avaliar a legalidade, necessidade, proporcionalidade e a busca de um objetivo legítimo comum em uma sociedade democrática* (utilidade pública e interesse social), caso a caso, *para poder restringir o direito de propriedade privada, por um lado, ou o direito às terras tradicionais, por outro, sem que a limitação a este último implique na negação de sua subsistência como povo. [...]* O conteúdo de cada um destes parâmetros foi definido pelo Tribunal em sua jurisprudência.

Além disso, o Tribunal reiterou sua consideração de que, apesar de certas terras reivindicadas estarem em mãos de particulares, esta situação não constitui, per se, um motivo suficiente para denegar, prima facie, as solicitações indígenas. [...] isso colocaria os povos indígenas em uma situação vulnerável, na qual os direitos à propriedade individual podem triunfar sobre os direitos à propriedade comunitária [...], devido à mera existência de títulos a favor dos primeiros, em detrimento dos segundos.

[Isto] não significa que sempre que estejam em conflito os interesses particulares ou estatais e os interesses territoriais dos membros das comunidades indígenas, prevaleçam os últimos sobre os primeiros [...]. Por conseguinte, *se o Estado se vê impossibilitado, por razões objetivas, concretas e justificadas, de tomar medidas para devolver o território tradicional e os recursos comunais aos Povos [...], após ter avaliado de forma adequada, tal como indicado n[a] Sentença a possibilidade de expropriação [...] dos territórios de terceiros, o Estado poderá oferecer terras alternativas de igual ou maior extensão e qualidade, o pagamento de uma compensação justa ou ambos, e de forma consensual com os povos interessados [...]*.²⁰⁰

Do mesmo modo, nos casos em que ordenou-se ao Estado a devolução das terras, não se ordenou a “expropriação do território a favor dos indígenas”,²⁰¹ deixando sempre aberta a possibilidade de que, se “por razões objetivas e fundamentadas, a devolução das terras ancestrais aos membros da Comunidade [...] não seja possível, o Estado deverá lhes entregar terras alternativas”.²⁰²

vista no artigo 21 em relação ao artigo 2 da CADH. No mesmo sentido, ver Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname e. MRC. 2015*, § 156.

200 Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname e. MRC. 2015*, §§ 155, 157-158. (grifo nosso e notas de rodapé omitidas). É importante ressaltar que, na prática, a faculdade concedida pela Corte IDH ao Estado para decidir ou não a devolução de terras, levou os Estados a usar esse argumento a seu favor e que, apesar dos anos decorridos desde a resolução dos casos da Corte IDH, a reivindicação de territórios não foi alcançada. ver o cumprimento das sentenças dos seguintes casos: Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 3 de abril de 2009. No caso da *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai* passaram quase 8 anos até que se declarou o cumprimento da sentença em sua totalidade. Corte IDH. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 8 fevereiro de 2008. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 8 fevereiro de 2008.

201 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 284.

202 *Ibidem*, § 286. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 212. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Interpretação da Sentença de MRC. 2006, § 26. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, §§ 144-154 e 217.

5.3.2. *Proteção da propriedade coletiva ou comunal e o direito ao meio ambiente através de áreas protegidas*

Um dos pontos analisados pela Corte IDH no caso dos *Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname* foi a legalidade das restrições impostas aos povos dentro de uma zona que havia sido declarada como área natural protegida. Esta sentença forneceu critérios importantes sobre a compatibilidade entre a proteção das áreas protegidas e o usufruto adequado dos territórios tradicionais dos povos indígenas. De acordo com a Corte IDH:

[...] uma área protegida consistia não apenas na dimensão biológica, mas também na dimensão sociocultural e que, portanto, incorporava um enfoque interdisciplinar e participativo. Assim, os povos indígenas, em geral, podem desempenhar um papel relevante na conservação da natureza, dado que certos usos tradicionais representam práticas de sustentabilidade e são consideradas fundamentais para a eficácia das estratégias de conservação. *Por isso, o respeito dos direitos dos povos indígenas pode redundar positivamente na conservação do meio-ambiente. Assim, o direito dos povos indígenas e as normas ambientais internacionais devem ser entendidos como direitos complementares e não excludentes* [...].

Tendo em conta o anterior, em princípio, existe uma compatibilidade entre as áreas naturais protegidas e o direito dos povos indígenas e tribais na proteção dos recursos naturais sobre seus territórios, destacando que os povos indígenas e tribais, por sua inter-relação com a natureza e suas formas de vida, podem contribuir, de maneira relevante, nesta conservação. Nesse sentido, os critérios de participação efetiva, acesso e uso de seus territórios tradicionais e de percepção dos benefícios desta conservação — todos eles, sempre e quando sejam compatíveis com a proteção e utilização sustentável—são elementos fundamentais para alcançar esta compatibilidade, a qual deve ser avaliada pelo Estado. Consequentemente, é necessário que o Estado conte com mecanismos adequados para a implementação destes critérios como parte da garantia dos povos indígenas e tribais à sua vida digna e identidade cultural, em relação à proteção dos recursos naturais que se encontrem em seus territórios tradicionais. Para isso, a Corte verificará tal concordância no parágrafo seguinte.

A este respeito, a Corte considera que, à luz das normas supramencionadas, é compatível “o controle, acesso e participação em áreas do território de uma reserva por parte dos povos indígenas e tribais [era] compatível [à luz dos parâmetros antes mencionados], mas que também seria razoável que o Estado pudesse ter controle, acesso e manejo de áreas de interesse geral, estratégico e de segurança que lhe permita exercer sua soberania, e/ou proteger seus limites territoriais”.²⁰³

No caso em apreço, a Corte IDH concluiu que a violação não havia sido configurada pela falta de controle e gestão *exclusiva* da reserva por parte dos povos indígenas, no entanto, o Estado devia:

[...] buscar a compatibilidade entre a proteção do meio ambiente e os direitos coletivos dos povos indígenas, a fim de: a) garantir o acesso e uso de seus territórios ancestrais, através de suas formas tradicionais de vida nas reservas; b) oferecer os meios para participar de maneira efetiva com os objetivos das mesmas, principalmente no cuidado e na conservação das reservas; c) participar dos benefícios gerados pela conservação [...].²⁰⁴

203 Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. FRC. 2015, §§ 173, 181, 191. (grifo nosso e notas de rodapé omitidas)

204 *Ibidem*, §§ 192, 197. A Corte Interamericana não analisou a legalidade da criação das reservas, pois, devido à falta de competência, foi impedida de examinar o processo que levou à criação técnica da área, seus limites e zonas estabelecidas como áreas de reserva. *Ibidem*, § 166.

Esta falta configurou uma violação do dever de adotar as disposições que fossem necessárias para fazer efetiva a aplicação de tais medidas, a fim de garantir o direito à propriedade coletiva, à identidade cultural e aos direitos políticos.²⁰⁵

5.4. O direito à propriedade coletiva ou comunal e seus limites

O direito à propriedade coletiva não é absoluto. O regime de restrições permitidas que se analisaram na segunda seção deste comentário é também aplicado pela Corte IDH aos casos sobre a propriedade coletiva ou comunal, mas acrescentando que se satisfaça que um quinto elemento: a restrição não pode “implica[r] uma negação das tradições e dos costumes de uma forma que ponha em perigo a própria sobrevivência do grupo e dos seus membros”.²⁰⁶

No sentença *Saramaka vs. Suriname*, a Corte IDH estabeleceu que os recursos naturais encontrados nos territórios dos povos indígenas e tribais e que são protegidos nos termos do artigo 21 são os “recursos naturais usados tradicionalmente e que são necessários para a própria sobrevivência, desenvolvimento e continuidade do estilo de vida deste povo”.²⁰⁷

Assim, nos termos do artigo 1.1 da CADH, para garantir que uma restrição aos direitos à propriedade dos povos indígenas ou tribais não implique uma negação da subsistência como povo devem reunir três salvaguardas. Em primeiro lugar, o Estado deve proporcionar um processo adequado e participativo que garanta o seu direito à consulta, em particular, nos casos de planos de desenvolvimento ou de investimento em grande escala. Em segundo lugar, o Estado deve assegurar que os membros das populações indígenas sejam beneficiados razoavelmente pelo plano dentro do seu território, como uma forma de justa compensação exigida pelo artigo 21 da CADH.²⁰⁸ Em terceiro lugar, o Estado deve garantir que nenhuma concessão ou licença será emitida dentro do território indígena, a menos que e até que entidades independentes e tecnicamente capazes, sob a supervisão do Estado, executem um estudo prévio do impacto social e ambiental.²⁰⁹ Esta última salvaguarda coincide com, ou é analisada também pela Corte IDH, como uma das características ou elementos essenciais da primeira salvaguarda, ou seja, o direito à consulta, razão pela qual se analisa *infra* na seção 5.4.1.2, numeral 4, sobre as características do direito de consulta.

5.4.1 Direito à consulta

O direito à consulta foi reconhecido pela Corte IDH como uma das garantias fundamentais para assegurar a participação dos povos e comunidades indígenas nas decisões relativas às medidas que afetam os seus direitos e, em especial, o seu direito à propriedade comunal²¹⁰. Este direito foi plenamente estabelecido no caso do *Povo Kichwa de Sarayaku vs. Equador*, em 2012, em que a Corte IDH observou ainda que o direito “à consulta das comunidades e povos indígenas e tribais está alicerçado,

205 *Ibidem*, § 197.

206 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPFRC. 2007, § 128. (grifo nosso)

207 *Ibidem*, § 122. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005, §§ 124, 137. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. FRC. 2006, §§ 118 e 121.

208 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012, § 157, na qual se citam os seguintes casos: Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPFRC. 2007, § 129. Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Interpretação da Sentença de EPFRC. 2008, §§ 25-27. Por sua parte, o artigo 15 da Convenção nº 169 da OIT estabelece que os governos devem compartilhar com as comunidades afetadas qualquer benefício que obtiverem com o desenvolvimento de atividades em territórios indígenas. O artigo 32.3 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas exige que os Estados “estabelecerão mecanismos eficazes para a reparação justa e equitativa” para as comunidades indígenas por projetos “que afetem suas terras ou territórios e outros recursos”.

209 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPFRC. 2007, § 129. A Corte IDH esclareceu que esses estudos devem “ser conduzidos de acordo com as normas e boas práticas internacionais a esse respeito”, como as Akwé: Kon Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments. Para um estudo da prática da ONU, ver ONU. Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010, §§ 51-52. Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

210 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012, § 164.

entre outros, no respeito de seus direitos à cultura própria ou identidade cultural [...], os quais devem ser garantidos, sobretudo numa sociedade pluralista, multicultural e democrática [...]”²¹¹

5.4.1.1. Fundamentos normativos

Em *Sarayaku*, a Corte IDH observou que o direito à consulta, estabelecido na Convenção n.º 169 da OIT, é “uma das garantias fundamentais para assegurar a participação dos povos e comunidades indígenas nas decisões relativas a medidas que afetem seus direitos e, em particular, seu direito à propriedade comunal”.²¹² A Corte IDH estabeleceu que os artigos 13º a 19º da referida Convenção referem-se especificamente aos direitos das comunidades indígenas e tribais sobre as suas terras e territórios, e os artigos 6º, 15º, 17º, 22º, 27º e 28º regulam as diferentes hipóteses em que deve ser aplicada a consulta prévia, livre e informada nos casos em que estejam previstas medidas suscetíveis de afetá-los²¹³.

A justificação interpretativa que a Corte IDH faz para estabelecer o reconhecimento do direito à consulta baseou-se no princípio da interpretação evolutiva dos direitos instituído no artigo 29 da CADH, as regras de interpretação da CVDI,²¹⁴ e justificou a aplicação da Convenção n.º 169 da OIT do seguinte modo:

[...] este Tribunal tem considerado também que poderia “abordar a interpretação de um tratado sempre que esteja diretamente implicada a proteção dos Direitos Humanos num Estado membro do Sistema Interamericano”, mesmo que esse instrumento não tenha origem no mesmo sistema regional de proteção [...].²¹⁵

Ao reconhecer o direito à consulta na sentença, a Corte IDH analisou também a normativa interna de países e decisões de tribunais nacionais onde se havia ratificado a Convenção - bem como de outros tribunais de países onde ainda não havia sido ratificada, - e concluiu que, em todos esses casos se fez referência “à necessidade de realizar consultas prévias com as comunidades indígenas, autóctones, ou tribais, sobre qualquer medida administrativa, ou legislativa, que os afete diretamente, bem como sobre a extração de recursos naturais em seu território”.²¹⁶

Por todas estas razões, a Corte IDH estabeleceu que:

[...] a obrigação da consulta, além de constituir uma norma convencional, *também é um princípio geral do Direito Internacional*.

Portanto, está claramente reconhecida, hoje, a obrigação dos Estados de *realizar processos de consulta especiais e diferenciados quando determinados interesses das comunidades e povos indígenas corram o risco de ser afetados. Esses processos devem respeitar o sistema específico de consulta de cada povo, ou comunidade, para que possa haver um relacionamento adequado e efetivo com outras autoridades estatais, atores sociais, ou políticos, além de terceiros interessados.*

211 *Ibidem*, § 159.

212 *Ibidem*, § 164. Na sentença de interpretação no caso do povo Saramaka (agosto de 2008), a Corte IDH elaborou o significado do dever de consulta do Estado e estabeleceu que havia uma ampla gama de assuntos sobre os quais o Estado deveria consultar antes de agir, entre eles, os processos de delimitação de territórios, concessões a terceiros ou a adoção de medidas legislativas ou de qualquer outra natureza que possam afetar esse povo indígena. *ver* Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Interpretação da Sentença de EPFRC. 2008, §§ 25-27.

213 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012, § 163. De acordo com os artigos 1.1.a e 2 da Convenção n.º 169 da OIT, este tratado internacional se aplica, entre outros, a “povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial.” Da mesma forma, estabelece que os Estados “deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade”.

214 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012, § 161.

215 *Idem*. (notas de rodapé omitidas)

216 *Ibidem*, § 164. (grifo nosso)

A obrigação de consultar as comunidades e povos indígenas e tribais sobre toda medida administrativa, ou legislativa, que afete seus direitos reconhecidos na legislação interna e internacional, bem como a obrigação de assegurar os direitos dos povos indígenas de participar das decisões dos assuntos que digam respeito a seus interesses, está em relação direta com a obrigação geral de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção (artigo 1.1). Isso implica o dever de organizar, adequadamente, todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante as quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos. O acima exposto implica a obrigação de estruturar as normas e instituições de modo que a consulta às comunidades indígenas, autóctones, nativas, ou tribais, possa ser realizada, efetivamente, em conformidade com as normas internacionais na matéria. Desse modo, os Estados devem incorporar essas normas aos processos de consulta prévia, de maneira a gerar canais de diálogos sustentados, efetivos e confiáveis com os povos indígenas nos procedimentos de consulta e participação por meio de suas instituições representativas.²¹⁷

Segundo a Corte IDH, o reconhecimento do direito de consulta como princípio geral do Direito Internacional exige que, independentemente de esta obrigação estar expressamente regulada na legislação interna, o Estado deve dispor de “mecanismos adequados e eficazes para assegurar o processo de consulta [...], sem prejuízo de que possa ser disposta em lei”²¹⁸.

Mais recentemente, no caso dos *Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*, a Corte IDH assinalou que o estabelecimento de mecanismos para garantir a participação efetiva dos povos indígenas não consiste apenas um assunto de interesse público, mas também “forma parte do exercício de seu direito a participar na tomada de decisões em matérias que afetem os seus interesses, de acordo com os seus próprios procedimentos e instituições, em relação ao artigo 23 da Convenção Americana”,²¹⁹ acrescentando assim esta disposição convencional à base normativa do direito à consulta.

5.4.1.2 Características do direito à consulta

A Corte IDH estabeleceu um teste que deve ser cumprido em todo procedimento de consulta. Estas características essenciais da consulta representam uma obrigação global para o Estado, cujo descumprimento implicará a sua responsabilidade internacional.²²⁰ Dessa maneira, para garantir a participação efetiva dos membros de um povo ou comunidade indígena nos planos de desenvolvimento ou investimento no seu território, o Estado tem os seguintes deveres:

1. Dever de consultar a referida comunidade de forma ativa e informada,²²¹ no âmbito de uma comunicação constante entre as partes.
2. Dever de realizar consultas de boa-fé, através de procedimentos culturalmente adequados,²²² que devem ter por objetivo chegar a um acordo. Nesse sentido:

217 *Ibidem*, §§ 164-166. (grifo nosso e notas de rodapé omitidas)

218 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, § 222.

219 Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. MRC. 2015, § 203. Na época em que a Corte IDH proferiu a sentença, o Suriname não possuía legislação interna que reconhecesse os direitos dos povos tribais, nem havia ratificado a Convenção nº 169 da OIT. Para uma análise das outras obrigações internacionais assumidas pelo Suriname e a interpretação feita pela Corte IDH do artigo 21 da CADH a partir desse contexto jurídico, ver a análise da seção 5 acima ‘o direito à propriedade coletiva ou comunitária de povos e comunidades indígenas e tribais’.

220 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012, § 177, no qual é citado o § 134 da mesma sentença.

221 *Idem*. As informações fornecidas devem ser compreensíveis e em um formato acessível ao público. Sobre esse ponto específico, ver o desenvolvimento realizado pela CIDH. Relatório Anual 2009. Volume II: Relatório Anual da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Capítulo IV. Parágrafo 2. Acesso à informação e direito à consulta dos Povos Indígenas.

222 Ver o artigo 6.1.a. e 12 da Convenção nº 169 da OIT, artigos 30.2. e 26.2. da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e o parecer do Comitê de Peritos sobre a Aplicação das Convenções e Recomendações da OIT citadas no § 202 do acórdão Sarayaku.

[...] A consulta tampouco deve se esgotar num mero trâmite formal, mas deve ser concebida como “um verdadeiro instrumento de participação”, “que deve responder ao objetivo último de estabelecer um diálogo entre as partes, baseado em princípios de confiança e respeito mútuos, e com vistas a alcançar um consenso entre elas”. Nesse sentido, é inerente a toda consulta com comunidades indígenas o estabelecimento de “um clima de confiança mútua”, e a boa-fé exige a ausência de qualquer tipo de coerção por parte do Estado, ou de agentes, ou terceiros que atuem com sua autorização ou aquiescência. Além disso, a mesma consulta, com boa-fé, é incompatível com práticas como as intenções de desintegração da coesão social das comunidades afetadas, seja mediante a corrupção dos líderes comunais ou do estabelecimento de lideranças paralelas, seja por meio de negociações com membros individuais das comunidades, contrárias às normas internacionais. Do mesmo modo, a legislação e a jurisprudência nacional de Estados da região têm-se referido a esse requisito de boa-fé.²²³

Contar com um processo de consulta, livre, prévia e informada, de acordo com os costumes e tradições dos povos afetados, é a finalidade de todo processo de consulta.²²⁴ Deve procurar-se a compreensão mútua e tomar decisões consensuais.²²⁵ Trata-se de aplicar o princípio da boa-fé em todo processo de consulta, o que implica uma negociação em que todas as partes envolvidas estão dispostas a ouvir e a ceder as suas posições, enquanto defendem os seus legítimos interesses e direitos, e em que os acordos alcançados vinculem as partes.²²⁶

De acordo com a CIDH, a boa-fé é também é um princípio que deve ser seguido pelos povos indígenas, “[c]omo partes em processos de negociação e diálogo de boa fé no âmbito do dever estatal de consultar, os povos indígenas têm a responsabilidade primária de participar ativamente em referidos processos”.²²⁷ Em *Saramaka*, a Corte IDH acrescentou duas obrigações que recaem sobre os povos indígenas e tribais em processos de consulta: 1. o povo indígena deve informar o Estado sobre quem ou aqueles que o representarão em cada um dos processos de consulta, e 2. uma vez realizada a consulta, o povo deve informar ao Estado as decisões tomadas a este respeito, “bem como os seus fundamentos”.²²⁸

Ambas as partes, Estados e povos ou comunidades, devem velar pelo estabelecimento de um clima de confiança e respeito mútuo.²²⁹ As partes devem demonstrar “flexibilidade para acomodar os vários direitos e interesses em jogo [...] para os Estados, a flexibilidade reside, *inter alia*, em ajustar ou mesmo

223 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012, § 186. (notas de rodapé omitidas). A Corte IDH esclarece que a mera ‘socialização’ com membros ou representantes da comunidade fornecendo informações não cumpre necessariamente os elementos mínimos de uma consulta prévia adequada, uma vez que “não constitui um diálogo genuíno como parte de um processo de participação com o objetivo de chegar a um acordo”. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, § 173.

224 Ver o artigo 32.2. da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e artigo 6.2. da Convenção n° 169 da OIT. ONU. Relatório do Relator Especial sobre a situação dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais dos indígenas, James Anaya. A/HRC/15/37, 19 de julho de 2010, §§ 54-55. ver ONU. Comitê para a Eliminação de Discriminação Racial. Recomendação Geral n.º 23 sobre o direito dos Povos Indígenas. 51ª Sessão, 22 de agosto de 1997, §§ 4.d. e 5.

225 Artigos 6.1. e 6.2. da Convenção n.º 169 da OIT, e artigo 32 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

226 *Ibid.*, § 49. No caso de *Saramaka*, a Corte IDH determinou que, nos casos de planos de desenvolvimento ou investimento em grande escala que poderiam ter um impacto maior nos territórios indígenas, o Estado não apenas tem o dever de consultar a comunidade, mas também deve obter o consentimento livre, prévio e informado, de acordo com os costumes e tradições da referida comunidade. Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 134. No entanto, em nenhum dos julgamentos subsequentes foi feita referência ao ‘consentimento’, limitando-se a Corte IDH a falar em ‘consulta’, o que indica que o direito à consulta é o único que foi reconhecido na jurisprudência da Corte IDH. Ver a seção 2.11.12. Direito ao veto? ‘Da Seção Especial sobre Jurisprudência da Corte IDH de Direitos dos Povos Indígenas e Tribais. Mérito e Reparações, no comentário de Ruiz-Chiriboga e Donoso.

227 CIDH. *Relatório sobre os Direitos dos Povos Indígenas e Tribais sobre suas Terras Ancestrais e Recursos Naturais*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de dezembro de 2009, § 321.

228 *Ibidem*, § 19.

229 *Ibidem*, § 320.

cancelar o plano ou projeto com base nos resultados da consulta com os povos indígenas”.²³⁰ Os povos consultados devem ter a possibilidade de alterar o plano inicial, o que exige que as autoridades estatais tenham a devida consideração aos resultados da consulta.²³¹

A CIDH assinalou igualmente que o dever de motivação estatal sobre os resultados da consulta se traduz na justificação das razões que levaram o Estado a não incorporar, seja no seu todo ou em partes, tais resultados na concepção e execução do plano ou projeto consultado. As razões apresentadas pelo Estado devem ser “objetivas, razoáveis e proporcionais a um interesse legítimo numa sociedade democrática”.²³² A decisão do Estado deve ser formalmente comunicada aos respectivos povos indígenas ou tribais, e deve também estar sujeita a revisão “por parte das instâncias administrativas e judiciais de nível superior, através de procedimentos adequados e eficazes, que avaliem a validade e a relevância dessas razões, bem como o equilíbrio entre os direitos e interesses em jogo”.²³³ Caso não se chegue a um acordo, devem ser tomadas medidas como a suspensão do projeto até que seja alcançada uma solução definitiva.²³⁴

Se for alcançado um acordo, o mesmo supõe o respeito das partes.

3. Dever de realizar a consulta com caráter prévio. A consulta deve ser realizada nas primeiras etapas do plano de desenvolvimento, do planeamento da medida proposta ou investimento, e não apenas quando surja a necessidade de obter a aprovação da comunidade, se for esse o caso.²³⁵ Isto a fim de que os povos ou comunidades sejam capazes de participar e influenciar efetiva e verdadeiramente o processo de adoção de decisões, em conformidade com as normas internacionais pertinentes.²³⁶ Nesse sentido:

[...] o Estado deve assegurar que os direitos dos povos indígenas não sejam ignorados em qualquer outra atividade, ou acordos, que faça com terceiros particulares, ou no âmbito de decisões do poder público que afetariam seus direitos e interesses. Por esse motivo, caso seja cabível, compete também ao Estado realizar tarefas de fiscalização e de controle em sua aplicação e dispor, quando pertinente, formas de tutela efetiva desse direito, por intermédio dos órgãos judiciais respectivos.²³⁷

4. Dever de assegurar que os membros da povo ou da comunidade estejam cientes dos possíveis benefícios e riscos, para que possam avaliar se aceitam o plano de desenvolvimento ou de investimento proposto (dever de realizar um estudo de impacto ambiental). Nesse sentido, a Corte IDH estabeleceu que “o Estado devia garantir que não se emitirá nenhuma concessão dentro do

230 *Ibidem*, § 324.

231 *Ibidem*, § 325.

232 *Ibidem*, § 327.

233 *Ibidem*, § 328.

234 *Ver*, por exemplo, a favor, CIDH. MC 260/07. *Caso Comunidades do Povo Maya (Sipakapense e Mam) dos municípios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán no Departamento de San Marcos vs. Guatemala*.

235 *Ver* artigo 15.2. da Convenção n.º 169 da OIT.

236 A Corte IDH estabeleceu que a obrigação de consultar, consagrada na Convenção n.º 169 da OIT, aplica-se aos impactos e decisões decorrentes de projetos que possam afetar os territórios ou os direitos das comunidades, mesmo quando tais projetos foram contratados antes da entrada em vigor do Acordo. *Ver* Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012, § 176. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, § 222.

237 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012, § 167. Na nota 218 da sentença, a Corte IDH cita as seguintes disposições como fundamento: artigos 6, 15, 17.2., 22.3., 27.3. E 28 da Convenção n.º 169 da OIT e artigos 15.2., 17.2., 19, 30.2., 32.2., 36.2. e 38 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. A Corte IDH enfatizou que a obrigação de consultar “é de responsabilidade do Estado [...]; portanto, planejar e executar o processo de consulta não é um dever que pode ser evitado delegando-o a uma empresa privada ou a terceiros, muito menos no mesma empresa interessada na exploração de recursos no território da comunidade sujeita a consulta [...]”. Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012, § 187. (notas de rodapé omitidas). Na mesma sentença, a Corte IDH declarou que, mesmo que fosse aceita a possibilidade de delegação do processo de consulta a terceiros particulares, o Estado seria obrigado a indicar as medidas que adotaria para observar, controlar, monitorar ou participar do processo e, assim, garantir a salvaguarda. *Ibidem*, § 189.

território de uma comunidade indígena, a menos e até que entidades independentes e tecnicamente capazes, sob a supervisão do Estado, realizem um estudo prévio de impacto social e ambiental”.²³⁸ A realização de tais estudos constitui uma das salvaguardas para garantir que as restrições impostas às comunidades indígenas, ou tribais, no que diz respeito ao direito à propriedade pela emissão de concessões dentro de seu território, sem que isso implique a recusa da sua subsistência como povo, ou seja, a obrigação do Estado de supervisionar os estudos de impacto ambiental coincide com o seu dever de assegurar a participação efetiva das populações indígenas no processo de outorga de concessões.

Além disso, a Corte IDH determinou que os estudos de impacto ambiental

[...]servem para avaliar o possível dano, ou impacto, que um projeto de desenvolvimento, ou investimento, pode ter sobre a propriedade e comunidade em questão. O objetivo desses [estudos] não é [unicamente] ter alguma medida objetiva do possível impacto sobre a terra e as pessoas, mas também [...] assegurar que os membros do povo [...] tenham conhecimento dos possíveis riscos, inclusive os riscos ambientais e de salubridade, para que possam avaliar se aceitam o plano de desenvolvimento ou investimento proposto, com conhecimento e de forma voluntária.²³⁹

A Corte IDH assinalou igualmente que um dos pontos que o estudo de impacto deve tratar é “o impacto acumulado que tem gerado os projetos existentes, e os que gerarão os projetos que tenham sido propostos”.²⁴⁰

5. Dever de levar em consideração os métodos tradicionais do povo ou comunidade para a tomada de decisões.²⁴¹

Por último, a Corte IDH assinalou que o Estado tem a obrigação de garantir os direitos de consulta e participação em todas as fases de planejamento e desenvolvimento de um projeto que pode afetar o território onde se situa uma comunidade indígena ou tribal, ou outros direitos essenciais para a sua sobrevivência como povo.²⁴²

5.4.2. Benefícios compartilhados

A Corte IDH entende que o direito aos benefícios faz parte do direito a uma compensação justa nos termos do artigo 21 da CADH. Ao tratar da exploração de ouro no território do povo *Saramaka*, a Corte IDH determinou que este não era tradicionalmente utilizado pela comunidade.²⁴³ No entanto, observou que, uma vez que “toda atividade de mineração especializada [...] dentro do território *Saramaka* inevitavelmente afetará outros recursos naturais necessários para a subsistência deste povo”, o Estado, entre outras coisas, devia “permitir a participação dos membros do povo nos benefícios que se derivem desta possível concessão; e realizar ou supervisionar um estudo prévio de impacto ambiental e social”.²⁴⁴ Apesar desse reconhecimento, quando a Corte IDH determinou as reparações não outorgou

238 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012, § 205, em que é citado, *mutatis mutandis*, Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPFRC. 2007, § 271. Em relação à obrigação de realizar estudos de impacto ambiental, o Artigo 7.3 da Convenção nº 169 da OIT estabelece que “Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.”

239 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012, §§ 205-206. Corte IDH. *Caso Comunidade Garifuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, § 180.

240 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012, § 206.

241 A Corte IDH estabeleceu que são os povos indígenas, e não o Estado, quem deve decidir quem representará os povos indígenas em cada processo de consulta e, em caso de dúvida, o Estado deve adotar medidas para determinar quem são os representantes adequados. ver Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Interpretação da Sentença de EPMRC. 2008, § 18. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 48.

242 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012, § 167.

243 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 155.

244 *Idem*.

um benefício correspondente (passado e futuro) pela extração de ouro,²⁴⁵ embora não tenha reconhecido explicitamente o direito ao benefício do ouro pelo simples fato de estar em terras indígenas.

Embora a Corte IDH reconheça o direito à consulta e “de participar, de forma razoável, dos benefícios decorrentes da restrição ou privação do direito do uso e gozo das suas terras tradicionais e os recursos naturais necessários à sua sobrevivência”²⁴⁶, a distinção proposta gera estruturas de proteção confusas.

Em casos anteriores, solicitou-se à Corte IDH o desenvolvimento do conceito de benefícios compartilhados, distinguindo-os da compensação por danos, gerando ideias de como os Estados, as empresas e os povos indígenas podem pôr em prática e analisar a questão da responsabilidade das empresas nas violações dos Direitos Humanos.²⁴⁷

A Corte IDH deu alguns exemplos de compensações e reparações em caso de danos a práticas sociais e culturais dos povos indígenas, mas ainda não tomou uma determinação generosa e detalhada em um caso concreto sobre benefícios, determinando, por exemplo, benefícios passados não recebidos e os futuros nos casos em que a exploração do recurso natural continue. Isso requer também uma melhor estratégia no litígio por parte da CIDH e dos representantes das alegadas vítimas, e o envio de provas relacionadas com os benefícios das empresas e dos Estados, que podem demonstrar no processo perante a Corte IDH as verdadeiras dimensões que essa temática possui. As reparações, que poderão ser milionárias neste sentido, estarão nas mãos não só dos Estados, mas também de empresas. Ademais, isso requer que os representantes tenham clareza nas reivindicações das comunidades sobre este ponto, melhorando o aconselhamento técnico sobre o assunto.

6. Conclusões

A Corte IDH interpretou de forma ampla o conceito de “uso e gozo de bens” estabelecido no artigo 21 da CADH, e alcançou uma jurisprudência única e pioneira em matéria de direitos indígenas e de povos tribais sobre os seus territórios ancestrais. No entanto, quando foge do método traçado pelo seu teste habitual de restrições aos direitos (legalidade, legitimidade, proporcionalidade), para adotar conceitos europeus, amplia o poder dos Estados de interferir no uso e gozo do direito à propriedade. Talvez a única questão discutida na Corte IDH em que este poder do Estado se vê muito limitado está na redução das prestações de pensão já adquiridas que contam com sentenças transitadas em julgado nos tribunais internos; no entanto, deixa sem responder profundos questionamentos no âmbito do desenvolvimento das reformas dos regimes de aposentadorias. Ao mesmo tempo, se apresentam normas claras e sólidas na limitação do uso de restrições de propriedade por parte dos Estados para o exercício de seu poder de investigação penal (medidas cautelares reais), sem que esta análise exaustiva seja constantemente encontrada em todas as sentenças relativas ao direito à propriedade. Apenas uma vez a Corte IDH afirmou diretamente que o fim alegado pelo Estado não era legítimo.

245 *Ibidem*, § 155.

246 *Ibidem*, § 199.

247 *International Human Rights Clinic of Seattle University School of Law*. Escrito de *amicus curiae* no caso do *Povo Kichwa de Sarayaku e seus membros vs. Equador*, apresentado à Corte IDH, em abril de 2011. Due Process of Law Foundation. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los Pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. DPLF - OXFAM, Washington DC, 2011. No mesmo sentido, conforme estabelecido na Convenção 169 e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. ONU. Relatório do Relator Especial sobre a Situação dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais dos indígenas, James Anaya, A/HRC/15/37, 19 de julho de 2010, § 37. Conselho DHONU. Relatório do representante especial do Secretário-Geral para a questão dos Direitos Humanos e as empresas transnacionais e outras empresas, John Ruggie. A/HRC/14/27, 9 de abril de 2010, § 19. De acordo com o artigo 26.2. da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, eles “têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido.”

Por outro lado, apesar da generosidade das palavras da Corte IDH, em termos de legitimação ativa, a divisão entre atos que afetam uma pessoa enquanto ser humano e os atos que afetam empresas geram desproteção em temas nevrálgicos das sociedades democráticas modernas da América Latina e não vislumbram uma mudança em um prazo curto.

A utilização excessiva da jurisprudência do TEDH sobre questões de expropriação cria uma incerteza sobre a possibilidade de avançar na proteção dos direitos à propriedade face ao amplo poder de expropriação do Estado. A utilização de elementos não técnicos e discricionários, tais como o justo equilíbrio entre o interesse privado e o interesse social, a fim de determinar uma compensação justa por privação de um bem, conduz a uma possível arbitrariedade na determinação dos montantes e à expropriação deliberada por parte do Estado - mesmo para fins legítimos - que não analisa se este possui os elementos econômicos e jurídicos necessários para a aquisição da propriedade.

A generosa jurisprudência sobre questões de direito à propriedade indígena está repleta de desafios. O reconhecimento dos povos indígenas como verdadeiros proprietários de suas terras requer menores poderes de interferência do Estado no uso e gozo dos seus bens e de todos os recursos naturais. É também essencial criar maiores espaços de participação real na tomada de decisões sobre o desenvolvimento destas terras. A relação tradicional com a terra os torna detentores de um direito de propriedade mais forte do que o conceito tradicional, de modo que, em princípio não deveria prosperar o poder expropriatório de fato ou de direito do Estado. As intervenções através de medidas provisórias da Corte IDH, embora muito complexas na sua aplicação, tornam-se urgentes, dado que os casos apresentados perante o SIDH não supõem um estado inicial de negociações entre Estados e empresas que querem realizar projetos de desenvolvimento em territórios indígenas e encontram problemas em uma consulta legítima, mas dizem respeito a territórios já alcançados por esses poderes, utilizados e desfrutados face à pobreza e à exclusão social.

A jurisprudência fornece uma base sólida para a continuidade do litígio e a consolidação de um direito que, enquanto direito humano, exige o mesmo nível de atenção, vigilância e limitação dos poderes do Estado, que outros direitos da CADH. Muitas vezes, a determinação de uma violação à propriedade poderá resultar em reparações com valores muito elevados que - em comparação com outros casos de violação dos Direitos Humanos - parecem exorbitantes. Mas não é por isso que se deve deixar de lado o objetivo de alcançar uma *restitutio in integrum* quando se viola este direito, em relação ao qual, muitas vezes, suas vítimas serão pessoas com elevado poder aquisitivo ou que ostentam poder. A propriedade como um direito humano implica que o Estado, perante estas pessoas, também deve proceder com legitimidade na limitação.

Por último, o artigo 21 da CADH tem uma redação generosa que permite agregar com maior comodidade outros direitos ainda não desenvolvidos diretamente, e este caminho está aberto com a judicialização dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais o que a Corte IDH declarou na sentença *Lagos del Campo vs. Peru* em 2017.

Artigo 22. Direito de circulação e de residência

1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais.
2. Toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio.
3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.
4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público.
5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional, nem ser privado do direito de nele entrar.
6. O estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte nesta Convenção só poderá dele ser expulso em cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei.
7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais.
8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.
9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C n.º 111. Doravante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C n.º 124. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso do "Massacre de Mapiripán" vs. Colômbia*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C n.º 134. Doravante: Corte IDH. *Caso do "Massacre de Mapiripán" vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. Sentença de 1 de julho de 2006. Série C n.º 148. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C n.º 162. Doravante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C n.º 192. Doravante: Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C n.º 212. Doravante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro

de 2010. Série C n.º 218. Doravante: Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C n.º 248. Doravante: Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso das comunidades afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis) vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2013. Série C n.º 270. Doravante: Corte IDH. *Caso Operação Gênesis vs. Colômbia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2013. Série C n.º 272. Doravante: Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de janeiro de 2014. Série C n.º 276. Doravante: Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 282. Doravante: Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 283. Doravante: Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Pareceres consultivos

Corte IDH. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A n.º 18. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003.

Corte IDH. *Direitos e garantias de crianças no contexto de migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Série A n.º 21. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14. *Direitos e garantias de crianças no contexto de migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. 2014.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. Resolução n.º 24/82, Exilados, Chile, 8 de março de 1982.

CIDH. Resolução n.º 18/83, Caso 2711, Uruguai, 30 de junho de 1983.

CIDH. Resolução n.º 3/84, Caso 4563, Paraguai, 17 de maio de 1984.

CIDH. Resolução n.º 4/84, Caso 7848, Paraguai, 17 de maio de 1984.

CIDH. Resolução n.º 5/84, Caso 8027, Paraguai, 17 de maio de 1984.

CIDH. Resolução n.º 11/85, Caso 9269, Chile, 5 de março de 1985.

CIDH. Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Chile, capítulo VI, 1985.

CIDH. Resolução n.º 20/88, Caso 9855, Haiti, 24 de março de 1988.

CIDH. *Relatório anual 1991*, Capítulo V, Situação dos Haitianos na República Dominicana.

CIDH. *Relatório anual 1993*, OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev., 11 de fevereiro de 1994.

CIDH. Relatório n.º 51/96, *Comitê Haitiano de Direitos Humanos e outros vs. Estados Unidos*, Caso 10.675, 13 de março de 1997.

CIDH. Relatório n.º 49/99, *Caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein e Rodolfo Izal Elorz vs. México*, Caso 11.610, 13 de abril de 1999.

CIDH. *Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos e dos solicitantes de asilo no marco do sistema canadense de determinação da condição de refugiado*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de fevereiro de 2000.

CIDH. *Relatório sobre terrorismo e Direitos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, 22 de outubro de 2002.

CIDH. Relatório n.º 84/09, *Nelson Iván Serrano Sáenz vs. Equador*. Caso 12.525, Mérito, 6 de agosto de 2009.

Sentenças, resoluções e decisões proferidas por outros tribunais internacionais

Corte Internacional de Justiça

CIJ. *Colombian-Peruvian asylum case*. Sentença de 20 de novembro de 1950: ICJ Rep. 1950, p. 266.

Sentenças proferidas por cortes e tribunais nacionais

Colômbia

Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-025 de 2004.

Documentos adotados por organizações internacionais

Organização dos Estados Americanos

OEА. Convenção Interamericana contra o Terrorismo, Resolução n.º AG/RES. 1840 (XXXII-O/02), primeira sessão plenária, 3 de junho de 2002.

Organização das Nações Unidas

Assembleia Geral

Assembleia Geral da ONU. Resolução n.º 2312 (XXII). Declaração sobre asilo territorial, 14 de dezembro de 1967.

Assembleia Geral da ONU. Resolução n.º A/RES/54/166. Proteção aos Imigrantes, 24 de fevereiro de 2000.

Comitê DHONU

Comitê DHONU. *Caso Sophie Vidal Martins vs. Uruguai*. Comunicação n.º R.13/57, U.N. Doc. Supp. n.º 40 (A/37/40) at 157, 1982.

Comitê DHONU. Observação Geral n.º 15. A situação dos estrangeiros de acordo com o Pacto, 11 de abril de 1986.

Comitê DHONU. *Caso Celepli vs. Suécia*. Comunicação n.º 456/91, 51ª sessão, 2 de agosto de 1994.

Comitê DHONU. Observação Geral n.º 27. *Liberdade de circulação* (artigo 12), 67ª sessão, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202, 2 de novembro de 1999.

Comitê DHONU. *Caso Karker vs. França*. Comunicação n.º 833/1998, 70ª sessão, decisão de 30 de outubro de 2000.

Outros órgãos e organismos

Comitê contra a Tortura. *Caso Cecilia Rossana Núñez Chipana vs. Venezuela*. Comunicação n.º 110/1988.

Comissão DHONU. Relatório do Representante do Secretário Geral Sr. Francis M. Deng, apresentado de acordo com a Resolução 1997/39 da Comissão [DHONU]. Princípios *Orientadores sobre deslocamentos internos*. E/CN.4/1998/53/Add.2, 54ª sessão, 11 de fevereiro de 1998.

Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. *Manual de Procedimentos e Critérios para a determinação da Condição de Refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos aos Estatuto dos Refugiados*. 1992.

Referências acadêmicas

CANÇADO, A. A. “Los aportes latinoamericanos al derecho y a la justicia internacionales”, em Cançado, A., Martínez, A. *Doctrina latinoamericana de derecho internacional*. T. I, Corte IDH, San José, 2003.

FERRI, E. *Proyecto Preliminar de Código Penal para Italia*. Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1925.

FRASER, N. “Reinventar la justicia en un mundo globalizado”, em *New Left Review*, n.º 36, 2006.

O’DONNELL, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

YEPES DE UPRIMNY, I. *Jesús María Yepes y el Derecho Internacional Americano*. Temis, Bogotá, 1980.

YEPES, J. M. “El derecho de asilo. Síntesis histórica, política y filosófica”, em *Universitas*, n.º 15, Bogotá, 1958.

Sumário

1. Introdução.....	637
2. Conteúdo e alcance.....	640
2.1 Liberdade de circulação e de residência no território de um Estado	640
2.2. O direito a sair livremente de um país	646
2.3. O direito a solicitar e receber asilo	648
2.4. Garantias contra a expulsão	652

1. Introdução¹

O direito de circulação e de residência estabelece algo aparentemente muito sensível: que toda pessoa pode circular livremente no território do país onde vive e que pode fixar sua residência no lugar que quiser. Essa simplicidade, porém, é apenas aparente, pois, esse direito é mais complexo ao que parece à primeira vista, por duas razões, ao menos: de um lado, porque compreende múltiplos aspectos, como a liberdade de poder sair de qualquer país ou a garantia aos estrangeiros de que não serão expulsos arbitrariamente, para mencionar apenas dois elementos de seu conteúdo. Por outro lado, seu alcance depende, em parte, da divisão do mundo em diferentes Estados Nacionais, já que este direito outorga proteções distintas a nacionais e estrangeiros. Isso explica porque o direito de circulação e residência suscita discussões jurídicas e políticas complexas, em um mundo cada vez mais globalizado e interdependente, no qual se eliminam as fronteiras para a circulação dos bens e serviços, ao passo que se intensificam os controles sobre as migrações de pessoas, especialmente daquelas de países pobres em direção aos países mais desenvolvidos.

O direito de circulação e residência tem importância evidente em uma democracia, pois está associado ao próprio exercício da liberdade e da autonomia das pessoas, já que estas devem poder definir onde residir e poder deslocar-se, sem restrições, de um lugar a outro a fim de desenvolver, de forma plena e igualitária, o projeto de vida que tenham escolhido. Por isso tem razão o Comitê de Direitos Humanos da ONU, quando aponta que a garantia desse direito é “uma condição indispensável para o livre desenvolvimento de toda pessoa”,² e que, ademais, sua proteção se encontra associada à efetividade de outros Direitos Humanos. Por exemplo, se uma pessoa é forçada a abandonar o lugar onde vive e trabalha, em razão de ameaças, de modo que deverá buscar refúgio precário em outro país ou em outra parte do território, não apenas deixou-se de reconhecer seu direito de circulação e de residência, como outro conjunto de direitos e liberdades foram afetados, como o direito ao trabalho e à inviolabilidade de seu domicílio, por exemplo.

O direito de circulação e residência é, então, uma liberdade transcendental; entretanto, como já assinalamos, estamos frente a um daqueles Direitos Humanos cuja universalidade se encontra parcialmente limitada por razões de soberania nacional. Isso significa que nem todos os habitantes de um Estado específico gozam desse direito de igual maneira.

Para que se compreenda essa situação, é necessário recordar que o regime internacional de proteção dos Direitos Humanos que se desenvolveu a partir da adoção da Carta da ONU em São Francisco, em 1945 – como reação contra as atrocidades dos Estados totalitários e da Segunda Guerra Mundial –, é uma expressão de equilíbrio entre dois princípios contrapostos: por um lado, a Carta da ONU não estabelece um Estado mundial, mas apenas mantém uma ordem internacional na qual coexistem Estados independentes e soberanos. Esse sistema internacional é legado do chamado mundo “westfaliano”, pois está vinculado à estrutura do Direito Internacional e das relações internacionais, derivada do Tratado de Vestfália de 1648, que reconheceu não apenas a existência de Estados territorialmente soberanos, como também o princípio da não-intervenção, como pressuposto para a paz entre as nações. No entanto, por outro lado, essa soberania está agora muito mais limitada do que no passado, pois a Carta da ONU impôs novas obrigações aos Estados, entre as quais está, precisamente, o respeito à dignidade da pessoa humana. O tema dos Direitos Humanos e da dignidade humana já não faz parte da soberania dos Estados, mas torna-se um assunto internacional, constituindo a ordem pública internacional.

1 Este comentário retoma algumas das abordagens do “Prólogo a los estándares del derecho de circulación y residencia” escrito por Rodrigo Uprimny.

2 Comitê DHONU. Observação Geral n.º 27. *Liberdade de circulação* (artigo 12), 67ª sessão, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202, 2 de novembro de 1999. Este aspecto também foi levantado pela Corte IDH em todos os casos nos quais abordou o estudo deste direito. Ver por exemplo, Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 206.

Da leitura da Carta da ONU, pode-se observar que, apesar de o instrumento reconhecer a igualdade soberana dos Estados (artigos 2 e 79), tem muito cuidado em não assinalar que os Estados gozam de soberania, mencionando, apenas, matérias que fazem parte da “jurisdição interna dos Estados” (art. 2.7). Isso significa que, conforme a Carta da ONU, os Estados possuem domínio sobre certos assuntos, mas não gozam de soberania, não no sentido em que era entendida no século XIX e no início do século XX; assim como não possuem soberania absoluta pois há assuntos que constituem legítima preocupação de toda a comunidade internacional, como a proteção dos direitos da pessoa. Esses direitos são, então, um limite à soberania dos Estados ou, dito de outro modo, os Estados, dentro de seu domínio ou jurisdição interna, não possuem o poder de violá-los.

Essa obrigação internacional dos Estados de amparar os Direitos Humanos faz com que seja dever, primeiramente, das autoridades nacionais respeitar e garantir os direitos, não apenas de seus nacionais, mas de todas as pessoas residentes em seu território e sujeitos à sua jurisdição, como estabelece, firmemente, o artigo 1 da CADH. Por exemplo, um Estado não poderia torturar ou assassinar uma pessoa, sob o argumento de que se tratava de um estrangeiro, porque as autoridades têm o dever de respeitar o direito à vida e à integridade de todas as pessoas, não apenas de seus nacionais. No entanto, por razões de soberania, certos Direitos Humanos admitem restrições relacionadas à nacionalidade das pessoas, o que mostra que os Direitos Humanos, apesar de serem teoricamente reconhecidos como universais, permanecem parcialmente enquadrados no paradigma de Vestfália de um sistema internacional em que os Estados soberanos coexistem, com o que o gozo efetivo dos Direitos Humanos permanece desigual e assimétrico, uma vez que depende em grande parte da nacionalidade da pessoa.³

Assim, é possível sistematizar os diferentes componentes ou conteúdos protegidos ou direitos específicos derivados do direito de circulação e residência, levando em consideração a nacionalidade de seus titulares, a saber: certos componentes são universais, pois se referem a todas as pessoas, por essa razão não estão condicionados à nacionalidade de seu titular; outros conteúdos protegidos, pelo contrário, dependem diretamente da nacionalidade, uma vez que a CADH permite um tratamento diferenciado entre nacionais e estrangeiros; finalmente, esses tratados estabelecem uma titularidade de forma intermediária porque, em certos casos, a garantia de certos direitos específicos depende que se trate de pessoa – não necessariamente nacional –, que se encontre legalmente no território de um Estado específico, de modo que esta garantia não se estende a qualquer pessoa.

Existem dois componentes do direito de circulação e residência na CADH que não dependem diretamente da nacionalidade: o direito de toda pessoa deixar livremente qualquer país e o direito de solicitar asilo, porque quando a CADH fala sobre essas garantias, refere-se a “toda pessoa”. O direito cujo escopo está claramente vinculado à nacionalidade da pessoa é aquele relacionado à possibilidade de entrar livremente em um determinado país e nele estabelecer sua residência. De fato, conforme a CADH, apenas os nacionais têm o direito de entrar em seu próprio país. Esse direito é, então, o que está mais estritamente ligado à preservação da soberania dos Estados, pois implica que, embora toda pessoa tenha o direito de deixar qualquer país, apenas os nacionais têm o direito de entrar no país em que são nacionais. Diretamente vinculado ao acima exposto, a CADH estabelece diferentes regulamentos sobre o problema da expulsão de uma pessoa de um determinado país. Assim, o nacional de um país não pode ser dele expulso, enquanto os estrangeiros podem, mas sob certas condições e limitações. O último tipo dos componentes específicos, derivados do direito de circulação e residência, refere-se a um sujeito especial, que é a pessoa que se encontra legalmente em um Estado, a qual tem o direito de circular e residir livremente no território desse país.

Os vários componentes mencionados revelam a complexidade do direito de circulação e residência. Vamos nos referir ao conteúdo e escopo de cada um deles abaixo. Primeiro, o leitor encontrará a explicação do componente relacionado à liberdade de circulação e residência no território de um Estado.

3 Isso explica a importância de levar certas discussões sobre justiça e democracia além dos Estados nacionais, precisamente para superar essas desigualdades e assimetrias. Ver Fraser, N. “Reinventar la justicia en un mundo globalizado”, em *New Left Review*, n.º 36, 2006.

Nesse ponto, far-se-á referência às restrições legítimas a esse direito, bem como ao direito de não ser forçado a deslocar-se, o que, de acordo com a jurisprudência da Corte IDH, integra esse componente do direito. Segundo, apresenta-se ao leitor o conteúdo e o alcance do direito de deixar livremente qualquer país. Terceiro, as características particulares do direito de solicitar e receber asilo são expostas. Finalmente, apresenta-se uma descrição das diferentes garantias que comportam o direito à liberdade de circulação e residência, em relação à expulsão tanto de nacionais quanto de estrangeiros.

2. Conteúdo e alcance

O artigo 22 da CADH contém nove incisos que se referem aos diferentes componentes do direito de circulação e de residência, os quais podem ser agrupados em quatro categorias. Primeiro, existe a liberdade de circulação e residência no território de um Estado, ao qual se referem os incisos 1, 3 e 4; em segundo lugar, o direito de deixar livremente um país, mencionado no inciso 2, mas também referido no inciso 3, que regula as restrições legítimas; em terceiro lugar, o direito de solicitar e receber asilo, consagrado no inciso 7; e, finalmente, as garantias contra a expulsão de um território, tanto de nacionais quanto de estrangeiros, as quais estão estabelecidas nos incisos 5, 6, 8 e 9. Nas seções seguintes, abordaremos cada um desses componentes do direito de circulação e de residência.

2.1. Liberdade de circulação e de residência no território de um Estado

O primeiro inciso do artigo 22 da CADH estabelece que: “Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais”. Como o Comitê de Direitos Humanos apontou – com critérios plenamente aceitos pela Corte IDH –, esse componente do direito de circulação e residência implica a possibilidade de mover-se livremente de um lugar para outro e estabelecer-se no local de sua escolha, sem que se deva indicar motivo específico para circular ou permanecer em um local específico.⁴ No entanto, esse componente do direito não é uma garantia universal estabelecida para todas as pessoas, mas apenas para aquelas que estão legalmente no Estado em questão.

É claro que, como regra geral, todo nacional goza desse direito de circulação e residência livre, pois todo nacional pode estar legalmente em seu próprio Estado. Quanto aos estrangeiros, os Estados têm o poder de decidir quem eles são admitidos em seu território, mas, uma vez que entrem e permaneçam no Estado, de acordo com os regulamentos previstos na lei nacional, eles estão legalmente em um Estado e gozam, portanto, de livre circulação e residência, em condições similares às dos nacionais, em princípio. O Comitê de Direitos Humanos da ONU, ao interpretar o artigo 12 do PIDCP, o qual contém uma norma semelhante à do artigo 22 da CADH,⁵ indicou que é necessário justificar as diferenças de tratamento entre estrangeiros e nacionais, ou entre diferentes categorias de estrangeiros, quanto ao exercício do direito em questão.⁶

Por outro lado, embora a CADH não reconheça aos estrangeiros o direito de entrar e residir no território de um Estado,⁷ e os Estados tenham uma enorme discricionariedade para negar a entrada a

4 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 27, *op. cit.* Ver Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. FRC. 2004, par. 115.

5 O artigo 12 do PIDCP dispõe: “1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência. 2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país. 3. Os direitos supracitados não poderão em lei e no intuito de restrições, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, a saúde ou a moral pública, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente Pacto. 4. Ninguém poderá ser privado arbitrariamente do direito de entrar em seu próprio país”.

6 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 15. *A posição dos estrangeiros no que respeita ao pacto*, 11 de abril de 1986, par. 8.

7 Como mostraremos mais adiante, a Convenção apenas concede aos nacionais o direito de entrar em seu próprio país. Com efeito, o inciso 5 do artigo 22 estabelece que “Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for

estrangeiros, essa prerrogativa não é absoluta, pois é limitada por certas normas de Direitos Humanos, especialmente “quando surgem considerações de não discriminação, proibição de tratamento desumano e respeito à vida familiar”.⁸ Assim, por exemplo, em virtude da proibição de discriminação prevista no artigo 1.1 da CADH, um Estado não poderia, em princípio, permitir apenas que estrangeiros de uma determinada raça entrassem ou negar a entrada de uma pessoa simplesmente porque é mulher ou tem uma nacionalidade específica. Da mesma forma, como mostraremos em detalhes na última seção deste comentário, também não é admissível impedir a entrada quando isso puder colocar em perigo a vida ou a liberdade pessoal de um estrangeiro que procura refúgio fora de seu país de origem.

2.1.1. Restrições legítimas

Uma vez que uma pessoa esteja legalmente no território de um Estado, este somente poderá limitar seu direito à liberdade de circulação e residência sob estrito cumprimento de determinadas condições, as quais estão estabelecidas no inciso 3 do artigo 22.

A primeira condição para que a restrição seja legítima é que ela seja estabelecida por lei. Esse requisito formal é, por si só, de grande importância, pois protege os cidadãos contra limitações de seus Direitos Humanos por parte de autoridades administrativas. Deve ser a lei, expressão do princípio democrático e de garantia de segurança jurídica, que define claramente os casos nos quais é possível restringir a liberdade de circular por um território e escolher livremente o local de residência. Segundo a Corte IDH, somente por meio desta reserva legal é que se evita que os responsáveis pela aplicação da restrição “atuem de maneira arbitrária e discricionária realizando interpretações extensivas da restrição, particularmente indesejável quando se trata de medidas que afetam severamente bens fundamentais, como a liberdade”.⁹

A restrição também deve atender a certos requisitos substantivos. A Corte IDH, no caso *Ricardo Canese vs. Paraguai*, no qual analisou detalhadamente as condições para que as restrições ao direito de livre circulação e residência fossem legítimas, afirmou que elas não deveriam apenas perseguir os propósitos autorizados pela CADH – proteção da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou da moral públicas ou dos direitos e liberdades de terceiros – mas, também devem ser necessárias em uma sociedade democrática para alcançar esses objetivos. O anterior se refere a uma análise de proporcionalidade, que passou por amplo desenvolvimento tanto no Direito Constitucional quanto no trabalho das instâncias de proteção dos Direitos Humanos. Esta análise da proporcionalidade pressupõe que a restrição deve atender a três requisitos, que são lembrados pelo Comitê de Direitos Humanos em seu comentário geral sobre a liberdade de circulação, a saber: 1) a restrição deve ser adequada para alcançar esse propósito; 2) também deve ser necessária ou indispensável, no sentido de que não deve haver uma medida que atinja o mesmo objetivo, com uma menor restrição ao direito de circulação e residência; e 3) deve ser proporcional em sentido estrito, ou seja, que o benefício obtido na satisfação do propósito justifica a restrição do direito de circulação e residência.¹⁰ Além disso, no caso mencionado de *Ricardo Canese*, a Corte Interamericana retoma a ideia de que as restrições não devem afetar a essência do direito, ou seja, devem respeitar, seguindo a terminologia constitucional, seu conteúdo essencial.¹¹

Em resumo, conforme desenvolvido pela Corte Interamericana no caso de *Canese*, e de acordo com a doutrina do Comitê de Direitos Humanos, a legitimidade de uma restrição ao direito à liberdade de circulação e residência depende do cumprimento de quatro condições, a saber 1) a legalidade da medida, 2) a legitimidade dos objetivos pretendidos, 3) sua necessidade e proporcionalidade e 4) o respeito ao conteúdo essencial do direito.¹²

nacional, nem ser privado do direito de nele entrar”.

8 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 15, *op. cit.*, par. 5.

9 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. FRC. 2004, par. 125.

10 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 27, *op. cit.*, par. 14.

11 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. FRC. 2004, par. 124.

12 Cabe destacar que a Corte IDH, ao retomar a doutrina do Comitê de Direitos Humanos, refere-se em respeito ao conteúdo essencial como parte da legalidade da medida. Nesta exposição, decidimos separá-la com o objetivo de destacar

Como veremos mais adiante, a Corte Interamericana analisou detalhadamente o alcance dessas restrições em relação ao direito de deixar livremente o país, mas não em relação ao direito de circular livremente e de escolher a residência no território de um Estado.¹³ No entanto, o Comitê de Direitos Humanos estudou alguns casos relacionados a restrições impostas a este segundo componente do referido direito, os quais são úteis para ilustrar o escopo dessas restrições. O Comitê de Direitos Humanos se pronunciou basicamente em relação a restrições impostas a estrangeiros suspeitos de terem vínculos com organizações terroristas, mas cuja expulsão não foi permitida ou não foi considerada conveniente pelo Estado anfitrião.¹⁴ Assim, por exemplo, no caso *Karker vs. França*, o Comitê de Direitos Humanos se pronunciou sobre a situação de um tunisiano que residia na França como refugiado político, mas que depois de viver cinco anos neste país, ficou confinado em um departamento na França, por ter sido considerado suspeito de apoiar ativamente um movimento terrorista. O governo francês ordenou inicialmente sua expulsão, mas ele comutou essa ordem pelo confinamento, dado seu *status* de refugiado político. O Estado argumentou que a restrição à liberdade de circulação e residência era necessária por razões de segurança nacional; em apoio a isso, forneceu provas de que o peticionário era um defensor ativo de um movimento que defendia ações violentas. Em virtude disso, e sob a ideia de que o peticionário estava confinado em uma área relativamente ampla e que, além disso, apenas contestou judicialmente a restrição inicial de seu direito, mas não as posteriores, o Comitê de Direitos Humanos determinou que o Estado francês não havia violado o direito de circulação e residência neste caso.

Ao contrastar os fatos deste caso com os critérios que emergem do inciso 3 do artigo 22 da CADH, nota-se que a restrição se baseava em uma lei que previa a possibilidade de confinar o estrangeiro que não pudesse ser expulsado em uma região. Da mesma forma, a restrição tinha um propósito legítimo, a saber, salvaguardar a segurança nacional. Quanto à necessidade e à proporcionalidade da restrição, embora o Comitê de Direitos Humanos não tenha realizado uma análise expressa sobre esse aspecto, a partir de sua comunicação pode-se inferir que a necessidade é tomada como certa com base nas provas fornecidas pelo Estado que indicaram que o peticionário era um defensor ativo de uma organização que defendia o uso da violência. Por sua vez, para a análise da proporcionalidade, o Comitê de Direitos Humanos parece levar em consideração a possibilidade de o requerente solicitar a suspensão da medida e contestar judicialmente uma decisão negativa, bem como o fato de a área de confinamento ser relativamente ampla.

Deve-se notar que um dos pontos de análise que pode ser mais problemático quando são invocados objetivos como segurança nacional ou moral pública, os quais, devido à sua generalidade, podem ser facilmente usados por alguns governos para tentar justificar violações de direitos, é precisamente o que diz respeito à necessidade de restrição. Nesse sentido, é necessário realizar uma análise detalhada e rigorosa para determinar se existe uma relação de adequação entre a restrição e o objetivo perseguido e que não há medida menos onerosa para cumprir aquele. Assim, por exemplo, em casos como o decidido pelo Comitê de Direitos Humanos, deve ser possível inferir razoavelmente que a restrição à liberdade de circulação e residência pode impedir que a pessoa a ela sujeita cometa ou contribua para a prática de ataques violentos que afetam a segurança pública. Caso contrário, a restrição se torna ilegítima.

Além das condições gerais acima mencionadas, para restringir legitimamente a liberdade de circular e residir em um território, o inciso 4 do artigo 22 da CADH estabelece que esse direito “pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público”. Um exemplo desse tipo de restrição é aquele que opera em certas áreas onde é necessário controlar a densidade da população, pois esses são locais de especial interesse ecológico. De qualquer forma, como se trata de restrição a um direito humano, a condição de legalidade – à qual a disposição mencionada se refere

essa dimensão substantiva da legalidade de uma restrição ao direito à liberdade de circulação e residência.

13 Os órgãos do SIDH não lidaram com a análise de restrições impostas à liberdade de circular e residir no território de um país por decisão direta do Estado, mas sim de restrições de fato derivadas da ausência de garantias de movimentação livre, como acontece com exemplo em contextos de violência.

14 Comitê DHONU. *Caso Celepli vs. Suécia*. Comunicação n.º 456/91, 51ª sessão, 2 de agosto de 1994. Comitê DHO-NU. *Caso Karker vs. França*. Comunicação n.º 833/98, 70ª sessão, decisão de 30 de outubro de 2000.

expressamente – também deve ser satisfeita, bem como as de necessidade, proporcionalidade e respeito pelo conteúdo essencial do direito.

2.1.2. Restrições de fato: o direito a não ser deslocado forçosamente dentro de um Estado

As restrições à liberdade de circular no território de um Estado e de escolher livremente o local de residência não são necessariamente reduzidas àquelas baseadas em uma decisão direta adotada pelas autoridades estatais. De acordo com a jurisprudência da Corte IDH, as restrições a esse direito também podem ocorrer de fato, o que ocorre quando as pessoas são forçadas a deixar seu local de residência devido a uma situação de insegurança ou violência. Nesses casos, apesar de não existir uma disposição legal ou administrativa que impeça as pessoas de fixarem sua residência no local de sua escolha ou de circular livremente, o direito em questão é violado na ausência de garantias para transitar e residir livremente no território de um Estado. Nas palavras da Corte IDH, “o direito de circulação e residência pode ser violado por restrições de fato se o Estado não estabelecer as condições ou fornecer os meios que permitam exercê-lo.”¹⁵

A Corte IDH determinou em várias ocasiões que as restrições de fato constituem uma violação ao direito de circulação e residência. Aliás, o maior número de pronunciamentos da Corte IDH em relação a esse direito ocorreu precisamente em virtude desta problemática.

Os casos examinados pela Corte IDH referem-se a dois tipos de restrições de fato. Primeiro, à existência de uma situação generalizada de violência que obriga as pessoas a abandonar em massa seus locais de residência, impedindo seu retorno. Tais são os casos da *Comunidade Moiwana vs. Suriname*,¹⁶ *Massacre de Mapiripán vs. Colômbia*,¹⁷ *Massacres de Ituango vs. Colômbia*,¹⁸ e *Operação Gênesis vs. Colômbia*.¹⁹ O primeiro deles refere-se a um massacre cometido em 1986 pelas Forças Armadas do Suriname, que causou um deslocamento massivo. Os casos colombianos de Mapiripán e Ituango referem-se às ações de grupos paramilitares que, com a cumplicidade da Força Pública, perpetraram massacres que, por sua vez, causaram o deslocamento de centenas de pessoas. Por conseguinte, o caso da Operação Gênesis também se refere a uma incursão paramilitar que teve a colaboração da Força Pública e na qual os habitantes da Bacia do Rio Cacarica foram forçados a deixar seu território.

O segundo tipo de restrição de fato não se refere a deslocamentos massivos devido à violência generalizada, mas a violações desse direito a grupos familiares devido a ameaças e assédio direcionado especificamente contra eles, ou a situações de insegurança geralmente relacionadas a outras violações de Direitos Humanos, como nos casos *Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*,²⁰ *Chitay Nech e outros vs. Guatemala*,²¹ *Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*,²² e *Defensor de Direitos Humanos vs. Guatemala*.²³ O primeiro deles refere-se à situação de uma família que teve de deixar seu local de residência depois que um de seus membros deu declarações em um processo penal sobre ações conjuntas realizadas por militares e paramilitares na Colômbia. O caso Chitay tem a ver com o deslocamento forçado de uma família que, após o desaparecimento forçado de um de seus membros, foi forçada a fugir do local de residência e se mudar para outra cidade. No terceiro caso, a Corte IDH decidiu sobre um jornalista que foi atacado por Forças Militares ao tentar cobrir um protesto, e que foi posteriormente vítima de

15 Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. FRC. 2008, par. 139. Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPFRC. 2005, par. 119-120; Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 210; Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 170.

16 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPFRC. 2005.

17 Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005.

18 *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

19 Corte IDH. *Caso Operação Gênesis vs. Colômbia*. EPFRC. 2013.

20 Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. FRC. 2008.

21 Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

22 Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. EPFRC. 2012.

23 Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

ameaças e tentativa de sequestro, motivo pelo qual foi forçado a deixar seu país junto com sua família. O último caso refere-se à família de um defensor dos Direitos Humanos que foi assassinado, a qual, diante do assédio e da situação de insegurança em que se encontrava após o assassinato, foi forçada a deixar seu local de residência.

Nas sentenças mencionadas, a Corte IDH considerou que, embora não houvesse restrição formal ao direito de circulação e residência, este foi violado porque as pessoas foram forçadas a deixar seus locais de residência e, além disso, os Estados não “estabeleceram as condições nem forneceram os meios que permitissem [aos peticionários] retornar em segurança e com dignidade”²⁴ para o local de onde foram forçados a sair. Nessas circunstâncias, a responsabilidade internacional dos Estados emerge por sua omissão em prover “as garantias necessárias para que [uma pessoa] possa transitar e residir livremente no território em questão, inclusive quando as ameaças e perseguições vêm de atores não estatais”.²⁵ Essas garantias devem ser efetivas, o que implica que elas devem ser oportunas, concretas e apropriadas às particularidades de cada situação de risco. Por exemplo, no caso *Defensor de Direitos Humanos vs. Guatemala*, a Corte IDH determinou que a oferta de “atribuição de proteção pessoal, posto de segurança e vigilância de perímetro” feita pelo Estado à família em questão três anos depois de ser obrigada a se mudar, não exonera o Estado de sua responsabilidade. A Corte IDH observou que o Estado não cumpriu seu dever de fornecer proteção por três anos e que a falta de especificidade do esquema de proteção designado impedia:

determinar se as mesmas teriam a finalidade de permitir um retorno voluntário, digno e seguro ao local de residência habitual ou a de garantir proteção no local onde permaneceram fora da Aldea Cruce de la Esperanza, nem a maneira através da qual a participação plena das vítimas no planejamento e gerenciamento de seu retorno ou reintegração seria garantida. Tampouco ficou claro se essas medidas seriam implementadas em favor apenas de B.A. ou se incluiriam sua mãe C.A., seus filhos L.A. e N.A., sua irmã E.A. e os filhos desta, J.A. e K.A.²⁶

A Corte IDH especificou, ainda, que as garantias de proteção incluem:

não apenas o dever de adotar medidas preventivas, mas também o de realizar uma investigação efetiva sobre a suposta violação desses direitos e fornecer as condições necessárias para um retorno digno e seguro ao local de residência habitual ou ao reassentamento voluntário em outra parte do país. Para isso, sua participação plena no planejamento e gerenciamento de seu retorno ou reintegração deve ser garantida.²⁷

Em todos esses casos, a violação do direito à liberdade de circulação e residência é produzida, então, devido à falta de adoção de medidas efetivas de proteção e assistência diante de uma situação de risco que força as pessoas a deixar seus locais de residência e a não retornar. Além disso, é importante destacar que *a violação ocorre mesmo nos casos em que a situação de risco não é produzida pelo Estado*.

Levando em conta as considerações anteriores, com base na interpretação evolutiva do artigo 22 da CADH e “em conformidade com o artigo 29.b da Convenção – que proíbe uma interpretação restritiva dos direitos –”,²⁸ a Corte IDH estabeleceu que o direito de circular e residir livremente no território de um Estado “protege o direito de não ser deslocado à força dentro de um Estado Parte”.²⁹ Para chegar a essa conclusão, a Corte IDH reiterou e fortaleceu a ideia de que existem artigos da CADH que, em

24 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPFRC. 2005, par. 150.

25 Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, par. 142; Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. FRC. 2008, par. 139.

26 Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, par. 176.

27 Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, par. 149.

28 Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mampiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 188.

29 Corte IDH, *idem*. Este critério foi reafirmado em decisões posteriores da Corte IDH, cf. Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 207; Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, par. 139.

certas circunstâncias, devem ser interpretados à luz não apenas da CADH e de outros tratados internacionais de Direitos Humanos, mas, também de outras fontes não convencionais de Direito Internacional dos Direitos Humanos, como documentos de *soft law*, que, de acordo com a Corte IDH, podem fazer parte do *corpus iuris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos. De acordo com este critério, a Corte IDH recorreu aos Princípios Orientadores sobre Deslocamentos Internos das Nações Unidas de 1998 (também chamados de Princípios Deng, em homenagem ao relator das Nações Unidas que os redigiu) para estabelecer o significado e o escopo do artigo 22 em relação a situações de deslocamento interno forçado.³⁰

Os Princípios Deng³¹ definem as pessoas deslocadas internamente como “pessoas ou grupos de pessoas que se viram obrigadas ou foram forçadas a escapar ou fugir de seu lar ou do local de residência habitual, principalmente como resultado ou para evitar os efeitos de um conflito armado, de situações de violência generalizada, de violações de Direitos Humanos [...], e que não tenham atravessado uma fronteira estatal reconhecida internacionalmente.”³² Da mesma forma, explicam que a condição de deslocamento forçado não viola apenas o direito à liberdade de circulação, mas muitos outros Direitos Humanos; e colocam diante dos Estados a obrigação de evitar o deslocamento forçado, de prestar assistência e de garantir o retorno ou a realocação e a indenização das vítimas, caso aquela ocorra.

Em consonância com os Princípios Deng, e em particular com a constatação acerca das múltiplas violações de Direitos Humanos geradas pelo deslocamento forçado, a Corte IDH destacou que as pessoas deslocadas geralmente se encontram em “circunstâncias de especial vulnerabilidade e desamparo”, razão pela qual “sua situação pode ser entendida como uma condição de desproteção de fato”.³³ Segundo a Corte IDH, em conformidade com o princípio de igualdade e não discriminação:

a situação diferenciada em que as pessoas deslocadas se encontram obriga os Estados a conceder tratamento preferencial em favor daquelas e a adotar medidas de caráter positivo para reverter os efeitos de sua referida condição de fragilidade, vulnerabilidade e desamparo, inclusive em relação às atuações e práticas de terceiros particulares.³⁴

30 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPFRC. 2005, par. 111; Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 171; Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 209. A referência a esses princípios para interpretar o escopo do artigo 22 implica a incorporação deste documento de *soft law* no *corpus iuris* de Direitos Humanos. A aplicação desses princípios pela Corte Interamericana é sem dúvida fundamental, dada a grande importância do *corpus iuris* como ferramenta de interpretação em geral e a particular importância dos Princípios Deng para a análise da situação das vítimas de deslocamento forçado interno – o que seria limitado se fosse feita apenas referência à CADH. No entanto, é essencial que a Corte Interamericana justifique de maneira abrangente e rigorosa os critérios com base nos quais incorpora documentos de *soft law* em suas decisões, uma vez que, em princípio, esses documentos não são fontes de Direito Internacional dos Direitos Humanos com natureza vinculante, nem fontes com base nas quais – de acordo com a CADH – a Corte Interamericana deve decidir. Em particular, a Corte IDH deveria explicar os motivos pelos quais incorpora alguns desses documentos e não outros, uma vez que o *soft law* é caracterizado por sua heterogeneidade e, nessa medida, permite fazer distinções entre os diferentes documentos que o compõem, em particular no que diz respeito à sua obrigatoriedade, ao seu pertencimento ao *corpus iuris*, etc.

31 Comissão DHONU. Relatório do Representante do Secretário Geral Sr. Francis M. Deng, apresentado de acordo com a Resolução 1997/39 da Comissão [DHONU]. Princípios *Orientadores sobre deslocamentos internos*. E/CN.4/1998/53/Add.2, 54ª sessão, 11 de fevereiro de 1998. Doravante: Princípios Deng.

32 Princípios Deng, par. 2

33 Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, par. 141; Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 177; Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 210.

34 Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 179; Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, par. 141. No mesmo sentido, a Corte Constitucional da Colômbia decidiu em relação aos graves e massivos deslocamentos forçados ocorridos neste país por ocasião da situação de violência generalizada associada ao conflito armado interno. No julgamento T-025 de 2004, a Corte colombiana se referiu de maneira abrangente a esse fenômeno; declarou a existência de um “estado de coisas inconstitucional” em virtude da violação massiva dos Direitos Humanos causada pelo deslocamento forçado e instou as autoridades públicas a tomarem todas as medidas necessárias para superar esse estado. Em relação à situação especial

Nesse sentido, o caso das pessoas deslocadas internamente coloca em evidência – embora infelizmente de maneira dramática – como a proteção do direito à liberdade de circulação e residência está vinculada à efetividade de outros Direitos Humanos e em que medida ela é condição indispensável para a garantia de uma vida digna.

Dada a intensidade e a gravidade do problema do deslocamento forçado interno devido a um conflito armado, é de especial interesse a menção a um caso colombiano.³⁵ Em seu último pronunciamento sobre esta situação no caso da Operação Gênesis, a Corte IDH determinou que, apesar das medidas legislativas, administrativas e judiciais adotadas pelo Estado colombiano para enfrentar o problema do deslocamento forçado, estas ainda eram insuficientes para atender às necessidades de toda a população afetada. No caso específico das comunidades da Bacia do Rio Cacarica, a Corte IDH concluiu que as medidas de assistência prestadas pelo Estado, que incluíam atenção humanitária, hospedagem em abrigos e entrega de alguns materiais de higiene e de cozinha, não estavam “de acordo com os padrões mínimos exigidos neste tipo de caso” e especificou que “a superlotação, a alimentação, o abastecimento e gerenciamento de água, bem como a falta de adoção de medidas de saúde, evidencia[va]m o não cumprimento das obrigações estatais de proteger após o deslocamento, com a consequência direta da violação do direito à integridade pessoal daqueles que sofreram deslocamento forçado.”³⁶

O deslocamento forçado, especialmente quando ocorre em massa, constitui uma das maiores violações do direito à liberdade de circulação e residência, ao mesmo tempo que compromete outros Direitos Humanos, como o direito à integridade pessoal e os direitos econômicos e sociais. Por esse motivo, a garantia do direito consagrado no artigo 22 necessariamente exige a adoção de medidas complexas que incluam a garantia dos demais direitos em jogo.

2.2. O direito a sair livremente de um país

Outro dos componentes do direito à liberdade de circulação, consagrado no inciso 2 do artigo 22 da CADH, é o direito de deixar livremente qualquer país, inclusive o seu próprio. É um direito que toda pessoa possui, e que é aplicável mesmo contra o Estado de sua nacionalidade.

O Comitê de Direitos Humanos, em seu comentário geral sobre a liberdade de circulação em relação ao artigo 12 do PIDCP – que estabelece o direito de sair livremente de um país em termos

de vulnerabilidade das pessoas deslocadas, advertiu: “[...] devido às circunstâncias relacionadas ao deslocamento interno, as pessoas [...] que se veem forçadas ‘a abandonar intempestivamente seu local de residência e suas atividades econômicas habituais, tendo que migrar para outro local dentro das fronteiras do território nacional’ para fugir da violência gerada pelo conflito armado interno e devido à ignorância sistemática dos Direitos Humanos ou do Direito Internacional Humanitário, estão expostas a um nível muito mais alto de vulnerabilidade, o que implica uma violação grave, massiva e sistemática de seus direitos fundamentais e, portanto, merece a concessão de atenção especial das autoridades”. Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-025 de 2004, seção 5.2.

35 O deslocamento forçado devido à violência na Colômbia é uma tragédia humanitária de enorme magnitude. Embora haja debates sobre os números, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), durante as décadas de 1980 e 1990, pelo menos três milhões e meio de pessoas foram deslocadas. Apesar disso, em 2003 – ano em que o maior número de pessoas deslocadas internamente atendidas pelo ACNUR estava concentrado na Colômbia, acima de países como Afeganistão, Azerbaijão e Bósnia Herzegovina – o Estado colombiano carecia de uma política pública coerente e consistente, capaz de lidar efetivamente com essa situação. Em meio a esse problema, naquele ano de 2003, a Corte Constitucional acumulou 108 autos de ações de tutela promovidas por 1150 famílias de pessoas vítimas de deslocamento forçado em 22 municípios do país, dando lugar ao histórico julgamento T-025 de 2004. Nessa decisão, a Corte Colombiana concluiu que havia uma violação de direitos “massiva, prolongada e reiterada, que não era “atribuível a uma única autoridade”, mas ocorreu devido “a um problema estrutural que afeta[va] toda a política de atendimento projetada pelo Estado e seus vários componentes, devido aos recursos insuficientes alocados para financiar a referida política e à precária capacidade institucional para implementá-la”. Diante dessa situação, a Corte Colombiana ordenou a elaboração e implementação de um programa de ação destinado a corrigir as falhas estruturais na política de atendimento à população deslocada. E também ordenou que fosse garantida a participação efetiva das organizações da população deslocada na adoção de todas as decisões para superar a situação inconstitucional.

36 Corte IDH. *Caso Operação Gênesis vs. Colômbia*. EPFRC. 2013, par. 323.

idênticos aos da CADH —,³⁷ indicou que “a liberdade de deixar o território de um Estado pode não estar dependente de qualquer objetivo específico ou do período de tempo em que o indivíduo escolha permanecer fora do país”.³⁸ Nesse sentido, o direito inclui tanto a garantia de viajar temporariamente para o exterior quanto a de emigrar permanentemente para outro país. Nos dois casos, a pessoa tem o direito de determinar o Estado de destino.³⁹

Para tornar efetivo esse direito, o Estado tem a obrigação de facilitar às pessoas a obtenção, dentro de um prazo razoável, dos documentos necessários para viajar.⁴⁰ De acordo com o anterior, no caso *Sophie Vidal Martins vs. Uruguai*⁴¹ o Comitê de Direitos Humanos concluiu que o Uruguai havia violado o direito da petionária de deixar qualquer país, pois, sem justificativa, recusou-se por vários anos a emitir um passaporte em seu nome. No mesmo sentido, a CIDH determinou que o Estado uruguaio violou o direito de residência e trânsito consagrado no artigo VIII da DADDH,⁴² ao negar a renovação do passaporte de um de seus cidadãos.⁴³ Em sua decisão, a CIDH indicou que o direito ao passaporte é uma “consequência lógica do direito de deixar o país de origem e de retornar a ele”, e apontou que sua recusa: de forma injustificada e ilegal a uma pessoa é, de certa forma, impor-lhe um *capitis diminutio*, despojá-la do documento no qual consta sua nacionalidade, impedindo-a de viajar para fora de sua terra natal, forçando-a a permanecer no país, por força dessa circunstância, e submetida às autoridades que a constroem a isso.⁴⁴

Contudo, o direito a sair do país não apenas implica a obrigação de os Estados concederem às pessoas um documento de viagem, mas também devem eliminar os obstáculos burocráticos que dificultam e, em muitos casos, até mesmo impedem o acesso a esses documentos, entre os quais estão, por exemplo, a falta de informações claras sobre os requisitos para a realização do procedimento, a cobrança de taxas elevadas e a exigência de certificados desnecessários.⁴⁵

Tal qual o direito de circular livremente no território de um Estado e de escolher o local de residência, o direito de sair de qualquer país só pode ser legitimamente restringido de acordo com as condições estabelecidas no inciso 3 do artigo 22, ou seja, aquelas expressamente estabelecidas por lei, destinando-se a impedir ofensas criminais ou a proteger a segurança nacional, a ordem ou a segurança pública, a moral a ou saúde pública ou os direitos e liberdades de terceiros, na medida do que for indispensável em uma sociedade democrática. Neste ponto, o caso *Ricardo Canese vs. Paraguai* é de particular relevância, pois nele a Corte IDH analisou detalhadamente essas condições, em relação, precisamente, ao direito de deixar um país. De fato, a Corte IDH se referiu à restrição que o Paraguai impôs ao Sr.

37 O artigo 12 do PIDCP estabelece: “[...] 2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país”.

38 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 27, *op. cit.*, par. 8.

39 Comitê DHONU, *idem*, par. 8. Estes critérios são retomados pela Corte IDH em sua decisão sobre o caso *Ricardo Canese vs. Paraguai*. FRC. 2004, par. 116.

40 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 27, *op. cit.*, par. 9.

41 Comitê DHONU. *Caso Sophie Vidal Martins vs. Uruguai*, Comunicação n.º R.13/57, U.N. Doc. Supp. n.º 40 (A/37/40) par. 157, 1982.

42 O artigo VIII da DADDH dispõe: “Toda pessoa tem direito de fixar sua residência no território do Estado de que é nacional, de transitar por ele livremente e de não abandoná-lo senão por sua própria vontade”.

43 CIDH. Resolução n.º 18/83, caso 2711, Uruguai, 30 de junho de 1983.

44 *Ibidem*, par. 4.

45 O Comitê DHONU identificou algumas das normas e práticas que impedem o livre exercício do direito de deixar o país, incluindo: “a falta de acesso dos requerentes às autoridades competentes e a falta de informação no que diz respeito aos requisitos; a necessidade de ter de requerer formulários especiais para conseguir obter os documentos oficiais para a emissão de passaporte; a necessidade de declarações de apoio por parte de empregadores ou familiares; descrição exata do itinerário de viagem; a emissão de passaportes apenas mediante o pagamento de taxas elevadas excedendo substancialmente o custo do serviço prestado por parte da administração; demoras excessivas na emissão dos documentos de viagem; restrições à viagem de membros de família juntos; requisito de um depósito de repatriação ou bilhete de ida e volta; requisito de que se tenha recebido um convite do Estado de destino ou de pessoas que aí vivam; perseguição dos requerentes, por exemplo por meio de intimidação física, detenção, perda de emprego ou expulsão dos filhos da escola ou da universidade; recusa na emissão de passaporte sob pretexto que o requerente prejudica o bom nome do país”. Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 27, *op. cit.*, par. 17.

Ricardo Canese para que não deixasse o país sem autorização judicial prévia, enquanto um processo penal estava em curso contra ele por supostamente ter caluniado os diretores de uma empresa pública.

O ponto de partida da análise da Corte Interamericana é que, em princípio, o Sr. Canese tinha direito a sair do Paraguai, pois um dos conteúdos protegidos pelo direito de circulação e residência é a possibilidade de todas as pessoas de sair do país onde se encontram. Isso significa que a proibição a Canese de deixar o Paraguai, sem permissão prévia, constituía uma restrição ao direito de circulação e residência. Portanto, a pergunta óbvia levantada pela sentença é se a restrição é legítima ou não. Para responder a essa pergunta, a Corte IDH recorreu aos critérios de *legalidade, necessidade e proporcionalidade*, aos quais fizemos referência na seção anterior.

Em relação à reserva legal, a Corte IDH constatou que o Estado paraguaio descumpriu o requisito de legalidade, uma vez que não havia disposição legal que estabelecesse a proibição de deixar o país sem autorização como medida cautelar em um processo penal.⁴⁶ Quanto à necessidade da restrição imposta ao Sr. Canese, a Corte IDH destacou o caráter excepcional das medidas cautelares que afetam a liberdade e advertiu que, em relação ao Sr. Canese, não havia evidências de que essa medida fosse necessária para alcançar um propósito legítimo, como nesse caso seria impedir sua fuga.⁴⁷ Por fim, em relação à proporcionalidade, a Corte IDH determinou que “a restrição ao direito a sair do país imposta ao senhor Canese, e o período durante a qual foi aplicada, foram desproporcionais ao fim que se perseguia, já que existiam outros meios menos onerosos que podiam garantir o cumprimento das penas.”⁴⁸

Considerações semelhantes levaram a Corte IDH a declarar a violação do artigo 22, incisos 2 e 3 no caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. O senhor Liakat foi impedido de deixar o país enquanto processos criminais contra ele estavam em andamento. A Corte IDH determinou que as normas invocadas como base da restrição geralmente se referiam à competência do promotor que conduzia o processo penal, mas não especificavam claramente as premissas que justificavam a imposição de tal medida. A Corte IDH observou, ainda, que também não havia uma norma que regulasse o procedimento para impor a restrição, de modo que a vítima pudesse contestar.⁴⁹ Nesse caso, a Corte IDH não analisou a necessidade ou a proporcionalidade da medida, uma vez que a ausência de legalidade foi suficiente para declarar a violação do direito.

2.3. O direito a solicitar e receber asilo

Um terceiro componente do direito à liberdade de circulação e residência é o direito de solicitar e receber asilo, o qual está consagrado no inciso 7 do artigo 22.

Esse direito tem sido uma das contribuições mais importantes do direito latino-americano para o Direito Internacional, por se tratar de uma forma jurídica que se desenvolveu essencialmente em nossa região e que, posteriormente, recebeu aceitação universal.⁵⁰ A prática do asilo diplomático nos países da região alcançou sua concretização durante o século XX em vários instrumentos interamericanos, a saber: A Convenção de Havana de 1928, a Convenção de Montevideu de 1933 e a Convenção de Caracas de 1954. Em todas elas é feita a referência ao asilo dos perseguidos por razões políticas, embora mais como um poder do Estado do que como um direito da pessoa perseguida.⁵¹ Assim, na Convenção de Havana são definidas as condições sob as quais a concessão de asilo por parte de um Estado

46 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. FRC. 2004, par. 126-128.

47 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. FRC. 2004, par. 129 e 131.

48 *Ibidem*, par. 133

49 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. EPFRC. 2014, par. 135.

50 Ver Yepes, J. M. “El derecho de asilo. Síntesis histórica, política y filosófica”, em *Universitas*, n.º 15, Bogotá, 1958. Ver também Yepes de Uprimny, I. *Jesús María Yepes y el Derecho Internacional Americano*. Temis, Bogotá, 1980, Capítulo V, pp. 67 e ss.; Cançado, A. “Los aportes latinoamericanos al derecho y a la justicia internacionales”, em Cançado, A. y Martínez, A. *Doctrina latinoamericana de derecho internacional*. T. I, Corte IDH, San José, 2003, p. 47.

51 O’Donnell, D. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, p. 599.

é lícita. E na Convenção de Caracas sobre Asilo Territorial, que é o instrumento mais detalhado a esse respeito, estabelece-se que “todo Estado tem direito, no exercício de sua soberania, de admitir dentro, de seu território as pessoas que julgar conveniente” (art. 1), que “todo Estado tem o direito de conceder asilo; mas não é obrigado a concedê-lo nem declarar por que o nega”(art. 2) e que “nenhum Estado é obrigado a entregar a outro Estado ou a expulsar de seu território pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos”(art. 3).

O reconhecimento expresso ao asilo como um direito das pessoas data de 1948, com a aprovação da DADDH⁵² e da DUDH.⁵³ De acordo com esses instrumentos e com a CADH, o direito de solicitar e receber asilo é um direito que se aplica a qualquer pessoa perseguida, exceto quando a perseguição é motivada pela prática de crimes comuns. No entanto, a estipulação da CADH é ainda mais restrita do que a das duas declarações, pois estabelece que o direito se opera em casos de “perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos”, enquanto no texto das duas declarações não há menção expressa a crimes políticos e a alusão a crimes comuns é feita para estabelecer um limite ao direito de asilo, mas não como um elemento definidor de seu alcance. Por esse motivo, a CIDH advertiu que “a CADH reconhece em seu artigo 22 um direito de asilo mais limitado do que o da DADDH”, uma vez que “o mesmo se limita ao direito de asilo a pessoas perseguidas ‘por delitos políticos ou delitos comuns conexos’, excluindo, assim, uma ampla categoria de pessoas que deixam seus países por situações de violência e outras formas de perseguição”.⁵⁴

No entanto, isso não significa que o direito de solicitar e receber asilo cubra apenas aqueles que estão sendo perseguidos pela prática de crimes políticos ou crimes comuns relacionados. De acordo com as regras de interpretação da CADH, estabelecidas no artigo 29, “Nenhuma disposição [...] pode ser interpretada no sentido de: [...] 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”. Nesse sentido, considerando que a DADDH reconhece, em seu artigo XXVII, o direito de asilo “em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum”, *deve-se entender que o direito abrange em sentido amplo os perseguidos e não apenas os que têm a qualidade de criminosos políticos*. Um argumento *a fortiori* reforça essa interpretação. De fato, se a CADH reconhece o direito de asilo a quem cometeu crime político, com maior razão protege àquele que, não tendo cometido crime de tal natureza, é perseguido por causa de suas opiniões ou de sua atividade política. Considere-se, por exemplo, o caso de um jornalista crítico ao regime político de seu país, acusado de cometer um crime de injúria. Esse crime não se encaixa perfeitamente na noção de crime político,⁵⁵ mas se o processo

52 O artigo XXVII dispõe o seguinte: “Toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com os convênios internacionais”.

53 O artigo 14.1 prevê o seguinte: “Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países. 2. Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por actividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas”.

54 CIDH. *Relatório anual* 1993, OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev., 11 de fevereiro de 1994.

55 Nos instrumentos internacionais não há definição de crime político, a qual encontra seu maior desenvolvimento na doutrina do direito penal. De um modo geral, é possível identificar duas teorias sobre o conteúdo e o escopo do crime político. A primeira é a teoria subjetiva, segundo a qual o que distingue um crime político de um crime comum é o fim perseguido pelo delinquente. De acordo com um dos principais expoentes dessa teoria, “se é um objetivo altruísta de melhoria coletiva, o crime será político-social; será comum que o delinquente tenha agido por razões egoístas de vantagem pessoal”, Ferri, E. *Proyecto Preliminar de Código Penal para Italia*. Centro Editorial Góngora, Madri, 1925, p. 78. Nessa obra, o autor também indica que o mesmo crime pode ser político ou comum, de acordo com o motivo da pessoa que o comete. A segunda, é a teoria objetiva, que caracteriza a conduta como um crime político sob o bem jurídico atacado, independentemente do motivo do autor. Segundo um de seus representantes, “para que um crime seja incluído na estrutura de ofensas políticas, é uma condição necessária que seja caracterizado por um ataque dirigido contra qualquer um dos elementos que compõem a organização política do país ou contra qualquer um dos as atividades de seus poderes políticos”. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), em seu *Manual de Procedimentos e Critérios para o Estatuto de Refugiado*, ao se referir à noção de crime político, aborda a teoria subjetiva, mas a qualifica com um elemento relativo à proporcionalidade dos meios utilizados: “para determinar se um crime é ‘comum’ ou, pelo contrário, ‘político’, sua natureza e finalidade devem ser levadas em consideração

criminal por um crime comum for apoiado por razões políticas, o direito de solicitar e receber asilo também funcionará nesse caso.

No entanto, os Estados têm um certo grau de discricionariedade na definição de casos de origem de asilo para os perseguidos políticos. De fato, a Convenção sobre asilo político adotada em Montevideu em 1933 determina que “Compete ao Estado que dá asilo a qualificação do delito político” (art. 2). No entanto, a discricionariedade dos Estados não é ilimitada. A principal restrição deriva da negação do direito de asilo àqueles que são perseguidos por crimes contra a paz, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e condutas que constituem terrorismo. Assim dispõe a Declaração sobre asilo territorial,⁵⁶ segundo a qual “Nenhuma pessoa sobre a qual existam motivos fundados para considerar que tenha cometido um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a Humanidade, como definido nos instrumentos internacionais que contém disposições relativas a esses crimes, pode invocar o direito de procurar e de beneficiar de asilo” (artigo 1, número 2). Da mesma forma, a Convenção Interamericana contra o Terrorismo,⁵⁷ dispõe que “Cada Estado Parte adotará as medidas cabíveis, em conformidade com as disposições pertinentes do direito interno e internacional, a fim de assegurar que não se conceda asilo a pessoas com relação às quais existam motivos fundados para se considerar que cometeram um delito estabelecido nos instrumentos internacionais enumerados no Artigo 2 desta Convenção” (art. 13). Os instrumentos internacionais mencionados no artigo são aqueles que reprimem condutas associadas ao terrorismo e que tenham sido ratificados pelos Estados.⁵⁸

Contudo, ainda que as disposições acima mencionadas derivem de compromissos para os Estados enfrentarem o terrorismo, é preciso ressaltar que essas “não podem ser interpretadas ou aplicadas de maneira incongruente com as obrigações dos Estados em matéria de Direitos Humanos”.⁵⁹ É uma realidade inegável que a luta global contra o terrorismo constitui uma fonte de violações dos Direitos Huma-

acima de tudo, isto é, se foram cometidas por razões políticas reais e não simplesmente por razões pessoais ou com fins lucrativos. Também deve haver um nexo de causalidade próximo e direto entre o crime cometido e o propósito e objeto político invocados. Além disso, o elemento político do crime deve prevalecer sobre seu caráter como crime de direito comum. Este não será o caso quando os atos cometidos forem desproporcionais ao objetivo invocado.” Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. *Manual de Procedimentos e Critérios para Determinação do Status de Refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 Relativo à Condição de Refugiado*. 1992, par. 152. [Em diante, Escritório do ACNUR. *Manual de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado*]. Deve-se notar que, em uma decisão de 1949 sobre a disputa entre Colômbia e Peru, referente à concessão de asilo pelo primeiro a um cidadão peruano acusado de instigar e liderar uma rebelião militar, a Corte Internacional de Justiça declarou que esse crime não era de direito comum e, por esse motivo, rejeitou o pedido do Peru de declarar que o asilado não foi perseguido por crimes políticos. Cf. CIJ. Caso de asilo colombiano-peruano. Sentença de 20 de novembro de 1950: ICJ Rep. 1950, p. 266.

56 Assembleia Geral da ONU. Resolução 2312 (XXII). *Declaração sobre asilo territorial*, adotada em 14 de dezembro de 1967.

57 OEA. Convenção Interamericana contra o Terrorismo, AG/RES. 1840 (XXXII-O/02), aprovada na primeira sessão plenária, 3 de junho de 2002.

58 Entre os instrumentos internacionais estão: “a. Convenção para a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves, assinada em Haia, em 16 de dezembro de 1970. b. Convenção para a Repressão dos Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, assinada em Montreal, em 23 de setembro de 1971. c. Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes contra Pessoas Internacionalmente Protegidas, inclusive Agentes Diplomáticos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1973. d. Convenção Internacional contra a Tomada de Refêns, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 17 de dezembro de 1979. e. Convenção sobre Proteção Física de Material Nuclear, assinada em Viena, em 3 de março de 1980. f. Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência em Aeroportos que Servem à Aviação Civil Internacional, complementar à Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, assinado em Montreal, em 24 de fevereiro de 1988. g. Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima, realizada em Roma, em 10 de março de 1988. h. Protocolo para a Repressão de Atos ilícitos contra a segurança de plataformas fixas, localizado na plataforma continental, firmado em Roma, em 10 de março de 1988. i. Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas cometidos com bombas, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 15 de dezembro de 1997. j. Convenção Internacional para a Repressão do Financiamento do Terrorismo, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1999”. OEA Convenção Interamericana contra o Terrorismo, *op. cit.* 59 CIDH. *Relatório sobre Terrorismo e Direitos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, 22 de outubro de 2002, par. 375.

59 CIDH. *Relatório sobre terrorismo e Direitos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, 22 de outubro de 2002, par. 375.

nos, a qual opera principalmente a partir da suspensão seletiva de garantias fundamentais contra aqueles que são considerados suspeitos de terrorismo. Com relação ao tema em questão, a CIDH verificou que:

Os imigrantes, os solicitantes de asilo e outros estrangeiros são especialmente vulneráveis à discriminação em situações de emergência resultantes de violência terrorista. Esse é particularmente o caso quando se considera que a violência terrorista emana de fontes estrangeiras e onde, como resultado, o asilo e outras medidas para proteger estrangeiros podem ser vistas como um refúgio para terroristas.⁶⁰

Se, por um lado, os Estados que ratificaram as convenções acima mencionadas tenham a obrigação de não conceder asilo a pessoas perseguidas por condutas que constituam terrorismo; por outro lado, também têm a obrigação de oferecer as garantias necessárias àqueles que foram rotulados como terroristas e buscam asilo. Nesse sentido, a CIDH indicou que:

as medidas destinadas à detenção automática de pessoas que buscam asilo não estão permitidas, portanto, em virtude das proteções internacionais aos refugiados. Também podem ser consideradas arbitrárias, de acordo com as características das pessoas afetadas por algumas dessas restrições, como possivelmente discriminatórias de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁶¹

[...]

dada a gravidade das possíveis consequências da exclusão do status de refugiado, toda determinação que indique que uma pessoa se enquadra em uma dessas categorias deve ser feita através de procedimentos imparciais e adequados.⁶²

Deste modo, mesmo quando houver suspeita de que o solicitante de asilo possa constituir uma ameaça à segurança devido ao seu suposto envolvimento em atividades terroristas, os Estados têm a obrigação de oferecer todas as garantias implicadas ao direito de pedir asilo.

No entanto, no que diz respeito ao conteúdo do direito de asilo, é importante destacar que a figura do asilo tem uma dupla dimensão. Por um lado, trata-se de um poder dos Estados, como resulta das Convenções de Havana, Montevideu e Caracas. Por outro lado, é um direito de toda pessoa perseguida por outros motivos que não a prática de um delito comum. Em virtude dessas duas dimensões, verifica-se que o direito de solicitar e receber asilo não comporta uma obrigação correlativa dos Estados de concedê-lo a quem o exigir. A CIDH, referindo-se ao direito de asilo reconhecido no artigo XXVII da DADDH, indicou que “isso não implica nenhuma garantia de que será outorgado”⁶³, conclusão que também pode ser identificada no inciso 2 do artigo 22, que consagra esse direito em termos muito semelhantes ao DADDH. Da mesma forma, tanto o DADDH quanto a CADH estabelecem que “toda pessoa tem o direito de solicitar e receber asilo em território estrangeiro, [...] de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais”. Segundo a CIDH, esta disposição contém dois critérios cumulativos e que, portanto, devem ser satisfeitos para que surja o direito de asilo. O primeiro é que o direito deve estar de acordo com a legislação de cada Estado, e o segundo é que deve estar de acordo com as convenções internacionais.⁶⁴ A CIDH concluiu que “a natureza cumulativa dos dois critérios expressos no artigo XXVII resulta que, se o direito está estabelecido na legislação internacional, mas não está estabelecido na legislação nacional, não é um direito reconhecido pelo artigo XXVII da Declaração.”⁶⁵

60 *Ibidem*, par. 411.

61 *Ibidem*, par. 380.

62 *Ibidem*, par. 391.

63 CIDH. *Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos e dos solicitantes de asilo no marco do sistema canadense de determinação da condição de refugiado*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de fevereiro de 2000 (grifo nosso).

64 Cfr. CIDH. Relatório n.º 51/96, *Comitê Haitiano de Direitos Humanos e outros vs. Estados Unidos*, Caso 10.675, 13 de março de 1997, par. 151.

65 *Ibidem*, par. 153.

Entretanto, o fato de os Estados não serem obrigados a conceder asilo não significa que não tenham obrigações em relação a esse direito. A principal obrigação a este respeito é promover um marco processual adequado para o trâmite dos pedidos de asilo. De acordo com a CIDH, “o direito de solicitar asilo exige necessariamente que os solicitantes de asilo tenham a oportunidade de apresentar sua solicitação efetivamente perante uma instância plenamente competente para tomar decisões”.⁶⁶ A CIDH recomendou que esta instância fosse constituída por “aqueles melhor capacitados para formular as determinações de elegibilidade”⁶⁷, os quais, na sua opinião, seriam “os encarregados de interpretar e aplicar a legislação e a política sobre refugiados”.⁶⁸ Ademais, um marco processual adequado deve contemplar a possibilidade de revisão da decisão sobre a concessão de asilo. Nesse sentido, a CIDH indicou que:

Nos casos em que os fatos da situação de um indivíduo estão em disputa, o sistema processual efetivo deve prever sua revisão. Tendo em vista que, até mesmo a mais idônea das autoridades encarregadas para a tomada de decisões pode errar ao proferir uma sentença, e dado o risco potencial à vida que poderia resultar de tal erro, uma apelação sobre o mérito em caso de determinação negativa constitui um elemento necessário de proteção internacional.⁶⁹

A CIDH também indicou que esta reapreciação “exigiria o estabelecimento de uma autoridade independente designada para a tomada de decisão, com acesso a conhecimentos especializados e meios para tomar decisões fundamentadas”.⁷⁰ Levando em consideração esses critérios, em seu relatório sobre o caso Comitê Haitiano de Direitos Humanos e outros vs. Estados Unidos, a CIDH declarou que o governo dos Estados Unidos violou o direito de solicitar e receber asilo consagrado no artigo XXVII da DADDH, ao ter interceptado no mar e devolvido ao seu país de origem os haitianos que fugiam em massa para buscar refúgio no exterior. A CIDH determinou que, embora esse ato estivesse em conformidade com a legislação dos EUA, que admitia o direito de pedir asilo a quem conseguisse chegar à sua costa e estabelecia que os haitianos que procurassem asilo nos Estados Unidos deveriam fazê-lo através de sua Embaixada em Porto Príncipe, constituiu uma violação do direito em questão. Segundo a CIDH, o governo dos Estados Unidos não fez um exame adequado da situação dos haitianos interceptados no mar, nem lhes concedeu uma entrevista para averiguar se cumpriam os requisitos de ‘refugiados’;⁷¹ e, além disso, a interceptação no mar impediu os haitianos de buscar asilo em outros países.

É importante observar que a CIDH entendeu que a alusão às convenções internacionais, contidas na DADDH e na CADH, remete à Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e ao Protocolo de 1967.⁷² Assim, a CIDH interpretou o direito de solicitar asilo à luz das proteções estabelecidas nesses instrumentos, em matéria de direito dos refugiados. De fato, como explicaremos na próxima seção, na decisão do caso do Haiti, sobre a concessão de asilo, o princípio da não-devolução, típico do direito dos refugiados, teve um papel determinante. Essa situação nos permite ver como o direito de asilo foi “absorvido”, de alguma forma, pelo chamado direito dos refugiados, amplamente desenvolvido, em âmbito internacional, precisamente a partir da Convenção de 1951. Assim, ainda que em sentido estrito, é possível estabelecer distinções entre um asilado – conceito mais estritamente vinculado a perseguições políticas – e um refugiado – que admite uma visão mais ampla da ideia de perseguição –, na prática contemporânea, os dois conceitos tendem a ser assimilados.

2.4. Garantias contra a expulsão

66 CIDH. *Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos e dos solicitantes de asilo no marco do sistema canadense de determinação da condição de refugiado*, op. cit., par. 68.

67 *Idem*.

68 *Idem*.

69 *Ibidem*, par. 109.

70 *Ibidem*, par. 112.

71 CIDH. Relatório n.º 51/96, *Comitê Haitiano de Direitos Humanos e outros vs. Estados Unidos*, Caso 10.675, 13 de março de 1997, par. 163.

72 *Ibidem*, par. 155.

O último componente do direito à liberdade de circulação e residência é constituído por uma série de garantias contra a expulsão do território de um Estado. Essas garantias estão consagradas nos incisos 5, 6, 8 e 9 do artigo 22, que se referem, respectivamente, à proibição de expulsão de nacionais de seu próprio Estado, às condições para a expulsão de um estrangeiro que se encontra legalmente dentro de um Estado, ao princípio da não-devolução, próprio do direito dos refugiados, e à proibição da expulsão coletiva de estrangeiros.

2.4.1. A proibição de expulsão dos nacionais e o direito de ingressar no próprio país

O inciso 5 do artigo 22 estabelece que: “ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional, nem ser privado do direito de nele entrar”. Em primeiro lugar, esta garantia consagra uma proibição absoluta de expulsar nacionais de seu próprio Estado. A garantia não contempla limitações de nenhum tipo, logo abrange todos os nacionais e não admite nenhum caso em que a expulsão possa ser justificada. Nas palavras da CIDH, “se há um direito que, em princípio, é absoluto, é o direito de viver na pátria, de tal modo incorporado ao ser humano que a doutrina o chama de ‘atributo da personalidade’”.⁷³ Segundo, o inciso 5 do artigo 22 estabelece que ninguém pode ser privado do direito de entrar no território do Estado do qual é nacional, o que inclui tanto o direito de retornar ao país após sua saída, quanto o de entrar pela primeira vez quando nasceu fora dele.⁷⁴

Na maioria dos pronunciamentos sobre a expulsão de nacionais no SIDH, a CIDH avaliou a situação à luz da DADDH e não da CADH – pois os Estados acusados não haviam ratificado o segundo instrumento. Trata-se, principalmente, das resoluções adotadas pela CIDH em meados da década de 1980, em relação às expulsões de nacionais pelos Estados do Paraguai e Chile, motivadas por razões políticas. No caso do Chile, a própria Constituição continha uma disposição transitória que facultava ao presidente, em caso de estado de emergência, expulsar ativistas comunistas do país e “aqueles que praticam atos contrários aos interesses do Chile ou constituam um perigo para a paz interna.”⁷⁵ Em todos esses casos, em que pese a DADDH não contenha uma proibição tão contundente quanto a incluída no artigo 22, em relação à expulsão de nacionais,⁷⁶ a CIDH declarou, sem exceção, que os Estados em questão haviam violado o direito de circulação e residência. Por sua vez, no caso Serrano Sáenz vs. Equador, a CIDH avaliou, à luz da CADH, a situação de um equatoriano deportado para os Estados Unidos em virtude de um mandado de prisão por um crime de homicídio cometido neste país. O cidadão equatoriano havia morado nos Estados Unidos e adquirido a cidadania norte-americana por naturalização, porém, ele retornou ao seu país de origem e lá estabeleceu sua residência. A CIDH alertou que as autoridades equatorianas “não poderiam deportar um equatoriano”,⁷⁷ enquanto permanecer no território do qual é nacional e não ser deportado é um “direito elementar inerente à nacionalidade”.⁷⁸ Em virtude disso, somado à arbitrariedade com a qual o procedimento de deportação foi realizado, no

73 CIDH. Resolução n.º 11/85, Caso 9269, Chile, 5 de março de 1985, capítulo VI, par. 5.

74 A esse respeito, ver Comitê DHONU. Comentário General n.º 27, *op. cit.*, par. 19. O Comitê de Direitos Humanos, no parágrafo 20, faz uma sutil distinção e ressalta que, de acordo com o PIDCP, que nesse aspecto é diferente da CADH, esse direito não é exclusivo dos nacionais, uma vez que o artigo 12 diz que ninguém pode ser privado do direito de entrar em seu “próprio país”, o que seria um conceito mais amplo. De fato, de acordo com o Comitê de Direitos Humanos, pode haver pessoas que não são nacionais, mas que têm laços tão estreitos com um determinado país que é possível entender que esse país é o seu país e, portanto, sua entrada não pode ser restringida.

75 CIDH. Resolução n.º 24/82, Exilados, Chile, 8 de março de 1982; CIDH. Resolução n.º 3/84, caso 4563, Paraguai, 17 de maio de 1984; CIDH. Resolução n.º 4/84, caso 7848, Paraguai, 17 de maio de 1984; CIDH. Resolução n.º 5/84, caso 8027, Paraguai, 17 de maio de 1984; CIDH. Resolução n.º 11/85, caso 9269, Chile, 5 de março de 1985.

76 A DADDH estabelece em seu artigo VIII o seguinte: “Toda pessoa tem direito de fixar sua residência no território do Estado de que é nacional, de transitar por ele livremente e de não abandoná-lo senão por sua própria vontade”. A garantia contra a expulsão deriva neste instrumento do direito de não abandonar, exceto por vontade própria, o território do Estado de que é nacional. Se essa formulação for comparada com a proibição absoluta contida no inciso 5 do artigo 22 da CADH, pode-se ver claramente que o último é muito mais incisivo que o anterior.

77 DADDH, artigo VIII, *op. cit.*

78 CIDH. Informe n.º 84/09, *Caso Nelson Iván Serrano Sáenz vs. Equador*; Caso 12.525. Mérito, 6 de agosto de 2009, par. 67.

qual não foram aplicadas nem as normas de extradição de estrangeiros, a CIDH avaliou que o Estado do Equador violou o direito de circulação e residência. Assim, não há dúvida de que a proibição de expulsão de nacionais não admite exceções.

No entanto, neste momento é necessário fazer-se a distinção entre a expulsão de nacionais e sua extradição. Esta última é figura que permite a colaboração entre países na luta contra o crime e que, se submetida a um procedimento que respeite as garantias processuais do nacional cuja extradição é solicitada, não constituirá um descumprimento à proibição de expulsão de nacionais. De fato, como alertou a Corte IDH, em casos de violações de Direitos Humanos, os Estados têm a obrigação de “adotar as medidas necessárias para não deixar impunes essas violações, seja exercendo sua jurisdição para aplicar o direito interno e o Direito Internacional no julgamento e, caso seja pertinente, punição dos responsáveis por fatos dessa natureza, seja colaborando com outros Estados que o façam ou procurem fazê-lo.”⁷⁹ Nesse sentido, a Corte IDH avaliou positivamente os esforços realizados pelos Estados para extraditar supostos responsáveis por tais violações.⁸⁰

Por outro lado, embora a definição de quem seja nacional pertence à discricionariedade dos Estados, estes não podem aplicar arbitrariamente suas próprias disposições para contornar a proibição absoluta de expulsão de nacionais. Em particular, a Corte IDH determinou que o direito a igual proteção da lei é um limite ao poder estatal de decidir quem são nacionais.⁸¹ Tanto a Corte IDH quanto a CIDH alertaram sobre essa limitação ao decidir sobre a expulsão de pessoas de ascendência haitiana nascidas na República Dominicana. Em seu relatório anual de 1991, a CIDH indicou que o Estado dominicano havia violado o inciso 5 do artigo 22, por ocasião da expulsão em massa de pessoas de ascendência haitiana nascidas na República Dominicana. Naquela ocasião, o Estado alegou que os expulsos não eram nacionais, porque, apesar de terem nascido em território dominicano, eram filhos de estrangeiros ilegais. Nesse sentido, a CIDH confirmou que as exceções ao *ius soli*, previstas na Constituição da República Dominicana, referiam-se apenas a “filhos legítimos de estrangeiros residentes no país em representação diplomática ou que estejam em trânsito” e alertou que os expulsos não se enquadravam em nenhuma dessas hipóteses, pois eram filhos de haitianos que não estavam em trânsito no país.⁸² Assim, apesar de o Estado dominicano tentar justificar as expulsões com base na deturpação de suas próprias disposições sobre nacionalidade, ficou claro que os expulsos eram nacionais e que, por esse motivo, o Estado havia violado a proibição absoluta de expulsá-los.

Em 2014, a Corte IDH fez referência novamente a tal problemática ao pronunciar-se sobre um caso de expulsão de várias famílias compostas por migrantes haitianos irregulares e seus filhos, muitos deles nascidos na República Dominicana.⁸³ Nesta ocasião, porém, o marco regulatório era diferente daquele vigente quando a CIDH produziu seu relatório. Em 26 de janeiro de 2010 foi introduzida uma reforma constitucional que acrescentou como terceira exceção à aquisição de nacionalidade por *ius soli*, o filho de estrangeiro que reside ilegalmente em território dominicano. Posteriormente, o Tribunal Constitucional da República Dominicana, no julgamento TC/0168/13, relativo a uma pessoa nascida em 1984 na República Dominicana, de pais haitianos, determinou-se que a exceção constitucional ao *ius soli* existente antes da reforma constitucional de 2010 aplicava-se aos filhos de estrangeiros que não tinham permissão de residência legal ou que haviam entrado ilegalmente no país. O Tribunal também concedeu efeitos gerais ao seu julgamento, ordenando que fosse realizada uma auditoria completa no registro civil para fazer uma lista dos estrangeiros registrados nos livros de registro de nascimento do Registro Civil da República Dominicana.

79 Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Peru*. FRC. 2006, par. 160.

80 *Ibidem*, par. 159. Neste caso, a Corte IDH reconheceu os esforços realizados pelo Estado peruano para obter a extradição do ex-presidente Alberto Fujimori, primeiro a partir do Japão e depois desde o Chile.

81 Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 214 y 318.

82 CIDH. *Informe anual 1991, op. cit.*

83 Na próxima seção, sobre os limites das expulsões coletivas, veremos mais detalhadamente como elas ocorreram. Nesta seção, trataremos apenas de aspectos relacionados à expulsão de nacionais.

A Corte IDH determinou que “a irregularidade migratória de pais estrangeiros como motivo de exceção à aquisição da nacionalidade sob o *ius soli* é discriminatória e, portanto, viola o artigo 24 da Convenção”,⁸⁴ uma vez que a medida foi adotada em um contexto de discriminação contra a população dominicana de ascendência haitiana, afetando desproporcionalmente essa população.⁸⁵ Com base nessa consideração, a Corte IDH determinou que a expulsão de dominicanos de descendência haitiana que não possuíam documentação oficial ou aos quais sequer foi dada a oportunidade de exibir seus documentos de identidade,⁸⁶ violou o artigo 22, inciso 5, da CADH. Também especificou que, nesses casos, as pessoas foram privadas da entrada legal no país do qual são nacionais, violando, também, a mesma disposição.

Além de determinar medidas de reparação para as famílias cujos direitos foram violados, a Corte IDH ordenou, como garantia de não repetição, que o Estado adotasse medidas legislativas e, se necessário, constitucionais, para “assegurar que todas as pessoas nascidas em seu território possam ser registradas imediatamente após o nascimento, independentemente de sua ascendência ou origem e da situação migratória de seus pais”.⁸⁷ A decisão da Corte IDH de instar o Estado a adotar inclusive reformas constitucionais é uma evidência clara dos limites que o sistema internacional de Direitos Humanos impõe à soberania estatal. Embora inicialmente a CIDH tenha se baseado nas próprias normas constitucionais do Estado dominicano para determinar a violação da garantia de não expulsão de nacionais, a decisão da Corte IDH negou a conformidade da reforma constitucional de 2010 com a CADH. A discricionariedade dos Estados em definir quem são seus nacionais ainda é ampla, mas a garantia de igualdade e de não discriminação, especialmente em contextos de migração em massa e crescentes sentimentos xenófobos, que levam à discriminação sistemática de migrantes, particularmente daqueles que se encontram em situação irregular, constitui uma limitação importante à soberania estatal.

2.4.2. Limites à expulsão de estrangeiros

Finalmente, o direito à liberdade de circulação e residência inclui uma série de garantias em relação à expulsão de estrangeiros do território de um Estado. Um primeiro limite à expulsão de estrangeiros está consagrado no inciso 6 do artigo 22, o qual dispõe que “o estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte nesta Convenção só poderá dele ser expulso em cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei.” A adoção da decisão de expulsão de acordo com a lei implica que, para ser válida, ela deve respeitar um “mínimo de devido processo”,⁸⁸ a fim de evitar expulsões discriminatórias ou arbitrárias.⁸⁹ Não se trata, portanto, de um mero requisito formal que se esgota com a simples existência de uma lei que autorize a expulsão, mas é necessário que o regulamento contemple garantias processuais mínimas e, em geral, que suas disposições sejam compatíveis com a CADH. Segundo a CIDH, essas garantias devem incluir:

o direito de ser assistido durante o processo administrativo sancionatório; exercer seu direito de defesa, tendo o tempo necessário para conhecer as imputações formuladas contra si, e, conseqüentemente, para defender-se; e ter um prazo razoável para preparar e formalizar suas alegações, e para fomentar e produzir as provas correspondentes.⁹⁰

De acordo com o exposto, no caso *Loren Laroye Riebe* e outros, a CIDH determinou que o México violou o inciso 6 do artigo 22 por ter expulsado três sacerdotes estrangeiros que, segundo o governo,

84 Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par.469.

85 *Ibidem*, par. 318.

86 Por exemplo, uma das pessoas expulsas foi levada de seu local de trabalho para um ônibus que a levou ao território haitiano, sem lhe dar a oportunidade de exibir sua carteira de identidade dominicana, que ela alegava ter em sua casa. Como consequência, a pessoa expulsa posteriormente teve que entrar em seu país ilegalmente. Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 220 e ss.

87 *Ibidem*, par. 469.

88 O'Donnell, D., *op. cit.*, p. 591.

89 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 15, *op. cit.*, par. 10.

90 CIDH. Relatório n.º 49/99, *Caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein e Rodolfo Izal Elorz vs. México*, Caso 11.610, 13 de abril de 1999, par. 71.

estavam fazendo proselitismo a favor do EZLN (Exército Zapatista de Libertação Nacional) e incitando camponeses e indígenas da região de Chiapas a realizar atos contra as autoridades e particulares. Nesse caso, a CIDH constatou que nenhuma das garantias mencionadas acima foi cumprida, uma vez que o procedimento administrativo que levou à expulsão “se limitou a um trâmite concluído em poucas horas no aeroporto da Cidade do México”.⁹¹

Seguindo o critério anterior, a CIDH determinou que o Estado do Haiti violou o artigo 22 da CADH, expulsando do país um cidadão dos EUA que “não foi submetido a audiência, nem administrativa nem judicial, para que pudesse defender-se das acusações que motivaram sua expulsão pelo governo”,⁹² e que também foi expulso por razões políticas.⁹³

Embora a garantia consagrada no inciso 6 do artigo 22 refira-se a estrangeiros legalmente presentes no território de um Estado, isso não significa que aqueles que entraram ilegalmente no país ou nele permaneceram além do tempo permitido não gozem de nenhum tipo de garantia contra a expulsão. Nesse sentido, a Corte IDH indicou que os migrantes indocumentados ou irregulares estão em situação de vulnerabilidade, pois estão mais expostos a violações de seus direitos.⁹⁴ Considerando essa situação, a Corte IDH interpretou que, ao adotar medidas que afetem a essa população, os Estados devem respeitar seus Direitos Humanos sem discriminação,⁹⁵ o que implica estrita adesão às garantias processuais mínimas já mencionadas.⁹⁶

A Corte IDH especificou essas garantias no caso da família Pacheco Tineo vs. Bolívia, em relação à expulsão de uma família peruana que entrou na Bolívia irregularmente e que buscava o reconhecimento do status de refugiados. Nesta ocasião, a Corte IDH indicou que as garantias mínimas que devem reger os processos de expulsão coincidem substancialmente com as garantias judiciais em processos penais, estabelecidas no inciso 2 do artigo 8 da CADH. Especificamente, os estrangeiros sujeitos a um procedimento destinado à sua expulsão ou deportação são protegidos pelas seguintes garantias:

- i) Devem ser expressa e formalmente informados das acusações contra si, se houver, e dos motivos da expulsão ou deportação. Esta notificação deve incluir informações sobre seus direitos, tais como:
 - a) a possibilidade de indicar as razões que justificam a sua não expulsão e de opor-se às acusações imputadas;
 - b) a possibilidade de solicitar e receber assessoria jurídica, inclusive através de um serviço público gratuito, e, se for o caso, tradução ou interpretação, bem como assistência consular, se aplicável;
- ii) no caso de uma decisão desfavorável, deve ter o direito de submeter seu caso à autoridade competente para revisão, de apresentar-se ou de fazer-se representar perante a mesma para esse fim, e
- iii) a eventual expulsão somente poderá ser realizada após decisão fundamentada em lei e devidamente notificada.⁹⁷

91 *Ibidem*, par. 59.

92 CIDH. Resolução n.º 20/88, caso 9855, Haiti, 24 de março de 1988, par. 10.

93 *Ibidem*, par. 11.

94 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003, par. 112. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 98. A Assembleia Geral da ONU também se referiu a esta condição de migrantes irregulares: “a situação de vulnerabilidade em que os migrantes geralmente se encontram, devido, entre outras coisas, ao fato de não morarem em seus Estados de origem e às dificuldades que enfrentam em por causa das diferenças de idioma, costumes e culturas, além de dificuldades econômicas e sociais e dos obstáculos para retornarem aos seus Estados de origem que devem fazer frente os migrantes sem documentação ou em situação irregular.” Assembleia Geral da ONU. Resolução A/RES/54/166. Proteção dos migrantes, 24 de fevereiro de 2000, Preâmbulo, par. quinto.

95 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 100.

96 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03, *op. cit.*, par. 119. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 100.

97 Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPFRC. 2013, par. 133. As garantias mínimas também foram

Em casos de processos de expulsão em que estejam envolvidas crianças, o processo migratório deve ser ajustado levando em consideração suas condições particulares.⁹⁸ Há, também, garantias adicionais para proteger o interesse superior da criança. Em conformidade com as disposições do parecer consultivo sobre os direitos e garantias de crianças no contexto de migração e/ou com necessidade de proteção internacional, a Corte IDH especificou que nos processos de expulsão devem ser feitos esforços para manter a unidade familiar tanto quanto possível, e que qualquer decisão que envolva a separação de menores de suas famílias deve levar em conta as particularidades do caso concreto,⁹⁹ e deve atender aos parâmetros de proporcionalidade. Nesse sentido, a decisão de separar a família devido à situação migratória dos pais deve obedecer a um fim legítimo, ser idônea, necessária e proporcional.

Diretamente vinculado a esta proibição de procedimentos arbitrários, o inciso 9 do artigo 22 estabelece um segundo limite ao proibir a expulsão coletiva de estrangeiros, a qual opera independentemente de seu status migratório. De acordo com o Comitê de Direitos Humanos, a proibição de expulsões arbitrárias “não se cumpre com leis ou decisões que prevejam expulsões coletivas”,¹⁰⁰ à medida em que, nesses tipos de casos, é claro que não há avaliação da condição específica de cada estrangeiro. Nesse sentido, a CIDH destacou que “uma expulsão se torna coletiva quando a decisão de expulsar não se baseia em casos individuais, mas em considerações de grupo, mesmo que o grupo em questão não seja numeroso”.¹⁰¹ Nesse sentido, o caráter coletivo da expulsão não é determinado com base no número de pessoas expulsadas, mas na ausência de um procedimento que leve em consideração a situação particular de cada estrangeiro.¹⁰² Para esse tipo de caso, a expulsão ocorre pelo fato de pertencer a um grupo, as garantias processuais mínimas que evitam a arbitrariedade não funcionam e, pelo contrário, pode ser presumida a existência de tratamento discriminatório.

No âmbito regional, um exemplo dessas expulsões coletivas proibidas pelo artigo 22 é exatamente o da expulsão de dominicanos de ascendência haitiana e de haitianos residentes na República Dominicana, sobre a qual os órgãos do SIDH se manifestaram em diferentes ocasiões. Em seu relatório anual de 1991, a CIDH fez referência a um decreto presidencial que ordenava o repatriamento de estrangeiros com menos de 16 anos e mais de 60 anos que haviam entrado na República Dominicana para trabalhar na indústria açucareira. A CIDH determinou que a aplicação deste decreto “impôs uma expulsão coletiva”, uma vez que desencadeou “perseguição indiscriminada contra os haitianos e seus descendentes, nascidos ou não na República Dominicana, para retirá-los do país”.¹⁰³ De fato, a CIDH constatou que a primeira etapa do processo de repatriação consistia em um ataque direcionado apenas a pessoas que

incluídas nos projetos de artigos sobre a proteção dos Direitos Humanos das pessoas expulsadas ou em vias de expulsão, elaborado pela Comissão de Direito Internacional. De acordo com o projeto, as garantias incluem: “a) condições mínimas de detenção durante o procedimento; b) direito de ser notificado da decisão de expulsão; c) direito de recorrer e ter acesso a recursos efetivos para recorrer da decisão de expulsão; d) direito de ser ouvido por uma autoridade competente; e) estar representado perante a referida autoridade competente; f) direito de obter assistência gratuita de um intérprete; e g) assistência consular”. Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 355.

98 Corte IDH. *Direitos e garantias de crianças no contexto de migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Série A n.º 21. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14. *Direitos e garantias de crianças no contexto de migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. 2014, par. 114.

99 Segundo a Corte IDH, essa análise inclui a consideração dos seguintes fatores: “a) a história migratória, o período de permanência e a extensão dos vínculos do progenitor e/ou da família com o país receptor; b) consideração da nacionalidade, custódia e residência dos filhos da pessoa que se pretende deportar; c) o alcance da afetação gerada pela ruptura familiar devido à expulsão, incluindo as pessoas com quem vive a criança, bem como o tempo em que permaneceu nesta unidade familiar; e d) o escopo da perturbação na vida diária da criança, se sua situação familiar mudar devido a uma medida de expulsão de uma pessoa encarregada da criança, a fim de pesar estritamente essas circunstâncias à luz do interesse superior da criança, em relação ao imperativo interesse público que se busca proteger”. Corte IDH. *Caso das personas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 357.

100 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 15, *op. cit.*, par. 10.

101 CIDH. *Relatório sobre terrorismo e direitos humanos, op. cit.*, par. 404. *Cf.*: CIDH. *Relatório anual 1991, op. cit.*

102 Corte IDH. *Caso das personas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 361.

103 CIDH. *Relatório anual 1991, op. cit.*

pareciam ser haitianas, com base em suas características físicas. Os que não possuíam documentos comprovativos da nacionalidade dominicana foram expulsos sem possibilidade de defesa.¹⁰⁴ A CIDH determinou que esses atos violaram o direito à liberdade de circulação e residência, na medida em que houve uma expulsão coletiva dos haitianos que, por sua vez, ocorreu através de um procedimento arbitrário, proscrito no inciso 9 do artigo 22. Mais de vinte anos depois, a Corte IDH decidiu novamente sobre as expulsões de haitianos da República Dominicana. No caso *Pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, a Corte IDH determinou que a expulsão de uma família detida e levada de ônibus para a fronteira constituiu uma expulsão coletiva contrária à CADH. Para sustentar essa determinação, a Corte IDH citou as condições de da detenção e transferência para a fronteira na companhia de outras pessoas que aparentemente estavam na mesma situação, o curto período de tempo em que a expulsão ocorreu (48 horas) e o fato de o Estado não ter comprovado a existência de um processo migratório em que a situação migratória de cada pessoa tivesse sido avaliada.¹⁰⁵

Finalmente, o inciso 8 do artigo 22 consagra um terceiro limite para a expulsão de estrangeiros, ao dispor que “em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por motivo de raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.” Trata-se do chamado princípio de “não-devolução”, geralmente conhecido por sua expressão francesa de *non refoulement*, prevista no artigo 33 da Convenção de 1951, relativa ao estatuto dos refugiados,¹⁰⁶ e nas convenções contra a tortura, tanto das Nações Unidas quanto da SIDH.¹⁰⁷ Esse princípio proíbe a expulsão, mesmo de estrangeiros em situação irregular, se o retorno for para um país onde sua vida, sua liberdade pessoal, esteja em risco devido à sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou opiniões políticas, ou se existem motivos para acreditar que possam ser submetidos à tortura.¹⁰⁸ A CIDH destacou que a obrigação de não-devolução “é absoluta e não depende da condição do solicitante como refugiado”.¹⁰⁹ Da mesma maneira, o Comitê contra a Tortura da ONU indicou que essa obrigação opera mesmo em relação àqueles que podem ter cometido crimes no passado. Assim, por exemplo, no caso *Cecilia Rossana Núñez Chipana vs. Venezuela*, o Comitê contra a Tortura da ONU determinou que o Estado venezuelano havia violado o princípio de não-devolução porque extraditara a petionária para o Peru, apesar de ela ter se oposto à sua extradição, pois na época ela poderia ser torturada em tal país, pois era considerada pertencente ao grupo guerrilheiro Sendero Luminoso.¹¹⁰ A CIDH também indicou que o princípio “não reconhece limitações geográficas”,¹¹¹ e, portanto, também se aplica quando a pessoa é devolvida do alto-mar para o território do qual fugiu, isto é, mesmo quando ainda não tenha pisado no território do Estado ao qual pretende chegar para buscar refúgio. Foi assim que interpretou ao decidir sobre o alcance do direito de procurar e receber asilo no caso de interceptação de haitianos em alto-mar.

O princípio da não-devolução, juntamente com o direito de solicitar e receber asilo, que, como já indicado, foi amplamente absorvido pelo Direito Internacional dos Refugiados e interpretado pela

104 *Idem*.

105 Corte IDH. *Caso das personas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 382-384.

106 O artigo 33 aponta o seguinte: “Proibição de expulsão ou de rechaço. 1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.”

107 O artigo 3 da CCT. “1. Nenhum Estado Parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida a tortura.” O artigo 13 da CIPST assinala: “[...] Não se concederá a extradição nem se procederá à devolução da pessoa requerida quando houver suspeita fundada de que corre perigo sua vida, de que será submetida à tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante, ou de que será julgada por tribunais de exceção ou *ad hoc*, no estado requerente.”

108 Ver a seção ‘4.5. Abstenção de expulsar de países onde exista risco de submissão à tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes’, do comentário ao artigo 5 (direitos à integridade pessoal), a cargo de Nash.

109 CIDH. *Relatório sobre terrorismo e Direitos Humanos*, op. cit.

110 Comitê contra a Tortura. *Caso Cecilia Rossana Núñez Chipana vs. Venezuela*, Comunicação n.º 110/1988.

111 CIDH. Relatório n.º 51/96, *Comitê Haitiano de Direitos Humanos e outros vs. Estados Unidos*, Caso 10.675, 13 de março de 1997, par. 157.

Corte IDH com base nesse marco regulatório. As diretrizes do ACNUR foram particularmente levadas em consideração pela Corte IDH ao decidir casos envolvendo esses direitos. Seguindo essas diretrizes, a Corte IDH especificou que as pessoas que solicitam refúgio devem ter acesso a um procedimento para avaliar sua situação, em que lhes seja garantido o devido processo legal. Esta garantia inclui o direito de obter assessoria jurídica e serviço de intérprete, se aplicável, bem como de recorrer da decisão, que deve ser devidamente motivada. O recurso de apelação tem efeitos suspensivos, de forma que a pessoa tem o direito de permanecer no país até que o recurso seja julgado.¹¹² Como pode ser visto, os estrangeiros que buscam refúgio ou asilo têm garantias processuais mais robustas do que outros estrangeiros que enfrentam uma possível expulsão.

Considerando as garantias anteriores, no caso da família *Tineo Pacheco vs. Bolívia*, a Corte IDH determinou que o Estado violou tanto o direito de não-devolução quanto o direito de solicitar asilo. A família entrou irregularmente na Bolívia, vinda do Peru, onde havia um mandado de prisão contra eles por sua suposta participação em atividades de guerrilha. A família entrou na Bolívia com o objetivo de chegar ao Chile, onde planejava fazer a solicitação de asilo. Como os membros da família Tineo já haviam morado na Bolívia como refugiados, mas decidiram voluntariamente retornar ao Peru, permanecendo lá por três anos, o Estado boliviano presumiu que haviam renunciado à condição de refugiados e, depois, deportou-os para o Peru. Segundo a Corte IDH, o Estado boliviano decidiu sumariamente sua expulsão, sem lhes dar a oportunidade de expor sua situação, apresentar provas ou contra-argumentar. A decisão sobre sua deportação não foi devidamente notificada e a possibilidade de impugná-la não foi concedida.¹¹³ Em virtude disso, a Corte IDH declarou a violação do direito de solicitar e receber asilo e do princípio de não-devolução.

112 Corte IDH. *Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPFRC. 2013, par.159.

113 *Ibidem*, par. 17.

Artigo 23. Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:
 - a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
 - b) de votar e ser eleito em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores;
 - 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 motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. Mérito. Sentença de 4 de dezembro de 1991. Série C n.º 11. Doravante: Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. F. 1991.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C n.º 79. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2004. Série C n.º 117. Doravante: Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C n.º 124. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C n.º 125. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C n.º 127. Doravante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C n.º 160. Doravante: Corte IDH. *Caso Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de maio de 2008. Série C n.º 177. Doravante: Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C n.º 182. Doravante: Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de agosto de 2008. Série C n.º 184. Doravante: Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de junho de 2009. Série C n.º 197. Doravante: Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso González e outras ("Campo Algodonero") vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C n.º 205. Doravante: Corte IDH. *Caso González e outras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C n.º 212. Doravante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C n.º 213. Doravante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C n.º 214. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C n.º 215. Doravante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C n.º 216. Doravante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C n.º 220. Doravante: Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2011. Série C n.º 233. Doravante: Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C n.º 239. Doravante: Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso da Corte Suprema de Justiça (Quintana Coello e outros) vs. Equador*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de agosto de 2013. Série C n.º 266. Doravante: Corte IDH. *Caso da Corte Suprema de Justiça (Quintana Coello e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2013. Série C n.º 268. Doravante: Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de outubro de 2013. Série C n.º 269. Doravante: Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. FRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de maio de 2014. Série C n.º 279. Doravante: Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 283. Doravante: Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de outubro de 2015. Série C n.º 304. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2015. Série C n.º 309. Doravante: Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. FRC. 2015.

Opiniões consultivas

Corte IDH. O registro profissional obrigatório de jornalistas (*Arts. 13 e 29 Convenção Americana sobre Direitos Humanos*). Parecer Consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A n.º 5. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. O registro profissional obrigatório de jornalistas. 1985.

Corte IDH. Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A n.º 18. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados. 2003.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. Comunicado da imprensa 49/09, “CIDH condena energeticamente golpe de Estado em Honduras”, 28 de junho de 2009.

CIDH. *Honduras: Direitos Humanos e Golpe de Estado*. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 55, 30 de dezembro de 2009.

CIDH. Observações Preliminares da Comissão IDH sobre sua visita a Honduras realizada de 15 a 18 de maio de 2010. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 3 de junho de 2010.

CIDH. Segundo Relatório sobre a situação das defensoras e defensores de Direitos Humanos nas Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66, 2011.

Sentenças proferidas por cortes e tribunais nacionais

México

Poder Judicial de la Federación. Tesis P/J. 23/2002, de 10 de junio de 2002, publicada no Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XV. *Tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación. Carece de competencia para pronunciarse sobre inconstitucionalidad de leyes.*

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, SUP-JDC-461/2009.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, SUP-JDC-1154/2010.

Documentos adotados por organizações internacionais

Organização dos Estados Americanos

OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, São José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Organização das Nações Unidas

Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 25, artigo 25. *Participação em assuntos públicos e direito de voto.*

57ª sessão, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 1996.

Comitê CEDAW. Recomendação Geral n.º 23, 16ª sessão, 1997.

Referências acadêmicas

AGUILAR CAVALLLO, G. “Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas”, em Von Bogdandy, A, et al. (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* México, IJ-UNAM/ Instituto Max Planck/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II, 2010.

AGUILAR RIVERA, J. A. *Igualdad democrática y medidas afirmativas. ¿Equidad y cuotas?* México, TEPJF, México, 2011.

ARAGÓN CASTRO, L. L. *Alcances y límites de las acciones afirmativas a favor de las mujeres en los órganos electorales.* TEPJF, México, 2011.

BURGORGUE-LARSEN, y L. ÚBEDA DE TORRES, A. *The Inter-American Court of Human Rights, Case Law and Commentary.* Oxford University Press, 2011.

CABALLERO OCHOA, J. L. “Los derechos políticos a medio camino. La integración constitucional del derecho al sufragio pasivo y los tratados internacionales sobre derechos humanos” em *Comentarios a la Sentencia SUP-JDC-695/2007 del TEPJF.* Número 3 de la serie comentarios a las sentencias del Tribunal Electoral, TEPJF, México, 2008.

CABALLERO OCHOA, J. L. *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos en España y México.* Porrúa, México, 2009.

CÁRDENAS, J. “Consideraciones jurídicas sobre el desafuero de Andrés Manuel López Obrador” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, IJ-UNAM, n.º 116, México, 2006.

CARMONA, J. U. “El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, IJ – UNAM, t. IX, México, 2009.

COOPER, A., LEGLER, T. “The OAS Democratic Solidarity Paradigm: Questions of Collective and National Leadership” *Latin American Politics and Society*, vol. 43, n.º 1, 2001.

CUÉLLAR, A. e GARCÍA, I. *Equidad de género y representación: la regla de alternancia para candidaturas de representación proporcional.* TEPJF, México, 2010.

FERRER MAC-GREGOR, E. e SILVA, F. *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Porrúa - IJ-UNAM, México, 2009.

FIX-FIERRO, H. *Los derechos políticos de los mexicanos.* IJ-UNAM, México, 2006.

GARCÍA RAMÍREZ, S. “Panorama de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos”, em VON BOGDANDY, A, et al. (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*. IJ-UNAM/ Instituto Max Planck/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II, México, 2010.

GARGARELLA, R. “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”. Ponencia, Disponível em: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf (data do último acesso 28 de junho de 2017).

GONZÁLEZ MORALES, F. “Surgimiento y desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos en un contexto de regímenes autoritarios (1969-1990)” *Revista IIDH*, n.º 46, julio-diciembre, San José, 2007.

MEZA FLORES, J. *El derecho a defender los derechos: la protección a defensoras y defensores de derechos humanos en el Sistema Interamericano.* Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2011.

MORALES ANTONIAZZI, M. “¿La democracia como principio del *ius constitutionale commune* en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional”, em VON BOGDANDY, A., *et al.* (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*. IJUNAM/Instituto Max Planck/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. I, México, 2010.

NOLI, M. M. “Las funciones políticas de la CIDH. Particular enfoque en los mecanismos implementados en ocasión del golpe de Estado en Honduras”, em *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 1, n.º 1, 2001.

PELAYO MÖLLER, C. M. e VÁZQUEZ CAMACHO, S. “El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, t. IX, IJ-UNAM, México, 2009.

SALAZAR, P. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Fondo de Cultura Económica-IJ UNAM, México, 2006.

Sumário

1. Introdução.....	663
1.1. A primeira fase de desenvolvimento não convencional:	
a Carta da OEA e a DADDH	663
1.2. Reconhecimento convencional e interpretação	
por parte dos órgãos interamericanos.....	667
1.3. Os direitos políticos em outros instrumentos interamericanos.....	668
2. A jurisprudência da Corte IDH sobre o artigo 23 da CADH	672
2.1. Artigo 23.1.a.: direito à participação política (direitos políticos lato sensu).....	672
2.2. Artigo 23.1.b.: direito ao voto e direito à participação	
político-eleitoral em condições de igualdade e não discriminação	
(direitos políticos stricto sensu)	674
2.3. Artigo 23.1: exercício contínuo e em condições de igualdade	
de direitos políticos	678
2.4. Artigo 23.1.c: acesso e permanência em condições de igualdade	
nos cargos políticos.....	680
2.5. As qualidades dos sujeitos na proteção dos direitos políticos	
(a margem de apreciação nacional).....	680
2.6. Inabilitações e direitos políticos	684
2.7. A validade da ordem democrática e a garantia da função jurisdicional	
em um Estado constitucional de direito	685
3. Questões conflitantes sobre direitos político-eleitorais	
sobre as quais o SIDH poderia pronunciar-se	686
3.1. Suspensão de direitos políticos e as pessoas privadas de liberdade	686
3.2. Direitos políticos, pessoas em condições especiais de proteção	
e ações afirmativas	688
4. Conclusão	691

1. Introdução

1.1. A primeira fase de desenvolvimento não convencional: a Carta da OEA e a DADDH

Os direitos político-eleitorais merecem reconhecimento especial dentro do SIDH, uma vez que, além da CADH, são abordados de maneira especial tanto na Carta da OEA quanto na DADDH, desde a Nona Conferência Internacional Americana em Bogotá, em 1948. Ademais, os direitos político-eleitorais e, em geral, a democracia como forma de governo, mereceram regulamentação específica por

meio de um instrumento interamericano, que é a Carta Democrática Interamericana, a qual foi adotada no início do século XXI.¹

Os princípios democráticos e, com eles, a proteção dos direitos político-eleitorais têm sido uma preocupação desde a fundação da OEA. Embora o momento histórico do nascimento da Carta Americana não tenha sido o mais afortunado politicamente da região, e a aspiração democrática parecesse apenas bons desejos em uma América atormentada por regimes autoritários e de intervenções estrangeiras, o próprio preâmbulo da Carta Americana parecia referir-se à democracia representativa como um desejo e não uma realidade nos países americanos e como uma condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento na região. De fato, para os fins da Carta Democrática, outorga-se à OEA o papel de promover e consolidar a democracia representativa.² Além disso, a Carta da OEA parece vincular pobreza e democracia, ao assinalar que a eliminação da primeira é parte essencial da promoção e consolidação da democracia representativa.³

Essa vocação democrática da OEA é reforçada na Carta Democrática, por meio de uma série de referências à cooperação hemisférica em questões de promoção da democracia participativa.⁴ Contudo, talvez seja sobre a suspensão de membros que a questão da democracia participativa, e especialmente a cláusula democrática, tem um desenvolvimento maior. Em princípio, a disposição é simples, um Estado membro da OEA, cujo governo democraticamente constituído é derrubado pela força, pode ter seus direitos de participação nos órgãos da OEA suspensos.⁵ No entanto, o exercício da suspensão tem sido um dos aspectos mais polêmicos da OEA e que mais causou consequências políticas e controvérsias. De fato, em um continente já muito acometido – especialmente durante os anos sessenta e setenta – por golpes militares, golpes de Estado e outras suspensões de facto da regularidade constitucional, apenas dois Estados foram suspensos por este meio: Cuba, em 1962, e Honduras, em 2009.

As mudanças nos sistemas políticos dos Estados membros da OEA e, em geral, um processo de democratização relativamente recente, fazem um paralelo com a construção normativa e jurisprudencial dos direitos político-eleitorais no SIDH. Além disso, pode-se dizer que eles são o produto e o catalisador de tal processo.⁶ Devido a isso, e ao mandato geral da OEA, o SIDH é chamado a interpretar de maneira mais ampla a participação política de maneira dentro do contexto de democratização eleitoral na América Latina.

Embora sua abordagem em relação aos aspectos que podemos chamar de democracia formal ou representativa seja compreensível à luz dos processos recentes de transição democrática, as demandas sociais emergentes para promover esses processos podem se refletir em novas solicitações sobre formas de democracia participativa. No entanto, sua concretização nos chamados mecanismos de democracia direta não é a mesma em todos os Estados americanos. Um pequeno exercício comparativo pode dar uma boa noção de como a ideia de democracia participativa prevalece nos novos constitucionalismos latino-americanos, em contraste com os sistemas constitucionais estagnados que reduzem ao mínimo a expressão democrática, limitando-a à democracia eleitoral representativa.⁷ Na região, as novas cons-

1 Aprovada em sessão plenária da Assembleia Geral da OEA, 11 de setembro de 2001, Lima, Peru.

2 Artigo 2.b.

3 Artigo 2.f.

4 Artigo 31, que discute os princípios democráticos que informam a cooperação entre os Estados da OEA, o artigo 45, referente à consolidação do regime democrático, e o artigo 95, que enfatiza o fortalecimento da conscientização cívica dos povos americanos, como fundamento do exercício da democracia efetiva e observância dos direitos e deveres da pessoa humana.

5 Artigo 9, é necessário o voto de dois terços dos Estados-Membros para suspender outro membro.

6 O contexto em que os principais instrumentos e instituições para a proteção regional dos Direitos Humanos foram desenvolvidos é o da transição de regimes militares autoritários para sistemas de representação eleitoral. Ou seja, embora a genealogia do SIDH seja paralela aos processos de democratização, o ponto de partida são os sistemas autoritários. Ver González Morales, F. “Surgimiento y desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos en un contexto de regímenes autoritarios (1969-1990)” *Revista IIDH*, n.º 46, julio-diciembre, San José, 2007, pp. 123-157. E também Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. EPFR. 2005. Voto concorrente do juiz Diego García Sayán, par. 1.

7 A esse respeito, ver os debates relacionados à sentença proferida pela Corte IDH no caso *Gelman vs. Uruguai*, e as

tuições, como a da Bolívia, não apenas distinguem democracia participativa e representativa, como também acrescentam a forma democrática comunitária.⁸ Sistemas eleitorais fechados, como o mexicano, ainda presos ao monopólio do político pela esfera estritamente eleitoral, opõem-se àquele amplo leque de opções democráticas.⁹

Em relação à DADDH, embora seus “parágrafos considerativos” e preâmbulo não façam referência direta ao sistema democrático ou à participação política, o artigo XX refere-se especificamente a este tema:

Artigo XX. Toda pessoa, legalmente capacitada, tem o direito de tomar parte no governo do seu país, quer diretamente, quer através de seus representantes, e de participar de eleições, que se processarão por voto secreto, de uma maneira genuína, periódica e livre.

O esboço do artigo XX da DADDH que, juntamente com a Carta da OEA, enquadraria o desenvolvimento posterior, por meios convencionais, que faz o artigo 23 da CADH. Já estão previstos alguns pontos essenciais para o desenvolvimento dos direitos político-eleitorais no sistema interamericano, tais como: o princípio da universalidade da participação passiva e ativa, embora sujeito a restrições legislativas e a alguns requisitos para a participação formal nos processos eleitorais (eleições por voto secreto, genuínas, periódicas e livres).

Esta primeira etapa de desenvolvimento é caracterizada pela falta de ancoragem vinculativa e há apenas um esboço em termos muito gerais dos direitos políticos eleitorais. Da mesma forma, a DADDH não lança luz no artigo XX sobre as qualidades necessárias para o exercício dos direitos político-eleitorais, deixando-as a critério do legislativo dos Estados Partes. O único limite que surge é baseado em uma leitura abrangente da DADDH e, especificamente, do princípio da igualdade perante a lei no artigo 2.¹⁰ Nesta primeira referência aos direitos político-eleitorais, os Estados Partes parecem mais interessados em estabelecer regras básicas para a condução dos processos eleitorais – que na época das negociações do DADDH estavam longe de serem cumpridas nos Estados americanos –, o que realmente garante a participação não discriminatória em atividades políticas, incluindo uma dimensão extra eleitoral. A DADDH prevê, no entanto, a listagem de um número importante de direitos intimamente relacionados aos direitos político-eleitorais e cuja leitura abrangente e sistemática ajuda a fortalecer o escopo do artigo XX.¹¹

críticas que esta recebeu em torno à interferência que poderia representar nas decisões tomadas democraticamente. Gargarella, R. “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”. Palestra, disponível em: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf (data DO ÚLTIMO ACESSO 28 DE JUNHO DE 2017).

- 8 O artigo 11 da constituição boliviana define: A democracia participativa é identificada como democracia direta e inclui formas como o referendo, a iniciativa cidadã, a revogação de mandato, a assembleia, o conselho e consulta prévia. Às assembleias e conselhos são outorgados também caráter deliberativo. No que se refere à democracia representativa, essa se dá pela eleição de representantes por voto universal, direto e secreto. Finalmente, a democracia comunitária ocorre através da eleição, designação ou nomeação de autoridades e representantes de acordo com normas e procedimentos das nações e povos indígenas e de originários campesinos nativos.
- 9 Existem alguns enclaves de abertura como, por exemplo, a Lei de Participação Cidadã do Distrito Federal de 2004.
- 10 Artigo II. Todas as pessoas são iguais perante a Lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, sexo, idioma, credo, ou qualquer outra.
- 11 Além do referido artigo II, de maneira não taxativa, mas meramente ilustrativa, estão incluídos os seguintes direitos de especial relevância para o exercício dos direitos político-eleitorais: artigo VIII, direito de residência e circulação (para fins de proselitismo e campanhas políticas, bem como mudar de residência e gozar de direitos eleitorais); Artigo X, direito à inviolabilidade e circulação de correspondência (com o objetivo de poder realizar campanhas políticas sem a interferência de outros concorrentes); Artigo XVII, direito ao reconhecimento da personalidade jurídica e dos direitos civis (para atender aos requisitos de participação político-eleitoral); artigo XVIII, LL (para apelar em ações que limitem o exercício dos direitos político-eleitorais); artigo XIX - direito à nacionalidade (como o artigo XVII para atender aos requisitos de participação político-eleitoral); artigo XXI - direito de reunião (indispensável para comícios políticos e reuniões partidárias); artigo XXII - direito de associação (base para a constituição de partidos e associações políticas); e artigo XXIV - direito de petição (com o objetivo de conhecer os regulamentos eleitorais e a motivação de certas ações estatais em matéria político-eleitoral).

Desenvolvidos os conteúdos mínimos dos direitos político-eleitorais na DADDH, cabe a tarefa de mencionar alguns assuntos da mesma ordem que se enquadram dentro dos Deveres. O primeiro é o dever de sufrágio:

Artigo XXXII. Toda pessoa tem o dever de votar nas eleições populares do país de que for nacional, quando estiver legalmente habilitada para isso.

Mais uma vez, a DADDH refere-se ao desenvolvimento normativo dos Estados Partes, às qualidades para aceder ao voto, estabelecendo a obrigação de participar das eleições eleitorais. Em relação ao desempenho de cargos públicos, a mesma obrigação é estendida como no caso do voto:

Artigo XXXIV. Toda pessoa devidamente habilitada tem o dever de prestar os serviços civis e militares que a pátria exija para a sua defesa e conservação, e, no caso de calamidade pública, os serviços civis que estiverem dentro das suas possibilidades. Da mesma forma tem o dever de desempenhar os cargos de eleição popular de que for incumbida no Estado de que for nacional.

O denominador comum dos deveres de participação política ativa e passiva é que ele é mediado pela exigência de manter a nacionalidade do Estado em que se pretende exercer as atividades políticas. Daí a importância do direito à nacionalidade do artigo XIX, como primeira condição subjetiva mencionada como legítima para acessar plenamente o exercício dos direitos político-eleitorais. Seguindo essa mesma linha que enfoca a nacionalidade como condição fundamental para a participação política, a DADDH inclui em sua lista de deveres o dever de abster-se de atividades políticas em um país estrangeiro:

Artigo XXXVIII. Todo estrangeiro tem o dever de se abster de tomar parte nas atividades políticas que, de acordo com a lei, sejam privativas dos cidadãos do Estado onde se encontrar.

A centralidade que a DADDH dá à nacionalidade em relação a outros critérios, como os de residência permanente, parece antes o resultado das condições históricas dos Estados Partes da OEA na época, geralmente caracterizados por xenofobia, algumas vezes fundamentada em episódios dolorosos de intervenção estrangeira em assuntos internos.¹² Entretanto, o momento constitucional americano mostra agora uma crescente aceitação dos estrangeiros residentes como atores políticos legitimados em recentes ordenamentos.¹³

12 O caso mais contundente é o mexicano, no qual o artigo 33 da Constituição Política de 1917 proíbe estrangeiros de intervirem em assuntos políticos do país. Embora este artigo tenha sido flexibilizado com a reforma de 10 de junho de 2011, para estabelecer certas garantias do devido processo (especificamente a garantia de audiência) no caso de expulsão de estrangeiros, a proibição de participação em assuntos políticos permanece intacta, incluindo aos residentes permanentes. Outro caso interessante é o da Constituição da Costa Rica, na qual o voto não se limita apenas aos costarrriquenhos, mas os cidadãos naturalizados só podem votar até um ano após a obtenção da carta de naturalização (artigo 94). Uma disposição semelhante que proíbe a participação de estrangeiros em atividades políticas é encontrada na Constituição hondurenha de 1982 (artigo 32).

13 Uma das primeiras constituições que abriram essa possibilidade, derivada de sua história migratória, foi a uruguaia que, em seu artigo 78, estende o sufrágio a estrangeiros “sem cidadania legal, de boa conduta, com família na República Uruguaia, que têm capital em empresa ou propriedade no país ou que lecionam ciência, arte ou indústria e tenham pelo menos quinze anos de residência”. As Constituições recém-estabelecidas, como a venezuelana de 1999, admite em seu artigo 64, parágrafo segundo, o voto nas eleições paroquiais, municipais e estaduais para estrangeiros maiores de idade, com mais de dez anos de residência. A Constituição guatemalteca de 1985 (emendada em 1994), embora não permita voto aos não cidadãos, prevê a aquisição de nacionalidade preferencial por parte dos nacionais pelo nascimento das repúblicas que constituíam a Federação da Guatemala, com apenas aquisição de domicílio e a expressão do desejo de adquirir a nacionalidade guatemalteca (artigo 145). A Constituição da Colômbia de 1991 permite que a lei interna regule a maneira pela qual estrangeiros residentes na Colômbia exercem seu voto em eleições e em consultas populares de natureza municipal ou distrital. A mesma tendência pode ser observada nos exercícios constitucionais mais recentes, como no da Bolívia em 2009, em que se permite a estrangeiras e estrangeiros residentes votar em eleições municipais, sob o princípio da reciprocidade internacional (artigo 27). Finalmente, a Constituição do Equador de 2008 também estende os direitos de voto para eleições de presidenta ou presidente e vice-presidente ou vice-presidenta a estrangeiros residentes por mais cinco anos (artigo 63).

1.2. Reconhecimento convencional e interpretação por parte dos órgãos interamericanos

Originalmente, dentro do projeto da CADH, os direitos político-eleitorais eram contemplados no artigo 21 e não no artigo 23.¹⁴ De maneira geral, o artigo 21 do projeto se parece muito com o atual 23 da CADH, do qual se distingue pela inclusão de seu segundo parágrafo. Nesse sentido, na ata e nos documentos de negociação durante os trabalhos preparatórios para a CADH, vê-se que a primeira delegação que estabeleceu alguns comentários sobre o referido artigo foi a da República Dominicana.¹⁵ Entre os comentários ao então artigo 21, um deles referia-se a uma preocupação que seria levantada posteriormente, relacionada ao fato de que a redação permitia exceções ao exercício dos direitos político-eleitorais com base na lei nacional, o que era amplo demais e poderia restringir a participação de vários sujeitos. Também se objetou que os requisitos normais de sufrágio, como idade, residência, idioma, educação e capacidade civil ou mental, não fossem reconhecidos especificamente, e foi proposto incluir exceções taxativas mais limitadas e específicas. Antes da discussão do então artigo 21, uma comissão foi designada para propor outra redação a ser submetida ao voto dos delegados na Conferência. Esse texto se referia à preocupação expressa nos comentários da República Dominicana e incluía limitações específicas para o exercício dos direitos político-eleitorais.¹⁶ No entanto, o representante da comissão Justino Jiménez de Aréchaga sugeriu a inclusão da nacionalidade no texto dos casos taxativos de exclusão do então artigo 21.2. Outra proposta foi a inclusão, dentro das exceções permitidas pelo Pacto, das pessoas suspensas dos direitos políticos por sentença de juiz competente em matéria penal, formulada pelo delegado brasileiro e que, finalmente, incorporou-se à CADH.¹⁷ É interessante que o parágrafo 1.4 do então artigo 2, incluía a participação em partidos políticos, ao que algumas delegações se opuseram, como o caso do México, e que, ao final, não permaneceu no texto definitivo.¹⁸ 18

Por fim, como resultado, o artigo 23 da CADH não desenvolve de maneira especial a questão da democracia interna dos partidos políticos, mas considera uma ampla conotação de participação em assuntos públicos, os direitos políticos lato sensu e adequadamente o exercício direitos político-eleitorais stricto sensu:¹⁹ votar e ser votado, bem como o direito de acessar a função pública em condições de

14 O texto do artigo 21 era o seguinte: “1. Todos os cidadãos gozarão, com as exceções estabelecidas em suas leis nacionais, que não consigam compreender nenhuma das distinções mencionadas no artigo 22 (igualdade e não discriminação equivalente ao atual 24), dos seguintes direitos e oportunidades: a) participar na administração de assuntos públicos, diretamente ou através de representantes livremente escolhidos; b) votar e ser eleito em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual, e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; c) acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país”. Doc. 5 de 22 de setembro de 1969, resolução aprovada pelo Conselho da OEA na reunião realizada em 2 de outubro de 1968, em Atas e Documentos da OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, São José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA / Ser.K / XVI / 1.2.

15 Observações e Comentários ao projeto da Convenção sobre Proteção dos Direitos Humanos, apresentados pelo governo da República Dominicana, 20 de junho de 1969. OEA. Conferência Especializada Interamericana em Direitos Humanos, *op. cit.*, p. 50.

16 O texto proposto foi o seguinte: “1. Todos os cidadãos de um Estado Parte gozarão dos seguintes direitos e oportunidades: a) participar da condução de assuntos políticos, diretamente ou através de representantes livremente eleitos; b) votar e ser eleito em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal ou igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; c) ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país; d) pertencer livremente a partidos políticos, cujo funcionamento a lei deve proteger. 2. A lei poderá regulamentar o exercício dos direitos e oportunidades mencionados nos incisos a) e b) do parágrafo anterior, exclusivamente por razões de idade, residência, idioma, instrução e capacidade civil e mental, conforme o caso.” Ata da décima terceira sessão da Comissão “I”, Doc. 54, de 18 de novembro de 1969, na OEA. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, *op. cit.*, pp. 253-254.

17 OEA. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, *op. cit.*, p. 254.

18 Este texto foi submetido à votação dos delegados e foi rejeitado. Os delegados da Colômbia, Equador, Estados Unidos, Chile, Uruguai e Venezuela votaram a favor de incluí-lo; o delegado de Trinidad e Tobago votou contra. Abstiveram-se os delegados de El Salvador, Honduras, Paraguai, Panamá, Argentina, Brasil, México, Guatemala, Nicarágua, Peru e Costa Rica. OEA. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, *op. cit.*, p. 257.

19 Sobre os direitos políticos como direitos fundamentais e a distinção entre estes e os de carácter eleitoral, ver Fix-Fierro, H. *Los derechos políticos de los mexicanos*. IJ-UNAM, México, 2006, pp. 26 e ss.

igualdade, que em seu conteúdo se assemelha à consagração desse direito nos demais grandes tratados sobre direitos civis e políticos.²⁰ No entanto, em grande parte, a interpretação do SIDH, principalmente por via jurisdicional, concentra-se na dimensão político-eleitoral *stricto sensu*.

Encontramos, além do ponto central de enunciação dos direitos político-eleitorais, a série de condições taxativas já aludidas para sua devida regulamentação, mediante um advérbio de modo que condiciona o conjunto de possíveis limites ao exercício desses direitos a praticamente sete causas. Estes são eminentemente subjetivos, com base na idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental ou sentença, por um juiz competente, em um processo criminal. De tal maneira que o quadro de interpretação é consideravelmente reduzido, uma vez que é uma regra prescritiva e não um princípio, como é típico das normas de Direitos Humanos. Inclusive, a incorporação desta regra fez parte do litígio – *litis* – que os representantes da vítima tentaram afirmar em alguns dos casos apresentados perante a Corte IDH, como apontaremos adiante.²¹

1.3. Os direitos políticos em outros instrumentos interamericanos

Os últimos passos que a evolução do SIDH tomou, no âmbito dos tratados, referem-se à menção do exercício dos direitos político-eleitorais dentro de dois instrumentos criados para a proteção de grupos específicos de pessoas. Por um lado, as mulheres, com a Convenção de Belém do Pará e, por outro, as pessoas com deficiência, por meio da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Da mesma forma, tanto a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos²² quanto a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância,²³ – dois dos instrumentos criados mais recentemente no SIDH – conferem proteção específica aos direitos políticos, o que acaba fortalecendo a proteção desse tipo de prerrogativa na região.

Outro instrumento de grande importância, embora não tenha o *status* de um tratado internacional, é a mencionada Carta Democrática Interamericana. Por ser uma resolução da Assembleia Geral da OEA, ela não possui caráter vinculante, muito menos concede jurisdição aos órgãos interamericanos; no entanto, apesar dessas limitações, pode-se dizer que a Carta Democrática Interamericana enumera e amplia o campo em que é realizada a atividade de promoção e consolidação da democracia representativa na região.

Tal como a Carta da OEA, a menção à democracia representativa parece um pouco restritiva, dado seu amplo caráter na prática sócio-política recente, por exemplo, em sua configuração nos momentos constitucionais mais recentes. Contudo, a Carta Democrática Interamericana ultrapassa consideravelmente o conceito estrito de democracia procedimental eleitoral, ao estabelecer um vínculo obrigatório

20 Assim, o PIDCP estabelece que: “Artigo 25. Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores; c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.” Também se menciona no Protocolo Adicional à Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais: “Artigo 3. Direito a eleições livres. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a organizar, com intervalos razoáveis, eleições livres, por escrutínio secreto, em condições que assegurem a livre expressão da opinião do povo na eleição do órgão legislativo”. Finalmente, na Carta de Banjul: “Artigo 13. 1. Todos os cidadãos têm direito de participar livremente na direção dos assuntos públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos, isso em conformidade com as regras prescritas na lei. 2. Todos os cidadãos têm, igualmente, direito de acesso às funções públicas do seu país. 3. Toda pessoa tem o direito de usar os bens e serviços públicos em estrita igualdade de todos perante a lei.”

21 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008.

22 OEA. Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, adotada pela Assembleia Geral da OEA na 45ª sessão ordinária, Washington, DC, 15 de junho de 2015, artigo 27.

23 OEA. Convenção Interamericana contra toda forma de Discriminação e Intolerância, adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em sua 43ª sessão ordinária, Washington, DC, 5 de junho de 2013, artigo 9.

com o combate à pobreza e com o respeito e a garantia dos Direitos Humanos.²⁴ A definição dos elementos essenciais da democracia representativa na Carta Democrática aparece no preâmbulo, incorporando e desenvolvendo conceitos da Carta da OEA, como o combate à pobreza e à desigualdade, mas também instrumentos específicos ao âmbito dos Direitos Humanos, como o Protocolo de San Salvador e o desenvolvimento dos direitos econômicos, sociais e culturais.²⁵ Há também menções a declarações anteriores relativas à adoção de cláusulas democráticas e direitos trabalhistas.

Talvez a maior contribuição da Carta Democrática Interamericana seja a relação entre democracia representativa e Estado de Direito.²⁶ Além disso, a Carta Democrática – como confirmou o voto de um dos juizes da Corte IDH – *forneceu o dispositivo teórico do direito humano à democracia*.²⁷ Também enuncia os elementos essenciais da democracia representativa, incluindo: respeito aos Direitos Humanos e às liberdades fundamentais, acesso ao poder e sua sujeição de acordo com o Estado de Direito, realização de eleições periódicas, livres, justas e baseadas no sufrágio universal e secreto como expressão da soberania do povo, do regime plural de partidos e organizações políticas e a separação e independência dos poderes públicos.²⁸ Para os propósitos do desenvolvimento dos direitos político-eleitorais, podemos deduzir certos princípios da Carta Democrática da OEA, aplicáveis à disputa eleitoral, sobre os quais se desenvolvem as obrigações contidas no artigo 23 da CADH. Assim, pode-se extrair a necessidade de manter regras eleitorais anteriores, para fins de participação política, o caráter universal e secreto do voto e a obrigação do Estado de manter um sistema plural de partidos.

Além dessas características internas do processo eleitoral democrático, a Carta Democrática Interamericana descreve o “clima” em que esses processos ocorrem. Nesse sentido, refere-se aos componentes para o exercício da democracia: transparência, probidade e responsabilidade no exercício de funções públicas, respeito aos direitos sociais e à liberdade de expressão e imprensa.²⁹

Embora disposições específicas sobre partidos políticos não tenham sido incluídas na CADH, a Carta Democrática Interamericana aborda a questão destacando sua importância, bem como a de outras organizações políticas, na democracia.³⁰ As referências aos partidos e as condições em que se desenvolvem as eleições são importantes, mas apenas sugerem, timidamente, uma definição mais robusta que a tradicional democracia eleitoral representativa. Somente no Artigo 6 é que se pode observar uma tendência a um conceito de democracia mais como um processo que não se limita apenas ao exercício eleitoral, mas, especificamente, à definição de programas de desenvolvimento.³¹

24 Para alguns observadores, a Carta Democrática Interamericana é um marco na concepção de democracia no hemisfério. Por exemplo, para Mariela Morales Antoniazzi, a mesma: “abarca múltiplos âmbitos, estabelecendo novos paradigmas: na política, passa de uma versão eleitoral minimalista a um conceito amplo baseado na dignidade humana; historicamente, olha para o futuro de seu passado e antecedentes, no aspecto social, aspira satisfazer o direito à democracia sentido pelos povos da América e pelo jurídico, embora seja uma Resolução e não um Tratado, sua condição é particular quando entendida como um instrumento de atualização e interpretação da carta fundadora da OEA”, cf. Morales Antoniazzi, M. “¿La democracia como principio del *ius constitutionale commune* en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional”, em Von Bogdandy, A. *et al.* (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*. III -UNAM/ Instituto Max Planck/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. I, México, 2010, p. 213.

25 Sobre o trabalho da OEA em temas de democracia anteriores à Carta Democrática Interamericana, ver Cooper, A. y Legler, T. “The OAS Democratic Solidarity Paradigm: Questions of Collective and National Leadership”. *Latin American Politics and Society*, vol. 43, n.º 1, 2001, pp. 103-126.

26 Por exemplo, o artigo 2 afirma que: “O exercício efetivo da democracia representativa é a base do Estado de Direito e dos regimes constitucionais dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos. A democracia representativa reforça-se e aprofunda-se com a participação permanente, ética e responsável dos cidadãos em um marco de legalidade, em conformidade com a respectiva ordem constitucional”.

27 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, voto individual do juiz Diego García Sayán, par. 7. Em seu voto, o juiz García Sayán, ao falar sobre o direito que os povos da América tem à democracia, aponta que a Carta Democrática Interamericana consagra verdadeiramente tal direito.

28 Artigo 3, Carta Democrática da OEA.

29 Artigo 4, Carta Democrática da OEA.

30 *Ibidem*, artigo 5.

31 Fora do âmbito interamericano, o conceito de participação em projetos de desenvolvimento goza de uma evolução

Outro avanço presente na Carta Democrática é a relação entre a eliminação da discriminação e a democracia.³² Como o princípio da não discriminação é considerado *ius cogens* dentro do SIDH, apesar de haver uma elaboração tanto na Carta da OEA quanto no Pacto de San José, a inovação consiste em mencionar a correlação necessária com os princípios democráticos, além de incluir categorias suspeitas de discriminação, como povos indígenas e migrantes em termos de direitos políticos. O restante das disposições da Carta Democrática refere-se à relação entre democracia, desenvolvimento pleno e pobreza, a democracia e as missões de observação eleitoral e a promoção da cultura democrática.³³

Merece menção especial o procedimento estabelecido no Título IV para o fortalecimento e a preservação da institucionalidade democrática. Basicamente, esse procedimento permite que os órgãos da OEA e seu Secretário-Geral implementem uma série de medidas para preservar a democracia nos países membros, nos casos em que possa haver risco ou interrupção da normalidade democrática desses Estados. Para os propósitos da Carta Democrática, entende-se que o perigo se refere a um processo político institucional democrático ou ao exercício legítimo do poder. Embora a ambiguidade dos conceitos pareça originar um uso discricionário da Carta Democrática, ela apresenta um avanço considerável nas suspensões, especificamente a de Cuba, operadas sob o esquema ainda mais geral da Carta da OEA.

Talvez o momento mais importante para verificar a verdadeira capacidade da Carta Democrática e o compromisso dos Estados Partes com ela tenha sido o golpe de Estado em Honduras em 2009. Embora os procedimentos estabelecidos nesse instrumento tenham sido executados com sucesso, culminando na suspensão de Honduras após o golpe de Estado, o mais interessante foi a ação vigorosa da CIDH, esgotando todos os seus canais de pressão política nesse caso: comunicados de imprensa, visitas, relatórios especiais e uma concessão incomum de medidas cautelares a um número significativo de opositores ao golpe e funcionários do governo eleito democraticamente. Por meio dessas vias, a CIDH desempenhou um papel fundamental; os meios políticos utilizados começaram a partir do momento do golpe de Estado de 28 de junho de 2009.³⁴ A primeira ação foi através de uma condenação enérgica, por meio de um comunicado à imprensa, no qual foi feita referência à Carta Democrática Interamericana.³⁵ Da mesma forma, a CIDH solicitou uma visita *in loco* aos titulares dos poderes hondurenos que continuaram inalterados após o golpe, a Suprema Corte de Justiça e o Congresso Nacional, e dessa visita produziria um relatório especial.³⁶ Em 2010, a CIDH realizou outra viagem a Honduras para dar seguimento ao seu relatório, razão pela qual preparou um segundo relatório especial.³⁷

Por fim, no que se refere à relação entre a Carta Democrática Interamericana e o avanço progressivo dos direitos político-eleitorais, de acordo com o voto do juiz García Sayán no caso *Yatama*,³⁸ pode-se concluir que a Carta Democrática fornece dois elementos fundamentais para a interpretação do artigo 23.³⁹ Em primeiro lugar, *não apenas o acesso ao poder está sujeito ao Estado de Direito, mas também o seu exercício*, o que permite superar uma visão limitada do princípio da legitimidade de origem do SIDH, concentrado apenas no momento de aquisição do poder e não na permanência. Essa visão de democracia é ampliada e analisada em dois casos da Corte IDH contra o Estado do Equador, que represen-

normativa e jurisprudencial mais vigorosa, especificamente no caso dos povos indígenas e do direito à consulta prévia no artigo 6 da Convenção 169 da OIT.

32 Artigo 9, Carta Democrática da OEA.

33 Títulos III, V e VI, respectivamente.

34 Para uma lista das medidas políticas tomadas pela CIDH, ver Noli, M. M. "Las funciones políticas de la CIDH. Particular enfoque en los mecanismos implementados en ocasión del golpe de Estado en Honduras" *Revista Internacional de Derechos Humanos*, ano 1, n.º 1, 2001, pp. 219-239.

35 CIDH. Comunicado de imprensa 49/09, "CIDH condena energicamente golpe de Estado en Honduras", 28 de junho de 2009.

36 CIDH. *Honduras: Derechos Humanos y Golpe de Estado*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 55, 30 dezembro de 2009.

37 CIDH. *Observaciones Preliminares de la Comisión IDH sobre su visita a Honduras, realizada entre 15 e 18 de maio de 2010*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 3 junho de 2010.

38 Sobre o alcance do caso *Yatama vs. Nicaragua* em relação com outras disposições da CADH, ver os comentários ao artigo 2 (dever de adotar disposições de direito interno) a cargo de Ferrer Mac-Gregor e Pelayo, e ao artigo 24 (igualdade perante a lei) a cargo de Uprimny e Sánchez.

39 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, voto individual do juiz Diego García Sayán, par. 23.

tam uma importante extensão conceitual e jurisprudencial em torno da proteção dos direitos políticos na CADH. Segundo, com relação à referência mencionada – excluída especificamente nas negociações do artigo 23 da CADH –, sobre a importância dos partidos e organizações políticas.

Uma vez identificado o *corpus iuris* interamericano referente aos direitos político-eleitorais, o conteúdo dos direitos político-eleitorais será analisado especificamente à luz da jurisprudência interamericana e deve ser levado em consideração e aplicado pelos operadores jurídicos nacionais, especialmente pelos juízes, em seu papel de juízes interamericanos, como a Corte IDH reiterou em sua doutrina sobre o controle de convencionalidade, e que o aperfeiçoou a partir do caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*.⁴⁰

Antes de iniciar a análise, deve-se levar em conta que estamos lidando com uma questão “sofisticada”, já que a Corte IDH começou a gerar jurisprudência a esse respeito apenas recentemente. Esse fato jurídico jurisprudencial foi documentado nos julgamentos que declaram a violação do artigo 23 da CADH, iniciando-se com o caso *Yatama vs. Nicarágua* em 2005, que é o *leading case* na matéria e que se constituiu como a principal referência jurisprudencial sobre esse direito na CADH.⁴¹ Da mesma forma, a profusão de casos resolvidos entre 2009 e 2011: *Reverón Trujillo vs. Venezuela*,⁴² *Chitay Nech e outros vs. Guatemala*,⁴³ *Manuel Cepeda Vargas e outros vs. Colômbia*,⁴⁴ *López Mendoza vs. Venezuela*.⁴⁵ Outro caso importante no assunto – embora a violação do artigo 23 não tenha sido assinalada – é o caso *Castañeda Gutman vs. México*,⁴⁶ de 2008, o qual gerou uma jurisprudência muito importante sobre o direito ao sufrágio passivo. Em contraste, um caso anterior em que a Corte IDH determinou a violação do artigo 23 por uma execução extrajudicial por razões políticas, mas que não construiu jurisprudência diante do reconhecimento de responsabilidade internacional por parte do Estado, é *Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*.⁴⁷

No marco dessa evolução jurisprudencial, novos horizontes começaram a se abrir em relação ao exercício e à proteção dos direitos políticos. Nos seus últimos pronunciamentos, principalmente nos casos *Luna López vs. Honduras*,⁴⁸ e *Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*,⁴⁹ a Corte IDH decidiu sobre a relação entre o trabalho de defesa dos Direitos Humanos e o exercício dos direitos políticos. Da mesma forma, no caso do *Povo Indígena Mapuche vs. Chile*,⁵⁰ a Corte IDH analisou a possível restrição de direitos políticos por meio do uso de mecanismos derivados do direito penal.

Esses casos documentam que a Corte Interamericana está em uma segunda etapa de sua função jurisdicional, como indicou o então juiz Sergio García Ramírez,⁵¹ na qual foi ampliada o leque de direitos

40 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPFRC. 2010. Em especial, ver o voto particular do juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Ver também o comentário ao art. 2 (dever de adotar disposições de direito interno) a cargo de Ferrer Mac-Gregor e Pelayo.

41 Ver, por exemplo, seu desenvolvimento em Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A. *The Inter-American Court of Human Rights, Case Law and Commentary*. Oxford University Press, 2011, pp. 589-612.

42 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

43 Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

44 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPFRC. 2010.

45 Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. FRC. 2011.

46 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008.

47 Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*. FRC. 2004. Nesse caso, parece-nos que a Corte IDH não terminou de avaliar a necessidade de emitir sua própria jurisprudência; uma reflexão que vem amadurecendo em direção à doutrina do controle de convencionalidade. Alguns anos depois, no caso *Kimel vs. Argentina*, no qual também foi apresentado o reconhecimento de responsabilidade do Estado, a Corte IDH considerou que a análise dos elementos de mérito contribuiria para “os propósitos da jurisdição interamericana de Direitos Humanos”. Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008, par. 28 e ss.

48 Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. FRC. 2013.

49 Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014.

50 Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

51 García Ramírez, S. “Panorama de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos”, em Von Bogdandy, A, *et al.* (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune in América Latina?* IJ-UNAM/ Instituto Max Planck/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II, México, 2010, p.

tutelados, o que se tornou complicado em seu período incipiente, simplesmente porque teve de lidar com violações mais graves e sistemáticas, principalmente no contexto de regimes autoritários; assim, mesmo a virada para os direitos político-eleitorais, nos casos que chegam ao sistema, deve-se a um contexto de transição para a democracia.⁵²

2. A jurisprudência da Corte IDH sobre o artigo 23 da CADH

2.1. Artigo 23.1.a.: direito à participação política (direitos políticos lato sensu)

A primeira disposição do artigo 23 da CADH indica a universalidade da participação em assuntos políticos, diretamente ou através de representantes devidamente eleitos. Antes de analisar a prática da Corte IDH em relação ao direito à participação política, considerada de maneira ampla, é necessário fazer uma comparação com o artigo 25 do PIDCP.

Como mencionado anteriormente, ambos os instrumentos compartilham elementos e uma redação muito semelhante, artigo 23.1.a. da CADH é praticamente idêntico ao artigo 25.a do PIDCP. Diante disso, é importante analisar a interpretação que o Comitê de Direitos Humanos fez do referido artigo em seu Comentário Geral nº 25, sobre a participação em assuntos políticos e o direito ao voto.⁵³ Assim, os direitos político-eleitorais são descritos fora da definição fechada da disputa eleitoral e casos em que a participação direta dos cidadãos é garantida por esses direitos;⁵⁴ que incluem: eleição ou modificação constitucional, referendos e outros processos eleitorais; também menciona o direito dos cidadãos de participar diretamente de assembleias populares para tomar decisões sobre questões locais ou sobre questões de uma determinada comunidade.

O Comentário Geral, portanto, obriga os Estados a aplicar o princípio de não discriminação e a não impor restrições excessivas em qualquer situação em que uma modalidade de participação direta dos cidadãos tenha sido estabelecida.

No âmbito da Corte IDH, os dois casos mais representativos de violação do artigo 23.1.a. da CADH são os casos *Chitay Nech e outros vs. Guatemala* e *Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Ambos os casos envolvem uma violação “radical” dos direitos políticos, uma vez que envolvem outras violações graves dos Direitos Humanos; no primeiro, o desaparecimento forçado de pessoas e, no segundo, o assassinato sistemático de membros de uma força política colombiana. Embora o acesso e a permanência em cargos públicos também sejam limitados em ambos os casos, essas violações graves e sistemáticas durante conflitos armados internos também representam o cancelamento da participação política de certos grupos.

O caso *Chitay Nech* aborda uma violação dos direitos políticos relacionados ao desaparecimento forçado de um líder político maia, Kaqchikel, um guatemalteco. Por isso, estamos enfrentando um ato de enorme gravidade, não apenas pelos efeitos sobre a vítima diretamente, mas devido à ameaça que pesa sobre o desaparecimento de líderes sociais e políticos. Nesse sentido, deve-se notar que o Estado reconheceu parcialmente sua responsabilidade internacional, especificamente diante da violação dos direitos políticos.⁵⁵ A razão pela qual este caso é representativo de uma violação de direitos políticos em

336.

52 Nesta diversificação adicional dos direitos protegidos, García Ramírez aponta os seguintes: personalidade jurídica, associação, honra e dignidade, circulação e residência, direitos políticos, suspensão de garantias, consciência e religião, proteção da família, nacionalidade e igualdade perante a lei. García Ramírez, S., *op. cit.*, p. 337.

53 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 25, artigo 25. A participação nos assuntos públicos e o direito ao voto. 57ª sessão, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 1996.

54 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 25, *op. cit.*, par. 6.

55 Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, par. 13.

sentido amplo é que o Sr. Chitay Nech estava envolvido na política eleitoral, mas também era um líder comunitário, independentemente de suas funções públicas.

O desaparecimento do Sr. Florencio Chitay Nech ocorreu em 1981, durante o governo militar de Romeo Lucas García, presidido sob a doutrina da segurança nacional, na qual a noção de “inimigo interno” foi desenvolvida⁵⁶ e em um contexto particularmente crítico de conflito armado. Entre 1980 e 1983 vários atos foram cometidos para enfraquecer o sistema de organização indígena, incluindo o desaparecimento forçado de líderes⁵⁷ – como aconteceu com o Sr. Chitay – que havia servido como prefeito de San Martín Jilotepeque, em substituição ao prefeito anterior, também desaparecido. O uso do terror tentou intimidar a comunidade, que estava em sintonia com as acusações coletivas dos órgãos do Estado de classificar certas comunidades indígenas como “guerrilheiras”. Dessa maneira, a Corte IDH concluiu que o Sr. Chitay havia desaparecido porque era considerado um “inimigo interno”, devido a suas atividades como líder cooperativista e dirigente político.⁵⁸

Na sentença, a Corte IDH desenvolveu a noção de desaparecimento forçado como uma forma de repressão absoluta aos direitos políticos. O desaparecimento de líderes indígenas fazia parte do modus operandi das forças estatais e paramilitares que atuaram na Guatemala durante o conflito armado interno. Dessa forma, a Corte IDH considerou que havia uma dupla violação dos direitos políticos. Por um lado, a completa privação de seu exercício individual e, por outro, a aniquilação de estruturas políticas. Assim, os representantes da vítima alegaram que os direitos da comunidade indígena Quimal de San Martín Jilotepeque haviam sido violados de maneira semelhante à da Comunidade Yatama, pois o direito da comunidade à participação política havia sido afetado.⁵⁹ Dessa maneira, através do ônus probatório, a Corte IDH concluiu que o motivo do desaparecimento do Sr. Chitay foi a desarticulação da forma de representação política, a fim de preservar a doutrina de segurança nacional prevalecente na Guatemala.⁶⁰

Da mesma forma, a Corte IDH entendeu que a representação política é um pré-requisito para a realização de aspectos básicos da inclusão de grupos em condições de desigualdade, bem como para garantir sua autodeterminação e o desenvolvimento dos povos indígenas em um Estado plural e democrático.⁶¹

O caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia também se refere a uma forma radical de violação de direitos políticos, com a variante de que essa violação foi cometida através de uma execução extrajudicial. Manuel Cepeda Vargas era líder político no Partido Comunista Colombiano e na União Patriótica (Unión Patriótica).⁶² Sua execução também foi enquadrada em um padrão sistemático de violência contra membros desses partidos, por meio do chamado “plano de golpe de graça”. Mais grave ainda foi que Cepeda era senador e foi o último representante da União Popular eleito por voto. Semelhante ao caso Chitay Nech, o Estado realizou um reconhecimento parcial de responsabilidade internacional, que incluiu a violação alegada pela CIDH dos direitos políticos previstos no artigo 23 da CADH.⁶³

O reconhecimento parcial do Estado não se estendeu a todas as supostas violações, uma vez que se limitou àquelas perpetradas individualmente contra a vítima, negando a existência de um padrão de ataque sistemático contra membros e líderes da União Patriótica,⁶⁴ ainda mais quando a própria Corte Constitucional da Colômbia já havia decidido, salientando que a violência contra essa organização

56 *Ibidem*, par. 64.

57 *Ibidem*, par. 66.

58 *Ibidem*, par. 3.

59 *Ibidem*, 105.

60 *Ibidem*, par. 108.

61 *Ibidem*, par. 113.

62 *Ibidem*, par. 64.

63 *Ibidem*, par. 5.

64 *Ibidem*, par. 19.

política, “deixava entrever sintomas evidentes de intolerância política, ausência de garantias eleitorais e extermínio sistematizado contra líderes e militantes da União Patriótica”.⁶⁵

A sentença também indica a relação entre o exercício dos direitos políticos, com as disposições de liberdade de pensamento e expressão (artigo 13 da CADH) e de associação (artigo 16 da CADH). Os representantes da vítima estimaram que, no caso do senador Cepeda, esses três direitos eram exercidos de forma contínua, simultânea e inter-relacionada, e que a violação destes representou um ataque aos valores de um sistema democrático.⁶⁶ Nesse ponto, a Corte IDH seguiu sua decisão no caso Castañeda Gutman vs. México, no sentido da importância dos direitos políticos dentro do SIDH, por estarem interligados com o jogo democrático.⁶⁷ Assim, introduz-se na jurisprudência da Corte IDH uma noção derivada da inter-relação do exercício dos direitos políticos, de liberdade de pensamento e de expressão e de associação, que se refere à necessidade de oposição política nas sociedades democráticas.

A Corte IDH considerou que a participação efetiva de pessoas, grupos, organizações e partidos políticos de oposição, em uma sociedade democrática, deve ser garantida pelos Estados.⁶⁸ No caso Manuel Cepeda Vargas, tratava-se de uma das formas mais radicais de ataque contra os direitos políticos, mediante a eliminação do sujeito através de uma execução extrajudicial, a fim de impedir a militância política tanto do senador Cepeda como de outros membros da União Patriótica. Sobre esta questão, a Corte IDH foi contundente ao afirmar que: “a execução extrajudicial de um oponente por razões políticas não implica apenas a violação de diversos Direitos Humanos, mas também atenta contra os princípios nos quais o Estado de Direito se baseia, violando diretamente o regime democrático.”⁶⁹ No entanto, a Corte IDH não se pronunciou sobre a consequência que esse assassinato teve sobre militantes e eleitores da Unidade Patriótica, de maneira coletiva.⁷⁰

2.2. Artigo 23.1.b.: direito ao voto e direito à participação político-eleitoral em condições de igualdade e não discriminação (direitos políticos stricto sensu)

O artigo 23.1.b. estabelece o direito de votar e de ser votado em eleições periódicas genuínas, realizadas por sufrágio universal e igual, e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores. Um primeiro caso que avançou na definição de sufrágio passivo foi o caso Yatama, no qual se salienta que a regulamentação por lei do direito de ser eleito deve garantir condições iguais em circunstâncias de participação e de representação popular, em que distinções discriminatórias não são admissíveis.

No caso Yatama, a distinção discriminatória consistiu em impedir a presença eleitoral de organizações alternativas nos partidos políticos, o que era característico das comunidades indígenas da costa atlântica da Nicarágua, o que sem dúvida está relacionado às restrições estabelecidas no artigo 23.2. A questão referia-se à violação dos direitos político-eleitorais da organização indígena Yatama, a qual o Estado impedia de disputar nas eleições municipais de 2000, por meio de candidatos escolhidos de acordo com seus próprios usos e costumes, omitindo considerações particulares sobre a presença da comunidade indígena nos municípios ligados a processos eleitorais.⁷¹ Os membros da comunidade

65 *Ibidem*, par. 80.

66 *Ibidem*, par. 169.

67 *Ibidem*, par. 170.

68 *Ibidem*, par. 173.

69 *Ibidem*, par. 177.

70 Uma nuance é estabelecida no reconhecimento público de responsabilidade como medida de reparação ordenada pela Corte IDH, na qual foi ordenado que um membro da União Patriótica constasse na mensagem do Presidente da República. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPFRC. 2010, par. 222.

71 Uma síntese da controvérsia pode ser lida nos seguintes parágrafos: “por outro lado, a Lei Eleitoral nº 331 de 2000 somente permite a participação em processos eleitorais através de partidos políticos [...] Essa forma de organização não é típica das comunidades indígenas da Costa Atlântica. Está provado que Yatama conseguiu obter personalidade jurídica para participar como partido político nas eleições municipais de novembro de 2000, cumprindo os requisitos

indígena tentaram se candidatar a cargos locais, especificamente como candidatos a prefeitos, vice-prefeitos e vereadores, representados pelo partido político regional indígena Yapti Tasba Masraka Nahun Asla Takanka ou Yatama (que significa “filhos da mãe terra”), nas Regiões Autônomas do Atlântico Norte e Sul (a “RAAN” e a “RAAS”).

No caso, havia um contexto em que se reconhecia a autonomia indígena na Nicarágua, que fortalecia o argumento da CIDH sobre a violação do artigo 2 da CADH, porque o Estado não havia previsto normas de caráter eleitoral para facilitar a participação política de organizações indígenas nos processos eleitorais na RAAN. De acordo com o direito consuetudinário, os valores, usos e costumes desses povos indígenas⁷² diferiam consideravelmente do processo de eleição dos candidatos dos partidos políticos, pois eram construídos de maneira comunitária,⁷³ com base em assembleias constituídas pela Tawan Aslika (assembleia de famílias) e dirigidas pelo Wihta Daknika (Conselho Comunitário).⁷⁴

É importante notar que Yatama já havia participado de acordo com as regras previstas em legislação eleitoral anterior, especificamente como uma associação de inscrição popular, figura que desapareceu devido a uma reforma da Lei Eleitoral em 2000, que procurava privilegiar o monopólio dos partidos políticos, que representam formas de participação política que não se encaixam no conceito de «democracia comunitária» de Yatama.

Desde a sentença de Yatama, a Corte IDH tem apresentado a igualdade como condição indispensável para o exercício dos direitos político-eleitorais, pois também se trata da condução da vida das pessoas por meio de atividades políticas, conforme observado, na época, pelo juiz Sergio Garcia Ramírez.⁷⁵ Em vista disso, a Corte IDH observou que o direito ao sufrágio passivo, quando regulado por lei, deve garantir condições iguais em circunstâncias de participação e de representação popular, não sendo admissíveis distinções discriminatórias, como a de impedir a presença eleitoral de organizações alternativas a partidos políticos, típicas das comunidades indígenas da Costa Atlântica da Nicarágua. Chegou a essa conclusão apesar de o Estado ter apresentado objeções preliminares no sentido de que os requisitos descumpridos por Yatama estavam incluídos nos parâmetros do artigo 23.2 da CADH e, portanto, não haveria violação a esta disposição.

A situação que permitiu à Corte IDH observar a violação do artigo 23 da CADH, por via do princípio da igualdade como proibição de discriminação, foi a exclusão injustificada da Comunidade Yatama nas eleições, diante do denominador comum que mantinha com os partidos políticos, ou seja, sendo uma entidade com uma importante base de representação popular.⁷⁶

correspondentes [...] No entanto, os testemunhos de Brooklyn Rivera Bryan e Jorge Teytom Fedrick, e da perita María Dolores Álvarez Arzate enfatizaram que a exigência de se tornar um partido político ignorou os costumes, organização e cultura dos candidatos propostos por Yatama, que são membros de comunidades indígenas e étnicas da Costa Atlântica [...] O artigo 82 da Lei Eleitoral de 2000 estabelece como exigência de participação nas eleições municipais em que os partidos políticos apresentem candidatos em pelo menos 80% dos municípios na respectiva circunscrição territorial e em relação a 80% do número total das candidaturas [...] Nesse caso, o Conselho Supremo Eleitoral decidiu não registrar os candidatos propostos por Yatama no RAAS, considerando que, ao ser excluído o partido que apresentava aliança com Yatama, este último, por si só, não atendia ao requisito de apresentar candidatos em 80% dos municípios da circunscrição territorial [...] Este requisito da Lei Eleitoral de 2000 nº 331 constitui uma restrição desproporcional que limita indevidamente a participação política dos candidatos propostos por Yatama nas eleições municipais de novembro de 2000. Não se leva em consideração que a população indígena e étnica é uma minoria no RAAS, nem que haveria municípios nos quais não se teria apoio para apresentar candidatos ou não haveria interesse em procurar esse apoio.” Corte IDH. *Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005, par. 214, 221 e 223.

72 *Ibidem*, par. 2.

73 *Ibidem*, par. 111. Em referência à perícia antropológica feita por María Dolores Álvarez.

74 *Ibidem*, par. 124.

75 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005, voto individual do juiz Sergio García Ramírez, par. 30.

76 Essa situação ficou evidenciada com o testemunho do representante de Yatama, Senhor Centuriano Knight, ao mencionar que a exclusão deste coletivo das eleições, implicava excluir às comunidades RAAN e RAAS da representação popular, ao ter a primeira 85% de indígenas em sua população, 20% a segunda, e, ao somar os indígenas, uns 15% da população da Nicarágua. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005, par. 110.

O exercício do direito ao sufrágio passivo encontra uma limitação importante diante do direito dos cidadãos à representação e, é claro, o condiciona; os Estados democráticos têm esse princípio como base para o acesso ao poder, onde a figura dos partidos políticos como instituições que possibilitam a representação nacional se torna particularmente relevante. Como a própria Corte IDH advertiu:

Os Estados podem estabelecer padrões mínimos para regular a participação política, desde que sejam razoáveis, de acordo com os princípios da democracia representativa.⁷⁷

Estamos diante da tensão sempre presente entre o exercício dos direitos individuais e sua defesa constitucional e, por outro lado, a necessidade de fortalecer as instituições da democracia participativa.⁷⁸

O Estado, ao considerar que a Comunidade Yatama não apresentava a base representativa específica dos partidos políticos, negou o direito de seus membros ao sufrágio passivo. A Corte IDH, por sua vez, considerou que essa situação legal constituía um “limite desnecessário”, agravado pela situação de vulnerabilidade e marginalidade que essas comunidades enfrentam⁷⁹ e que, sem dúvida, a base representativa das comunidades indígenas correspondia à sua forma de organização própria.

Para fortalecer essa argumentação, que permitiria que a representação popular obtida pela Comunidade Yatama fosse suficiente para exercer sua participação nas eleições, sem a necessidade de cumprir as disposições da lei em relação aos partidos políticos, a Corte IDH tratou de fazer referência, inicialmente, ao próprio rol taxativo de condições previsto na disposição;⁸⁰ condições nas quais não se enquadravam as objeções do Estado para restringir a participação da Comunidade Yatama; não havendo, portanto, nenhuma justificativa, de modo que a Corte IDH considerou ter havido uma exclusão discriminatória.

Posteriormente, recorreu aos critérios que estabeleceram a análise do mérito, essenciais na resolução de casos sobre Direitos Humanos por parte dos tribunais internacionais:

- a) Critério consensual – é o critério de apreciação através do qual o tribunal internacional se volta para as figuras do direito interno para a aplicação de tratados; ao marco regulatório interno, especialmente de natureza constitucional, de forma que atenda ao contexto desta legislação para verificar a amplitude ou restrição de determinado direito.⁸¹

O exposto foi claramente expresso na sentença da seguinte forma:

De acordo com o estabelecido no artigo 29.b) da Convenção Americana, a Corte considera que para garantir a efetividade dos direitos políticos dos membros das comunidades indígenas e étnicas da Costa Atlântica, como as supostas vítimas neste caso, a Nicarágua deve levar em conta a proteção específica estabelecida nos artigos 5, 49, 89 e 180 da Constituição Política e no artigo 11.7 do Estatuto de Autonomia das Regiões da Costa Atlântica.⁸²

- b) Critérios de interpretação pro persona – as normas de Direitos Humanos são consideradas como um conjunto de padrões mínimos que geram sistemas normativos de encaminhamento a outros ordenamentos, com os quais estão integrados à medida que sua cobertura em favor

77 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005, par. 206.

78 Para um estudo aprofundado sobre esta temática, especialmente entre constitucionalismo e democracia, ver Salazar, P. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Fondo de Cultura Económica-IJ UNAM, México, 2006.

79 Como a própria Corte IDH expressou: “ao analisar o gozo destes direitos pelas supostas vítimas no presente caso, deve-se levar em consideração que se trata de pessoas que pertencem a comunidades indígenas e étnicas da Costa Atlântica da Nicarágua, que se diferenciam da maioria da população, inter alia, por suas línguas, costumes e formas de organização, e enfrentam sérias dificuldades que os mantêm em uma situação de vulnerabilidade e marginalidade [...]”. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005, par. 202.

80 A Corte IDH destacou que “de acordo com o artigo 23.2 da Convenção, é possível regulamentar o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso 1 deste artigo, exclusivamente pelas razões estabelecidas nesse inciso”. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005, par. 206.

81 Ver Caballero, J. L. *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos en España y México*. Porrúa, México, 2009, p. 214.

82 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005, par. 205.

das pessoas é expandida; é o senso de integração em um “bloco de constitucionalidade” e o “princípio da interpretação conforme”, que foram assumidos por boa parte das constituições da região,⁸³ e o critério que, com base nesses desenhos normativos, permite determinar a norma vigente em caso de antinomias. As cláusulas que possibilitam esse reconhecimento foram estabelecidas nas cartas fundamentais sobre Direitos Humanos – tratados internacionais ou constituições – e, no caso específico, implicariam que a CADH remete aos sistemas jurídicos nacionais se encontrar neles fundamentos de tutela, conforme estabelecido pelo critério interpretativo do artigo 29.b).⁸⁴

A exclusão dos candidatos apresentados pela organização Yatama para as eleições para prefeitos, vice-prefeitos e vereadores nas eleições de 2000 na Nicarágua não cumpriu os requisitos para uma distinção que se mantivesse nos parâmetros das condições de igualdade, mas incorreu em discriminação, na opinião da Corte IDH. Desse modo, reiterando sua jurisprudência constante em relação às restrições permitidas aos Direitos Humanos, por meio de regulamentação, afirmou que deve esta deve atender aos princípios de legalidade, necessidade e proporcionalidade,⁸⁵ como vem sendo desenvolvido desde o início de seu trabalho jurisprudencial. A Corte IDH constatou que a necessidade da medida não estava presente, mas que, contrariamente, o direito de ser eleito para cargos em eleição popular foi, simplesmente, restringido de forma indevida.⁸⁶

Além disso, no caso Yatama, a Corte IDH expandiu sua jurisprudência porque apontou que, devido à exclusão de Yatama das eleições sem uma justificativa objetiva e razoável, houve também uma violação ao artigo 24 (sobre o direito à igualdade perante a lei),⁸⁷ e que a violação de ambos os dispositivos – 23 e 24 – da CADH,⁸⁸ constituiu uma violação ao princípio da igualdade como proibição de discriminação, categoria que “entrou no domínio de *ius cogens*”, como indicado na jurisprudência emitida no parecer consultivo sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados.⁸⁹ Assim, a jurisprudência proferida em Yatama serviu para determinar o exercício dos direitos contidos no artigo 23.1 da CADH em igualdade de condições e serviu para documentar a construção de casos nacionais aplicando o controle de convencionalidade.⁹⁰

83 Por exemplo, Colômbia (artigo 93), Venezuela (artigo 23), Bolívia (artigo 13.4), República Dominicana (artigo 74.3), Haiti (artigo 19), Equador (artigo 417), Argentina (artigo 75.22), Peru (artigo 3), Brasil (artigo 5.LXXVII.2), México (artigo 1, par. primeiro e segundo).

84 Do qual dá conta também o citado parágrafo 205 da sentença. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005. O artigo 29 da CADH, sobre as normas de interpretação da CADH, estabelece: “Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções [...] em que seja parte um dos referidos Estados [...]”.

85 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005, par. 206.

86 “A restrição de participar através de um partido político impôs aos candidatos propostos pelo YATAMA uma forma de organização alheia a seus usos, costumes e tradições, como requisito para exercer o direito à participação política, em contravenção das normas internas [...] que obrigam o Estado a respeitar as formas de organização das comunidades da Costa Atlântica, e afetou de forma negativa a participação eleitoral desses candidatos nas eleições municipais de 2000. O Estado não justificou que *esta restrição atenderia a um propósito útil e oportuno que a torne necessária para satisfazer um interesse público imperativo*. Pelo contrário, essa restrição implica um impedimento para o exercício pleno do direito a ser eleito dos membros das comunidades indígenas e étnicas que integram o YATAMA”. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005, par. 218. (grifo nosso).

87 O artigo 24 da CADH, relativo à igualdade perante a lei, prevê: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei.”

88 “Conforme declarado no dispositivo quatro: “o Estado violou os direitos políticos e o direito à igualdade perante a lei consagrados nos artigos 23 e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma [...]”. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005, parte dispositiva.

89 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados. 2003.

90 No México, no Julgamento para a Proteção dos Direitos Político-Eleitorais do Cidadão SUP-JDC-695/2007, julgado em 6 de julho de 2007, a Câmara Superior do Tribunal Eleitoral do Poder Judiciário Federal decidiu revogar a sentença proferida pelo órgão eleitoral do Estado de Baja California, que anulou o direito do demandante de concorrer pelo governado dessa unidade federativa. Na opinião da Câmara Superior, aplicou-se disposições legais restritivas, que não encontravam uma justificativa objetiva e razoável e, portanto, eram discriminatórias, contrárias à CADH e à jurisprudência da Corte IDH, em conformidade com o julgamento do caso Yatama vs. Nicarágua. Para uma reflexão

Dessa maneira, o caso Yatama foi conduzido para além da esfera dos direitos políticos, para situá-lo no campo da igualdade. A Corte IDH entendeu que as comunidades indígenas da Costa Atlântica da Nicarágua enfrentavam uma situação de marginalidade e vulnerabilidade que tornava essencial que o Estado adotasse medidas específicas para seu pleno acesso à participação em processos eleitorais.⁹¹ Nesse sentido, é importante observar como os representantes das vítimas argumentaram que a falta de representação política teve efeitos diretos nas decisões tomadas pelas autoridades municipais subsequentes, em relação ao uso e gerenciamento de recursos.⁹²

Nesse aspecto, o voto do juiz Sergio García Ramírez, que destacou a necessidade de superar uma mera igualdade formal, que deixa intacta ou apenas dissimula a discriminação, é esclarecedor. O conceito que ele desenvolveu em seu voto é o de uma igualdade que supera a simulação do que ele definiu como declarações de igualdade inexistentes e inaplicáveis,⁹³ sendo necessário “criar uma circunstância” para que seja possível alcançar os objetivos perseguidos pelos Direitos Humanos no terreno político.⁹⁴

2.3. Artigo 23.1: exercício contínuo e em condições de igualdade de direitos políticos

Além dos casos analisados, a Corte IDH viu, nos últimos anos, a necessidade de se pronunciar sobre a relação entre o exercício dos direitos políticos e o direito de defender os direitos; este último, embora não esteja expressamente reconhecido na CADH, teve um desenvolvimento importante no cenário internacional.⁹⁵

No contexto do litígio que caracterizou os casos Luna López e Defensor de Direitos Humanos e outros, ambos contra o Estado da Guatemala, a CIDH e a respectiva representação das supostas vítimas, argumentaram perante a Corte IDH que a análise do direito à participação política deve ser concebido em relação ao trabalho de defesa e promoção dos Direitos Humanos que as vítimas realizavam no momento em que as violações de Direitos Humanos foram cometidas.

Essa nova abordagem de argumentação é relevante para a análise do artigo 23, na medida em que permite uma ampla interpretação do alcance dos direitos políticos e começa a tecer uma importante relação com o direito à defesa dos Direitos Humanos, situação que, sem dúvida, contribui para seu desenvolvimento teórico e jurisprudencial.

O caso Luna López vs. Honduras se referia à privação de vida de Carlos Luna López, que na época dos fatos era vereador da Câmara Municipal de Catacamas, Departamento de Olancho, em Honduras. A partir dessa posição ele continuava exercendo trabalhos de defesa dos Direitos Humanos, especialmente do direito ao meio ambiente, através da denúncia de vários atos de corrupção por parte de empresas dedicadas à extração de recursos madeireiros. Na análise do caso, um dos principais argumentos da defesa de Luna López foi que a privação da vida da vítima estava intimamente relacionada ao exercício de seu trabalho em defesa dos Direitos Humanos, que ele realizou desde seu gabinete de vereador. Tudo isso, na opinião dos representantes, traduziu-se em uma violação dos direitos políticos de Luna López.

sobre esse caso, ver: Caballero Ochoa, J. L. “Los derechos políticos a medio camino. La integración constitucional del derecho al sufragio pasivo y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, em *Comentarios a la Sentencia SUP-JDC – 695/2007 del TEPJF*. Número 3 de la serie comentarios a las sentencias del Tribunal Electoral, TEPJF, México, 2008.

91 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, par. 201 e 202.

92 *Ibidem*, par. 179.

93 *Ibidem*, par. 27, voto individual do Juiz Sergio García Ramírez.

94 *Ibidem*, par. 31, voto individual do Juiz Sergio García Ramírez.

95 Ver Meza Flores, J. *El derecho a defender los derechos: la protección a defensoras y defensores de derechos humanos en el Sistema Interamericano*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2011. Ver também: CIDH. *Segundo relatório sobre a situação das defensoras e dos defensores de Direitos Humanos nas Américas*. OEA/ Ser.L/V/ II. Doc.66, 2011.

A Corte IDH, apesar de ter declarado a responsabilidade internacional de Honduras pela violação de sua obrigação de garantir o direito à vida de Luna López por não ter agido com a devida diligência para evitar sua morte, determinou que Honduras não poderia ser considerada responsável pela violação de seus direitos políticos, na medida em que a participação direta de agentes do Estado em sua morte não foi demonstrada. Nesse sentido, a Corte Interamericana determinou:

[...] Da análise dos fatos do caso [...], a Corte [IDH] considera que, primeiramente, a responsabilidade dos agentes do Estado no assassinato de Carlos Luna López não se configurou, o que, de qualquer forma, levou à responsabilidade do Estado pela violação à obrigação de “garantir” seu direito à vida e não à obrigação de “respeitar” o referido direito. Em outras palavras, o Estado não foi considerado responsável por violar, por meio de seus agentes, o direito à vida do senhor Luna López. Além disso, [...] não havia evidência de violação direta por parte do Estado aos direitos políticos de Carlos Luna López, em relação ao seu trabalho como vereador e defensor do meio ambiente. Pelo contrário, a possível violação de seus direitos políticos é uma consequência infeliz de sua morte, violação essa que pode não ser necessariamente imputável ao Estado para os fins do presente caso.⁹⁶

Um ano depois, a Corte IDH teve a necessidade de analisar um caso semelhante, relacionado à defesa dos Direitos Humanos e ao exercício dos direitos políticos, desta vez contra a Guatemala. O caso Defensor de Direitos Humanos levantava problemática semelhante ao caso Luna López, ou seja, a investigação do assassinato do senhor A.A., que era prefeito do Conselho Comunitário de Desenvolvimento e se dedicava a promover os direitos sindicais e, em geral, os direitos econômicos, sociais e culturais. Diferentemente do caso Luna López, nessa ocasião a Corte IDH considerou que não dispunha de elementos suficientes para atribuir responsabilidade ao Estado pela falha em garantir o direito à vida de A.A., uma vez que nem a CIDH nem a representação das vítimas forneceram informações suficientes para determinar que o Estado tinha ciência ou poderia tê-la do risco enfrentado por A.A. Seguindo o critério estabelecido no caso Luna López, a Corte IDH declarou que, no caso, por não possuir elementos suficientes para declarar um descumprimento pelo Estado de seu dever de proteger o direito à vida do Sr. A.A., no exercício de seus trabalhos como defensor de Direitos Humanos, também não havia elementos suficientes para estabelecer que o Estado havia violado seu dever de garantir o exercício de seus direitos políticos.⁹⁷

No entanto, além do Sr. A. A., uma outra vítima foi incluída no caso, o que permitiu à Corte IDH pronunciar-se sobre a relação entre a defesa dos Direitos Humanos e o exercício de direitos políticos. A Sra. B.A. – filha do Sr. A.A. – trabalhou como vice-presidenta da Rede de Mulheres Escuintla, como diretora da Organização Social do Município de Santa Lucía e, posteriormente, como secretária do COCODE. Após o assassinato de seu pai e depois de denunciar uma série de atos de intimidação contra si e sua família, a Sra. B.A. teve de se mudar para a cidade de Escuintla e, mesmo quando deu conhecimento de tais atos ao Estado, este não tomou nenhuma ação para protegê-la. Por esse motivo, a Corte IDH concluiu que a Guatemala não cumpriu suas obrigações decorrentes do artigo 22 da CADH (sobre o direito de circulação e residência), bem como sua obrigação de garantir o direito à integridade da senhora B.A. e sua família, por não ter agido com a devida diligência para evitar seu deslocamento e qualquer possível dano à sua integridade.

Devido a esse nexo de causalidade (a falha em garantir o direito à integridade pessoal da Sra. B.A. e seu deslocamento forçado), a Corte IDH pode analisar a violação dos direitos políticos protegidos pelo artigo 23 da CADH. Na opinião da Corte Interamericana, o fato de a Sra. B.A. ter de deixar seu local de residência, onde ocupava cargos políticos, devido ao risco que ela e sua família sofriam, traduziu-se num obstáculo para a exercício contínuo e igualitário de seus direitos políticos. De maneira pontual, a Corte IDH observou que:

96 Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. FRC. 2013, par. 144.

97 Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, par. 149.

[...] Nestas circunstâncias, devido à natureza das funções desempenhadas pela Sra. B.A. como Diretora da Organização Social no município de Santa Lucía Cotzumalguapa, o deslocamento implicou necessariamente na interrupção de seu trabalho em tal cargo político, para o qual não pode retornar até 16 de fevereiro de 2006. Por outro lado, para que pudesse exercer seu cargo de Secretária no COCODE de Cruce de la Esperanza, a Sra. B.A. necessitava residir na referida comunidade, para onde ainda não pode retornar; assim, a Corte IDH considerou que ela não pode continuar exercendo seus direitos políticos em tal cargo público. Portanto, a Corte IDH considerou que o Estado não garantiu as condições necessárias para que a Sra. B.A. pudesse continuar exercendo seus direitos políticos nas posições políticas que ocupava.⁹⁸

Apesar de que, a partir dos casos Luna López e Defensor de Direitos Humanos e outros, a Corte IDH tenha ampliado os critérios de análise e avaliação dos direitos políticos para sua necessária relação com o direito de defender os Direitos Humanos, pode-se destacar que o tipo de teoria que a Corte IDH começou a criar em torno do nexo de causalidade necessário para o aferimento da violação de direitos políticos em relação ao direito de defender os Direitos Humanos e outros direitos, como o direito à vida ou à integridade, exige uma análise detalhada em ocasiões futuras, pois parece traçar um caminho demasiadamente estreito para a configuração de tais violações e, portanto, cria um cenário inacessível à justiça internacional para esse tipo de ato.

2.4. Artigo 23.1.c: acesso e permanência em condições de igualdade nos cargos políticos

O caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela* aborda a demissão arbitrária da juíza María Cristina Reverón Trujillo, em outubro de 2004, da Câmara Político-Administrativa do Supremo Tribunal de Justiça da Venezuela. Embora a CIDH não tenha incluído o artigo 23 entre os artigos que considerou violados pela CADH, os representantes solicitaram sua inclusão,⁹⁹ alegando sua violação porque a senhora Reverón foi tratada de maneira desigual frente ao seu direito de ingressar e permanecer em funções públicas, neste caso por ter sido negada sua participação no processo em que ela poderia ter adquirido o status de juíza titular.¹⁰⁰

Seguindo sua jurisprudência no caso *Yatama vs. Nicarágua*, a Corte IDH reiterou que o direito de ter acesso a funções públicas em condições gerais de igualdade também implicava acesso direto à participação em funções públicas, endossando seu critério de que os Estados devem gerar condições e implementar mecanismos para que os direitos políticos sejam exercidos efetivamente, respeitando o princípio da igualdade e da não discriminação.¹⁰¹

Como o caso estava relacionado à demissão de uma funcionária, o Estado na época alegou que a proteção do artigo 23.1.c não se estendia à permanência no serviço público. No entanto, a Corte IDH, seguindo *Apitz Barbera e outros vs. Venezuela*,¹⁰² indicou que o direito se estende à permanência, pois apenas garantir o acesso seria insuficiente. Nessa mesma linha, a Corte IDH considerou que a diferença de tratamento entre juízes titulares e provisórios não atendia a um critério de razoabilidade e, portanto, o artigo 23.1.c da CADH havia sido violado, em relação às obrigações de respeito e garantia do artigo 1.1. do mesmo instrumento.¹⁰³

2.5. As qualidades dos sujeitos na proteção dos direitos políticos (a margem de apreciação nacional)

98 *Ibidem*, par.188.

99 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 4.

100 *Ibidem*. 2009, par. 131.

101 *Ibidem*. EPFRC. 2009, par. 139.

102 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 206.

103 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 141.

É importante observar que, em uma análise cuidadosa desses direitos, pela via jurisdicional no SIDH, os casos *Yatama vs. Nicarágua* e *Castañeda Gutman vs. México* representam uma demanda de sujeitos que não se enquadram no sistema tradicional de representação eleitoral. No primeiro caso, as comunidades indígenas, como entidades de participação política não partidária e, no segundo, como candidato independente, buscando espaço no campo da disputa eleitoral, monopolizado pelos partidos políticos, embora, é claro, ao contrário do primeiro, “sem representar os interesses de qualquer grupo vulnerável ou marginalizado da sociedade que tenha sido formal ou materialmente impedido de acessar qualquer uma das alternativas que o sistema eleitoral mexicano oferecia para participar das eleições [...]”,¹⁰⁴ como a Corte Interamericana considerou. Nesse sentido, ambos os casos procuraram abrir espaço para novos atores dentro de um panorama dominado pelos partidos como a única maneira de chegar ao poder, embora nos últimos anos tenha havido uma tendência de maior abertura, dada a lacuna representativa entre aqueles e a sociedade civil.

O caso *Castañeda Gutman vs. México* foi um alerta vermelho, pois mostra a dificuldade em expandir diferentes formas de exercício do sufrágio passivo, por meio de exceções a norma interna que não foi considerada discriminatória para os fins da CADH. Trata-se de uma colisão entre os direitos contidos no artigo 9 (direito de associação) e 35, seção II (direito ao voto) da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos; isto é, se o direito ao voto passivo requer necessariamente a dimensão associativa, como resulta da legislação sobre o assunto, especificamente, o Código Federal de Instituições e Procedimentos Eleitorais [COFIPE] (da normativa interna mexicana) indicando em seu artigo 176, § 1 (atualmente artigo 218.1), que “corresponde exclusivamente aos partidos políticos nacionais o direito de solicitar o registro de candidatos a cargos de eleição popular”.¹⁰⁵

No entanto, a Corte IDH elaborou uma construção jurisprudencial abundante do assunto¹⁰⁶ porque, além de abordar o ponto fundamental da ação por meio de recursos internos, foi invocada pelos representantes o exercício de *locus standi*.¹⁰⁷ O ponto fundamental foi que a proibição das candidaturas independentes no sistema jurídico mexicano violou efetivamente o artigo 23 da CADH, ao prever um tipo de limitação não contemplada no tratado.

O artigo 23.2 da CADH estabelece uma série de condições taxativas para a regulamentação dos direitos políticos, que não admitiriam uma análise mais aprofundada por meio de interpretação, uma vez que é uma regra e não um princípio – como também é o caso do artigo 13.2, relativo à proibição de censura–,¹⁰⁸ que foi enfaticamente afirmada pelos representantes.¹⁰⁹

No entanto, o argumento da Corte IDH seguiu outra via: considerando que o artigo 23 da CADH “deve ser interpretado como um todo e de maneira harmônica”,¹¹⁰ e o parágrafo relativo às causas de regulamentação que visam evitar a discriminação,¹¹¹ realizou o teste de condições e requisitos para

104 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, par.172.

105 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, par. 134 - 205.

106 *Ibidem*, par. 135 - 136.

107 “O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.”

108 Os representantes da vítima alegaram que “o marco jurídico mexicano, ao exigir como requisito indispensável para que uma pessoa possa participar de uma disputa eleitoral, na qual o pedido é apresentado exclusivamente por um partido político, viola o segundo parágrafo do artigo 23 da CADH, que estabelece que a lei pode regulamentar direitos políticos exclusivamente pelas razões ali estabelecidas. As referidas restrições são taxativas, não enunciativas, de modo que a lei interna não pode incluir outras razões não expressamente previstas na referida norma, uma vez que o referido preceito usa a palavra “exclusivamente.” Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, par. 151.

109 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, par. 153.

110 *Ibidem*, par. 155.

111 Em conformidade com os critérios indicados, particularmente, a partir do Parecer Consultivo sobre o registro obrigatório de jornalistas. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. O registro obrigatório de jornalistas. 1985.

regular e restringir direitos na CADH, de acordo com sua própria jurisprudência:¹¹² a) legalidade da medida restritiva; b) objetivo da medida restritiva; c) necessidade em uma sociedade democrática e proporcionalidade da medida restritiva.

A conclusão da Corte IDH foi, além do fato de que as causas taxativas de regulação podem permitir extensões compatíveis com a CADH, que os modelos eleitorais que permitem ou proíbem candidaturas independentes não violam a CADH desde que garantam “o direito e oportunidade de votação prevista na CADH em igualdade de condições.”¹¹³

Estamos, sem dúvida, diante da figura da margem nacional de apreciação, que a Corte IDH reluta em aceitar em seu desenvolvimento jurisprudencial, mas é o que vemos claramente nesta decisão. Através desse princípio permite-se que o Estado estabeleça seus próprios critérios de ação em questões ainda não muito desenvolvidas pelo direito comum, inerentes aos sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos.¹¹⁴ Assim, usando esse princípio, para a Corte IDH, um sistema que proíbe ou permite candidaturas sem conexão com qualquer partido político, pode ser compatível com a CADH:

nenhum dos dois sistemas, aquele de indicação exclusiva por partidos políticos e o que permite candidaturas independentes, é, em si, mais ou menos restritivo que o outro em termos de regulamentação do direito de ser eleito, consagrado no artigo 23 da CADH. A Corte IDH considera que não há possibilidade de realizar uma avaliação abstrata sobre se o sistema que permite candidaturas independentes é ou não uma alternativa menos restritiva para regulamentar o direito de ser votado do que outro que não o permite. Isso dependerá de várias circunstâncias, especialmente de como são regulados os aspectos anteriormente mencionados das candidaturas independentes ou a regulamentação das candidaturas apresentadas pelos partidos.

[...]

Por fim, a Corte IDH considera que ambos os sistemas, um construído exclusivamente com base em partidos políticos e outro que também admite candidaturas independentes, podem ser compatíveis com a CADH e, portanto, a decisão sobre qual sistema escolher está nas mãos da definição política feita pelo Estado, de acordo com suas normas constitucionais.¹¹⁵

Contudo, quando um tratado internacional estabelece uma regra rígida prescritiva e não um princípio, as margens de interpretação e ponderação são reduzidas, como é o caso das cláusulas que proíbem a discriminação. Estamos diante de uma questão complexa que não foi aceita pacificamente.

A Corte IDH não foi capaz de operar plausivelmente em torno das margens estreitas que a CADH deixou, ainda mais se considerarmos que, no caso *Yatama*, ela recorreu às limitações taxativas da disposição para argumentar precisamente sobre discriminação contra a comunidade indígena. Deve-se lembrar que no caso *Yatama vs. Nicarágua*, a Corte IDH observou que as condições para limitar o exercício de direitos políticos por meio de regulamentação são necessariamente as contempladas no artigo 23.2. da CADH. Portanto, não foi possível estabelecer que a participação em um partido político fosse condição *sine qua non* para o acesso a disputas eleitorais. No entanto, o mesmo não ocorreu no caso *Castañeda Gutman*, no qual, apesar de a controvérsia ter sido resolvida pela declaração da violação do

112 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFR. 2008, par. 201 e ss.

113 É assim que Eduardo Ferrer Mac-Gregor e Fernando Silva consideram, em relação a este caso: “A Corte IDH rejeitou a tese da violação dos direitos à participação democrática, ao dar a entender que as candidaturas independentes ainda não constituem um direito fundamental emanado daqueles, de modo que os Estados-membros possuem uma margem de apreciação para estabelecê-las ou não no sistema jurídico nacional”. Ferrer Mac-Gregor, E. y Silva, F. *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Porrúa-UNAM, México, 2009, pp. 44-45. Com relação à margem de apreciação nacional, ver o comentário ao artigo 14 (direito de retificação ou resposta), a cargo de Sagüés.

114 “De acordo com o artigo 23.2. da Convenção, pode-se regulamentar o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso 1 do referido artigo, exclusivamente pelas razões estabelecidas nesse inciso.” Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFR. 2008, par. 206.

115 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFR. 2008, par. 200 e 204.

artigo 25 da CADH, a Corte Interamericana não determinou uma condenação contra o Estado mexicano por violação do artigo 23 da CADH.¹¹⁶ Precisamente, porque a associação em um partido não é uma condição taxativa regulamentada, o que foi a origem da litis.

A questão tem sido controversa e levou ao questionamento, não apenas da lista de causas previstas no tratado, mas também de sua interpretação.¹¹⁷ Como uma regra rígida foi incluída no ordenamento – as limitações são exclusivamente por certas causas – com pouca possibilidade para exercícios de ponderação, como é o caso da maioria dos padrões de Direitos Humanos, enquanto princípios.

No entanto, o caso Castañeda Gutman revelou a necessidade de incluir o acesso à justiça como condição indispensável para o exercício dos direitos políticos.¹¹⁸ Se o caso Yatama vs. Nicarágua mostrou que esses direitos devem ser exercidos em igualdade de condições, no caso Castañeda Gutman a Corte IDH declarou que eles também devem ser exercidos em condições de plena justiça.

Embora seja verdade que não houve condenação por violações do artigo 23 da CADH, uma vez que a Corte IDH considerou que a proibição de candidaturas independentes não constituía uma violação dessa disposição, ela sim desenvolveu as condições para o direito de acesso a um recurso judicial efetivo para fazer valer as condições de exercício de direitos políticos em relação ao direito previsto no artigo 25 da CADH.¹¹⁹ Dessa forma, a Corte IDH considerou que a falta de recurso para o demandante:

poderia questionar-se não apenas o ato da autoridade administrativa que o impedira de candidatar-se independentemente à Presidência da República no México, mas também a constitucionalidade da regra secundária, neste caso, o Código Federal de Instituições e Procedimentos Eleitorais, no qual se baseou o referido ato, constituiu uma violação, quando não foram cumpridas as condições indispensáveis para a efetividade de um recurso judicial: acesso a este; e que o tribunal competente a resolver tinha os poderes necessários para a restituição da vítima no gozo de seus direitos.¹²⁰

116 Por exemplo, Amaya Úbeda de Torres afirmou: “adicionalmente, não apenas a lista de restrições ao direito de voto nos termos do artigo 23.2 é exaustiva, como também recebeu uma interpretação limitada pelos órgãos do SIDH. Apesar dos critérios de idioma, nacionalidade, idade e educação não terem sido controversos, [o critério de] nacionalidade trouxe dificuldades, devido ao fato de que com frequência é invocado para limitar arbitrariamente o direito ao voto.” Burgorgue-Larsen, L. e Úbeda de Torres, A. op. cit., p. 597. (tradução livre)

117 No México, uma importante reflexão acadêmica sobre este caso foi publicada. Ver, por exemplo, Ferrer Mac-Gregor, E. e Silva, F. op. cit.; Carmona, J.U. “El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, t. IX, IJ-UNAM, México, 2009. Pelayo Möller, C. M. e Vázquez Camacho, S. “El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, t. IX, IJ-UNAM, México, 2009.

118 A narrativa do caso em sede interna mostra a “tortuosidade” que no México enfrentava a justiciabilidade dos direitos políticos. Trata-se petição em revisão 743/2005, promovida por Jorge Castañeda Gutman, ante a impossibilidade legal de concorrer como candidato independente à Presidência da República, nas eleições de 2 de julho de 2006, e que foi excluído pela Suprema Corte de Justiça da Nação. A ação teve como objetivo combater a possível inconstitucionalidade da legislação eleitoral, bem como os atos decorrentes de sua aplicação. Apesar da importância da questão, a Suprema Corte não foi a fundo no assunto, em poucas palavras, porque os direitos políticos no país não alcançavam a categoria de garantias individuais e não poderiam ser tutelados por meio daquela ação (amparo). Além disso, nesse mesmo sentido, também era consistente com a impossibilidade de que este julgamento se constituísse como uma maneira ideal de contestar a inconstitucionalidade das leis eleitorais, para as quais se deveria recorrer à ação de inconstitucionalidade, prevista no artigo 105, seção II, recurso para o qual os indivíduos não tinham legitimação ativa, apenas os órgãos do poder público. A questão se complicava, naquela época, porque se o particular acessasse o meio considerado adequado para a defesa dos direitos políticos, ou seja, o Juízo para a Proteção dos Direitos Político-Eleitorais do Cidadão, em qualquer caso não poderia contestar a inconstitucionalidade de uma lei nesta matéria, uma vez que o Tribunal Eleitoral do Poder Judiciário Federal não era competente para esse tipo de controle.

119 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, par. 103 e ss.

120 Ver, por exemplo, Poder Judicial de la Federación. Tesis P/J. 23/2002, de 10 de junho de 2002, publicada no Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV. TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. Do disposto nos artigos 99 e 105, seção II, da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, segue-se, por um lado, que o Tribunal Eleitoral é a mais alta autoridade jurisdicional em matéria eleitoral e é o órgão especializado no Poder Judiciário da Federação, cuja competência é garantir a especialização, objetividade e impar-

Dessa maneira, um arcabouço normativo e jurisprudencial foi construído para possibilitar a promoção de um recurso para contrastar a regra secundária, possivelmente violadora do direito ao sufrágio passivo – o COFIPE – com a Constituição Mexicana. Por um lado, o remédio constitucional da ação de amparo (juicio de amparo), um instrumento para a proteção dos Direitos Humanos e o mecanismo ideal para obter uma declaração de inconstitucionalidade de uma norma, foi indeferido, tanto no Tribunal Distrital quanto em sua revisão na Suprema Corte de Justiça da Nação, considerando que as leis eleitorais não poderiam ser contestadas por esse meio, mas apenas pro meio da jurisdição eleitoral, sem que se pudesse decidir sobre questões de constitucionalidade.¹²¹ Evidenciou-se, assim, uma armadilha à justiça que a Corte IDH tornou visível desaprovando esse sentido da jurisprudência constitucional proferida pela Suprema Corte de Justiça da Nação.¹²²

O caso também é preocupante porque documenta o que acontece diante de medidas cautelares que não foram cumpridas;¹²³ ou quando se está frente a recursos que pretensamente não foram esgotados, porque não há como acessá-los, como afirmado na terceira exceção preliminar, solucionada no capítulo de mérito da sentença.

2.6. Inabilitações e direitos políticos

Sobre o título de inabilitações e direitos políticos, o caso *López Mendoza vs. Venezuela* é particularmente importante. Diferentemente do restante dos casos analisados, o centro da disputa recai sobre as restrições para concorrer a cargos públicos devido à inabilitação por parte da Controladoria e sem a condenação definitiva de um juiz penal competente, de acordo com o artigo 23.2 da CADH, que, segundo a CIDH, significava uma restrição ao direito ao sufrágio passivo.¹²⁴

O caso tratava da desqualificação/inabilitação para o exercício da função pública por via administrativa do senhor López Mendoza e sua subsequente participação nas eleições regionais do ano de 2008.¹²⁵ As vítimas também ampliaram as violações em relação ao artigo 23 da CADH, para incluir o direito a ser eleito por voto secreto, que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores e a não limitação dos direitos políticos, a não ser por uma sentença definitiva prolatada por juiz competente e sob as regras do devido processo.¹²⁶ Leopoldo López Mendoza foi prefeito do município de Chacao, de 2000 a 2008, período em que venceu duas eleições.¹²⁷ Posteriormente, tentou concorrer à Prefeitura de Caracas (Alcaldía del Estado Mayor de Caracas); no entanto, duas sanções de inabilitação foram impostas a ele pela Controladoria, uma por sua participação na empresa estatal Petróleos de Venezuela S.A. e a outra por seu trabalho como prefeito.¹²⁸

cialidade no exercício dessa função jurisdicional, bem como a custódia dos direitos políticos eleitorais dos cidadãos, e verificar se os atos e resoluções ditados, a esse respeito, cumprem a estrutura legal prevista na própria Constituição Federal e na Lei Geral do Sistema de Meios de Impugnação em Matéria Eleitoral; e, por outro lado, que a Suprema Corte de Justiça da Nação é a única competente para conhecer as ações de inconstitucionalidade que visam levantar a possível contradição entre uma norma geral e a Constituição Federal, sendo tais ações a única via para propor a não conformidade das leis eleitorais com a própria Lei Fundamental. Em concordância com o exposto, conclui-se que o poder de resolver a contradição das normas eleitorais e da Magna Carta é claramente limitado, por mandato constitucional, ao Pleno da Suprema Corte de Justiça da Nação, pelo que o Tribunal Eleitoral apenas pode manifestar-se com respeito a algum ato ou resolução, ou sobre a interpretação de um preceito constitucional, desde que não seja para verificar a conformidade de uma lei eleitoral com o próprio ordenamento supremo, caso contrário, estaria exercendo um poder que, constitucionalmente, não lhe corresponde. Contradição da tese 2/2000 - PL, entre aquelas sustentadas pela Câmara Superior do Tribunal Eleitoral do Poder Judiciário Federal e pela Suprema Corte de Justiça da Nação, 23 de maio de 2002. Unanimidade de nove votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón e José Vicente Aguinaco Alemán. Relatora: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretário: Pedro Alberto Nava Malagón.

121 Assim como Ferrer Mac-Gregor e E., Silva, F. *op. cit.*, p. XXI.

122 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, quarta exceção preliminar, par. 37 e ss.

123 *Ibidem*, par. 77-133.

124 *Ibidem*, par. 95.

125 *Ibidem*, par. 2.

126 *Ibidem*, par. 5.

127 *Ibidem*, par. 30.

128 *Idem*.

O fato de a inabilitação ter vindo da Controladoria – um órgão administrativo e não judicial ou de caráter jurisdicional penal – foi um dos argumentos centrais apresentados pela CIDH e também pelos representantes da vítima.¹²⁹ Como é bem resumido pela Corte IDH, neste caso estamos enfrentando uma restrição dos direitos políticos contidos no artigo 23.1 (sufrágio passivo, especificamente), sem levar em consideração os requisitos do artigo 23.2.¹³⁰ Portanto, estamos diante de uma interpretação integrada da provisão. O fundamentado voto individual do juiz Diego García Sayán se distanciou da apreciação taxativa do artigo 23.2, ao observar que a referência a um juiz penal não é vinculativa e que outros órgãos – entre os quais menciona especificamente a justiça eleitoral – podem estabelecer restrições aos direitos políticos de acordo com a CADH.¹³¹

Como a Corte IDH declarou a violação dos direitos políticos do Sr. Leopoldo López Mendoza, as reparações incluíram sua reabilitação política e, por conseguinte, foi garantida a possibilidade de sua participação nas próximas eleições eleitorais.¹³²

2.7. A validade da ordem democrática e a garantia da função jurisdicional em um Estado constitucional de direito

Um aspecto particular surge de duas sentenças proferidas pela Corte IDH em 2013 contra o Equador. Nos casos do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) e da Suprema Corte de Justiça (Quintana Coello e outros), a Corte IDH determinou a existência de uma violação ao artigo 8 da CADH, em relação ao artigo 23 da mesma. Ambos os casos estão relacionados com o mesmo problema: a destituição arbitrária de magistradas e magistrados que compunham as duas cortes mais importantes do Equador. Daí a razão de serem duas sentenças com os mesmos fundamentos, mas focadas em instituições diferentes.

Nos casos em referência, a Corte IDH analisou a violação do artigo 23 em relação ao artigo 8 da CADH, uma vez que um número significativo de juízes foi destituído de seus cargos na estrutura judicial do Estado. Segundo a Corte IDH, esses tipos de atos de demissão geraram um efeito direto sobre a independência judicial em seu aspecto subjetivo, isto é, em relação aos juízes que exerceram essa função. Na opinião da Corte IDH, quando a permanência dos juízes em exercício é arbitrariamente afetada, vulnera-se o direito à independência judicial, consagrado no artigo 8.1 da CADH, em conjunto com o direito de acesso e permanência, em condições gerais de igualdade, em um cargo público, estabelecido no artigo 23.1.c do mesmo instrumento.¹³³

Contudo, e afastando-se um pouco da linha jurisprudencial que marcou a resolução dos casos venezuelanos analisados anteriormente, nesses dois casos equatorianos a Corte IDH estendeu o conceito de independência judicial a uma dimensão objetiva. De acordo com essa última abordagem, a independência judicial estava relacionada a aspectos essenciais para o Estado de Direito, como o princípio da separação de poderes e o importante papel desempenhado pela função judicial em uma democracia.¹³⁴ O interessante desse pronunciamento é a análise que a Corte IDH realiza sobre a vigência da função jurisdicional com a estabilidade democrática do Estado, à luz do artigo 3 da Carta Democrática Interamericana. Na opinião da Corte IDH, a divisão de poderes dentro de um Estado constitui um elemento essencial de qualquer democracia, para que qualquer ataque direto ou indireto de um dos poderes contra qualquer um dos outros dois gere, por si só, uma desestabilização do contexto harmonioso que a democracia deve representar para as pessoas.

129 *Ibidem*, par. 101-102.

130 *Ibidem*, par. 105.

131 *Ibidem*, par. 16, voto fundamentado individual do juiz Diego García Sayán. Alinha-se com o que o mesmo juiz sustentou no caso *Castañeda Guman vs. México*, ao precisar que o sistema eleitoral do Estado pode restringir os direitos políticos e ser também compatível com a CADH.

132 *Ibidem*, par. 217.

133 Corte IDH. *Caso da Suprema Corte de Justiça (Quintana Coello e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013, par. 154.

134 *Idem*.

Assim, em um dos parágrafos talvez mais emblemáticos desta decisão, a Corte IDH determinou que a destituição arbitrária de toda a Suprema Corte constituiu um ataque à independência judicial, alterou a ordem democrática, o Estado de direito e implicou que, naquele momento, não houvesse separação real de poderes. Além disso, implicou uma desestabilização do Judiciário e do país em geral e desencadeou o fato de que, com o aprofundamento da crise política, por sete meses a Corte Suprema de Justiça não operou, com os efeitos negativos que isso representa na proteção de direitos dos cidadãos.¹³⁵

O proferimento dessas duas decisões no sentido em que foram resolvidas pela Corte IDH marca uma interessante linha de separação na jurisprudência que caracterizou a análise do artigo 23 da CADH. É assim sempre que a Corte IDH se distancia da visão tradicional em que considerava o estudo dos direitos políticos um elemento particular de uma democracia processual associada ao exercício de direitos específicos, como o voto.

3. Questões conflitantes sobre direitos político-eleitorais sobre as quais o SIDH poderia pronunciar-se

3.1. Suspensão de direitos políticos e as pessoas privadas de liberdade

A suspensão de direitos políticos é contemplada em várias constituições dos Estados americanos.¹³⁶ Essa restrição também está em sintonia com a possibilidade de restrição temporária de certos direitos a pessoas privadas de liberdade, de acordo com o Princípio VIII sobre direitos e restrições dos Princípios e Boas Práticas de Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas.¹³⁷ No entanto, a extensão em que as restrições, sejam administrativas ou judiciais, derivadas de processos penais ou outro tipo de desqualificação política, sejam compatíveis com a CADH, ainda não é um terreno plenamente definido. Um fato é que o Uruguai fez uma reserva ao artigo 23, em relação às pessoas privadas de liberdade, nos seguintes termos: “o artigo 80, inciso 2, da Constituição da República Oriental do Uruguai estabelece que a cidadania está suspensa ‘em caso de ser legalmente processado em ação criminal, a qual possa resultar em pena de penitenciária’”.

Essa limitação difere da estabelecida no artigo 23.2 da CADH, que se refere à condenação, por um juiz competente em um processo criminal. Aqui existem vários problemas, o primeiro deles é: definir se a suspensão dos direitos políticos a pessoas sujeitas a um processo é compatível com a CADH. Em princípio, o artigo 23.2 se refere à condenação e também a um processo criminal, e não administrativo. A esses requisitos devem ser acrescentados os de devido processo, estabelecidos principalmente nos artigos 8 (garantias judiciais), 9 (princípio da legalidade e retroatividade), 24 (igualdade perante a lei) e 25 (proteção judicial) da CADH.

O princípio da presunção de inocência do artigo 8.2 é fundamental e, da sua leitura conjunta com o artigo 23.2 conclui-se que o padrão estabelecido pela CADH é o de que é necessária uma condenação,

135 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*. EPFRC. 2013, par. 221.

136 A Constituição venezuelana prevê interdição civil ou inabilitação política, tanto para exercer o voto (artigo 64), quanto para optar por uma posição de eleição popular, quando essas pessoas foram condenadas por crimes durante o exercício de suas funções ou quando afetem o patrimônio público (artigo 65). Do mesmo modo, a Constituição peruana de 1993 toma como casos de suspensão da cidadania: decisão judicial de interdição, sentença privativa de liberdade ou sentença que desabilite os direitos políticos (artigo 33). No que diz respeito à Constituição de El Salvador de 1983, há dois casos em que os direitos políticos são limitados: suspensão (artigo 74) e perda (artigo 75). A suspensão ocorre quando há uma ordem formal de prisão, alienação mental, interdição judicial ou quando a pessoa se recusa a desempenhar um cargo público sem justa causa. A perda de direitos deriva de conduta notoriamente viciada, condenação por crime, compra e venda de votos nas eleições, assinatura de atas, proclamações ou adesões para promover ou apoiar a reeleição ou continuação do Presidente da República ou de seus funcionários, autoridades e agentes, que restringem a liberdade de sufrágio. No caso de perda de direitos político-eleitorais, estes podem ser recuperados por meio de reabilitação autorizada por autoridade competente.

137 Documento aprovado pela CIDH, em sua 131ª sessão ordinária, celebrada entre 3 e 14 de março de 2008.

proferida por um juiz criminal competente, com o cumprimento das garantias do devido processo legal, para fins de suspensão dos direitos político-eleitorais. Embora, até o momento, a Corte IDH não tenha se pronunciado a respeito, há casos nacionais interessantes, como a inabilitação de um dos principais candidatos às eleições de 2006 no México, Andrés Manuel López Obrador, por estar sujeito a processo criminal pendente decisão judicial.¹³⁸ Embora esse processo não tenha chegado a uma sentença, devido à grande pressão social articulada por milhares de cidadãos mexicanos que saíram às ruas para protestar contra a inabilitação, o uso incorreto do procedimento e sobretudo a questão da suspensão dos direitos políticos apareceram no centro das discussões jurídicas e políticas. Para analistas como Jaime Cárdenas, a interpretação do artigo 38.II, segundo a qual os direitos políticos de um cidadão mexicano são suspensos antes do proferimento de uma sentença definitiva com pena privativa de liberdade, constitui uma violação do artigo 23 da CADH e do artigo 25 do PIDCP.¹³⁹

Em 2014, a Corte IDH proferiu a sentença do caso *Povo Indígena Mapuche vs. Chile*, em que condenou o Estado pela violação dos direitos ao devido processo, ao princípio da legalidade, à liberdade de expressão, à presunção de inocência e aos direitos políticos, entre outros, em detrimento de vários líderes e ativistas do povo indígena Mapuche. Na opinião da Corte IDH, a ilegalidade das disposições penais aplicadas, bem como os vários erros que surgiram ao longo da tramitação dos processos, geraram como consequência diversos impactos em outros direitos, especialmente aos direitos políticos dos membros do povo indígena Mapuche.

Os membros do povo Mapuche que haviam participado de várias marchas e manifestações para reivindicar seus territórios ancestrais, foram processados, julgados e condenados pelo Estado chileno, em aplicação da Lei nº 18.314, também conhecida como “Lei Antiterrorismo”. A referida legislação foi considerada contrária à CADH pela Corte IDH, dada a ambiguidade dos termos que incluía para a determinação estrita do tipo penal de terrorismo.

Uma das principais questões que caracterizam o caso é que a condenação, derivada dos processos iniciados contra os membros e líderes do povo indígena Mapuche, incluía a imposição de penas acessórias de inabilitação, que restringiam o exercício dos direitos políticos e da liberdade de expressão. A esse respeito, o artigo 9 da Constituição do Chile, bem como o artigo 28 do Código Penal, indicam a possibilidade de impor sentenças de prisão perpétua em alguns casos e, em outros, por até 15 anos, a inabilitação para o exercício de funções ou cargos públicos relacionados à educação pública, à condução de meios de comunicação e, inclusive, à direção de organizações políticas, educacionais, profissionais, comerciais, estudantis ou sindicais. Na opinião da Corte IDH, a imposição das penas acessórias mencionadas acima que afetam o direito de voto, a participação na gestão de assuntos públicos e o acesso a funções públicas, mesmo que de forma absoluta e perpétua ou por um prazo fixo e prolongado, contrariava o princípio da proporcionalidade das penas e constituía uma gravíssima afetação aos direitos políticos.¹⁴⁰

No caso em tela, tais sanções foram aplicadas contra os membros e líderes do povo indígena Mapuche, situação considerada pela Corte IDH como uma consequência desproporcional, que afetou de maneira particular os direitos das vítimas indígenas e de suas comunidades. Esse pronunciamento duplo da Corte IDH é uma das maiores virtudes da sentença, pois seguindo a linha de proteção que havia delineado desde o caso *Yatama vs. Nicarágua*, a Corte IDH determinou que a impossibilidade de exercício de direitos políticos e eleitorais dirigida a líderes de povos e comunidades indígenas constitui uma restrição desproporcional, não apenas para os indivíduos que exercem tais direitos, mas também para as comunidades que representam. De modo específico, a Corte IDH entendeu que, devido à condição de

138 A esse respeito, ver Cárdenas, J. “Consideraciones jurídicas sobre el desafuero de Andrés Manuel López Obrador” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 116, IJ-UNAM, México, 2006, pp. 371-403. Tal caso abarcou problemas de aplicação do artigo 38, seção II, em que se suspendem os direitos ou prerrogativas dos cidadãos, quando se encontram respondendo a processos criminais, por delitos que ensejam prisão privativa de liberdade, desde o auto formal da prisão.

139 Cárdenas, J., *op. cit.*, pp. 397-398.

140 Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par.383.

líderes e dirigentes Mapuche dos senhores Norín Catrimán e Pichún Paillalao (Lonkos), bem como do senhor Ancalaf Llaupe (Werkén), a restrição de seus direitos políticos também afetou às comunidades das quais eram membros, pois, devido à natureza de suas funções e posição social, não apenas seus direitos individuais foram afetados, mas, também, os dos membros do povo indígena Mapuche, a quem eles representavam.¹⁴¹

Além das pessoas privadas de liberdade, algumas constituições dos Estados Partes da CADH preveem outras limitações subjetivas, como os direitos políticos dos ministros de culto, ou também a membros das forças armadas ou da polícia nacional.¹⁴² Apesar da existência desta primeira decisão da Corte IDH no caso dos Povos Indígenas Mapuche, é importante ressaltar que as considerações expressas estavam intimamente relacionadas à análise particular das condições e do contexto indígena, que caracterizaram as vítimas. Portanto, resta ver se as limitações ao exercício dos direitos políticos decorrentes da imposição de sanções em contextos que não sejam de natureza indígena são compatíveis com o artigo 23 da CADH.

3.2. Direitos políticos, pessoas em condições especiais de proteção e ações afirmativas

3.2.1. Participação política e gênero

O uso crescente de ações positivas para incluir grupos historicamente relegados no exercício de seus direitos político-eleitorais tem sido motivo de controvérsia tanto na teoria quanto nos congressos e tribunais dos Estados Partes. O caso mais claro é o das cotas de gênero e da participação político-eleitoral das mulheres. Os direitos das mulheres foram fortalecidos no SIDH a partir do caso Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru.¹⁴³ Em tese, pela primeira vez a Corte IDH aplicou a Convenção de Belém do Pará. Posteriormente, em datas mais recentes, desenvolveu-se jurisprudência sobre o assunto em três casos contra o México: González e outras (“Campo Algodoeiro”),¹⁴⁴ Fernández Ortega e outros,¹⁴⁵ e Rosendo Cantú e outra.¹⁴⁶ Também, de forma incipiente, a defesa jurisdicional contra a discriminação em razão da orientação sexual começou a ser desenvolvida no caso Atala Riffo e crianças vs. Chile.¹⁴⁷

No caso específico dos direitos político-eleitorais, a obrigação de estabelecer esquemas para a expansão da participação política das mulheres é contemplada especificamente na Convenção de Belém do Pará, que se refere aos direitos político-eleitorais dentro dos direitos listados em seu artigo 4. Especificamente, inclui o direito de ter acesso às funções públicas do país e de participar de assuntos públicos, incluindo a tomada de decisões.¹⁴⁸ Embora esses direitos estejam fora daqueles incluídos como tutelados pelo SIDH, no artigo 7, a Convenção de Belém do Pará também se refere à obrigação dos Estados de oferecer às mulheres que sofreram violência, programas de reabilitação e capacitação, que lhes permitam participar plenamente da vida pública, privada e social, o que pode incluir participação política.¹⁴⁹ A obrigação dos Estados de promover o acesso a espaços políticos às mulheres não é

141 *Ibidem*, par. 385.

142 No caso da Constituição peruana (artigo 34), embora permita o voto e a participação cidadã aos membros das Forças Armadas e da Polícia Nacional, os proíbe de concorrer a cargos eleitos de eleição popular, de participar de atividades partidárias ou de manifestações, de não realizar atos proselitistas, enquanto estiverem em serviço ativo. Este artigo foi emendado pela Lei nº 28480, de 20 de março de 2005, para qualificar a proibição total da participação política de membros das Forças Armadas e da Polícia Nacional, incluindo o voto. No entanto, antes da reforma, esses sujeitos poderiam participar politicamente se estivessem em situação de aposentadoria. No caso da Constituição equatoriana, a votação também é restrita aos membros da força pública em serviço ativo (artigo 27).

143 Corte IDH. *Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. FRC. 2006.

144 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009.

145 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPFRC. 2010.

146 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPFRC. 2010.

147 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012.

148 Convenção de Belém do Pará, artigo 4.j.

149 *Ibidem*, artigo 8.f.

tão clara na Convenção de Belém do Pará, por isso, seria necessário recorrer às disposições da CEDAW e de seu comitê por meio da Recomendação Geral nº 23, sobre vida política e pública.¹⁵⁰

A situação muda consideravelmente nos ordenamentos jurídicos de origem nacional nos Estados americanos. Neles, ações positivas destinadas a promover a participação das mulheres na política foram constitucionalizadas ou legalizadas. Os Estados optaram por uma fórmula tripartite, que envolve cotas de gênero para ampliar a participação política das mulheres:¹⁵¹ a reserva de um certo número de cadeiras, cotas partidárias e cotas legislativas. Esta última opção é a que predomina na América Latina.

Um caso particularmente interessante é o da Argentina,¹⁵² uma vez que não há apenas o reconhecimento constitucional de ações positivas no campo da igualdade de gênero no quadro político-eleitoral, mas essas ações também se estendem além da eleição de mulheres para cargos por voto popular, à vida interna dos partidos políticos. Nesse caso, tanto a opção por cotas partidárias quanto as cotas legislativas são combinadas, de modo a incluir o acesso a posições públicas por mulheres de maneira integral, desde o partido até as eleições parlamentares.

No caso do México, a legislação eleitoral através do Código Federal de Instituições e Procedimentos Eleitorais começou progressivamente a incorporar um sistema de cotas. Embora o sistema tenha mais de uma década, desde que foi implementado em 1996, foi apenas em 2002 que uma cota máxima de setenta por cento dos candidatos eleitos diretamente e uma fórmula para aqueles com representação proporcional foram estabelecidas.¹⁵³ Atualmente, desde 2007, o sistema de cotas foi aumentado para estabelecer que no máximo sessenta por cento das candidaturas serão compostas por pessoas do mesmo sexo, forçando os quarenta por cento restantes a serem do outro, sem distinguir nada em específico.¹⁵⁴ Um problema que permanece desde 2002 é que as candidaturas que resultaram de um processo eleitoral democrático, de acordo com os estatutos de cada partido, são excluídas das referidas cotas.¹⁵⁵ Tal exceção foi apresentada como o calcanhar de Aquiles das reformas e foi interpretada como derivada de desafios aos órgãos eleitorais mexicanos. Especificamente, o Conselho Geral do Instituto Eleitoral Federal, em 7 de outubro de 2011, afirmou que 180 candidatos poderiam ser apresentados à Câmara dos Deputados (dos 300 em representação direta, ou seja, 60 por cento) e 38, de um mesmo gênero, para o Senado (de um total de 64 por representação direta, isto é, 60 por cento). O Tribunal Eleitoral do Poder Judiciário Federal modificou esse critério e estabeleceu que a cota de gênero do Código Federal de Instituições e Procedimentos Eleitorais deveria ser respeitada.¹⁵⁶ Assim, apenas 120 candidatos poderiam ser apresentados para eleições de deputados e 26 para o Senado, do mesmo sexo. No entanto, para alguns, apesar da introdução de cotas de gênero, os partidos continuam discriminando, concedendo candidaturas a mulheres em distritos onde não têm uma forte presença eleitoral.¹⁵⁷

Uma figura mais perversa usada pelos partidos políticos para a perpetuação do patriarcado tem sido a nomeação de candidatas que, uma vez conquistados o cargo de deputada ou senadora, são forçadas a renunciar para que o suplente masculino tome posse. Além disso, no caso de listas de representação proporcional, a ordem e alternância em que as candidaturas de homens e mulheres são apresentadas. A questão foi objeto de uma ação judicial de uma candidata que questionou o método de alternância nas listas (em que uma mulher foi seguida por dois homens e depois uma mulher).¹⁵⁸ A Câmara Superior

150 Comitê CEDAW. Recomendação Geral n.º 23, 16ª sessão, 1997.

151 Ver Aguilar Rivera, J. A. *Igualdad democrática y medidas afirmativas. ¿Equidad y cuotas?* TEPJF, México, 2011, p. 33.

152 O artigo 37 garante a igualdade real de oportunidades entre homens e mulheres no acesso a cargos políticos e partidários por meio de ações positivas de regulamentação dos partidos políticos e do regime eleitoral.

153 E. COFIPE, artigo 175.

154 *Ibidem*, artigo 219.

155 *Idem*.

156 SUP-JDC-126240/2011 e cumulativos.

157 Ver Aguilar Rivera, J. A., *op. cit.*, p. 37.

158 Tribunal Eleitoral do Poder Judiciário da Federação, SUP-JDC-461/2009. Para um comentário a tal sentença, ver Cuéllar, A. y García, I. *Equidad de género y representación: la regla de alternancia para candidaturas de representación proporcional*. TEPJF, México, 2010.

do Tribunal Eleitoral do Poder Judiciário da Federação decidiu a favor da candidata e ordenou a modificação da ordem da lista eleitoral, para que fosse continuamente alternada entre os dois sexos, o que implicava em subir a candidata uma posição na lista.

A extensão do sistema de cotas de gênero a aspectos da vida interna dos partidos políticos também foi um assunto tratado pelo Tribunal Eleitoral do Poder Judiciário Federal e pode lançar alguma luz sobre casos futuros perante a Corte IDH. Nesse sentido, decidiu-se se as cotas de gênero também seriam estendidas às representações dos partidos políticos perante os Conselhos Distritais do Instituto Eleitoral Federal, amplamente responsáveis pela organização e monitoramento da jornada eleitoral.¹⁵⁹ Havia clara discriminação, pois a grande maioria dos representantes perante os Conselhos na referida eleição eram homens, enquanto a militante foi proposta como suplente.

3.2.2. Artigo 23 da CADH e o direito à consulta livre, prévia e informada/dos povos e comunidades indígenas e tribais

Além da discriminação de gênero, outro grupo de proteção jurídica especial tem sido os povos indígenas. Da mesma forma, os diferentes tipos de vítimas foram visíveis nos casos mais recentes. Com base em sua atividade jurisdicional, a Corte IDH protegeu membros de comunidades indígenas por violações de seus direitos, conforme documentado em *Aloeboetoe e outros vs. Suriname*,¹⁶⁰ diante de um massacre perpetrado por agentes estatais. Mas foi fundamentalmente a partir do caso emblemático da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua¹⁶¹ (no qual uma jurisprudência foi propriamente iniciada em relação a povos e comunidades indígenas e tribais como sujeitos coletivos de direitos),¹⁶² que se firma a necessidade de criar um mecanismo para delimitação, demarcação e titulação de propriedade coletiva de comunidades indígenas, de acordo com seus usos e costumes. Seguiram, entre outros, os casos *Comunidade Moiwana vs. Suriname*,¹⁶³ *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*,¹⁶⁴ o próprio caso *Yatama vs. Nicarágua* e o da *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*.¹⁶⁵

Em especial, o caso *Yatama* focou nos direitos políticos dos povos indígenas, uma vez que o acesso e a delimitação de seus territórios estão intimamente relacionados aos seus direitos políticos, pois ambos são formas de autonomia. Essa linha interpretativa foi fortalecida em 2015, com o julgamento do caso *Kaliña Lokono vs. Suriname*,¹⁶⁶ relacionado à reivindicação de territórios ancestrais por vários povos e comunidades indígenas no Suriname. Apesar da aparente semelhança deste caso com outros do assunto, como o de *Saramaka*, naquele a Corte IDH expandiu significativamente seus critérios interpretativos em favor da garantia dos direitos políticos dos povos e comunidades indígenas.

Retomando sua jurisprudência constante em matéria indígena, a Corte IDH mencionou a necessidade de reconhecer os povos e as comunidades indígenas como uma personalidade jurídica coletiva, que lhes permitiria fazer valer seus direitos, não apenas de propriedade, mas também de participação. Em outras palavras, embora a Corte IDH, em ocasiões anteriores, tenha enfatizado a necessidade de os Estados realizarem consultas livres, prévias e informadas sobre possíveis projetos que possam afetar, direta ou indiretamente, os territórios indígenas de povos e comunidades;¹⁶⁷ nesta ocasião, a Corte IDH deu um passo adiante no reconhecimento desse tipo de exercício no âmbito do direito à participação

159 Tribunal Eleitoral do Poder Judiciário da Federação, SUP-JDC-1154/2010. Para comentários à sentença, ver Aragón Castro, L. L. *Alcances y límites de las acciones afirmativas a favor de las mujeres en los órganos electorales*. TEPJF, México, 2011.

160 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. F. 1991.

161 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. FRC. 2001.

162 Aguilar Cavallo, G. "Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas", em Von Bogdandy, A, et al., (coords.), *op. cit.*, p. 19.

163 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPFRC. 2005.

164 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005.

165 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. FRC. 2010.

166 Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. FRC. 2015.

167 Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

efetiva por meio de um processo de consulta. Assim, pode-se dizer que, derivado desse pronunciamento, um exercício de consulta livre, prévia e informada representa um mecanismo de proteção dupla. Por um lado, protege materialmente os territórios indígenas e, com isso, o direito à propriedade coletiva e comunitária e, por outro, protege material e processualmente o direito de participar na determinação de assuntos públicos que possam afetar os direitos dos povos e comunidades indígenas.

Essa nova precisão é, sem dúvida, um desenvolvimento consistente da Corte IDH, que acaba por determinar os padrões de proteção a favor dos povos e comunidades indígenas no SIDH, à medida que expande as condições para o exercício da personalidade jurídica, reconhecida em algumas das sentenças anteriores.

Da mesma forma, embora a Corte IDH tenha enfatizado que a participação efetiva dos povos deve ser garantida pelo Estado, em relação a qualquer plano de desenvolvimento ou investimento, bem como a qualquer nova atividade de aferição ou exploração que possa originar-se no futuro, em territórios tradicionais dos povos, não especificou a maneira pela qual o Estado deveria garantir a referida participação além dos padrões mencionados anteriormente, nem gerou uma vinculação mais clara entre esse direito de participação e o exercício efetivo do direito à personalidade jurídica, que deve ser reconhecido a esses povos. Provavelmente, um pronunciamento dessa natureza acabaria tornando de maneira íntegra e muito mais sólida a natureza dos direitos indígenas, em seu aspecto coletivo, como uma classe de direitos indivisíveis que só podem ser exercidos em comunidade.

3.2.3. Pessoas com deficiência

Outro grupo de pessoas que tem merecido um desenvolvimento convencional específico, por parte da OEA, são as pessoas com deficiência. A Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência também menciona as obrigações dos Estados em relação à participação política das pessoas com deficiência. Dentro da obrigação geral de adotar medidas de natureza legislativa, social, educacional, trabalhista ou de outra natureza, para eliminar a discriminação contra as pessoas com deficiência e promover sua plena integração, estão incluídas medidas para eliminar progressivamente a discriminação e promover integração por parte de autoridades governamentais e/ou entidades privadas, na prestação e fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades como políticas e de administração.¹⁶⁸ Mais interessantes são as obrigações que tendem à democracia participativa, especialmente a participação das pessoas com deficiência e suas organizações no desenho de políticas públicas derivadas da aplicação deste instrumento.¹⁶⁹

4. Conclusão

Diante dos avanços na implantação de um modelo eleitoral liberal na América Latina, a Corte IDH, em casos de direitos políticos, é chamada a desempenhar um papel que transcende um modelo estritamente baseado na participação eleitoral, rumo a um modelo mais amplo e eficaz. Os casos *Castañeda Gutman vs. México* e *Yatama vs. Nicarágua* já nos falam sobre a direção a seguir, na qual a Corte IDH será chamada a abrir espaços a setores tradicionalmente excluídos da participação eleitoral e política em geral. O progresso na consolidação dos sistemas de participação indígena na tomada de decisões políticas, iniciado na Nicarágua, mas que mostra maior progresso na Bolívia, Colômbia, Equador e Guatemala, parece ser um terreno no qual nem tudo está dito.

Os novos ataques à participação eleitoral, como os processos de inabilitação descritos no caso *López Mendoza vs. Venezuela*, também têm ressonância em atos como a tentativa de inabilitação do antigo prefeito da capital do México, em 2004. No entanto, paradoxalmente, também a luta para fortalecer

168 Artigo III.1.a.

169 Artigo V.

os processos de prestação de contas na região faz da inabilitação uma ferramenta necessária para o sistema democrático.

O futuro mais encorajador seria o de banir casos extremos de violação de direitos políticos, como os de *Chitay Nech e outros vs. Guatemala* e *Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*, a partir do registro da história dos regimes autoritários em nossa América. No entanto, para atingir esse objetivo, o SIDH deve ser sensível a retrocessos de natureza autoritária que negligenciam um avanço democrático na região, que não deve admitir tais atos, como a atuação de poderes de fato à margem dos Estados; um golpe de Estado inadmissível como o que ocorreu em Honduras em 2009; ou, a crescente brecha entre os partidos políticos e os eleitores. Esse tipo de esforço parece estar se consolidando com a abertura expressa pela Corte IDH em julgamentos importantes como os que resolveram os casos do Povo Indígena Mapuche vs. Chile e da Corte Suprema de Justiça e do Tribunal Constitucional vs. Equador, nos quais a Corte IDH não apenas protegeu a visão tradicional de democracia, mas também começou a expandir as condições de proteção para garantir outros direitos indispensáveis ao contexto democrático dos Estados, como a liberdade de expressão, o protesto pacífico, a divisão de poderes e a independência judicial.

Artigo 24. Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, à igual proteção da lei.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C n.º 125. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C n.º 127. Doravante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C n.º 130. Doravante: Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1º de fevereiro de 2006. Série C n.º 141. Doravante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C n.º 149. Doravante: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. Sentença de 21 de setembro de 2006. Série C n.º 152. Doravante: Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C n.º 182. Doravante: Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C n.º 194. Doravante: Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C n.º 205. Doravante: Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C n.º 215. Doravante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C n.º 216. Doravante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C n.º 218. Doravante: Corte IDH. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 13 de outubro de 2011. Série C n.º 234. Doravante: Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C n.º 239. Doravante: Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2012. Série C n.º 257. Doravante: Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de maio de 2014. Série C n.º 279. Doravante: Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 282. Doravante: Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e

Custas. Sentença de 22 de junho de 2015. Série C n.º 293. Doravante: Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C n.º 298. Doravante: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015.

Pareceres Consultivos

Corte IDH. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A n.º 4. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*. 1984.

Corte IDH. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A n.º 17. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002.

Corte IDH. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03, de 17 de setembro de 2003. Série A n.º 18. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. Relatório n.º 73/00, *Marcelino Hanríquez et al. vs. Argentina*, Caso 11.784, 3 de outubro de 2000.

CIDH. Relatório n.º 4/01, *Maria Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso 11.625, 19 de janeiro de 2001.

Sentenças, resoluções e decisões proferidas por outros tribunais

internacionais

TEDH. *Caso sobre alguns aspectos legislativos sobre o uso de idiomas na educação na Bélgica vs. Bélgica* (Mérito), 23 de julho de 1968.

TEDH. *Caso Abdulaziz vs. Reino Unido*, 25 de abril de 1985.

TEDH. *Caso Johnston e outros vs. Irlanda*, Sentença 18 de dezembro de 1986, vol. 112, Série A.

TEDH. *Caso Inze vs. Áustria*, 28 de outubro de 1987.

TEDH. *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*. n.º 33290/96, Sentença de 21 de dezembro de 1999. Final, 21 de março de 2000.

TEDH. *Caso Thlimmenos vs. Grécia* (Petição n.º 34369/97), 6 de abril de 2000.

TEDH. *Caso Glor vs. Suíça*, 30 de abril de 2009.

Sentenças proferidas por cortes e tribunais nacionais

Colômbia

Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-230 de 1994.

Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-098 de 1996.

Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-093 de 2001.

Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-075 de 2007.

Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-029 de 2009.

Estados Unidos

U.S. Supreme Court. *United States vs. Carolene Products Co.*, 304 US 144, April 25, 1938.

U.S. Supreme Court. *Korematsu vs. United States*, 323 US 214, December 18, 1944.

Documentos adotados por organizações internacionais

Organização Internacional do Trabalho

OIT. Convenção n.º 11 relativo à discriminação em matéria de emprego e profissão, 1958.

Organização das Nações Unidas

Assembleia Geral

Assembleia Geral da ONU. Resolução AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). *Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero*. Aprovada na 4ª sessão plenária, 3 de junho de 2008.

Assembleia Geral da ONU. Resolução AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09). *Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero*. Aprovada na 4ª sessão plenária, 4 de junho de 2009.

Assembleia Geral da ONU. Resolução AG/RES. 2600 (XL-O/10). *Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero*. Aprovada na 4ª sessão plenária, 8 de junho de 2010.

Assembleia Geral da ONU. Resolução AG/RES. 2653 (XL-O/11). *Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero*. Aprovada na 4ª sessão plenária, 7 de junho de 2011.

Comitê DESCONU

Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 16, a *igualdade de direitos do homem e da mulher ao desfrute dos direitos econômicos, sociais e culturais* (artigo 3 do PIDESC) 2005.

Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 20. A não discriminação e os direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 2, parágrafo 2 do PIDESC) E/C.12/GC/20, 2 de julho de 2009.

Comitê DHONU

Comitê DHONU. *Caso Broeks vs. Países Baixos*. Comunicação n.º 172/1984, 9 de abril de 1987.

Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 18, Não discriminação, 10 de novembro de 1989.

Comitê DHONU. *M. J. G. vs. Países Baixos*, Comunicação n.º 267/1987, UN Doc.CCPR/C/OP/2, 1990.

Comitê DHONU. *Toonen vs. Austrália*, Comunicação n.º 488/1992, CPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992.

Comitê DHONU. *Jacobs vs. Bélgica*, Comunicação n.º 943/2000, CCPR/C/81/D/943/2000, 17 de agosto de 2004.

Comitê de Direitos da Criança ONU

Comitê dos Direitos da Criança ONU. Exame dos Relatórios Apresentados pelos Estados Partes com Relação ao Artigo 44 da Convenção. Observações Finais do Comitê dos Direitos da Criança. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, 21 de fevereiro de 2001.

Outros órgãos e organismos

Comissão DHONU. “Os Direitos Humanos e a extrema pobreza”, Relatório apresentado pela especialista independente encarregada da questão dos Direitos Humanos e a extrema pobreza, Sra. A. M. Lizin, em conformidade com a Resolução 2002/30 da Comissão de Direitos Humanos. Aditamento: Missão na República Dominicana. UN Doc. E/CN.4/2003/52/Add.1.

Referências acadêmicas

BAYEFSKY, A. “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, em *Human Rights Law Journal*, vol. 11, n.º 1-2, 1990.

COURTIS, C. “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, em *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, 2010.

DULITZKY, A. “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuro de la jurisprudencia interamericana”, em *Anuario de Derechos Humanos* n.º 3, Santiago de Chile, 2007.

EIDE, A. e TORKELO, O. “Equality and non discrimination”, em *Publication*, n.º 1, Norwegian Institute of Human Rights, Oslo, 1990.

GONZÁLEZ, M. e PARRA, Ó. “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, em *Revista IIDH*, vol. 47, San José, 2008.

PALACIOS, P. *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2006.

SHELTON, D. “Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, em *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 4. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2008.

WEIWEI, L. “Equality and Non- Discrimination Under International Human Rights Law” em *Research Notes*, n.º 03, Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo, 2004.

Sumário

1. Introdução.....	696
2. Âmbito de aplicação.....	698
2.1. A distinção entre cláusulas autônomas e cláusulas subordinadas de igualdade.....	698
2.2. O artigo 24 da CADH como cláusula autônoma de igualdade.....	699
3. Conteúdo e alcance.....	700
3.1. A discriminação como distinção arbitrária.....	703
3.2. O artigo 24 da CADH em relação a grupos historicamente discriminados.....	715

1. Introdução

O princípio da igualdade perante a lei e da não discriminação é talvez a disposição mais frequentemente formulada no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Não apenas está expressamente consagrado em uma ampla variedade de tratados,¹ como também está implícito nas normas que garantem os Direitos Humanos a “toda pessoa”. Portanto, não é exagero afirmar que esse princípio “é a norma comum à maior parte dos tratados de Direitos Humanos, tanto do sistema universal como dos sistemas regionais”.²

A Corte IDH indicou que o princípio de igualdade e não discriminação “possui um caráter fundamental para a salvaguarda dos Direitos Humanos, tanto no Direito Internacional quanto no interno”,³ e que sobre “ele repousa todo o arcabouço jurídico de ordem pública nacional e internacional”.⁴ Por esse motivo, reconheceu que esse princípio faz parte do *jus cogens*,⁵ ou seja, que se trata de uma norma imperativa de Direito Internacional geral, cuja aplicação não depende de acordo entre os Estados e não admite disposição em contrário.⁶ Da mesma forma, indicou que se trata de uma norma *erga om-*

1 Para apenas mencionar alguns instrumentos: Carta da OEA (artigo 3.1.); CADH (artigos 1 e 24); DADDH (artigo II); Protocolo de San Salvador (artigo 3); Convenção de Belém do Pará (artigos 4.f, 6 e 8.b); CIEFDPD (artigos 1.2.a, II, III, IV e V); Carta da ONU (artigo 1.3.); DUDH (artigos 2 e 7); PIDESC (artigos 2.2. e 3); PIDCP (artigo 2.1. e 26); CIEFDR (artigo 2); Convenção sobre os Direitos da Criança (artigo 2); Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (artigos 1.1., 7, 18.1., 25, 27, 28, 43.1., 43.2, 45.1., 48, 55 e 70); CEFDM (artigos 2, 3, 5, 7 a 16); Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e Respetivo Acompanhamento (2.d); Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (artigos 2, 3, 4.1. e 5); Declaração dos Direitos Humanos dos Indivíduos que não são Nacionais do País em que Vivem (artigo 5.1.b e 5.1.c); Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigos 20 e 21); CEDH (artigo 14); Carta de Banjul (artigos 2 e 3); Carta Árabe sobre Direitos Humanos (artigo 2); e Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã (artigo 1).

2 Courtis, C. “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, em *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, 2010, p. 106.

3 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, par. 185.

4 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003, par. 101.

5 No parecer consultivo sobre a situação jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados, a Corte IDH concluiu “que o princípio fundamental de igualdade e não discriminação faz parte do Direito Internacional geral, na medida em que é aplicável a todos os Estados, independentemente de ser ou não parte de um determinado tratado internacional. No estágio atual da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental da igualdade e da não discriminação entrou no domínio de *jus cogens*”. Nesse sentido, *ver* Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, par. 185; Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 94; Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, par. 170.

6 O artigo 53 da CVDT estabelece que “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral.” Igualmente, o artigo 64 do mesmo instrumento dispõe que “Se sobrevier

nes, que deve permear todas as ações do Estado e que “gera efeitos em relação a terceiros, inclusive a particulares”.⁷

Entretanto, o princípio de igualdade e não discriminação não apresenta um caráter fundamental apenas no marco do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também possui uma enorme complexidade conceitual. A formulação deste princípio é singela e simples, na medida em que recorre a um mandato que alguns consideram muito claro, a saber, que os iguais devem ser tratados da mesma maneira, e os diferentes, de maneiras diferentes. No entanto, quando a compreensão de seu sentido e alcance é aprofundada, a simplicidade conceitual desaparece e o tópico se torna particularmente esco-regadio, o que explica a amplitude das discussões filosóficas sobre esse direito.

Por um lado, existem concepções diferentes de igualdade, que podem ser, inclusive, incompatíveis entre si. Por exemplo, não apenas não é o mesmo falar em igualdade de tratamento, igualdade de oportunidades ou igualdade de resultados, como, às vezes, o respeito por uma dessas espécies pode se traduzir na violação de outra, como mostram os casos de ação afirmativa, em que é necessário desconhecer a igualdade de tratamento para combater as desigualdades de resultados e oportunidades. Por outro lado, dotar de conteúdo concreto o mandato de tratar de forma igual aos iguais e de modo diferente os desiguais é uma tarefa extremamente difícil, na medida em que é necessário determinar, dentro da infinidade de semelhanças e diferenças que existem entre as situações ou as pessoas, às quais deve ser dada maior relevância na determinação de quando se pode dizer que o tratamento deve ser o mesmo.

O princípio fundamental da igualdade e da não discriminação é transversal em todo o corpo normativo da CADH. Além do fato de que o reconhecimento dos direitos nela garantidos opera a partir de fórmulas que a incluem implicitamente (“toda pessoa”, “toda criança”, “todos os cidadãos”), vários artigos relacionados a diferentes direitos incluem referências expressas à igualdade. Assim, o artigo 8.2, sobre garantias judiciais, estabelece que “durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade” a um determinado conjunto de garantias mínimas; o artigo 17, sobre proteção da família, estabelece que “Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos” (art. 17.4.) e que “A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento, como aos nascidos dentro do casamento” (art. 17.5.); e, o artigo 23, consagra os direitos políticos “de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual [...]” (art. 23.1.b) e “de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país” (art. 23.1.c).

Além disso, a CADH contém duas disposições que se referem em particular ao princípio da igualdade. A primeira é o artigo 1.1, que consagra a obrigação de respeitar os direitos, nos seguintes termos: “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.” A segunda, é o artigo 24, que estabelece o direito à igualdade perante a lei: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei.”

Tendo em vista a multiplicidade de referências ao princípio de igualdade contidas na CADH, é necessário determinar qual é o status específico da cláusula contida no artigo 24. Abordaremos esta questão na seção a seguir, em relação ao âmbito de aplicação no referido artigo. Nela o leitor encontrará uma breve descrição do caráter deste artigo como cláusula autônoma de igualdade e, em particular,

uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.

7 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03, *op. cit.*, par.100.

sobre sua relação com o artigo 1.1 da CADH, que também estabelece o princípio da igualdade. Uma vez abordado esse aspecto, veremos na seção 3 o conteúdo e o escopo do direito à igualdade, consagrado no artigo 24. Essa seção está dividida em duas partes. Na primeira, oferece-se ao leitor uma apresentação detalhada da noção de discriminação como distinção arbitrária e da metodologia de análise apropriada para avaliar quando o tratamento diferenciado constitui uma violação do direito à igualdade. E, na segunda, especifica-se quais são as obrigações derivadas do artigo 24, em relação a grupos que foram historicamente discriminados.

2. Âmbito de aplicação

2.1. A distinção entre cláusulas autônomas e cláusulas subordinadas de igualdade

Os tratados internacionais de Direitos Humanos não consagram o princípio da igualdade e da não discriminação através de uma fórmula única. Assim, em termos de sua estrutura e sua relação com os demais direitos reconhecidos em um determinado tratado, é possível distinguir dois tipos de cláusulas. A primeira consagra a igualdade como garantia acessória a cada um dos direitos e liberdades estabelecidos em um tratado de Direitos Humanos. A segunda estabelece a igualdade como um direito independente que “está garantido por si só e não apenas no contexto de uma ameaça a outro direito ou liberdade substantiva reconhecido no Pacto”.⁸ No primeiro caso, trata-se de uma cláusula subordinada de igualdade, enquanto, no segundo, é uma cláusula autônoma.

Um exemplo do primeiro tipo é o artigo 14 da CEDH, que estabelece que:

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

Esta cláusula é complementar a outras disposições da CADH que consagram direitos e liberdades e, portanto, deve ser aplicada em conjunto com elas. Como a jurisprudência do TEDH indicou, esta cláusula subordinada de não discriminação deve ser lida em conjunto com cada um dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção, uma vez que “faz parte integrante de cada um dos artigos que estabelecem direitos e liberdades”.⁹

Por sua vez, o artigo 26 do PIDCP oferece um exemplo de uma cláusula de igualdade autônoma:

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e efetivo contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

Diferentemente do artigo 14 da CEDH, esta disposição contém uma proibição de discriminação que não se limita àquela relativa à garantia dos direitos e liberdades estabelecidos no Pacto e, nesse sentido, opera independentemente deles.

8 Bayefsky, A. “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, em *Human Rights Law Journal*, vol. 11, n.º 1-2, 1990, pp. 1-34.

9 TEDH. *Caso sobre alguns aspectos legislativos sobre o uso de idiomas na educação na Bélgica vs. Bélgica* (merits), 23 de julho de 1968, par. 9.

Isso foi indicado pelo Comitê de Direitos Humanos que, em seu comentário geral sobre não discriminação, considerou que o artigo 26 “estabelece em si mesmo um direito autônomo”¹⁰ e “proíbe a discriminação de fato ou de direito em qualquer esfera sujeita à normativa e proteção das autoridades públicas”,¹¹ e não apenas na esfera dos direitos reconhecidos no PIDCP.

2.2. O artigo 24 da CADH como cláusula autônoma de igualdade

A CADH inclui os dois tipos de cláusulas. De fato, o artigo 1.1 contém uma cláusula de igualdade subordinada, enquanto o artigo 24 constitui uma cláusula autônoma. Em um de seus primeiros pronunciamentos, a Corte IDH mencionou a relação entre os dois artigos em questão. Em relação ao artigo 1.1, afirmou que é “uma regra geral cujo conteúdo se estende a todas as disposições do tratado”,¹² e especificou que “todo tratamento que possa ser considerado discriminatório com relação ao exercício de qualquer um dos direitos garantidos na CADH é per se incompatível com ela.”¹³ E, ao referir-se ao artigo 24, apontou:

Embora as noções não sejam idênticas, e talvez a Corte IDH tenha a oportunidade de especificar as diferenças no futuro, a referida disposição reitera, em certa medida, o princípio estabelecido no artigo 1.1. Com base no reconhecimento da igualdade perante a lei, é proibido todo tratamento discriminatório de origem legal. Assim, a proibição de discriminação amplamente contida no artigo 1.1, com respeito aos direitos e garantias estipulados por esta Convenção, estende-se ao direito interno dos Estados Partes, de forma que seja possível concluir que, com base nessas disposições, aqueles se comprometeram, de acordo com a CADH, a não introduzir em seu ordenamento jurídico regulamentos discriminatórios relativos à proteção da lei.¹⁴

De acordo com esse Parecer Consultivo, a diferença entre os dois artigos está em seu alcance, e não no conteúdo. Assim, enquanto a proibição de discriminação no artigo 1.1 se restringe aos direitos consagrados na própria CADH, o artigo 24 estende essa proibição a todas as disposições do direito interno dos Estados Partes, condenando todo tratamento discriminatório de origem legal.

Nesse sentido, a importância do artigo 24 reside no fato de abranger as violações do direito à igualdade que, por sua vez, não envolvam a violação de outros direitos reconhecidos na CADH e, portanto, estão fora da órbita de proteção do artigo 1.1. Por exemplo, a CADH não estabelece o direito de obter a nacionalidade de um Estado no qual não se tenha nascido. No entanto, se um Estado Parte regular como os estrangeiros podem adquirir nacionalidade, esta norma deve respeitar o direito à igual proteção da lei, sem discriminação, consagrado no artigo 24.

Em conformidade com isso, a Corte IDH determinou (no mesmo Parecer Consultivo sobre a regulamentação da naturalização pelo Estado da Costa Rica) que era incompatível com o artigo 24 estabelecer

10 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 18, Não discriminação, 10 de novembro de 1989, par.12.

11 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 18, *op. cit.*, par. 12. Cabe destacar que o PIDCP contém, ademais, uma cláusula subordinada de igualdade em seu artigo 2.1, o qual dispõe que “Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição”. O Comitê DHONU se referiu pela primeira vez à distinção entre este artigo e o artigo 26 no caso *Broeks vs. Países Baixos*, no qual indicou que “o artigo 26 não se limita a repetir as garantias estabelecidas no artigo 2”, mas “proíbe a discriminação de direito ou na prática em qualquer uma das esferas reguladas e protegidas por autoridades públicas. O artigo 26 refere-se, portanto, às obrigações impostas aos Estados com relação à sua legislação e sua aplicação.” Comitê DHONU. Caso *Broeks vs. Países Baixos*. Comunicação n.º 172/1984, 9 de abril de 1987.

12 Corte IDH. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A n.º 4. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*. 1984, par. 53.

13 *Idem*.

14 *Ibidem*, par. 54. (grifo nosso)

condições preferenciais para facilitar que a esposa estrangeira de um homem costarricense adquirisse a nacionalidade, sem dispor o mesmo benefício ao marido estrangeiro de uma mulher costarricense.¹⁵

Em decisões subsequentes, a Corte IDH reiterou esse critério de distinção, precisando ainda mais a especificidade do artigo 24 como cláusula autônoma. Assim, no caso *Yatama vs. Nicarágua*, a Corte IDH considerou que este artigo:

não se limita a reiterar o disposto no artigo 1.1 da [CAHD], a respeito da obrigação dos Estados de respeitar e garantir, sem discriminação, os direitos reconhecidos neste tratado, mas consagra um direito que também acarreta obrigações ao Estado de respeitar e garantir o princípio de igualdade e não discriminação na proteção de outros direitos e em toda a legislação interna que aprove.¹⁶

De acordo com esse critério, no caso *Apitz Barbera e outros vs. Venezuela*, a Corte IDH especificou que: “se um Estado discrimina no respeito ou na garantia de um direito convencional, violaria o artigo 1.1 e o direito substantivo em questão. Se, por outro lado, a discriminação se referir à proteção desigual do direito interno, violaria o artigo 24.”¹⁷ Essa abordagem foi reiterada nos casos *Rosendo Cantú e outra vs. México*, *Vélez Lóor vs. Panamá*, *Fernández Ortega e outros vs. México*, *Barbani Duarte e outros vs. Uruguai* e *Atala Ríffo e crianças vs. Chile*.¹⁸

Em virtude do exposto, é possível especificar as características do artigo 24 como uma cláusula autônoma de igualdade. A primeira é que estabelece um direito independente em relação aos outros direitos reconhecidos na CADH. A segunda é que, como um direito autônomo, gera obrigações e deveres específicos de proteção para os Estados. E, a terceira, é que se refere especificamente à garantia da igualdade contra as disposições do direito interno dos Estados e as ações de suas autoridades.

No entanto, embora o artigo 24 contenha um alcance de aplicação específico que o distingue da garantia de não discriminação prevista no artigo 1.1, é importante esclarecer que, no tocante ao seu conteúdo, existe uma forte inter-relação entre essas duas disposições, pois ambas constituem uma expressão do princípio da igualdade e da não discriminação. Por esse motivo, conforme se evidencia na seção a seguir, as considerações feitas pelos órgãos do SIDH em relação ao artigo 1.1 são pertinentes para elucidar o sentido do artigo 24.

3. Conteúdo e alcance

15 *Ibidem*, par. 67.

16 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005, par. 186. O critério de distinção é reiterado em outras decisões; ver, por exemplo: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002, par. 44; Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, par. 348; Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, par. 217; Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015, par. 243.

17 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 209.

18 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPFRC. 2010, par. 183. Corte IDH. *Caso Vélez Lóor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 253. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPFRC. 2010, par. 199. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. FRC. 2011, par. 174. Corte IDH. *Caso Atala Ríffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 82. De acordo com Palacios, nas cláusulas de igualdade do PIDCP encontra-se um critério semelhante: “as cláusulas de não discriminação contidas nos artigos 2.1 e 26 têm campos de aplicação claramente diferenciados e independentes, e não há outra explicação que seja consistente com a localização de ambas as disposições do tratado. Assim, o 2.1 se aplica ao tratamento discriminatório que surge no reconhecimento ou exercício dos direitos contidos na terceira parte do Pacto, enquanto o artigo 26 se aplica a casos que não se enquadram na proteção do 2.1”. Palacios, P. *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2006.

O artigo 24 contém duas noções de igualdade. A primeira parte do artigo se refere à igualdade perante a lei, enquanto a segunda parte trata da igual proteção da lei sem discriminação. A maneira como a disposição é escrita sugere que o direito a igual proteção da lei é um corolário da igualdade perante a lei. De fato, o artigo 24 apresenta o primeiro como consequência do segundo. No entanto, é importante esclarecer que, cada uma dessas noções expressa uma concepção particular sobre o conteúdo e o escopo do direito à igualdade, cada uma correspondendo, além disso, a um determinado momento histórico.¹⁹

A igualdade perante a lei corresponde à noção de igualdade formal prevalecente durante o século XVIII, que parece especialmente ligada às preocupações da época de limitar a arbitrariedade do poder executivo e garantir a igualdade perante os tribunais.²⁰ Essa noção de igualdade “está baseada na ideia de que a lei deve ser aplicada de maneira semelhante a todos os indivíduos, independentemente de suas características.”²¹ A garantia desse direito estava ligada ao princípio da legalidade, que implicava, por um lado, que a lei deveria ser geral e abstrata e, por outro lado, que o juiz não deveria ser mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, de acordo com a célebre definição de Montesquieu.

O Comitê DESC da ONU, em seu Comentário Geral nº 16, sobre a igualdade de direitos do homem e da mulher, indicou que “os Estados Partes devem respeitar o princípio da igualdade na lei e perante a lei”,²² advertindo que a igualdade perante a lei implica que os órgãos administrativos e jurisdicionais “devem aplicar a lei igualmente a homens e mulheres”.²³ Desse modo, o Comitê DESC reúne bem a ideia de igualdade perante a lei como uma aplicação imparcial da lei.²⁴

Por sua vez, o surgimento da noção de igual proteção da lei sem discriminação está associado à preocupação de estender a esfera de garantias de direitos a grupos que não foram inicialmente incluídos sob seu amparo, como, por exemplo, aquelas pessoas que foram libertadas por ocasião da proibição da escravidão no decorrer do século XIX; ou de setores que emergiram como resultado dos processos de transformação social e que demandavam garantias específicas, como a classe trabalhadora, que surgiu com a industrialização.²⁵ Como a escravidão operava com base em um critério racial, a extensão da proteção da lei não apenas implicava abrigar aqueles que antes eram considerados e tratados como escravos, mas também garantir que o fator racial não constituísse um critério de restrição ou exclusão para o gozo de direitos. Nesse sentido, considerou-se que a igual proteção da lei deveria operar sem

19 O artigo 7 da DUDH também reúne estas duas noções de igualdade: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”. Para uma explicação do alcance destas duas noções na DUDH, ver Weiwei, L. “Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law”, *Research Notes*, n.º 03, Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo, 2004, p. 15.

20 Eide, A. e Torkel O. “Equality and non discrimination”, em *Publication*, n.º 1, Norwegian Institute of Human Rights, Oslo, 1990, pp. 7-8.

21 González, M. e Parra, Ó. “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, em *Revista IIDH*, vol. 47, San José, 2008.

22 Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 16, a *igualdade de direitos do homem e da mulher ao desfrute dos direitos econômicos, sociais e culturais* (artigo 3 do PIDESC) 2005, par. 9.

23 *Idem*.

24 Alguns autores sugerem que a noção de igualdade perante a lei proíbe todo tratamento arbitrário por parte das autoridades públicas, o que implica não apenas uma aplicação imparcial da lei por parte dos operadores jurídicos, administrativos ou judiciais, mas a proibição do estabelecimento de classificações injustificadas na própria lei. Segundo os autores, a igualdade perante a lei implica que, se a lei prevê tratamento diferenciado, este só pode obedecer a “critérios estritamente funcionais” e “deve evitar a arbitrariedade”; portanto, as classificações devem ser “objetivas e razoáveis”. Cf. González, M. e Parra, Ó., *op. cit.*, p. 130. Essa noção mais geral de igualdade perante a lei é explicada pela incorporação feita pelos autores a esse conceito da ideia desenvolvida especialmente durante o século XX, segundo a qual nem todo tratamento distintivo estabelecido por lei implica per se uma violação do princípio igualdade e não discriminação. Esta ideia está claramente expressa na jurisprudência pioneira do TEDH, estabelecida no caso *relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*. Mas deve-se esclarecer que esse critério foi estabelecido em relação ao artigo 14 da CEDH, que estabelece a proibição de discriminação e que não inclui o conceito de igualdade perante a lei. Em seu sentido original, a noção de igualdade perante a lei limita-se à aplicação imparcial da lei, enquanto a proibição de tratamento arbitrário sob a própria lei deriva mais do conceito de não discriminação.

25 Eide, A. e Torkel O., *op. cit.*, p. 8.

levar em consideração a raça das pessoas. Outros critérios, associados às condições das pessoas, que historicamente foram um fator de exclusão ou restrição para o gozo de direitos, como sexo, religião ou origem nacional, preencheriam de conteúdo a noção de igual proteção da lei sem discriminação.

No entanto, apesar das várias noções de igualdade contidas no artigo 24, os termos de igualdade, igual proteção e não discriminação tendem a ser usados indistintamente, o que responde não apenas a uma tendência do sistema interamericano, mas também do Direito Internacional dos Direitos Humanos em geral.²⁶ Assim, é uma ideia recorrente que os conceitos de igualdade e não discriminação constituam, respectivamente, a dimensão positiva e a dimensão negativa do mesmo princípio.²⁷ Por conseguinte, a igualdade é entendida como ausência de discriminação, ao passo que, o respeito pelo princípio da não discriminação conduz a uma situação de igualdade. Isso implica que “a igualdade jurídica é definida no Direito Internacional através, fundamentalmente, do conceito de não discriminação”.²⁸

A jurisprudência da Corte IDH é depositária dessa perspectiva. Assim, ela retomou o que o Comitê de Direitos Humanos afirmou,²⁹ ao indicar que “a não discriminação, juntamente com a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei em favor de todas as pessoas, são elementos constituintes de um princípio básico e geral relacionado à proteção dos Direitos Humanos”.³⁰ Segundo a Corte IDH, essa inter-relação implica que o “elemento de igualdade [seja] difícil de separar da não discriminação”.³¹ De fato, a proibição de tratamento discriminatório aparece como uma derivação do reconhecimento da igualdade perante a lei.³²

Do mesmo modo, ao referir-se à noção de igualdade, a Corte IDH declarou que ela decorre diretamente da unidade de natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, contra a qual é incompatível qualquer situação que, considerando que um determinado grupo é superior, leve a tratá-lo com privilégio; ou, inversamente, por considerá-lo inferior, trate-o com hostilidade ou de alguma forma discrimine-o pelo gozo de direitos que são reconhecidos àqueles que não se consideram em situação de inferioridade.³³

Dois elementos se destacam nessa definição. O primeiro é o reconhecimento de uma conexão essencial e imediata entre igualdade e dignidade humana. Essa conexão evoca a DUDH, que, em seu artigo 1, estabelece que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.” O segundo, sendo é uma derivação do primeiro, é que o estabelecimento de privilégios, por um lado, e o tratamento discriminatório, por outro, constituem as duas formas básicas de violação do direito à igualdade, na medida em que são incompatíveis com essa ideia de dignidade como um elemento comum da humanidade.

Como se vê, a noção de discriminação passou a ocupar um lugar essencial para definir o conteúdo e o alcance do artigo 24, a tal ponto que, em grande parte, o conceito de igualdade, tanto em sua dimensão de igualdade perante a lei quanto na igualdade de proteção da lei, acabou gravitando em torno

26 Shelton, D. “Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, em *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 4, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2008.

27 Em seu voto individual no parecer consultivo sobre a proposta de emenda à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização, o juiz Rodolfo E. Piza resumiu, assim, o significado dessa sobreposição mútua: “parece claro que os conceitos de igualdade e de não discriminação correspondem um ao outro, como as duas faces de uma mesma instituição: a igualdade é o lado positivo da não discriminação, a discriminação é o lado negativo da igualdade; e ambas são a expressão de um bem jurídico de igualdade, implícito no próprio conceito de Direito como uma ordem de justiça para o bem comum”. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84. Proposta de emenda à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização. 1984, voto separado de Rodolfo E. Piza, par. 10. Nesse sentido, ver Bayesky, A., *op. cit.*, p. 7.

28 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84, *op. cit.*, voto individual de Rodolfo E. Piza, par. 10.

29 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 18, *op. cit.*, par. 1.

30 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003, par. 83.

31 *Idem*.

32 A Corte IDH pontuou que: “em função do reconhecimento da igualdade perante a lei, proíbe-se qualquer tratamento discriminatório”. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84, *op. cit.*, par. 239.

33 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84, *op. cit.*, par.55.

da ideia de não discriminação. Por esse motivo, é importante analisar cuidadosamente o que se entende por discriminação.

3.1. A discriminação como distinção arbitrária

A Corte IDH tem considerado, invariavelmente, que a discriminação é configurada quando existe uma distinção arbitrária, ou seja, uma distinção sem justificativa objetiva e razoável.³⁴ Essa ideia é comum a diferentes instrumentos internacionais de Direitos Humanos. Assim, os debates que conduziram à formulação da proibição de discriminação na DUDH ilustram que a noção de discriminação carregava implicitamente a ideia de tratamento arbitrário. Nesse sentido, explica Shelton:

uma das versões preliminares da DUDH proibia “toda discriminação arbitrária”. O termo “arbitrário” foi removido porque a maioria dos delegados concordou que, por direito, a discriminação se refere a distinções prejudiciais ou injustas (arbitrárias) e não a todas as diferenciações.³⁵

Da mesma forma, ao interpretar o alcance do artigo 14 da CEDH, que estabelece que todos os direitos devem ser garantidos “sem quaisquer distinções”, o TEDH indicou que “o princípio da igualdade de tratamento é violado se a distinção não tiver uma justificativa objetiva e razoável”,³⁶ isto é, se a distinção for arbitrária.³⁷

De acordo com o exposto, nem toda distinção de tratamento envolve uma violação do direito à igualdade. Nas palavras da Corte IDH, “nem todo tratamento jurídico diferente é propriamente discriminatório, porque nem toda distinção de tratamento pode ser considerada ofensivas, por si só, à dignidade humana”.³⁸ Assim, a Corte IDH admitiu a legitimidade de alguns tratamentos diferenciados. Por exemplo, em relação aos migrantes, indicou que “o Estado pode dispensar tratamento distinto aos migrantes documentados em relação aos migrantes indocumentados, ou entre migrantes e nacionais, desde que esse tratamento diferenciado seja razoável, objetivo, proporcional, e não infrinja os Direitos Humanos.”³⁹ Da mesma forma, apontou que existem “certas desigualdades de fato que podem legitimamente se traduzir em desigualdades de tratamento legal, sem que tais situações violem a justiça. Pelo contrário, podem ser um veículo para realizá-la ou proteger aqueles que se apresentem juridicamente mais fracos”.⁴⁰ O exemplo proposto pela Corte IDH para ilustrar essa situação é o de limitar a capacidade civil de menores de idade ou daquelas pessoas que não gozam de saúde mental, eventos em que o tratamento diferenciado obedece ao propósito de proteger o patrimônio dessas pessoas.

Como nem toda distinção implica discriminação, é necessário, então, especificar as condições sob as quais uma diferença de tratamento constitui uma violação do direito à igualdade. A esse respeito, a Corte IDH indicou o seguinte:

34 *Ibidem*, par. 56. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003, par. 89.

35 Shelton, D., *op. cit.*, p. 26.

36 TEDH. *Caso sobre alguns aspectos legislativos sobre o uso de idiomas na educação na Bélgica vs. Bélgica* (Mérito), 23 de julho de 1968.

37 Vale ressaltar que a fórmula de proibição de discriminação contida no artigo 14 da CEDH indica que o gozo de direitos deve ser assegurado “sem quaisquer distinções”. Por sua vez, a CADH, adotada posteriormente a CEDH e à própria decisão referida do TEDH, utiliza a expressão “sem discriminação alguma”, tanto em seu artigo 1.1 como no 24. Nesse sentido, enquanto que no caso da CADH a interpretação do TEDH levou a qualificar o alcance da expressão “sem qualquer distinção”, indicando que se tratava de uma distinção arbitrária; no caso da CADH, a Corte IDH não precisou acrescentar nenhuma qualificação à expressão, mas desvendar um significado que já estava implícito na noção de discriminação.

38 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84, *op. cit.*, 1984, par. 56.

39 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, par. 248. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003, par. 119. (grifo nosso)

40 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84, *op. cit.*, par.56.

Portanto, não haverá discriminação se uma distinção de tratamento for legitimamente orientada, isto é, se não levar a situações contrárias à justiça, à razão ou à natureza das coisas. Não se pode afirmar, então, que exista discriminação em toda diferença de tratamento do Estado em relação ao indivíduo, sempre que essa distinção parta de pressupostos de fato substancialmente diferentes e que expressem de maneira proporcional uma conexão bem fundamentada entre essas diferenças e os objetivos da norma, que não podem se afastar da justiça ou da razão, ou seja, não pode perseguir fins arbitrários, caprichosos, despóticos ou que, de alguma maneira, repugnam a unidade e a dignidade essenciais da natureza humana.⁴¹

Nessa mesma linha, a CIDH determinou que uma distinção constitui discriminação quando “a) houver uma diferença de tratamento entre situações análogas ou similares; b) a diferença não tem uma justificativa objetiva e razoável; c) não há proporcionalidade razoável entre os meios utilizados e o objetivo perseguido.”⁴² Da mesma forma, apontou que “uma distinção baseada em critérios razoáveis e objetivos (1) persegue um propósito legítimo e (2) emprega meios proporcionais ao fim buscado.”⁴³

Com essa abordagem, a CIDH retoma implicitamente alguns dos pontos centrais do teste de razoabilidade estabelecido pelo TEDH, no caso paradigmático referente a certos aspectos das leis sobre o uso de idiomas na educação na Bélgica, no qual o TEDH se pronunciou pela primeira vez sobre o artigo 14 da CEDH, que consagra a proibição de discriminação. Nesse caso, o TEDH observou que:

uma distinção de tratamento no exercício de um direito consagrado na CEDH não deve apenas buscar um objetivo legítimo: o artigo 14 também é violado quando está claramente estabelecido que não existe uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios utilizados e o objetivo perseguido.⁴⁴

De acordo com essas diretrizes, é possível definir uma metodologia para a análise de casos que envolvam uma diferença de tratamento. Assim, seguindo a lição da CIDH, em primeiro lugar, é necessário estabelecer se a diferença opera em relação a situações análogas ou semelhantes. Se for assim, então, em segundo lugar, determina-se a razoabilidade e proporcionalidade da distinção. Para isso, recomenda-se a utilização de um teste que permita racionalizar a análise das medidas diferenciadoras. Trataremos desses dois pontos a seguir.

3.1.1. Tratar igualmente os iguais

Um dos pontos mais complexos na análise da discriminação corresponde à verificação de quando estamos diante de situações semelhantes que merecem, em princípio, igualdade de tratamento. A igualdade é um conceito relacional que incorpora um mandato claro, quase tão antigo quanto a filosofia e a civilização ocidentais, uma vez que Aristóteles já o formulava em suas obras,⁴⁵ a saber, “deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. Uma análise filosófica elementar permite concluir que o mandato aristotélico de “tratar igualmente os iguais” é vazio, na medida em que não especifica qual é o critério que permite diferenciar ou igualar pessoas ou situações. O problema é que nenhuma situação é totalmente igual à outra, porque se fosse, seria a mesma situação; e, nesse mesmo sentido, nenhuma situação é totalmente diferente, pois sempre existem algumas características comuns entre os mais diversos eventos, nem que seja, ao menos, o fato de que são eventos. Em tais circunstâncias, as desigualdades ou igualdades entre pessoas ou situações nunca são absolutas, mas sempre parciais. Ou seja, desigualdades ou igualdades de um certo ponto de vista. Por esse motivo, alguns analistas concluíram que, a rigor, a igualdade não tem um significado próprio como mandato.⁴⁶

41 *Ibidem*, par. 57.

42 CIDH. Relatório n.º 73/00, *Marcelino Hanríquez et al. vs. Argentina*, Caso 11.784, 3 de outubro de 2000, par. 37.

43 CIDH. Relatório n.º 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso 11.625 19 de janeiro de 2001, par. 31.

44 TEDH. *Caso sobre alguns aspectos legislativos sobre o uso de idiomas na educação na Bélgica vs. Bélgica* (merits), 23 de julho de 1968, par. 10.

45 *Ver*: por exemplo, *Ética a Nicómaco*, Livro V, capítulo 3, par. 1006.

46 *Ver* a polémica suscitada nos Estados Unidos por causa do artigo de Peter Westen “The empty idea of equality”, em

A determinação do caráter análogo das situações ou das pessoas depende das circunstâncias dos casos concretos e do objetivo perseguido pelas autoridades. De modo específico, a relevância das semelhanças e diferenças deve ser estabelecida com respeito à norma ou situação específica da qual o tratamento diferente é derivado, uma vez que o assunto em questão consiste precisamente em determinar se duas pessoas ou grupos são suficientemente semelhantes para reivindicar, *prima facie*, igual tratamento sobre um assunto particular, ou suficientemente diferentes para justificar ou exigir tratamento diferenciado. *Portanto, o tipo de tratamento realizado e a finalidade perseguida pelas autoridades são os fatores que determinam se a situação é significativamente a mesma.*

A definição da existência de premissas de fato análogas não é problemática naqueles casos em que fica claro que não há diferenças entre as pessoas ou as situações comparadas. Um exemplo de jurisprudência interamericana é o caso das Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana, no qual a Corte IDH se referiu à situação de duas crianças nascidas na República Dominicana, ambas de ascendência haitiana, às quais foi negada o registro de nascimento tardio por não terem apresentado a documentação necessária. A Corte IDH constatou que a legislação dominicana exige diferentes requisitos para o registro de acordo com a idade dos menores, e advertiu que, neste caso, o Estado havia exigido o cumprimento dos requisitos estabelecidos para aqueles com mais de 13 anos de idade, quando as menores Yean e Bosico tinham 10 meses e 12 anos, respectivamente. Ao realizar a análise da igualdade, a Corte IDH determinou, sem nenhuma dificuldade, que “as crianças Yean e Bosico não apresentavam condição alguma que as diferenciasse das outras crianças dominicanas com menos de 13 anos”.⁴⁷ Como não havia diferença relevante em relação às disposições de registro entre as crianças Yean e Bosico e o restante dos menores dominicanos, com menos de 13 anos, ficou claro, neste caso, a existência de premissas de fato mais do que semelhantes, mas idênticas.

O caso *Barbani Duarte e outros vs. Uruguai* é outro caso da jurisprudência interamericana em que as pessoas envolvidas estavam na mesma posição em relação aos requisitos exigidos para ter acesso a certos benefícios. Desta vez, a Corte IDH se referiu à situação de quatro investidores de poupança uruguaios que tiveram negadas suas solicitações de medidas de resgate financeiro adotadas pelo Governo, no advento de crise no sistema bancário, em 2002, enquanto outros vinte e dois requerentes tiveram suas solicitações atendidas. A Corte IDH determinou que, nos dois casos alegados, os investidores de poupança apresentavam as mesmas condições a um dos casos em que a solicitação foi atendida.⁴⁸ Nesse caso, a avaliação da identidade de situações teve por base a análise da posição que ocupavam os poupadores em relação aos requisitos exigidos para tais benefícios. Ao encontrar semelhança na situação de alguns dos poupadores, a Corte IDH concluiu que havia tratamento discriminatório, uma vez que não havia motivação que pudesse constatar que os critérios para a admissão de pedidos tivessem sido aplicados objetivamente.⁴⁹

Entretanto, em outros casos, a maneira de realizar a análise do caráter análogo das situações se torna problemática. Alguns exemplos da jurisprudência internacional são ilustrativos. Por exemplo, no caso *Johnston e outros vs. Irlanda*,⁵⁰ o TEDH constatou que não havia discriminação no tratamento diferenciado concedido pelo Estado irlandês em matéria de divórcios, de modo que somente eram reconhecidos aqueles realizados no exterior por irlandeses domiciliados fora do país. Os petionários alegavam que isso discriminava os irlandeses que, devido à sua situação econômica, não podiam estabelecer seu domicílio fora do país para obter o divórcio. O TEDH – sem explicar exatamente as razões

Harvard Law Review, n.º 95, 1982. Tal texto ensejou respostas críticas de Chereminsky e Greenawalt, e a discussão não se deu por resolvida, pois segue até os dias de hoje, como mostra o volume 110 de *Harvard Law Review* de abril de 1997, dedicado ao tema, com um texto de Christopher Petes em defesa de Westen e em crítica a Greenawalt.

47 Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 165.

48 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. FRC. 2011, par. 183-184.

49 *Ibidem*, par. 185.

50 TEDH. *Caso Johnston e outros vs. Irlanda*, sentença 18 de dezembro de 1986, vol. 112, Série A.

– limitou-se a indicar que os irlandeses não domiciliados no exterior não se encontravam em situação análoga à dos que estavam, restando tal situação isenta de discriminação.

Nesse caso, havia pelo menos uma similaridade e uma diferença evidenciadas entre os grupos de pessoas comparados. A semelhança estava na nacionalidade irlandesa e a diferença no domicílio fora do país. Abordar diferentemente a questão pressupõe partir da pergunta: quão relevante era essa diferença em relação à definição das regras relativas ao reconhecimento do divórcio? E por que essa diferença pesava mais do que a semelhança, para falar de uma situação análoga? No entanto, o TEDH não pontuou tal questionamento, razão pela qual, em nossa opinião, sua análise foi infeliz. Com razão, Shelton indicou que, neste caso, o TEDH “empregou a mesmíssima diferença de tratamento contra a qual se reclamava, para concluir que as duas situações não eram análogas”.⁵¹

Outro exemplo que vale a pena mencionar é o caso *M.J.G. vs. Países Baixos*, que foi declarado inadmissível pelo Comitê de Direitos Humanos, no qual o peticionário era um recruta objeto de consciência, convocado a comparecer perante um Tribunal Militar por desobediência a ordens no curso de serviço militar. Em sua comunicação individual, alegou que havia uma distinção injustificada entre civis e recrutas, já que, na jurisdição comum, era possível impugnar uma citação, mas não na jurisdição penal militar, à qual estava submetido o peticionário. O Comitê de Direitos Humanos determinou que o artigo 26 do PIDCP não se aplicava ao caso, uma vez que o autor não argumentou “que o procedimento penal militar dos Países Baixos não estava sendo aplicado igualmente a todos os cidadãos holandeses que prestavam serviço nas forças armadas daquele país”.⁵² Isso indica que o Comitê de Direitos Humanos assumiu que não havia situação comparável entre civis e militares para invocar igualdade de tratamento na questão de interpor recursos. Segundo o Comitê de Direitos Humanos, a alegação só poderia ter sido baseada na aplicação do procedimento militar a outro soldado. Como no caso anterior, o Comitê de Direitos Humanos falhou em justificar por que a diferença entre uma pessoa ser militar e outra civil superava a semelhança de serem cidadãos holandeses, tendo em mente que o que estava em jogo era a definição de um direito processual.

Em contraste com as decisões internacionais acima mencionadas, vale a pena referir um caso em nível nacional, no qual a análise sobre o caráter análogo das situações em jogo é mais completa. Trata-se da discussão que ocorreu na Corte Constitucional da Colômbia, em relação ao direito dos casais homossexuais de ter um regime de proteção patrimonial como o previsto para casais heterossexuais, que vivem em união estável. Inicialmente, a Corte Constitucional negou a alegação baseada na violação do direito à igualdade, sob a ideia de que os dois tipos de casais não estavam em uma situação de similitude. Segundo a Corte, os casais heterossexuais formavam uma família de acordo com a definição constitucional e também tinham a capacidade natural de procriar, o que os diferenciava dos casais homossexuais que, de acordo com seus critérios, não se enquadravam no conceito constitucional de família, nem podiam gerar filhos.⁵³ No entanto, anos depois, reconsiderou sua posição e determinou que, por razões de igualdade, o regime de proteção patrimonial previsto para as uniões heterossexuais deveria ser estendido às uniões homossexuais, uma vez que a orientação sexual das pessoas não era um critério relevante para determinar quais casais mereciam ou não ser beneficiados por esse regime de proteção patrimonial.⁵⁴

Nesta segunda decisão, a Corte Constitucional da Colômbia concentrou-se na situação com base nos critérios das necessidades de proteção análogas aos dois tipos de casal. Com base nisso, a Corte Constitucional determinou que os casais homossexuais e heterossexuais que coabitavam e compartilhavam um projeto de vida comum, estavam em situação assimilável em relação às normas que estabeleciam um regime de proteção civil. Nesse sentido, as diferenças apontadas em sua decisão anterior pesavam menos que as semelhanças fundadas nos requisitos de proteção de ambos os casais, que

51 Shelton, D., *op. cit.*, p. 12.

52 Comitê DHONU. *M. J. G. vs. Países Baixos*, Comunicação n.º 267/1987, UN Doc. CCPR/C/OP/2, 1990, par. 3.2.

53 Corte Constitucional da Colômbia, sentença C-098 de 1996.

54 Corte Constitucional da Colômbia, sentença C-075 de 2007.

surgiam em virtude de características compartilhadas. Com base nesse mesmo critério, mais tarde a Corte Constitucional estendeu aos casais homossexuais múltiplos direitos reconhecidos inicialmente apenas para casais heterossexuais.⁵⁵

Como mostram os casos citados, a presença de semelhanças e de diferenças implica realizar uma análise mais detalhada para determinar a relevância de cada uma em relação ao caso concreto. Do contrário, como ocorreu nos casos internacionais mencionados, existe o risco de que a análise da razoabilidade e da proporcionalidade do tratamento diferenciado seja descartada a priori, sob a ideia de que as premissas factuais não são análogas.

Por outro lado, é importante considerar que, em algumas circunstâncias, as distinções não são apenas admissíveis à luz do princípio da não discriminação, mas são imperiosas. Considerando que em uma sociedade indivíduos e grupos estão em posições diferentes, tratá-los da mesma maneira pode levar a uma situação de maior desigualdade.⁵⁶

Na jurisprudência interamericana, a ideia de tratamento diferenciado como requisito de não discriminação desempenhou um papel importante em um caso relacionado aos direitos das comunidades indígenas. De fato, no caso *Yatama vs. Nicarágua*, a Corte IDH mencionou a aplicação de uma lei eleitoral segundo a qual as comunidades indígenas nicaraguenses tinham que se organizar sob a forma de partidos políticos, além de cumprir uma série de outras condições para poder apresentar candidatos nas eleições de 2000. A Corte IDH considerou que o Estado violou os artigos 23 e 24 da CADH com relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, “ao estabelecer e aplicar disposições da lei eleitoral que [...] criam uma restrição indevida ao exercício do direito de ser eleito e o regulam de maneira discriminatória”.⁵⁷ Segundo a Corte IDH, a lei eleitoral não tinha levado em consideração as características particulares da população indígena da Nicarágua, forçando-os a adotar “uma forma de organização alheia a seus usos, costumes e tradições”,⁵⁸ e a apresentar candidatos em pelo menos 80% dos municípios da circunscrição territorial, ignorando que “haveria municípios nos quais não se teria apoio para apresentar candidatos ou não haveria interesse na busca de tal apoio”,⁵⁹ uma vez que a população indígena era minoria em muitos deles. Essas circunstâncias, por fim, impactaram negativamente a participação dos candidatos da população indígena nas eleições. Como medida de reparação, a Corte IDH ordenou que o Estado reformasse os dois requisitos da lei eleitoral que impediam a participação indígena nas eleições municipais e adotasse “as medidas necessárias para que membros de comunidades indígenas e étnicas pudessem participar efetivamente nos processos eleitorais, levando em consideração suas tradições, usos e costumes, no marco da sociedade democrática.”⁶⁰

Como esse caso ilustra, a aplicação igual da lei a pessoas e grupos em situações consideravelmente diferentes pode levar à desigualdade no gozo de direitos. Segundo a Corte IDH, antes da Lei Eleitoral da Nicarágua, as comunidades indígenas haviam participado das eleições sob suas próprias formas de organização política e haviam obtido uma melhor participação nas eleições. Contudo, a definição dos requisitos de participação eleitoral sem considerar as características distintivas dos povos indígenas diminuiu consideravelmente suas possibilidades efetivas de acessar cargos eleitorais em relação ao restante da população. Nesse sentido, fica claro porque, em certas situações, o tratamento diferenciado não é apenas permitido, mas necessário para garantir efetivamente a igualdade.

Outro caso ilustrativo em nível internacional é *Thlimmenos vs. Grécia*, no qual o TEDH indicou que “o direito de não sofrer discriminação no gozo dos direitos consagrados na Convenção também é violado quando os Estados, sem uma justificativa objetiva e razoável, não tratam diferentemente

55 Corte Constitucional da Colômbia, sentença C-029 de 2009.

56 González, M. e Parra, Ó., *op. cit.*, p. 133.

57 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005, par. 229.

58 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005, par. 218.

59 *Ibidem*, par. 223.

60 *Ibidem*, par. 259.

pessoas cujas situações diferem consideravelmente”.⁶¹ Nesse caso, o TEDH fez referência à situação de uma testemunha de Jeová, condenada à prisão por um tribunal militar ao recusar-se a vestir o uniforme militar com base em suas convicções religiosas. Posteriormente, o peticionário obteve o segundo lugar em concurso público para o exercício de um cargo, mas não foi nomeado por ter sido condenado por um crime grave. O TEDH entendeu que o Estado descumpriu a proibição de discriminação, pois não havia justificativa objetiva e razoável por não ter conferido, na nomeação ao cargo, tratamento diferente às pessoas condenadas por crime grave em virtude de suas crenças religiosas, em relação aos demais condenados por crime grave.

A análise do caráter análogo de duas ou mais situações implica uma revisão criteriosa das semelhanças e diferenças, bem como da posição e peso que cada uma delas tem em relação ao problema em particular. Assim, se as semelhanças relevantes para o caso específico são maiores, em princípio, impõe-se igualdade de tratamento. Se, pelo contrário, houver diferenças relevantes na ponderação, o mesmo tratamento não é exigível; de fato, em alguns casos, é imperativo um tratamento diferenciado.

Pois bem, se, *prima facie*, for exigível um tratamento igual, uma distinção só será legítima se obedecer a uma fundamentação objetiva e razoável. Para determinar a legitimidade de uma distinção, o teste de igualdade constitui uma ferramenta de análise adequada e útil. A seguir, trataremos de explicar seus componentes e a metodologia para sua aplicação.

3.1.2. O teste de igualdade como metodologia para determinar o caráter arbitrário de uma diferenciação

De acordo com os critérios estabelecidos na jurisprudência do TEDH e retomados no âmbito interamericano, a objetividade e razoabilidade de uma distinção implica que esta obedeça a um propósito legítimo e que exista uma relação razoável de proporcionalidade entre a medida que estabelece tratamento diferenciado e o fim perseguido.⁶² Esses dois elementos constituem o chamado teste de igualdade,⁶³ ferramenta analítica que submete a um exame judicial aprofundado as medidas que estabelecem uma distinção entre pessoas ou grupos que estão em situações semelhantes. Essa distinção pode operar através de diferentes canais, como, por exemplo: 1) o estabelecimento de uma preferência em favor de apenas alguns; 2) a exclusão de certas pessoas ou grupos do gozo de um benefício ou direito; ou 3) a definição de condições mais onerosas para o referido gozo contra uma parte da população. Além disso, o teste também permite avaliar os casos em que se omite conceder tratamento diferente a pessoas ou grupos que estão em situações significativamente diferentes e, portanto, merecem a adoção de medidas diferenciadas.

Essa análise escalonada que o teste estabelece envolve a decomposição do estudo da objetividade e razoabilidade da medição em duas etapas consecutivas correspondentes a cada um dos elementos de teste. Assim, em primeiro lugar, deve-se determinar qual é o fim pretendido pela medida e se é legítimo ou não. Se esse passo for superado favoravelmente, isto é, se for estabelecido que a medida persegue um fim legítimo, é analisada a relação proporcional entre esse fim e os meios disponíveis para alcançá-lo. Caso a primeira etapa do teste não seja aprovada favoravelmente, a arbitrariedade do tratamento diferenciado estaria comprovada e, portanto, não é necessário avançar para a segunda etapa do teste.

Desde seus primeiros pronunciamentos, os órgãos do sistema interamericano levaram em consideração os elementos do teste para indicar em que condições uma distinção pode ser tida como objetiva e razoável, embora tenha sido apenas em suas decisões mais recentes que a Corte IDH incorporou explicitamente um escrutínio escalonado no qual as diferentes etapas do teste são realizadas.⁶⁴ Essa

61 TEDH. *Caso Thlimmenos vs. Grécia* (Petição n.º 34369/97), 6 de abril de 2000, par. 44.

62 TEDH. *Caso sobre alguns aspectos legislativos sobre o uso de idiomas na educação na Bélgica vs. Bélgica* (mérit), 23 de julho de 1968, par. 10.

63 Como explicaremos mais adiante, existem diversos níveis de exigência desse teste. A versão do TEDH responde a um teste débil de igualdade.

64 *Ver* Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFR. 2014, par.

evolução jurisprudencial em direção a uma aplicação mais sistemática do teste de igualdade é saudável, pois constitui uma ferramenta útil para realizar o controle adequado de uma cláusula aberta, como a cláusula de igualdade, que não diz qual é o critério de equalização. Em nossa opinião, não há melhor maneira de determinar se uma situação específica é compatível com o princípio da igualdade e da não discriminação se ela não estiver sujeita a uma análise de proporcionalidade, com base na qual é determinado o objetivo do tratamento diferenciado; se esse objetivo é legítimo e se o critério de diferenciação é adequado e proporcional a esse objetivo. Por esse motivo, a seguir, faremos uma breve apresentação do teste de igualdade. Para facilitar a exposição, redirecionaremos algumas das análises realizadas pela Corte IDH para o esquema do teste – mesmo quando esse não havia se desenvolvido explicitamente – e também veremos alguns casos decididos pelo TEDH e pelo Comitê de Direitos Humanos.

Em relação à primeira etapa do teste, que envolve avaliar a legitimidade do fim perseguido pela distinção, a Corte IDH enfatizou que os fins não podem ser “arbitrários, caprichosos, despóticos ou de alguma forma repugnantes à unidade e dignidade essenciais da natureza humana.”⁶⁵ Em termos mais específicos, pode-se dizer que a legitimidade de um fim é determinada com base em sua correspondência com a estrutura de direitos e liberdades estabelecidos em instrumentos internacionais. A situação mais evidente de ignorância dessa condição ocorre quando a norma, o ato ou a omissão não obedecem a nenhum outro propósito senão o de tratar diferentemente certas pessoas ou grupos, ou seja, quando o único objetivo perseguido é precisamente o de discriminar.

O caso das Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana, decidido pela Corte IDH, constitui um bom exemplo de uma situação dessa natureza. Como mencionamos anteriormente, foi negada a declaração tardia de nascimento às crianças Yean e Bosico com a ideia de que elas não haviam cumprido requisitos que claramente não eram os exigidos por lei para o seu caso. A Corte IDH concluiu que o Estado violou os direitos à nacionalidade e à igualdade perante a lei ao não haver concedido a nacionalidade às crianças “por motivos discriminatórios e contrários à norma interna pertinente”.⁶⁶ Nesse caso, ficou claro que a única razão pela qual as crianças tiveram seu registro negado foi que elas faziam parte de famílias migrantes haitianas.⁶⁷ Essa ideia foi apoiada por vários relatórios que verificaram a discriminação contra haitianos na República Dominicana,⁶⁸ e também contra famílias migrantes haitianas.⁶⁹ Nesse caso, não foi possível identificar que o tratamento diferenciado havia atendido a uma finalidade diferente; portanto não restava outra coisa que admitir que o único objetivo nesse caso foi o de discriminar as menores com base em de sua ascendência, o que é evidentemente ilegítimo.

Em pronunciamento mais recente – também sobre a situação das pessoas de ascendência haitiana na República Dominicana –, a Corte IDH mencionou explicitamente a ausência de um objetivo legítimo no tratamento diferenciado entre filhos de migrantes regulares e irregulares, estabelecido em uma decisão do Tribunal Constitucional Dominicano. No caso pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana, a Corte IDH determinou que, a partir dos argumentos do Tribunal Dominicano, não era possível estabelecer qual era a finalidade da distinção que teve o efeito de negar a nacionalidade *ius soli* aos filhos de migrantes em situação irregular. Nas palavras da Corte IDH, como

315-317.

65 *Ibidem*, par. 57.

66 Corte IDH. *Caso das meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 174.

67 A CIDH assim indicou, ao afirmar que “o tratamento que receberam as vítimas deve-se a considerações sobre sua ascendência, nome e ao status migratório de seus pais”. Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 112.b.

68 Cf. Comissão DHONU. “Os Direitos Humanos e a extrema pobreza”, Relatório apresentado pela especialista independente, encarregada da questão dos Direitos Humanos e da extrema pobreza. Sra. A. M. Lizin, em conformidade com a Resolução 2002/30 da Comissão de Direitos Humanos. Aditivo: Misión en la República Dominicana. UN Doc. E/CN.4/2003/52/Add.1, par. 8-13.

69 Comitê dos Direitos da Criança da ONU. Exame dos Relatórios Apresentados pelos Estados Partes com relação ao artigo 44 da Convenção. Observações Finais do Comitê de Direitos da Criança. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, 21 de fevereiro de 2001, par. 22 e 26.

essa finalidade não estava clara, resultava impossível “apreciar a razoabilidade e proporcionalidade da mesma”.⁷⁰

Após o teste de igualdade escalonado, a Corte IDH limitou sua análise à primeira etapa do teste e, diante da ausência de um objetivo legítimo, determinou que a medida constituía uma violação do direito à igualdade perante a lei. Como no caso das crianças Yean e Bosico, pode-se dizer que o tratamento diferenciado somente obedecia ao objetivo ilegítimo de discriminar.

Em outros casos, o tratamento diferenciado não é diretamente orientado ao objetivo da discriminação, mas, em qualquer caso, pode servir a um propósito ilegítimo. Por exemplo, é um objetivo ilegítimo tentar desencorajar a afiliação de trabalhadores a sindicatos através do estabelecimento de benefícios trabalhistas em favor de trabalhadores não sindicalizados, uma vez que esse objetivo envolve uma violação do direito à associação sindical.⁷¹ Ao contrário, propósitos que não ignoram os direitos e liberdades reconhecidos em instrumentos internacionais podem ser classificados como legítimos. Um exemplo desse tipo é encontrado no caso paradigmático referente a certos aspectos das leis sobre o uso de idiomas na Bélgica, em que o TEDH decidiu sobre um recurso de um grupo de pais de famílias belgas francófonas, que acusaram o governo de discriminar seus filhos e de impedi-los de usufruir de seu direito à educação, ao estabelecer que o idioma oficial das escolas públicas da região em que viviam seria o flamengo, que era a língua predominante. O TEDH concluiu que a medida tinha um objetivo legítimo, que era promover um profundo conhecimento da língua da região, o que, de fato, não suscita objeção alguma, em termos de adequação ao marco internacional de direitos.

A segunda etapa do teste, consistente na relação razoável de proporcionalidade entre a medida que estabelece o tratamento diferenciado e a finalidade pretendida, implica determinar os prejuízos sofridos pelos excluídos da medida e ponderá-los contra a importância do objetivo perseguido. Por exemplo, no caso acima mencionado contra a Bélgica, o TEDH determinou que a lei em questão era contrária ao artigo 14 da CEDH porque, apesar de perseguir um objetivo legítimo, exigia àqueles que desejavam educação em francês sacrifícios desproporcionais em comparação com a importância da finalidade real, como ser forçado a frequentar escolas fora da região em que viviam.

Por outro lado, uma espécie de medidas que geralmente atende aos parâmetros do teste de igualdade é aquela que estabelece benefícios em favor daqueles que estão em situação desfavorável e que visa, precisamente, a correção da desigualdade de fato. No Parecer Consultivo sobre a situação jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados, a Corte IDH indicou como exemplos de distinções objetivas e razoáveis aquelas “baseadas em desigualdades de fato, que constituem um instrumento para a proteção de quem deva ser protegido, considerando a situação de maior ou menor debilidade ou impotência em que se encontra.”⁷² O caso *Jacobs vs. Bélgica*, decidido pelo Comitê de Direitos Humanos, é um exemplo claro da admissibilidade desse tipo de medida. Nele, um homem apresentou queixa por violação de seu direito à igualdade, devido à aplicação de uma lei de cotas que procurava favorecer as mulheres no acesso a cargos públicos. O Comitê de Direitos Humanos determinou que a distinção feita entre os candidatos por pertencerem a um sexo tinha um propósito legítimo, a saber, promover a presença equilibrada de homens e mulheres nos órgãos consultivos do Estado; e avisou que havia uma:

relação razoável de proporcionalidade entre o objetivo do critério, ou seja, a promoção da igualdade entre homens e mulheres nos órgãos consultivos, os meios utilizados e as modalidades [empregadas], por um lado, e, por outro, um dos objetivos fundamentais da lei, [era] que o Conselho Superior estivesse composto por pessoas competentes.⁷³

70 Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, par. 317.

71 O exemplo corresponde a um caso decidido pela Corte Constitucional de Colômbia na sentença T-230 de 1994.

72 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03, *op. cit.*, par. 89.

73 Comitê DHONU. *Jacobs vs. Bélgica*, Comunicação n.º 943/2000, CCPR/C/81/D/943/2000, 17 de agosto de 2004, par. 9.5. (grifo nosso).

Como pode ser visto na breve explicação acima, o teste de igualdade facilita a análise da objetividade e da razoabilidade de uma distinção e fornece diretrizes racionais que reduzem o risco de que a determinação do caráter arbitrário de uma medida seja, paradoxalmente, o resultado de um juízo arbitrário.⁷⁴

3.1.3. Os critérios de objetividade e razoabilidade das distinções na jurisprudência da Corte IDH

Nesta seção apresentamos os principais pronunciamentos da Corte IDH sobre o direito à igualdade e traçamos alguns comentários críticos com base nos critérios metodológicos apresentados nas seções anteriores. Dessa forma, o leitor poderá ter uma visão geral da maneira pela qual a Corte IDH analisou os critérios de objetividade e razoabilidade das distinções em casos concretos.

O primeiro pronunciamento da Corte IDH relacionado à proibição de discriminação é o parecer consultivo sobre a proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização, no qual se referiu a uma reforma constitucional que estabelecia requisitos mais rígidos para que estrangeiros obtivessem a nacionalidade costarricense por naturalização. Quanto ao direito à igualdade, a Corte IDH abordou três aspectos. O primeiro foi o estabelecimento de condições preferenciais para a aquisição de nacionalidade em favor de centro-americanos, ibero-americanos e espanhóis (por nascimento) em comparação com outros estrangeiros. O segundo era o requisito de demonstrar o conhecimento de como falar, escrever e ler a língua espanhola e passar por um exame da história da Costa Rica e de seus valores para adquirir a nacionalidade. E o terceiro foi o estabelecimento de condições especiais de naturalização para a mulher estrangeira que se casasse com um costarricense, mas não para o homem estrangeiro. A Corte concluiu que nos dois primeiros aspectos não havia discriminação contrária à CADH, contudo, no terceiro, a discriminação estava configurada.⁷⁵

Quanto ao primeiro tema, a Corte IDH assinalou:

um caso de distinção não discriminatória seria o estabelecimento de requisitos menos exigentes em relação ao tempo de residência para a obtenção da nacionalidade costarricense para centro-americanos, ibero-americanos e espanhóis em comparação com outros estrangeiros. De fato, não parece contrário à natureza e aos propósitos da concessão da nacionalidade, para facilitar o processo em favor daqueles que, objetivamente, têm laços históricos, culturais e espirituais muito mais estreitos com os costarricenses, o que faz com que se presuma uma incorporação mais simples e rápida à comunidade nacional e uma identificação mais natural com as crenças, valores e instituições da tradição costarricense, que o Estado tem o direito e o dever de preservar.⁷⁶

Frente à segunda questão, advertiu que não era “irrazoável e injustificado” que fosse exigido o domínio do espanhol e o conhecimento da história e dos valores da Costa Rica, especificando que a estipulação de tais condições estava, “prima facie, dentro da capacidade de apreciação reservada ao Estado outorgante da nacionalidade.”⁷⁷ Finalmente, em relação ao privilégio feminino de obter a nacionalidade por meio de casamento com um costarricense, a Corte indicou que isso se dava “como uma consequência da desigualdade conjugal”,⁷⁸ e, portanto, era discriminatória.

74 No âmbito do Direito Constitucional comparado, a discussão sobre o teste de igualdade é prolifera e pode enriquecer muito o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Algumas jurisdições constitucionais têm aplicado um teste de igualdade que contém mais etapas com distintos níveis de intensidade, como mostraremos mais adiante na seção sobre o alcance do artigo 24, em relação a grupos historicamente discriminados.

75 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84, *op. cit.*, par. 68.

76 *Ibidem*, par. 60.

77 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84. *Proposta de modificação da Constituição Política de Costa Rica relacionada à naturalização*. 1984, par. 63.

78 *Ibidem*, par. 64.

Essa Parecer Consultivo é particularmente interessante não apenas porque a Corte IDH estabelece pela primeira vez o critério de que nem toda distinção constitui discriminação, mas porque a Corte IDH avalia três diferentes distinções em relação à regulamentação de um aspecto da vida social, em que uma alta margem de discricionariedade é geralmente reconhecida aos Estados: a definição dos requisitos para os estrangeiros adquirirem sua nacionalidade. Mas também é interessante porque o parecer possui vários votos dissidentes que criticam a maneira pela qual a Corte IDH avalia a objetividade e razoabilidade de algumas dessas distinções. Assim, em relação ao requisito de domínio do idioma, um dos juízes indicou que, embora considerasse razoável a exigência de capacidade de comunicação em espanhol como requisito para adquirir a nacionalidade costarriquenha, o mesmo não ocorria com o alargamento do requisito de falar, ler e escrever na língua “porque não é razoável, dependendo da natureza e do propósito do instituto da nacionalidade [...] limitar esse privilégio por razões de nível educacional – que tem pouco ou nada a ver com a incorporação à comunidade nacional”.⁷⁹

Embora neste parecer a Corte IDH estabeleça as bases conceituais para a análise de casos relativos ao direito à igualdade, a aplicação dos critérios de objetividade e razoabilidade às distinções levantadas ainda não atingiu um nível suficiente de desenvolvimento e precisão, o que pode explicar, em certa medida, a diversidade de critérios evidenciados nessa relação com a validade de algumas distinções.

Por exemplo, quando se refere à distinção entre centro-americanos, ibero-americanos e outros estrangeiros, a Corte IDH não avalia explicitamente a legitimidade do fim perseguido, nem a relação de razoabilidade entre esse fim e os meios para alcançá-lo. Embora possa ser deduzido, a partir de sua abordagem, que o objetivo da medida é facilitar o acesso à nacionalidade àqueles que têm laços mais estreitos e valores semelhantes com os costarriquenhos, a análise da proporcionalidade do tratamento preferencial em favor dos centro-americanos, ibero-americanos e espanhóis por nascimento em comparação com outros estrangeiros sequer está implícita. Da mesma forma, com relação à exigência do idioma, a Corte IDH conclui que é razoável, mas não especifica se a medida é adequada e proporcional em relação ao objetivo perseguido.

Contudo, em decisões posteriores, a Corte IDH avança para explicar com maior precisão os critérios de razoabilidade e objetividade das distinções. Assim, no caso já mencionado, *Yatama vs. Nicarágua*, quanto às condições legais que finalmente limitaram as possibilidades de as comunidades indígenas participarem efetivamente nos processos eleitorais, a Corte IDH analisou a razoabilidade e a objetividade de aplicar aos povos indígenas os mesmos requisitos estabelecidos para outros cidadãos, em vez de conceder um tratamento diferenciado que levasse em conta suas particularidades.

Tais exigências implicavam que os grupos indígenas deveriam se constituir como partido político e apresentar candidatos em pelo menos 80% dos municípios da circunscrição territorial. A Corte IDH indicou que o Estado não justificou que a medida atenderia “a um propósito útil e oportuno que a torne necessária para satisfazer um interesse público imperativo. Pelo contrário, essa restrição implica um impedimento”⁸⁰, que implicava “um limite desnecessário ao direito a ser eleito”⁸¹ dos membros das comunidades indígenas e étnicas. Embora a Corte IDH não apresente essas considerações por meio da aplicação explícita do teste de igualdade, elas incluem os elementos básicos dessa metodologia, enquanto a Corte IDH finalmente verifica a violação do direito à igualdade na ausência de uma conexão entre as restrições e a satisfação de um interesse público imperativo. Em outras palavras, na ausência de uma relação de adequação entre a medida e uma finalidade legítima.

Em outro caso mais recente, a Corte IDH esteve mais próxima de tornar explícitos os componentes do teste, embora também não o tenha aplicado estritamente. Trata-se do caso *Apitz Barbera e outros vs. Venezuela*, no qual a Corte IDH fez uma análise razoável da relação entre meios e fins. Como observamos na parte inicial deste comentário, neste caso a Corte IDH decidiu sobre a situação de três

79 *Ibidem*, par. 25, voto individual do juiz Rodolfo E. Piza.

80 *Ibidem*, par. 223.

81 *Ibidem*, par. 219.

dos cinco magistrados de uma Corte venezuelana que foram exonerados em um processo disciplinar por terem adotado uma sentença contra a qual um erro judicial inescusável foi declarado. Ainda que a decisão tenha sido adotada por unanimidade pelos cinco magistrados e todos tenham sido submetidos ao procedimento disciplinar, a sanção de exoneração foi imposta apenas a três deles. A razão pela qual o Estado não aplicou a sanção aos dois outros magistrados é que eles cumpriram os requisitos para sua aposentadoria e que, de acordo com uma doutrina da Câmara Constitucional, a fim de salvaguardar o direito à aposentadoria, a sanção de destituição não poderia ser imposta. A Corte IDH indicou que:

a questão que se coloca então é se o cumprimento dos requisitos para aposentadoria introduziu uma diferença razoável entre dois grupos de pessoas, de acordo com os fins da norma”.⁸² E, ao avaliar a relação entre meios e fins, determinou que “a aposentadoria é um direito fora da condição de idoneidade para o exercício de funções públicas, bem como a constatação, qualificação e imputação dos fatos que causaram o processo de destituição”,⁸³ de tal maneira que “o fato de alguns [dos magistrados] cumprirem os requisitos para a aposentadoria não prejudicou de maneira alguma a referida constatação disciplinar aplicada, ou seja, salvaguardar a idoneidade dos juízes.”⁸⁴

Embora esta decisão da Corte IDH esteja mais próxima de uma aplicação do teste de igualdade, ela é problemática por pelo menos duas razões. A primeira é que, embora a Corte IDH tenha determinado que não havia relação razoável entre os meios e os fins, o que implica que a distinção na aplicação da sanção era arbitrária e, nesse sentido, discriminatória, a Corte IDH não declarou a violação do artigo 24, com o argumento de que isso não “concede às vítimas a faculdade de exigir uma sanção idêntica àquela contra as ditas magistradas”.⁸⁵

A segunda tem a ver com o modo pelo qual a Corte IDH abordou a análise da relação entre o meio e o fim, na medida em que a diferenciação baseada na exigência de aposentadoria (meio) foi sopesada, mas não em relação ao fim perseguido com o tratamento distinto, senão com o fim da norma sancionatória. Nesse sentido, a análise não foi realizada com o objetivo de garantir o gozo da aposentadoria aos magistrados que já haviam cumprido os requisitos para acessá-la – que é o objetivo perseguido neste caso com a medida de diferenciação – mas sim com relação a ao fim de garantir a idoneidade dos juízes – que é o buscado pela norma sancionatória. A análise da relação razoável de proporcionalidade, nos termos exigidos pelo teste de igualdade, implicaria determinar qual era a conexão entre a imposição de uma penalidade de exoneração e o gozo da aposentadoria. Embora a Corte IDH não tenha levantado diretamente essa questão, indicou em sua decisão que era possível aplicar simultaneamente a sanção de exoneração e conceder aposentadoria.⁸⁶ Assim, é claro que a distinção na aplicação da sanção não correspondia a um critério objetivo e razoável, tanto que não existia conexão entre o objetivo perseguido e a medida adotada. Por essa linha de argumentação, a violação do artigo 24 foi mais do que evidente.

No caso *Atala Riffo e crianças vs. Chile*, a Corte aplica mais claramente os critérios para avaliar a validade da distinção. De fato, pode-se dizer que, neste caso, a Corte IDH aplica a metodologia de análise por etapas, típica do teste de igualdade.

O caso se refere à remoção da custódia das filhas da senhora Karen Atala e à subsequente concessão de custódia provisória ao pai, devido à sua orientação sexual e convivência com uma parceira do mesmo sexo. Ademais, a Corte IDH decidiu sobre um processo disciplinar instaurado contra Atala, devido à sua investidura como juíza, processo no qual foram compiladas informações relacionadas à sua orientação sexual.

82 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 196. (grifo nosso).

83 *Idem*.

84 *Idem*.

85 *Ibidem*, par. 200. Para uma crítica desta determinação da Corte IDH ver González, M., Parra, Ó., *op. cit.*, p. 142-145.

86 *Ibidem*, par. 198.

Em relação ao primeiro ponto, a Corte IDH começou por identificar qual era o objetivo com a custódia das menores. De acordo com as provas fornecidas e com os argumentos do Estado, a Corte IDH determinou que a finalidade em questão era proteger o interesse superior das crianças e indicou que:

é, em si mesmo, um fim legítimo, além de imperioso. Em relação ao interesse superior da criança, a Corte reitera que esse princípio regulador da legislação dos direitos da criança se fundamenta na dignidade do ser humano, nas características próprias das crianças e na necessidade de propiciar seu desenvolvimento, com pleno aproveitamento de suas potencialidades.⁸⁷

No entanto, apesar da legitimidade do fim perseguido, a Corte IDH considerou que não havia relação de adequação entre a consecução desse fim e os meios para alcançá-lo, a saber, a retirada da custódia das menores em razão da orientação sexual da mãe. Nas palavras da Corte IDH, “uma determinação com base em presunções infundadas e estereotipadas sobre a capacidade e idoneidade parental de poder assegurar e promover o bem-estar e o desenvolvimento da criança não é adequada para garantir o fim legítimo de proteger o interesse superior dessa criança”.⁸⁸ Segundo a Corte IDH, a mera referência a esse fim, “sem provar, concretamente, os riscos ou danos que poderiam implicar a orientação sexual da mãe para as crianças, não pode constituir medida idônea para a restrição de um direito protegido como o de poder exercer todos os Direitos Humanos sem discriminação alguma pela orientação sexual da pessoa”.⁸⁹ Ainda apontou que “não são admissíveis as considerações baseadas em estereótipos em virtude da orientação sexual, ou seja, preconceções dos atributos, condutas ou características que possuem as pessoas homossexuais, ou o impacto que possam supostamente provocar nas crianças”.⁹⁰

Em relação à investigação disciplinar realizada contra a juíza Atala, a Corte IDH indicou que não ficou claro qual era a finalidade da investigação em relação à orientação sexual da juíza, mas que foi possível inferir do relatório elaborado no âmbito da referida investigação que se pretendia “proteger a ‘imagem do judiciário’”.⁹¹ A esse respeito, a Corte IDH argumentou o seguinte:

a alegada proteção da “imagem do Poder Judiciário” não pode justificar uma diferença de tratamento baseada na orientação sexual. Além disso, a finalidade que se invoque ao praticar uma diferença de tratamento desse tipo deve ser concreta e não abstrata. No caso concreto, o Tribunal não observa relação alguma entre um desejo de proteger a “imagem do Poder Judiciário” e a orientação sexual da senhora Atala. A orientação sexual ou seu exercício não podem constituir, em nenhuma circunstância, fundamento para a condução de um processo disciplinar, pois não existe relação alguma entre o correto desempenho do trabalho profissional da pessoa e sua orientação sexual.⁹²

Neste último pronunciamento sobre igualdade, a Corte IDH fez notáveis progressos na decantação dos parâmetros metodológicos para definir quando uma distinção envolve uma violação do direito à igualdade, e como aplicá-los com mais precisão ao caso concreto. De fato, nessa decisão, a Corte IDH apresenta de maneira mais esquemática a análise dos fins perseguidos com o tratamento diferenciado, bem como a relação de adequação entre esses fins e a medida controversa, que constitui, a nosso ver, progresso na racionalização dos critérios de decisão neste tipo de caso. Como veremos na próxima seção, em suas decisões mais recentes, a Corte IDH adotou uma aplicação mais sistemática do teste de igualdade e até incorporou uma versão mais rígida do teste nos casos em que a diferença de tratamento se baseia em um critério suspeito de distinção.

87 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 108.

88 *Ibidem*, par. 111.

89 *Ibidem*, par. 110.

90 *Ibidem*, par. 111.

91 *Ibidem*, par. 221.

92 *Idem*.

3.2 O artigo 24 da CADH em relação a grupos historicamente discriminados

Até agora nos referimos à noção de discriminação como distinção arbitrária e também advertimos como, na era contemporânea, tanto o conceito de igualdade perante a lei quanto o conceito de igual proteção da lei tornaram-se categorias que são indistintas umas das outras e também acabaram sendo definidas a partir da ideia de não discriminação. No entanto, alguns autores consideram que o termo discriminação tem uma dimensão específica que o distingue do conceito geral de igualdade. Por exemplo, Courtis indica que “quando se fala em medidas de discriminação ou anti-discriminação, não se faz referência a nenhum tipo de distinção legal”,⁹³ mas apenas àquela baseada na “existência de ideias pré-concebidas ou preconceitos contra um grupo social específico, que tem como efeito a exclusão desse grupo do gozo ou exercício de direitos e o conseqüente agravamento de sua exclusão ou marginalização social.”⁹⁴ De fato, o Comitê de Direitos Humanos definiu discriminação como:

toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseie em determinados motivos como a raça, a cor, o sexo, a língua, a religião, a opinião política ou outro tipo de opinião, a origem nacional ou social, a propriedade, o nascimento ou qualquer outra situação, e que tenha por objetivo ou por resultado anular ou comprometer o reconhecimento, a satisfação ou o exercício por parte de todas as pessoas, em condições de igualdade, dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais.⁹⁵

Sob essa perspectiva, entende-se que a discriminação opera quando a distinção se baseia em um critério proibido.⁹⁶ Tais critérios proibidos, conhecidos na doutrina e na jurisprudência constitucional comparada como categorias suspeitas de distinção, estão incluídos em várias cláusulas de igualdade. Por exemplo, o artigo 26 do PIDCP dispõe que:

[...] a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

De forma similar, o artigo 14 da CEDH estabelece que:

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

No contexto interamericano, é o artigo 1.1 que inclui uma lista de critérios proibidos, e não o artigo 24. Nesse sentido, um primeiro aspecto que é importante esclarecer para determinar qual é o escopo do artigo 24 contra a proteção de grupos historicamente discriminados, é o da relação entre o artigo 24 e as categorias de distinção suspeitas, mencionadas no artigo 1.1. Por outro lado, é necessário identificar quais são as obrigações específicas derivadas do artigo 24 para os Estados Partes em relação à situação desses grupos. Trataremos desses dois aspectos a seguir.

3.2.1. O artigo 24 da CADH, os critérios proibidos de distinção, e o teste estrito de igualdade

Apesar do fato de que, na CADH, a referência aos critérios proibidos de distinção está no artigo 1.1 e, embora o termo discriminação contido no artigo 24 tenha sido definido preferencialmente como uma distinção arbitrária que não envolve necessariamente grupos geralmente excluídos ou marginalizados, a Corte IDH indicou que “o sentido da expressão discriminação mencionada no artigo 24 deve ser

93 Courtis, C., *op. cit.*, p. 113.

94 *Idem.*

95 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 18, *op. cit.*

96 Weiwei, L., *op. cit.*, p. 8.

interpretado [...] à luz do que o artigo 1.1 menciona”. Nesse sentido, deve-se entender que o conceito de discriminação contido no artigo 24 inclui os critérios de distinção proibidos previstos no artigo 1.1, os quais são, a saber: “raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou qualquer outra, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

Os critérios proibidos têm pelo menos quatro características. A primeira, é que eles têm a ver com um aspecto central, e não simplesmente tangencial, da identidade da pessoa, como acontece, por exemplo, com raça, convicção religiosa, sexo ou orientação sexual. A segunda é que eles estão associados a práticas históricas de discriminação e subordinação. A terceira é que eles identificam grupos com pouco poder político na sociedade para afirmar suas demandas nos órgãos representativos. E a quarta é que eles não correspondem a um critério racional para distribuir cargas e benefícios em uma sociedade.

É importante observar que o artigo 1.1 não contém uma lista fechada de critérios proibidos de discriminação.⁹⁷ De fato, além de incluir categorias específicas como raça, sexo e origem nacional, o artigo 1.1 alude a “qualquer outra condição social”. Assim, a lista de categorias suspeitas permanece aberta à inclusão de outras que não são expressamente mencionadas. Isso é importante na medida em que, tanto a evolução dos padrões de Direitos Humanos quanto a transformação da vida social levam a critérios que no passado pareciam neutros ou simplesmente inexistentes, e agora tornam-se suspeitos. Um exemplo é a situação da deficiência, que na época em que a CADH foi aprovada não era reconhecida como critério discriminatório, mas hoje é universalmente reconhecida como tal. Da mesma forma, a Corte IDH reconheceu a orientação sexual, a origem étnica e o portador de HIV como critérios suspeitos.

O caráter aberto da cláusula dos critérios proibidos de distinção foi destacado pela Corte IDH no caso *Atala Riffo e crianças vs. Chile*, no qual especificou que a orientação sexual constitui uma categoria de discriminação proibida. Nesta importante decisão, a Corte IDH referiu que:

85. Os critérios específicos em virtude dos quais é proibido discriminar, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana, não são uma relação taxativa ou restritiva, mas meramente exemplificativa. Pelo contrário, a redação desse artigo deixa critérios em aberto os com a inclusão do termo “outra condição social” para assim incorporar outras categorias que não tivessem sido explicitamente citadas,⁹⁸ [e alertou que] ao interpretar a expressão “qualquer outra condição social” do artigo 1.1. da Convenção, deve-se sempre escolher a alternativa mais favorável para a tutela dos direitos protegidos por esse Tratado, segundo o princípio da norma mais favorável ao ser humano.⁹⁹

De acordo com esses pressupostos, e após contabilizar as resoluções adotadas pela Assembleia Geral da OEA relativas à proteção das pessoas contra tratamentos discriminatórios com base em sua orientação sexual e identidade de gênero,¹⁰⁰ e também as decisões tomadas no âmbito do Sistema Universal

97 Para uma crítica da jurisprudência interamericana com relação aos critérios proibidos de distinção, ver Dulitzky, A. “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 3, Santiago de Chile, 2007.

98 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 85.

99 *Ibidem*, par. 84.

100 Cf. Assembleia Geral da ONU. Resolução AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). *Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero*. Aprovada na 4ª sessão plenária, 3 de junho de 2008. Assembleia Geral da ONU. Resolução AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09). *Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero*. Aprovada na 4ª sessão plenária, 4 de junho de 2009. Assembleia Geral da ONU. Resolução AG/RES. 2600 (XL-O/10). *Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero*. Aprovada na 4ª sessão plenária, 8 de junho de 2010. Assembleia Geral da ONU. Resolução AG/RES. 2653 (XL-O/11). *Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero*. Aprovada na 4ª sessão plenária, 7 de junho de 2011.

de Direitos Humanos,¹⁰¹ e pelo TEDH,¹⁰² nas quais se ratifica que a orientação sexual constitui um critério de distinção proibido, a Corte IDH declarou o seguinte:

a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela Convenção. Por isso, a Convenção rejeita qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual da pessoa. Por conseguinte, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais, seja por particulares, pode diminuir ou restringir, de maneira alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual.¹⁰³

Em sentenças subsequentes, a Corte IDH ampliou os critérios. No caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile, quanto à aplicação de uma lei antiterrorista contra membros desse povo, a Corte IDH especificou que a etnia constitui um critério de distinção proibido e que esta categoria “refere-se a comunidades de pessoas que compartilham, entre outras, características de natureza sociocultural, como origens culturais, linguísticas, espirituais e origens históricas e tradicionais”,¹⁰⁴ e inclui, por exemplo, os povos indígenas.

No caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador, a Corte IDH especificou que o HIV também é um critério proibido de discriminação,¹⁰⁵ e indicou que esses critérios proibidos podem convergir interseccionalmente, resultando em uma situação ainda mais grave para a pessoa cujos direitos estão em jogo. Por exemplo, no caso em questão, as condições de ser criança, mulher e carecer de recursos econômicos foram adicionadas às condições de portar o HIV, levando a uma discriminação interseccional.

Nas palavras da Corte IDH, a discriminação neste caso “não foi causada apenas por múltiplos fatores, mas também desembocou em uma forma específica de discriminação resultante da interseção desses fatores, ou seja, se algum desses fatores não existisse, a discriminação teria uma natureza diferente”. Especificamente, “a pobreza impactou no acesso inicial a serviços de saúde que não eram de qualidade e, pelo contrário, gerou o contágio pelo HIV” e, ao mesmo tempo, dificultou um melhor acesso ao sistema educacional e à moradia digna. Em vista de sua condição de criança, a dificuldade de acesso à educação impactou negativamente na superação dos estereótipos de gênero, nos quais as mulheres que não tiveram acesso à educação são mais vulneráveis.¹⁰⁶

A análise dos casos de igualdade em que a distinção de tratamento se baseia em um critério proibido deve prestar atenção aos impactos diferenciados que operam em cada caso e às maneiras pelas quais a interseção entre eles pode dar origem a novas formas de discriminação. A inclusão dos critérios de distinção proibidos no conteúdo do artigo 24 tem duas consequências diretas. A primeira é que ela estende a proibição de discriminação por esses critérios previstos no artigo 1.1, com respeito aos direitos e liberdades reconhecidos na CADH, a todos os direitos extra convencionais e, em geral, a todo o âmbito normativo do direito interno dos Estados Partes. A segunda é que implica a incorporação de um teste de igualdade mais rigoroso para avaliar as distinções com base nas categorias suspeitas.

De fato, a capacidade de diferenciação das autoridades é severamente limitada quando estão em jogo os critérios proibidos de distinção. Esses casos, de fato, carregam uma presunção de discriminação que obriga as autoridades a demonstrar que o tratamento diferenciado é a única maneira de satisfazer um fim que deve não apenas ser legítimo, mas imperativo. No caso Atala Riffo, a Corte IDH indicou que:

101 Cf. Comitê DHONU. *Toonen vs. Austrália*, Comunicação n.º 488/1992, CPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, par. 8.7. Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 20. A não discriminação e os direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 2, parágrafo 2 do PIDESC) E/C.12/GC/20, 2 de julho de 2009, par. 32.

102 TEDH. *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, n.º 33290/96, sentença de 21 de dezembro de 1999. Final, 21 de março de 2000, par. 28.

103 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 90.

104 Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 204.

105 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015, par. 255.

106 *Ibidem*, par. 290.

124. Tratando-se da proibição de discriminação por orientação sexual, a eventual restrição de um direito exige uma fundamentação rigorosa e muito ponderável, invertendo-se, também, o ônus da prova, o que significa que cabe à autoridade demonstrar que sua decisão não tinha propósito ou efeito discriminatório.¹⁰⁷

Na mesma linha de argumentação, a CIDH – referindo-se a distinções baseadas no sexo – indicou que:

As distinções estatutárias baseadas em critérios vinculados a condições como raça ou sexo exigem um exame mais intenso. O que a Corte e a Comissão Europeia afirmaram também se aplica às Américas, ou seja, dado que “o avanço da igualdade entre os sexos é hoje um objetivo muito importante [...]” “teria que haver razões de muito peso” para justificar uma distinção baseada unicamente em razão do sexo.¹⁰⁸

De acordo com o exposto, uma vez estabelecida a existência de uma diferença de tratamento com base em qualquer um dos critérios proibidos de distinção, cabe ao Estado provar que aquela não constitui discriminação. Para tanto, deve oferecer razões muito fortes através das quais se possa demonstrar que a distinção obedece a um propósito que não é apenas legítimo, mas imperioso; que é adequado e necessário alcançar esse objetivo e que também é estritamente proporcional.

A ideia da necessidade de aplicar vários níveis de escrutínio judicial em casos de igualdade vem da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Assim, no caso *Estados Unidos vs. Caroline Products* (1938), a Suprema Corte alertou que havia diferentes níveis de escrutínio no julgamento da constitucionalidade e que, nos casos relacionados a minorias que não possuem a proteção normal do processo político, uma exceção à presunção de constitucionalidade deve ser estabelecida e deve-se aplicar um exame mais rigoroso.¹⁰⁹ Posteriormente, no caso *Korematsu vs. Estados Unidos* (1944), a Suprema Corte estabeleceu um teste de razoabilidade com rigoroso escrutínio segundo o qual, quando a diferenciação se baseia em critérios que a Constituição proíbe, como raça ou origem étnica, é constitucional apenas se for essencial para satisfazer um interesse público imperioso.¹¹⁰

A jurisprudência do TEDH não possui, propriamente, testes de igualdade diferentes, mas apontou que razões muito fortes devem ser apresentadas para justificar uma diferença no tratamento com base no sexo,¹¹¹ ou no nascimento extraconjugal.¹¹² Da mesma forma, indicou que a margem de apreciação dos Estados para estabelecer um tratamento legal diferente para as pessoas em situação de deficiência é fortemente reduzida.¹¹³

No âmbito do Direito Constitucional da região, um exemplo é a Corte Constitucional da Colômbia que adotou os elementos do teste de proporcionalidade desenvolvido no âmbito europeu, bem como a ideia dos vários níveis de exame de igualdade típico da jurisprudência norte-americana, e adotou um “juízo integrado de igualdade”. Esse juízo incorpora a metodologia de análise em camadas proposta pelo TEDH, mas modula a rigidez de cada uma das etapas com base em critérios como a natureza do direito afetado com tratamento desigual e a posição das pessoas que sofrem o tratamento diferenciado. Dessa forma, a Corte colombiana realiza um escrutínio mais rigoroso quando o tratamento

107 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 124.

108 CIDH. Relatório n.º 4/01, *Caso María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso 11.625, 19 de janeiro de 2001, par. 36.

109 US Supreme Court. *United States vs. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, April 25, 1938.

110 Nesse caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos se referiu à constitucionalidade da Ordem Executiva 9066, que previa que os nipo-americanos deveriam ser internados em campos especiais (War Relocation Camps) durante a Segunda Guerra Mundial. A Suprema Corte aplicou um teste estrito, mas determinou que a disposição era constitucional, sendo um dos poucos casos em que chegou a tal decisão após a aplicação de um escrutínio rigoroso. Cf. US Supreme Court. *Korematsu vs. United States*, 323 U.S. 214, December 18, 1944.

111 TEDH. *Caso Abdulaziz vs. Reino Unido*, 25 de abril de 1985.

112 TEDH. *Caso Inze vs. Áustria*, 28 de outubro de 1987.

113 TEDH. *Caso Glor vs. Suíça*, 30 de abril de 2009.

desigual afeta o exercício de um direito constitucional fundamental ou quando se baseia em um critério de distinção suspeito.¹¹⁴

Finalmente, a Corte IDH tem caminhado para uma aplicação mais sistemática do teste estrito de igualdade. Como indicamos, no caso *Atala Riffo*, a Corte IDH apontou que, no caso de critérios proibidos, a distinção de tratamento deve ser baseada em um argumento mais rigoroso. Em uma decisão posterior, a Corte IDH determinou mais detalhadamente os elementos que devem ser considerados na análise desse tipo de caso. No mencionado caso *Gonzales Lluu e outros vs. Equador*, a Corte IDH aplicou um rigoroso teste de igualdade para avaliar se a decisão de retirar a menina soropositiva *Gonzales Lluu* de uma instituição educacional constituía discriminação com base em critérios proibidos.

Primeiro, a Corte IDH analisou os motivos apresentados pelo juiz que confirmou a decisão das autoridades educacionais que excluíram a menor. Segundo o juiz, a retirada da menor obedeceu ao fim de proteger a integridade e a vida das outras crianças na escola, ameaçadas pelo risco de contágio da doença. A Corte IDH determinou que, em resumo, esse era um objetivo legítimo e imperioso.¹¹⁵ No entanto, ao examinar a adequação da medida adotada para salvaguardar esse objetivo, ou seja, a remoção da criança do centro educacional e seu confinamento à “instrução particular e à distância”, a Corte IDH determinou que, como os fatores de risco que poderiam afetar os menores de idade não foram especificados, a medida não podia ser classificada como idônea.¹¹⁶ A Corte IDH acrescentou que também não se sustentava a necessidade de expulsão da menina, pois não foi examinado se havia outras medidas que garantissem a proteção dos menores sem a necessidade de retirar a menina da escola. Em particular, a Corte IDH observou que a avaliação do caso se baseava em preconceitos sobre os riscos da transmissão do HIV, sem saber que as evidências fornecidas ao processo determinavam que esse risco era mínimo.¹¹⁷

Por fim, ao analisar a proporcionalidade da medida, a Corte IDH notou as cargas que a menor teve que suportar como resultado do estigma gerado pela doença e sua expulsão, assim como as dificuldades que ele teve que enfrentar para continuar estudando.¹¹⁸

No parágrafo seguinte, a Corte IDH resume a aplicação do juízo estrito de igualdade no caso *Gonzales Lluu vs. Equador*, valendo a pena considerá-lo integralmente:

o risco real e significativo de contágio que colocaria em risco a saúde das crianças em companhia de Talía era extremamente baixo. No âmbito de um julgamento de necessidade e estrita proporcionalidade da medida, [a Corte IDH] destaca que o meio escolhido constituiu a alternativa mais prejudicial e desproporcional disponível para cumprir o objetivo de proteger a integridade das outras crianças na escola. Embora a decisão do tribunal interno buscasse a proteção dos colegas de Talía, não foi comprovado que a motivação dada na decisão fosse adequada para atingir esse objetivo. Nesse sentido, na avaliação da autoridade interna devia haver evidência suficiente de que as razões que justificam a diferença de tratamento não foram baseadas em estereótipos e suposições [...] a decisão [da autoridade interna] usou argumentos abstratos e estereotipados para fundamentar uma decisão que resultou ser extrema e desnecessária, portanto, tais decisões constituem tratamento discriminatório contra Talía. Essa medida também mostra que não havia adaptabilidade do ambiente educacional à situação da Talía, por

114 Conforme indicado pela Corte Constitucional da Colômbia, “se o juiz concluir que, devido à natureza do caso, o julgamento da igualdade deve ser estrito, então, o estudo da ‘adequação’ deve ser mais rigoroso e não será suficiente que a medida tenha a virtude de materializar, ainda que parcialmente, o objetivo proposto. Será necessário que isso seja realmente útil para alcançar objetivos constitucionais de certa magnitude. Da mesma forma, o estudo do “indispensável” de diferentes tratamentos também pode ser graduado. Assim, em casos de escrutínio flexível, basta que a medida não seja manifesta e grosseiramente desnecessária, enquanto em juízos estritos a diferença de tratamento deve ser necessária e indispensável e, na presença de restrições menos graves, a limitação permaneceria sem respaldo constitucional”. Corte Constitucional da Colômbia, sentença C-093 de 2001.

115 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluu e outros vs. Equador*. EPFRC. 2015, par. 268.

116 *Ibidem*, par. 265.

117 *Ibidem*, par. 271.

118 *Ibidem*, par. 273.

meio de medidas de biossegurança ou similares, que devem existir em todos os estabelecimentos de ensino para a prevenção geral da transmissão de doenças.¹¹⁹

A precisão dos elementos a serem examinados quando a diferença de tratamento se baseia em um critério proibido dota de conteúdo o princípio, segundo o qual, a argumentação que sustenta a distinção nesses casos deve ser mais rigorosa. A aplicação do teste estrito de igualdade no caso da menor de idade discriminada por ser soropositiva constitui um bom modelo do tipo de análise que deve ser realizado quando estiver em risco uma diferença de tratamento por razões de sexo, raça, origem étnica ou nacional, orientação sexual, deficiência ou outra condição social que atenda aos requisitos previamente declarados para ser considerado um critério proibido.

Em resumo, é necessário graduar a intensidade do teste na medida em que as autoridades não tenham o mesmo nível de liberdade para fazer distinções. Quando essa liberdade é ampla, o juízo de igualdade deve ser deferente para respeitar a margem de configuração que a autoridade possui, mas se a própria lei restringiu essa capacidade de diferenciação à autoridade, dizendo que, em princípio, ela não pode tratar diferentemente as pessoas, por razões como raça, sexo ou orientação sexual, a liberdade da autoridade a quo é severamente restringida e, portanto, o controle judicial deve ser mais estrito.

3.2.2 As obrigações dos Estados frente a grupos historicamente discriminados

De acordo com o que foi descrito até agora, fica claro que, nos termos do artigo 24, surge para os Estados a obrigação de não fazer distinções arbitrárias. Isso inclui evitar a reprodução de estereótipos que alimentam a discriminação contra grupos historicamente discriminados. Por exemplo, no caso *Povo Indígena Mapuche vs. Chile*, relativo a um grupo de indígenas Mapuche submetido a processo penal com base na lei antiterrorista, a Corte IDH determinou que houve uma violação ao seu direito à igual proteção da lei em vista de estereótipos negativos¹²⁰ aplicados pelo juiz criminal em suas razões. Em particular, a Corte IDH constatou que houve uma aplicação discriminatória da lei penal, em virtude de que a condenação se baseava em estereótipos que associavam o povo Mapuche ao terrorismo.¹²¹ A Corte IDH concluiu que:

a mera utilização desses raciocínios que denotam estereótipos e preconceitos na fundamentação das sentenças configurou uma violação do princípio de igualdade e de não discriminação, e do direito à igual proteção da lei, consagrados no artigo 24 da CADH, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento.¹²²

Deriva-se também do artigo 24 a obrigação de estabelecer tratamentos diferenciados quando esses são necessárias para evitar o aprofundamento ou a geração de desigualdades. Assim, por exemplo, os

119 *Ibidem*, par. 274.

120 Segundo a Corte IDH: “os estereótipos constituem concepções dos atributos, condutas, papéis ou características possuídas por pessoas que pertencem a um grupo identificado”. Corte IDH. *Caso Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 223.

121 Como exemplo desse tipo de estereótipo, a Corte IDH citou o seguinte trecho de uma decisão judicial proferida contra um dos membros do povo Mapuche: “os atos ilícitos acima mencionados estão inseridos em um processo de recuperação da terra do povo Mapuche, realizado por meio de canais de fato, sem observar a institucionalidade e a legislação vigente, recorrendo a ações de força previamente planejadas, organizadas e preparadas por grupos exacerbados que buscam criar um clima de insegurança, instabilidade e medo em diversos setores das regiões oitava e nona. Essas ações podem ser sintetizadas na formulação de demandas desproporcionais, pressionadas por grupos beligerantes aos seus donos e proprietários, que são avisados de que sofrerão vários tipos de ataques se não cumprirem seus requisitos, muitas dessas ameaças foram materializadas através de ataques à integridade física, em roubos, furtos, incêndios, danos e ocupações de terra, que afetaram tanto os indivíduos quanto as propriedades de várias pessoas envolvidas em atividades agrícolas e florestais nesta área do país [...] [De acordo com o especialista que analisou as decisões, as sentenças] usaram expressões discursivas cujo valor, carga moral e/ou política, denotava a aceitação e reprodução de estereótipos que incluíam [fortes] preconceitos sociais e contra as comunidades Mapuche e elementos avaliativos em favor da parte acusadora, [...] uma parte importante da argumentação jurídica deriva de estereótipos e preconceitos que caem de maneira prejudicial sobre as referidas comunidades, [...] sem se desapegar dos fatos [comprovados] no processo”. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 227 e 224.

122 Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, par. 228.

Estados têm a obrigação de conceder aos povos indígenas um tratamento proporcional à sua diversidade. Uma questão adicional é se o mandato de igual proteção da lei implica que o Estado assuma um papel ainda mais ativo para garantir o pleno gozo de direitos e liberdades a grupos sociais que historicamente foram discriminados e sofreram exclusão e marginalização. Nesse sentido, é uma questão a determinar se o artigo 24 impõe aos Estados a obrigação de adotar medidas especiais destinadas a superar as condições estruturais da desigualdade, para que a igualdade seja real e eficaz.

Alguns instrumentos internacionais destinados a combater a discriminação reconhecem explicitamente que medidas especiais de proteção que fornecem tratamento preferencial para grupos desfavorecidos não desconsideram o princípio da não discriminação. Assim, a Convenção nº 111 da OIT, sobre discriminação em relação ao emprego e profissão (1958), estabelece que “as medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotada pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação.” (Art. 5.1).¹²³ Da mesma forma, a CEFDM estabelece que “a adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção [...]” (art. 4.1.); e a CIEFDR consagra uma norma semelhante ao afirmar que:

[...] as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de Direitos Humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos. (Art. 1.4.)

Como mencionado acima, a Corte IDH também indicou a admissibilidade de medidas especiais para corrigir as desigualdades de fato, reconhecendo que as distinções por elas estabelecidas são objetivas e razoáveis.¹²⁴ A questão que resta é se, além de admissíveis, esses tipos de medidas são exigíveis.

A CEFDM e a CIEFDR não apenas reconhecem a compatibilidade de medidas especiais com o princípio de igualdade e não discriminação, como exigem sua adoção para garantir às mulheres e grupos raciais discriminados o pleno exercício de seus direitos e liberdades.¹²⁵ Da mesma forma, o Comitê de Direitos Humanos, ao se referir à proibição de discriminação no PIDCP, declarou que o princípio da igualdade por vezes exige que os Estados Partes adotem disposições positivas para reduzir ou eliminar as condições que originam ou facilitam a perpetuação da discriminação proibida pelo Pacto. Por exemplo, em um Estado em que a situação geral de um determinado setor de sua população impeça ou dificulte o gozo dos Direitos Humanos por essa mesma população, o Estado deve adotar disposições especiais para remediar tal situação. Essas medidas podem chegar a conceder, por um tempo, um certo

123 Igualmente dispõe que “Qualquer Membro pode, depois de consultadas às organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por razões tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural.” Convenção OIT n.º 111 relativa à discriminação em matéria de emprego e profissão, 1958, artigo 5.2.

124 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03, *op. cit.*, par. 89.

125 A CEFDM dispõe que: “Os Estados Partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem” (art. 3º). De maneira miss explícita, a CIEFDR estabelece que “Os Estados Partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, as medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.” (art. 2º, §2).

tratamento preferencial a setores específicos da população em questão, em comparação com o restante dela.¹²⁶

No âmbito interamericano, a Corte IDH também se referiu à obrigação dos Estados em tomar medidas especiais para corrigir as desigualdades. Assim, em seu parecer consultivo sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados, ela advertiu que “os Estados estão obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou mudar situações discriminatórias existentes em suas sociedades, em detrimento de determinado grupo de pessoas”.¹²⁷ A Corte IDH aludiu a essa obrigação em casos relacionados a grupos específicos, como comunidades indígenas ou pessoas com deficiência.¹²⁸ Por exemplo, no caso *Yakye Axa vs. Paraguai*, a Corte IDH indicou que “o Estado tem o dever de adotar medidas positivas, concretas e orientadas à satisfação do direito a uma vida digna, em especial quando se trata de pessoas em situação de vulnerabilidade e risco, cuja atenção se torna prioritária”.¹²⁹ Da mesma forma, no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, a Corte IDH observou que:

As pessoas portadoras de deficiência são muitas vezes objeto de discriminação em virtude de sua condição, motivo por que os Estados devem adotar as medidas de caráter legislativo, social, educativo, trabalhista ou de qualquer outra natureza, necessárias para eliminar toda discriminação relacionada com as deficiências mentais e propiciar a plena integração dessas pessoas à sociedade.¹³⁰

Ainda mais enfaticamente, no caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*, a Corte IDH advertiu:

que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que 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, como a deficiência.¹³¹

Portanto, é obrigação dos Estados dismantlar as barreiras que impedem o exercício pleno dos direitos das pessoas com deficiência.

Além disso, nos casos em que a Corte IDH constatou a existência de discriminação estrutural contra certos grupos, ordenou medidas de reparação destinadas a transformar essa situação. Assim, no caso *González e outras (Campo Algodonero) vs. México*, no qual a Corte IDH se referiu à responsabilidade do Estado pelo desaparecimento e subsequente assassinato de três jovens mulheres em Ciudad Juárez, a Corte IDH indicou que, uma vez que esses atos se enquadravam em um contexto de discriminação estrutural contra as mulheres, “as reparações devem ter uma vocação transformadora dessa situação, de tal forma que as mesmas tenham um efeito não somente restitutivo, mas também corretivo”.¹³² No mesmo sentido, no caso *Atala Riffo e crianças vs. Chile*, depois de verificar que os atos discriminatórios contra a senhora Atala e suas filhas “estavam relacionados à reprodução de estereótipos [...] associados à discriminação estrutural e histórica que as minorias sexuais tem sofrido”,¹³³ determinou que:

algumas das reparações devem ter uma vocação transformadora dessa situação, de maneira a ter um efeito não só restitutivo, mas também corretivo, com vistas a mudanças estruturais que desarticulem os estereótipos e práticas que perpetuam a discriminação contra a população LGTBI.¹³⁴

126 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 18, *op. cit.*, par. 10.

127 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *op. cit.*, par. 104.

128 Courtis, C., *op. cit.*, pp. 127-132.

129 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005, par. 162.

130 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Mérito, Reparaciones e Custas] 2006, par. 105.

131 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, par. 292.

132 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, par. 450.

133 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012, par. 267.

134 *Idem*.

De acordo com o exposto, o direito à igualdade de proteção sem discriminação implica não apenas a proibição de todo tratamento arbitrário, mas também impõe aos Estados o dever de considerar as condições desvantajosas de certos grupos que historicamente foram discriminados para adotar ações positivas destinadas a tornar a igualdade real e efetiva para eles.

Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juizes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados Partes comprometem-se:
 - a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
 - b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial, e
 - c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Exceções Preliminares. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C n.º 1. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C n.º 4. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparações e Custas. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C n.º 7. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989.

Corte IDH. *Caso Neira Alegria e outros vs. Peru*. Mérito. Sentença de 19 de janeiro de 1995. Série C n.º 20. Doravante: Corte IDH. *Caso Neira Alegria e outros vs. Peru*. M. 1995.

Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Série C n.º 30. Doravante: Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. MRC. 1997.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Mérito. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C n.º 33. Doravante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. M. 1997.

Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. Mérito. Sentença de 3 de novembro de 1997. Série C n.º 34. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. M. 1997.

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. Mérito. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C n.º 35. Doravante: Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. M. 1997.

Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 24 de janeiro de 1998. Série C n.º 36. Doravante: Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. M. 1998.

Corte IDH. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 8 de março de 1998. Série C n.º 37. Doravante: Corte IDH. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1998.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C n.º 42. Doravante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. RC. 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C n.º 43. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. RC. 1998.

Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. Pedido de Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Resolução da Corte de 13 de setembro de 1997. Série C n.º 45. Doravante: Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. Pedido de Interpretação da Sentença de MRC. 1997.

Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Reparações e Custas. Sentença de 22 de janeiro de 1999. Série C n.º 48. Doravante: Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. RC. 1999.

Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999. Série

C n.º 52. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. Mérito. Sentença de 29 de setembro de 1999. Série C n.º 56. Doravante: Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. M. 1999.

Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C n.º 63. Doravante: Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1999.

Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolívia*. Mérito. Sentença de 26 de janeiro de 2000. Série C n.º 64. Doravante: Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolívia*. M. 2000.

Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. Mérito. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C n.º 68. Doravante: Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. M. 2000.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C n.º 69. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. M. 2000.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C n.º 70. Doravante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. M. 2000.

Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C n.º 71. Doravante: Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C n.º 74. Doravante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito. Sentença de 14 de março de 2001. Série C n.º 75. Doravante: Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. M. 2001.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C n.º 79. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad e Tobago*. Exceções Preliminares. Sentença de 1 de setembro de 2001. Série C n.º 80. Doravante: Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad e Tobago*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Interpretação da Sentença de Mérito. Sentença de 3 de setembro de 2001. Série C n.º 83. Doravante: Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Interpretação da Sentença de M. 2001.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparações e Custas. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C n.º 91. Doravante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002.

Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolívia*. Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2002. Série C n.º 92. Doravante: Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolívia*. RC. 2002.

Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C n.º 94. Doravante: Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. MRC. 2002.

Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. Reparações e Custas. Sentença de 29 de agosto de 2002. Série C n.º 95. Doravante: Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. RC. 2002.

Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colômbia*. Reparações e Custas. Sentença de 26 novembro de 2002. Série C n.º 96. Doravante: Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colômbia*. RC. 2002.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2002. Série C n.º 97. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. MRC. 2002.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C n.º 99. Doravante: Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPMRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C n.º 100. Doravante: Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. MRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C n.º 101. Doravante: Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C n.º 103. Doravante: Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. MRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Competência. Sentença de 28 de novembro de 2003. Série C n.º 104. Doravante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Competência. 2003.

Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C n.º 109. Doravante: Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia*. MRC. 2004.

Corte IDH. *Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C n.º 110. Doravante: Corte IDH. *Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. MRC. 2004.

Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C n.º 112. Doravante: Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. EPMRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C n.º 114. Doravante: Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPMRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro 2004. Série C n.º 117. Doravante: Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*. MRC. 2004.

Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de março de 2005. Série C n.º 120. Doravante: Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de março de 2005. Série C n.º 121. Doravante: Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Peru*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C n.º 124. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Equador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de junho de 2005. Série C n.º 129. Doravante: Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Equador*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C n.º 130. Doravante: Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia*. Sentença de 12 de setembro de 2005. Série C n.º 132. Doravante: Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C n.º 134. Doravante: Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C n.º 135. Doravante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C n.º 136. Doravante: Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru*. Sentença de 25 de novembro de 2005. Série C n.º 137. Doravante: Corte IDH. *Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru*. [Mérito, Reparações e Custas. Sentença] 2005.

Corte IDH. *Caso Blanco Romero e outros vs. Venezuela*. Sentença de 28 de novembro de 2005. Série C n.º 138. Doravante: Corte IDH. *Caso Blanco Romero e outros vs. Venezuela*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C n.º 140. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas. Sentença] 2006.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. Série C n.º 141. Doravante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de fevereiro de 2006. Série C n.º 144. Doravante: Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C n.º 146. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C n.º 147. Doravante: Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. Sentença de 1 de julho de 2006. Série C n.º 148. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C n.º 149. Doravante: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de julho de 2006. Série C n.º 150. Doravante: Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPMRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C n.º 151. Doravante: Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. Sentença de 21 de setembro de 2006. Série C n.º 152. Doravante: Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C n.º 153. Doravante: Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença

de 26 de setembro de 2006. Série C n.º 154. Doravante: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPMRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguai*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C n.º 155. Doravante: Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguai*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos del Congreso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C n.º 158. Doravante: Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos del Congreso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. EPFR. 2006.

Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C n.º 160. Doravante: Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C n.º 162. Doravante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso do Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C n.º 163. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. MRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C n.º 164. Doravante: Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. MRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C n.º 166. Doravante: Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador*. MRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de julho de 2007. Série C n.º 167. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz vs. Peru*. EPMRC. 2007.

Corte IDH. *Caso García Prieto e outro vs. El Salvador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2007. Série C n.º 168. Doravante: Corte IDH. *Caso García Prieto e outro vs. El Salvador*. EPMRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñíguez vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C n.º 170. Doravante: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñíguez vs. Equador*. EPMRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C n.º 171. Doravante: Corte IDH. *Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador*. MRC. 2007.

Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C n.º 172. Doravante: Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. Exceção Preliminar e Mérito. Sentença de 6 de maio de 2008. Série C n.º 179. Doravante: Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPM. 2008.

Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haiti*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de maio de 2008. Série C n.º 180. Doravante: Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haiti*. MRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de agosto de 2008. Série C n.º 184. Doravante: Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPMRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C n.º 186. Doravante: Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPMRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de outubro de 2008. Série C n.º 187. Doravante: Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPMRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2008. Série C n.º 190. Doravante: Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. MRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Ticona Estrada e outros vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C n.º 191. Doravante: Corte IDH. *Caso Ticona Estrada e outros vs. Bolívia*. MRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C n.º 192. Doravante: Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. MRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C n.º 194. Doravante: Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C n.º 195. Doravante: Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de abril de 2009. Série C n.º 196. Doravante: Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. MRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de junho de 2009. Série C n.º 197. Doravante: Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mé-

rito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de julho de 2009. Série C n.º 198. Doravante: Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía e outros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. Peru. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C n.º 202. Doravante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C n.º 203. Doravante: Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso González e outras* (“*Campo Algodonero*”) vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C n.º 205. Doravante: Corte IDH. *Caso González e outras* (“*Campo Algodonero*”) vs. México. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2009. Série C n.º 206. Doravante: Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. MRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009. Série C n.º 207. Doravante: Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C n.º 209. Doravante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C n.º 211. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C n.º 213. Doravante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C n.º 214. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C n.º 215. Doravante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C n.º 216. Doravante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2010. Série C n.º 217. Doravante: Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. MRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C n.º 218. Doravante: Corte IDH. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros* (“*Guerrilha do Araguaia*”) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C n.º 219. Doravante: Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros* (“*Guerrilha do Araguaia*”) vs. Brasil. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C n.º 221. Doravante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011.

Corte IDH. *Caso Vera Vera e outra vs. Equador*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de maio de 2011. Série C n.º 226. Doravante: Corte IDH. *Caso Vera Vera e outra vs. Equador*. EPMRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de julho de 2011. Série C n.º 227. Doravante: Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPMRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de julho de 2011. Série C n.º 228. Doravante: Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. EPMRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Torres Millacura e outros vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de agosto de 2011. Série C n.º 229. Doravante: Corte IDH. *Caso Torres Millacura e outros vs. Argentina*. MRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2011. Série C n.º 232. Doravante: Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 13 de outubro de 2011. Série C n.º 234. Doravante: Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. MRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Fleury e outros vs. Haiti*. Mérito e Reparações. Sentença de 23 de novembro de 2011. Série C n.º 236. Doravante: Corte IDH. *Caso Fleury e outros vs. Haiti*. MR. 2011.

Corte IDH. *Caso família Barrios vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C n.º 237. Doravante: Corte IDH. *Caso família Barrios vs. Venezuela*. MRC. 2011.

Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C n.º 240. Doravante: Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C n.º 241. Doravante: Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C n.º 242. Doravante: Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de junho de 2012. Série C n.º 244. Doravante: Corte IDH. *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C n.º 245. Doravante: Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012.

Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C n.º 246. Doravante: Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Palma Mendoza e outros vs. Equador*. Exceção Preliminar e Mérito. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C n.º 247. Doravante: Corte IDH. *Caso Palma Mendoza e outros vs. Equador*. EPM. 2012.

Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. Mérito e Reparações. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C n.º 249. Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. MR. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C n.º 250. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de outubro de 2012. Série C n.º 251. Doravante: Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C n.º 252. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 novembro de 2012. Série C n.º 253. Doravante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 novembro de 2012. Série C n.º 255. Doravante: Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Castillo González e outros vs. Venezuela*. Mérito. Sentença de 27 de novembro de 2012. Série C n.º 256. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo González e outros vs. Venezuela*. M. 2012.

Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 novembro de 2012. Série C n.º 258. Doravante: Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 30 de novembro de 2012. Série C n.º 259. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPMR. 2012.

Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de agosto de 2013. Série C n.º 265. Doravante: Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso García Lucero e outras vs. Chile*. Exceção Preliminar, Mérito e Reparações. Sentença de 28 de agosto de 2013. Série C n.º 267. Doravante: Corte IDH. *Caso García Lucero e outras vs. Chile*. EPMR. 2013.

Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de outubro de 2013. Série C n.º 269. Doravante: Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. MRC. 2013.

Corte IDH. *Caso das comunidades afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operación Génesis) vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2013. Série C n.º 270. Doravante: Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colômbia*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Gutiérrez e família vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2013. Série C n.º 271. Doravante: Corte IDH. *Caso Gutiérrez e família vs. Argentina*. MRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2013. Série C n.º 274. Doravante: Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2013. Série C n.º 275. Doravante: Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de maio de 2014. Série C n.º 277. Doravante: Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. Exceções Preliminares. Sentença de 26 de maio de 2014. Série C n.º 278. Doravante: Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán e outros (dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito,

Reparações e Custas. Sentença de 29 de maio de 2014. Série C n.º 279. Doravante: Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. MRC. 2014.

Corte IDH. *Caso irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de agosto de 2014. Série C n.º 281. Doravante: Corte IDH. *Caso irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 283. Doravante: Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C n.º 284. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C n.º 285. Doravante: Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. MRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta e outros vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de outubro de 2014. Série C n.º 286. Doravante: Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta e outros vs. Peru*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de novembro de 2014. Série C n.º 287. Doravante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C n.º 289. Doravante: Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de abril de 2015. Série C n.º 292. Doravante: Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de junho de 2015. Série C n.º 293. Doravante: Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Canales Huapaya e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de junho de 2015. Série C n.º 296. Doravante: Corte IDH. *Caso Canales Huapaya e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de junho de 2015. Série C n.º 297. Doravante: Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C n.º 299. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2015. Série C n.º 300. Doravante: Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. MRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de outubro de 2015. Série C n.º 301. Doravante: Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C n.º 302. Doravante: Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C n.º 303. Doravante: Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. MRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de outubro de 2015. Série C n.º 304. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de outubro de 2015. Série C n.º 305. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015.

Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2015. Série C n.º 306. Doravante: Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de novembro de 2015. Série C n.º 307. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2015. Série C n.º 308. Doravante: Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2015.

Série C n.º 309. Doravante: Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. MRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de fevereiro de 2016. Série C n.º 310. Doravante: Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPMRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de maio de 2016. Série C n.º 311. Doravante: Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPMRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de fevereiro de 2016. Série C n.º 312. Doravante: Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPMRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de junho de 2016. Série C n.º 314. Doravante: Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPFRC. 2016.

Pareceres Consultivos

Corte IDH. *Habeas corpus sob suspensão de garantias (Art. 27.2., 25.1. e 7.6. Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-8/87 de 30 de janeiro de 1987. Série A n.º 8. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87. *Habeas corpus sob suspensão de garantias*. 1987.

Corte IDH. *Garantias judiciais em estados de emergência (Art. 27.2., 25 e 8 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A n.º 9. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo PC-9/87. *Garantias judiciais em estados de emergência*. 1987.

Corte IDH. *Exceções ao esgotamento dos recursos internos (Art. 46.1., 46.2.a e 46.2.b Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo PC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Série A n.º 11. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90. *Exceções ao esgotamento dos recursos internos*. 1990.

Corte IDH. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A n.º 17. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002

Resoluções e Decisões

Corte IDH. *Caso “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 27 de janeiro de 2009.

Corte IDH. *Caso “Massacre de Mampiripán” vs. Colômbia*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 8 julho de 2009.

Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolívia*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 16 de novembro de 2009.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 24 de novembro de 2009.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 1 de julho de 2011.

Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 5 de julho de 2011.

Corte IDH. *Caso Cinco Aposentados vs. Peru*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 30 de novembro de 2011.

Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 20 de fevereiro de 2012.

Documentos adotados por organizações internacionais

Organização dos Estados Americanos

OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, São José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Referências acadêmicas

BURGORGUE-LARSEN, L. “La erradicación de la impunidad: Claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em: *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR n.º 9, Instituto de Desarrollo Europeo e Integración Regional. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2011.

MEDINA QUIROGA, C. *La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Facultad de Derecho y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Santiago, 2003.

Outras referências não acadêmicas

Fundación para el Debido Proceso Legal. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*. Washington DC, 2009.

Sumário

1. Introdução.....	732
2. Considerações gerais sobre o direito à proteção judicial.....	734
3. Direito a um recurso simples e célere, ou a qualquer outro recurso efetivo, que proteja contra atos que violem direitos fundamentais.....	738
3.1. A simplicidade e celeridade do recurso.....	738
3.2. A efetividade do recurso judicial.....	739
3.3. O alcance da revisão que deve ter um recurso judicial, em relação a uma decisão administrativa, para que seja efetivo.....	742
4 O recurso de amparo e o habeas corpus como manifestações do recurso simples, rápido e efetivo reconhecido no artigo 25 da CADH.....	743
4.1. O recurso de amparo.....	743
4.2. Habeas Corpus, recurso de exibição pessoal ou amparo de liberdade.....	745
5. Compromissos estatais com relação ao direito à proteção judicial.....	747
5.1. Compromisso de garantir que a autoridade competente prevista no sistema jurídico do Estado decidirá sobre os direitos de qualquer pessoa que interponha recurso (art. 25.2.a).....	747
5.2. Compromisso de desenvolver as possibilidades do recurso judicial (art. 25.2.b).....	748
5.3. Compromisso de garantir o cumprimento, por parte das autoridades competentes, de toda decisão passível de recurso: execução das sentenças (art. 25.2.c).....	748
6. Considerações especiais sobre o direito à proteção judicial relativas a certos direitos reconhecidos na CADH.....	750
6.1. Em relação à liberdade de expressão: denegação de acesso à informação (art. 13).....	750
6.2. Em relação ao direito de propriedade dos membros de povos indígenas e tribais (art. 21).....	751
7. A obrigação de investigar como materialização do dever de garantia, à luz das exigências das garantias judiciais e da proteção judicial.....	753
7.1. Requisitos da obrigação de investigar.....	755
7.2. O direito à verdade e a obrigação de investigar.....	760
7.3. A ausência de investigação: impunidade.....	762
7.4. Incompatibilidade de anistias e outras excludentes de responsabilidade da obrigação de investigar as graves violações de Direitos Humanos.....	764
7.5. Considerações específicas sobre a obrigação de investigar em relação a certos direitos reconhecidos na CADH.....	770

1. Introdução

O presente capítulo sistematiza os padrões estabelecidos pela Corte IDH em relação ao conteúdo, exigências e alcance do direito à proteção judicial, reconhecido no artigo 25 da CADH. Como o artigo 8 da CADH (garantias judiciais), o artigo 25 inclui o direito de acesso à justiça e, portanto, a obrigação estatal correspondente de garantir o acesso à administração de justiça a toda pessoa, a fim de fazer valer seus direitos.¹

¹ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. RC. 1998, par. 169. Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. RC. 1998, par. 106. Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. RC. 1999, par. 61.

Como destacou o ex-presidente da Corte IDH, Antonio Cançado Trindade, esse direito possui uma origem latino-americana pouco conhecida. De fato, sua consagração original é encontrada na DADDH de abril de 1948 (art. XVIII), logo após adotada na DUDH de dezembro de 1948 (art. 8º) e, a partir daí, incluída na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 13), no PIDCP (art. 2.3) e na CADH.²

Não obstante a particularidade e distinção mencionadas no artigo 25,³ vale mencionar o extenso debate decorrente da jurisprudência e da doutrina sobre o vínculo entre os dois artigos e a necessidade ou não de analisá-los em conjunto quando se alega violação de Direitos Humanos em um determinado caso.

Desde sua primeira sentença no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sobre exceções preliminares, a própria Corte IDH observou que os Estados Partes da Convenção “comprometem-se a fornecer remédios judiciais efetivos para vítimas de violações de Direitos Humanos (art. 25), recursos que devem ser subsidiados de acordo com as regras do devido processo legal (art. 8.1)”, dentro da obrigação geral de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela CADH a todas as pessoas sob sua jurisdição (art. 1.1).⁴ A partir desse momento, e até a presente data, é significativo o número de sentenças em que a Corte IDH considerou, conjunta e indistintamente, as considerações relativas a ambos os direitos. Contudo, a jurisprudência também apresenta uma série de casos nos quais a Corte IDH fez uma avaliação independente dos direitos em questão, sem a declaração de responsabilidade internacional de um Estado pela violação da proteção judicial que implica necessariamente a violação do direito a garantias judiciais ou vice-versa.

Contra isso, encontramos uma posição crítica na doutrina, decorrente, inclusive, dos votos da ex-presidenta da Corte IDH, Cecilia Medina Quiroga, quem afirma que os direitos acima mencionados são de natureza distinta e que sua relação é de substância e não forma,⁵ de modo que “se o artigo 25 for analisado com os parâmetros do artigo 8 [...] o significado do primeiro será distorcido”.⁶

A complexidade da apresentação dos padrões específicos do direito à proteção judicial se torna maior, já que, em um número significativo de sentenças a Corte IDH analisou na mesma seção e, em alguns casos, sem especificar distinções, o artigo 25 e o artigo 7.6 da CADH (direito à liberdade pessoal), segundo o qual “Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais [...]”.⁷ Dessa maneira, certamente, será possível identificar padrões compartilhados entre o direito à proteção judicial e o direito à liberdade pessoal, uma vez que, como afirmou o ex-presidente da Corte Sergio García Ramírez, em resposta a um caso no qual a não observância do artigo 25 foi analisada sob a perspectiva da violação do artigo 7.6, apesar

2 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. Pedido de Interpretação da Sentença de MRC. 1997. Voto do juiz Antonio A. Cançado Trindade, par. 19.

3 Ver a primeira parte do comentário ao artigo 8 (garantias judiciais), de Ibáñez, sobre a natureza e características distintas do artigo 25.

4 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987, par. 91. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, par. 233.

5 Corte IDH. Parecer Consultivo PC -9/87. *Garantias judiciais em estados de emergência*. 1987, par. 24. Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. MRC. 2002, par. 148.

6 Ver os votos da juíza Cecilia Medina Quiroga nos seguintes casos: 1) Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPM. 2008. 2) Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia*. MRC. 2004. 3) Corte IDH. *Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. MRC. 2004. 4) Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. MRC. 2005. 5) Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. MRC. 2006. 6) Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. MRC. 2006. 7) Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPM. 2008.

7 O artigo 7.6. da CADH dispõe que “[t]oda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa”.

da separação conceitual, não há como negar “a estreita relação que existe entre alguns bens, os direitos correspondentes e os eventos em que são aqueles são lesionados e estes violados”.⁸ A esse respeito, a própria Corte IDH indicou que “os artigos 7 e 25 da Convenção contêm regulamentos que correspondem materialmente aos componentes substantivos e processuais do devido processo”.⁹

Por outro lado, neste capítulo, considerou-se pertinente apresentar os padrões desenvolvidos pela Corte IDH em relação à obrigação do Estado de investigar violações de Direitos Humanos. Isso porque, embora seja uma das medidas positivas que os Estados devem adotar para garantir os direitos reconhecidos na CADH,¹⁰ em conformidade com o artigo 1.1, a obrigação de investigar deve ser cumprida pelas autoridades competentes, seguindo rigorosamente as regras do devido processo,¹¹ ou seja, os requisitos dos direitos às garantias e à proteção judiciais, estabelecidos nos artigos 8 e 25 da CADH, respectivamente.

Consequentemente, os juízes, os órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis e, em geral, qualquer autoridade pública,¹² podem encontrar abaixo os critérios que, na aplicação do controle de convencionalidade, devem implementar no exercício de suas funções.

Da mesma forma, os membros de organizações não-governamentais, defensores, supostas vítimas e todos os usuários do SIDH poderão identificar neste texto a interpretação e o escopo com os quais a Corte IDH preencheu de conteúdo o direito à proteção judicial, bem como o dever de investigar violações de Direitos Humanos.

Com base no exposto, este capítulo está dividido em seis seções: 1) considerações gerais sobre o direito à proteção judicial; 2) requisitos específicos do direito a um recurso simples, rápido e/ou eficaz; 3) alcances do recurso de amparo e do *habeas corpus* como manifestações do recurso simples, rápido e eficaz; 4) compromissos estatais relativos ao respeito e à garantia do direito à proteção judicial; 5) considerações especiais do direito à proteção judicial em relação a certos direitos reconhecidos na CADH; e 6) obrigação de investigar violações de Direitos Humanos como materialização do dever de garantir, à luz dos requisitos das garantias judiciais e proteção judicial.

2. Considerações gerais sobre o direito à proteção judicial

A Corte IDH declarou que o direito à proteção judicial “constitui um dos pilares básicos” da CADH e do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática, na acepção da Convenção.¹³ O reconhecimento desse direito por meio do artigo 25 “inovou a normativa internacional existente anteriormente à adoção da Convenção Americana, na medida em que estabelece um recurso que deve ser judicial”, diferentemente do disposto no artigo 2.3.a do PIDCP, que apenas obriga o Estado a fornecer um remédio efetivo para “toda pessoa cujos direitos ou liberdades reconhecidos no [tratado] tenham sido violados”.¹⁴

8 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPMRC. 2004. Voto do juiz Sergio García Ramírez.

9 Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. MRC. 2015, par. 152.

10 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, pars. 166 e 176. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 167.

11 Corte IDH. *Caso Huilca Teese vs. Peru*. MRC. 2005, par. 106. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009, par. 178.

12 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPMRC. 2006, par. 124. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, pars. 193 e 239.

13 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. M. 1997, par. 82. Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPMRC. 2012, par. 82. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, par. 228.

14 Medina Quiroga, C. *La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Facultad de Derecho y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Santiago, 2003, p. 367.

De acordo com as atas e documentos da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, que inclui os trabalhos preparatórios da CADH, o projeto de artigo 25, identificado na época com o número 23,¹⁵ incluía um único parágrafo que, posteriormente, foi especificado e ao qual foi acrescentado um segundo parágrafo sobre os compromissos do Estado em relação a esse direito. Através do registro da intervenção do presidente da Comissão I na referida Conferência, o grupo responsável pelo debate sobre o atual artigo 25, ficou evidente que o projeto de artigo supunha “a consagração do clássico direito de amparo”.¹⁶ No entanto, como a juíza Medina Quiroga apontou em seu voto parcialmente dissidente na sentença do caso *Salvador Chiriboga vs. Equador*, a partir da leitura integral dos trabalhos preparatórios acima mencionados, “pode-se deduzir que esta disposição não apenas estabelece o recurso de amparo – simples e rápido – como também um segundo tipo de recurso que, embora não seja simples e rápido, seja efetivo”.¹⁷

Com efeito, a Corte IDH apontou que o texto do artigo 25 “é uma disposição geral que inclui a instituição processual do amparo, entendido como o procedimento judicial simples e breve que visa proteger todos os direitos reconhecidos pelas constituições e leis dos Estados Partes e pela Convenção”.¹⁸ Embora a primeira versão desta disposição tenha sido limitada à consagração da proteção judicial somente aos direitos estabelecidos na Constituição e nas leis do respectivo país,¹⁹ durante os trabalhos preparatórios o governo do Chile declarou que o artigo “era insuficiente” por não se referir aos direitos reconhecidos pela CADH, e propôs a respectiva modificação com base na formulação do referido artigo 2.3 do PIDCP,²⁰ que foi, então, aprovada.

Da mesma forma, a Corte IDH especificou que a proteção judicial supõe, “em termos amplos, a obrigação por parte dos Estados de oferecer, a todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição, um recurso judicial efetivo contra atos que violem seus direitos fundamentais”.²¹ Dessa maneira, ao interpretar o texto do artigo 25 da CADH, a Corte IDH considerou que “a obrigação do Estado de prover um recurso judicial não se reduz simplesmente à mera existência de tribunais ou procedimentos formais ou mesmo à possibilidade de apelar [perante aqueles]”.²² Em outras palavras, “além da existência formal dos recursos, estes devem dar resultados ou respostas às violações de direitos contemplados seja na Convenção, na Constituição ou nas leis”.²³ O acima exposto implica que o recurso deve ser adequado para combater a violação e que sua aplicação pela autoridade competente seja efetiva.”²⁴ Consequentemente, a sensação da proteção concedida pelo artigo 25:

É a possibilidade real de acessar um recurso judicial para que a autoridade competente[,] e capaz de proferir uma decisão vinculante [,] determine se houve ou não uma violação de

15 OEA. *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos*. San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, (OEA/Ser.K/XVI/1.2), p. 22.

16 OEA, *op. cit.*, p. 261.

17 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPM. 2008. Voto parcialmente dissidente da juíza Cecilia Medina Quiroga.

18 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87. *O habeas corpus sob suspensão de garantias*. 1987, par. 32. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87, *op. cit.*, par. 23.

19 OEA, *op. cit.*, p. 22. Corte IDH. *Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. MRC. 2004. Voto parcialmente dissidente da juíza Cecilia Medina Quiroga.

20 OEA, *op. cit.*, p. 41.

21 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987, par. 91. Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012, pars. 261 e 263. Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. MRC. 2015, par. 238.

22 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, pars. 91, 66-68. Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012, pars. 261 e 263. Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. MRC. 2015, par. 238.

23 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87, *op. cit.*, par. 23. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, par. 109.

24 Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. MRC. 2003, par. 117. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, par. 109.

qualquer direito que a pessoa que alega considere ter e que, se uma violação for encontrada, o recurso seja útil para restituir ao interessado o gozo de seu direito e repará-lo.²⁵

Assim, não basta que os recursos sejam previstos na constituição ou na lei ou que sejam formalmente admissíveis, mas devem ser efetivos nos termos do artigo 25.²⁶ Portanto, como no caso do direito às garantias judiciais,²⁷ a Corte IDH indicou que “o artigo 25 da Convenção também consagra o direito de acesso à justiça”, “norma imperativa do Direito Internacional”,²⁸ entendido como aquele que:

não se esgota com o trâmite do processo interno, mas também deve garantir, dentro de um prazo razoável, o direito da suposta vítima [ou seus familiares] de obter o controle jurisdicional que permita determinar se os atos das [respectivas] autoridades foram adotados sob o amparo de [seus] direitos e garantias mínimas.²⁹

Além disso, no caso *Castañeda Gutman vs. México*,³⁰ a Corte IDH considerou que, precisamente ao estabelecer o direito de acesso à justiça, o artigo 25 da CADH pode ser violado “independentemente de haver ou não uma violação do direito reivindicado ou de que a situação que serviu de sustentação esteja dentro do escopo do direito invocado.”³¹ Por esse motivo, independentemente de a autoridade judicial declarar a reclamação da pessoa que interpõe um recurso tão infundado quanto não sendo incluído pela regra que invoca, ou não encontrar uma violação do direito supostamente violado, “o Estado é obrigado a fornecer recursos efetivos que permitam às pessoas contestar os atos da autoridade que consideram violadores de seus Direitos Humanos”. Para a Corte IDH, seria “irrazoável” estabelecer o referido recurso “se for exigido que conheçam de antemão se sua situação será considerada pelo órgão judicial como protegida por um direito específico”.³²

Dessa forma, a Corte IDH recordou que:

A obrigação do Estado de conduzir os processos de acordo com a garantia da proteção judicial consiste em uma obrigação de meio ou de comportamento e que não é violada pelo mero fato de que o processo não produza um resultado satisfatório ou não se alcance a conclusão pretendida pela suposta vítima.³³

Por todo o exposto, é preciso ressaltar que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal, o direito à proteção judicial está intimamente ligado às obrigações gerais do Estado, reconhecidas nos artigos 1.1 (obrigação de respeitar e garantir os direitos) e 2 (dever de adotar disposições do direito interno) da CADH, que “atribuem funções de proteção ao direito interno dos Estados Partes”.³⁴ Assim, a Corte IDH identificou duas responsabilidades específicas do Estado em relação ao direito à proteção judicial.

25 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87, *op. cit.*, 1987, par. 24. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPMRC. 2008, par. 100. Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012, par. 261. Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. MRC. 2015, par. 238.

26 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87, *op. cit.*, 1987, par. 24. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. MRC. 1999, pars. 185-186. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPMRC. 2016, par. 149.

27 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, par. 52. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPMRC. 2008, par. 101.

28 Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. MRC. 2006, par. 131.

29 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. MRC. 2003, par. 114. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. MRC. 2005, par. 188.

30 Sobre o caso *Castañeda Gutman vs. México*, os direitos políticos e o acesso à justiça, ver o comentário ao artigo 23 (direitos políticos) a cargo de Caballero, Dorbecker e García.

31 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. MRC. 2002, par. 52. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPMRC. 2008, par. 101.

32 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPMRC. 2008, par. 100.

33 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. MRC. 2011, par. 122. Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPMRC. 2016, par. 155.

34 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. M. 1997, par. 83. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. M. 1997, par. 65. Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. EPMRC. 2011, pars. 95 e 104. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, par. 110.

A primeira obrigação refere-se a:

consagrar normativamente e garantir a devida aplicação de recursos efetivos perante as autoridades competentes, que protejam todas as pessoas sob sua jurisdição contra atos que violem seus direitos fundamentais ou que levem à determinação de seus direitos e obrigações.³⁵

A promoção da instância judicial é um requisito necessário para a aplicação do artigo 25.³⁶ Assim, a ausência de um recurso efetivo com essas características,³⁷ ou “qualquer norma ou medida que impeça ou dificulte o uso do recurso em questão, constitui uma violação à Convenção”.³⁸

Para cumprir esta obrigação convencional, a Corte IDH estabeleceu que:

Os Estados devem promover recursos acessíveis a toda pessoa para a proteção de seus direitos, de modo que, se uma determinada ação for o recurso destinado por lei para obter a restituição do direito que se considera violado, toda pessoa que seja titular de tal direito deve ter a possibilidade real de interpô-lo.³⁹

Nesse sentido, a Corte IDH destacou “a importância de que os Estados regulamentem os recursos judiciais para que as pessoas tenham certeza e segurança jurídica de suas condições acesso”.⁴⁰

Não obstante, vale a pena observar o que foi declarado pela própria Corte IDH na sentença do caso *Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*, na medida em que “os Estados podem e devem estabelecer pressupostos e critérios para a admissibilidade de recursos internos”, sejam eles judiciais ou de qualquer outra natureza, “por razões de segurança jurídica, para a administração correta e funcional da justiça e para a proteção efetiva dos direitos das pessoas”. Assim, a Corte IDH considerou que:

Embora os recursos internos devam estar disponíveis para a parte interessada e resolver efetiva e adequadamente a questão levantada, bem como, eventualmente, fornecer a reparação adequada, não se deve considerar que sempre e em qualquer caso os órgãos e tribunais internos devem resolver o mérito do caso concreto, sem que se verifiquem os pressupostos formais de admissibilidade e origem do recurso em particular.⁴¹

Da mesma forma, a Corte IDH estabeleceu que, se um determinado recurso for julgado contra quem o interpõe, isso “não implica necessariamente uma violação do direito à proteção judicial”.⁴² Portanto, esse direito não significa que todo recurso deva ser necessariamente acolhido, mas que exista, ao menos, uma possibilidade séria de que o recurso prospere.⁴³

A segunda obrigação refere-se a: “garantir os meios para executar as respectivas decisões e sentenças definitivas proferidas por tais autoridades competentes, de forma que os direitos declarados ou

35 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1999, par. 237. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, par. 110.

36 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. M. 1998, par. 104.

37 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87, *op. cit.*, 1987, pars. 23-24. Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012, par. 261.

38 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. MRC. 2002, par. 52. Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. MRC. 2015, par. 237.

39 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPMRC. 2004, par. 131. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPMRC. 2008, pars. 78 e 106.

40 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPMRC. 2008, par. 110.

41 Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. EPMRC. 2006, par. 126. Corte IDH. *Caso Canales Huapaya e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 99.

42 Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPMRC. 2011, par. 128. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. MRC. 2011, par. 201.

43 Medina Quiroga, C., *op. cit.*, p. 372. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, pars. 67-68.

reconhecidos sejam efetivamente protegidos”.⁴⁴ Isso ocorre porque “o processo deve visar à materialização da proteção do direito reconhecido na decisão judicial por meio de sua aplicação idônea”.⁴⁵

Portanto, “o Estado tem a responsabilidade não apenas de projetar e consagrar normativamente um recurso efetivo, mas também de garantir a aplicação adequada do referido recurso por parte de suas autoridades judiciais”.⁴⁶ Ambas as responsabilidades são necessárias para qualquer recurso judicial regulamentado pelo artigo 25 da CADH.

3. Direito a um recurso simples e célere, ou a qualquer outro recurso efetivo, que proteja contra atos que violem direitos fundamentais

A formulação original do direito à proteção judicial no anteprojeto da CIDH estabelecia que “toda pessoa tem direito a um recurso efetivo, simples e rápido [...]”,⁴⁷ ou seja, que o recurso em questão deveria estar em conformidade, conjuntamente, com três condições. Em suas observações e comentários sobre o projeto, o governo da República Dominicana observou que “poderiam ocorrer casos em que a proteção é ‘efetiva’, mesmo que não seja simples nem rápida”; nesse caso, “o único critério necessário é que o recurso seja ‘efetivo’”. Em resposta, propôs um texto que, após o debate dos respectivos delegados, foi aprovado de acordo com a redação atual do parágrafo 1 do artigo 25.⁴⁸

No entanto, como a juíza Medina Quiroga ressalta claramente, a discussão nos trabalhos preparatórios da CADH “não foi [...] resolvida com uma opinião clara, mas foi deixada assim, talvez sem perceber as consequências que isso poderia trazer”. Por esse motivo, existem “duas maneiras de ler o artigo 25”,⁴⁹ e para ambas deve ser necessário que o recurso seja efetivo, ou seja, conforme indicado pela Corte IDH em sua sentença sobre o mérito do caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, que seja “capaz de produzir o resultado para o qual foi concebida”.⁵⁰ Assim, tanto o recurso simples e rápido, bem como aquele não simples e não rápido, devem, portanto, ser efetivos.

3.1. A simplicidade e celeridade do recurso

O artigo 25 da CADH regula o recurso simples e rápido que protege os lesados contra as violações de seus direitos.⁵¹ A Corte IDH não desenvolveu um conceito específico sobre a simplicidade do recurso. No entanto, à luz dos fatos de cada caso, a Corte analisou os recursos em questão, concluindo, com uma indicação de suas características, se são simples ou não à luz da CADH. No que diz respeito à rapidez, indicou que o recurso deve ser resolvido “dentro de um período que permita amparar a violação [...] que se reclama”.⁵²

Da mesma forma – como mencionado na introdução deste comentário – em certas ocasiões a Corte IDH tomou como base o artigo 7.6 da CADH, sobre o direito à liberdade pessoal, que requer proteção

44 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. M. 1997, par. 65. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012, par. 209. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, par. 110.

45 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Competência. 2003. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, par. 110.

46 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1999. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, par. 110.

47 OEA, *op. cit.*, p. 22.

48 *Ibidem*, p. 66.

49 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPM. 2008. Voto parcialmente dissidente da juíza Cecilia Medina Quiroga, par. 4.

50 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 66. Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012, par. 107. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, par. 241.

51 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. MRC. 1997, par. 89.

52 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. EPMRC. 2004, par. 245.

por meio de um recurso que seja decidido por um juiz ou tribunal competente “sem demora”. Além disso, em algumas sentenças, a Corte IDH avaliou a celeridade analisando os requisitos do “prazo razoável”, reconhecido no artigo 8 da CADH.⁵³

De qualquer forma, o recurso judicial que atenda os requisitos de simplicidade e celeridade deve ser, como indicado acima, também efetivo, nos termos desenvolvidos pela jurisprudência da Corte IDH.

3.2. A efetividade do recurso judicial

O artigo 25 da CADH estabelece o dever do Estado de fornecer recursos internos efetivos,⁵⁴ incorporando “o princípio da efetividade dos instrumentos processuais ou dos meios destinados a garantir os direitos”.⁵⁵ Assim, como foi apontado, não basta que o recurso esteja formalmente previsto,⁵⁶ mas deve ser “capaz de produzir o resultado para o qual foi concebido”,⁵⁷ dando respostas às violações de direitos reconhecidos, seja na CADH, na Constituição ou nas leis;⁵⁸ o que não implica avaliar a efetividade com base em uma eventual solução favorável aos interesses da vítima.⁵⁹ Tudo isso é requerido de um recurso não apenas em situações normais, mas também em circunstâncias excepcionais.⁶⁰

Concretamente, quando a Corte IDH avaliou a efetividade dos recursos iniciados na jurisdição contencioso-administrativa,⁶¹ indicou que é necessário observar se as decisões contribuíram efetivamente para acabar com uma situação que viola direitos, para garantir a não repetição de atos lesivos e garantir o livre e pleno exercício dos direitos protegidos pela CADH.⁶² Por isso, o direito a um recurso efetivo implica “que a análise de um recurso judicial por parte da autoridade competente não pode ser reduzida a uma mera formalidade, mas deve examinar as razões invocadas pelo autor e manifestar-se sobre elas”.⁶³

Além disso, em relação à efetividade, a Corte IDH destacou que a obrigação do artigo 25 pressupõe que o recurso seja “adequado”, o que significa que sua função no sistema de direito interno deve ser “idônea” para proteger a situação jurídica infringida⁶⁴ ou para combater a violação em questão.⁶⁵ Certamente:

em todos os ordenamentos internos existem múltiplos recursos, mas nem todos são aplicáveis em todas as circunstâncias. [...] Assim indica o princípio de que a norma está encaminhada a

53 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPM. 2008. Voto parcialmente dissidente da juíza Cecilia Medina Quiroga, par. 5.

54 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. M. 1998, par. 103.

55 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87, *op. cit.*, par. 24.

56 *Ibidem*, Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. MRC. 2001, par. 90. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, par. 109.

57 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 66. Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 142.

58 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87, *op. cit.*, par. 24. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, par. 110.

59 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 67. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPMRC. 2011, par. 128. Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPMRC. 2013, par. 195.

60 Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. MRC. 1999, par. 186.

61 Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 210. Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012, par. 108.

62 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87, *op. cit.*, par. 24. Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012, par. 108.

63 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. MRC. 2006, par. 96. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, par. 109.

64 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 64. Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 142. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, par. 239.

65 Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. MRC. 2003, par. 117. Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 142.

produzir um efeito e não se pode interpretar no sentido de que não produza nenhum ou que seu resultado seja manifestamente absurdo ou irracional.⁶⁶

Assim, por exemplo, um procedimento de natureza civil, como a presunção de morte por desaparecimento, cuja função é, *inter alia*, que os herdeiros possam dispor dos bens da pessoa desaparecida, não é suficiente para encontrar a pessoa ou obter sua libertação se estiver detida,⁶⁷ e, portanto, tampouco é efetivo para esse fim. Consequentemente, é possível observar na jurisprudência da Corte IDH que, antes de verificar a efetividade de um recurso, a Corte IDH analisou se era adequado.⁶⁸ Da mesma forma, a Corte IDH considerou que, embora um recurso pudesse ser adequado para proteger a situação jurídica violada, não foi efetivo por não remediar a situação e por não permitir que se produzisse o resultado para o qual foi concebido,⁶⁹ violando o disposto no artigo 25.1 da CADH.

Portanto, de acordo com a Corte IDH, “não podem ser considerados efetivos os recursos que, devido às condições gerais do país ou mesmo às circunstâncias particulares de um determinado caso, resultem ilusórios”.⁷⁰ Isso pode ocorrer, por exemplo, quando sua inutilidade é demonstrada pela prática, devido ao fato de o Poder Judiciário não possuir a independência necessária para decidir com imparcialidade,⁷¹ porque faltam os meios para executar suas decisões ou devido a qualquer outra situação que constitua um quadro de denegação de justiça, “como acontece quando há um atraso injustificado na decisão; ou, por qualquer motivo, à suposta pessoa lesionada, não seja permitido o acesso ao recurso judicial”.⁷²

De fato, citando o TEDH no caso *Akdivar vs. Turquia*, a Corte IDH indicou “que a existência de recursos internos deve ser suficientemente certa, não apenas na teoria, mas também na prática; nesse caso, eles não cumpriram a acessibilidade e a efetividade exigidas”. Dessa forma, estimou que “deve ser levada em consideração a existência de recursos formais no sistema jurídico do Estado em questão, bem como o contexto jurídico e político geral em que operam, assim como as circunstâncias pessoais dos petionários ou demandantes.”⁷³

Além disso, a Corte IDH indicou que “um recurso efetivo pode se tornar ineficaz se estiver subordinado a requisitos processuais que o tornam inaplicável ou se, de fato, não tiver o poder de obrigar às autoridades”.⁷⁴

Ademais, a Corte IDH indicou que, para preservar o direito a um recurso efetivo, é essencial que seja processado de acordo com “as regras do devido processo, consagradas no artigo 8 da Convenção”.⁷⁵ Como contrapartida, no âmbito do devido processo, “internamente, deve haver recursos adequados e

66 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 64. Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014, par. 86. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, par. 239.

67 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 64.

68 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, par. 216. Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. EPMRC. 2011, par. 98.

69 Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009, par. 121. Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. EPMRC. 2011, par. 98.

70 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87, *op. cit.*, par. 24. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, par. 109.

71 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. MRC. 2001, par. 137. Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, par. 247.

72 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87. *Garantias judiciais em estados de emergência*. 1987, par. 24. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 68. Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012, par. 107. Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, par. 109.

73 Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. EPMRC. 2006, par. 130. Corte IDH. *Caso Canales Huapaya e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 105.

74 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 66. Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014, par. 87. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, par. 242.

75 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987, par. 91. Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPFR. 2012, par. 155.

efetivos”, por meio dos quais, *inter alia*, uma pessoa pode impugnar, por exemplo, a competência das autoridades que exercem jurisdição sobre assuntos a respeito dos quais não possuem tal competência.⁷⁶

Seguindo a classificação proposta pela juíza Medina Quiroga,⁷⁷ a Corte IDH considerou que certos remédios não foram efetivos quando: 1) a situação do Estado a determina,⁷⁸; nesse sentido, “como regra geral, entende-se que não existem recursos efetivos quando há uma situação de violações massivas e sistemáticas no Estado, porque a ineficácia dos recursos é, realmente, um elemento da situação”; 2) os afetados foram impedidos de exercê-los de fato, por exemplo, em casos de presos clandestinos;⁷⁹ 3) agentes estatais impediram seu processamento; a este respeito, na decisão do caso *Castillo Páez vs. Peru*, a Corte IDH considerou “que o recurso interposto pelos familiares da [vítima] contra sua detenção (*habeas corpus*) foi dificultado por agentes do Estado com a adulteração do registro de ingresso os detidos, o que impediu a localização do ofendido”;⁸⁰ (4) a própria legislação do Estado não oferece o referido recurso efetivo, estabelecendo uma “ofensa geral e clara [...]”; nesse sentido, em alguns casos contra o Estado do Peru,⁸¹ em que as vítimas foram processadas de acordo com normas específicas por crimes de terrorismo ou traição à pátria, a Corte IDH decidiu que o fato de a legislação peruana proibir a interposição de *habeas corpus* em favor dos processados constituía uma violação do artigo 25; e 5) a falta de efetividade específica para um caso, no caso de *Cantos vs. Argentina*, a Corte IDH considerou que a determinação judicial de uma taxa de justiça muito alta e de honorários profissionais muito altos, regulamentados com base no montante do litígio, constituía “um elemento obstrutivo da administração efetiva da justiça”, o que viola os artigos 8 e 25 da CADH.⁸²

A essa lista podemos acrescentar os casos em que o recurso não é eficaz, pois se transformou em “um meio de atrasar e dificultar o processo judicial e um fator de impunidade”.⁸³ Nesse sentido, a Corte IDH estabeleceu que a efetividade dos recursos está relacionada à negação do acesso à justiça, uma vez que um recurso existente no sistema jurídico de um Estado não pode ser considerado efetivo se não resolver a disputa suscitada por um atraso injustificado no procedimento.⁸⁴

Por todo o exposto, é possível concluir que, para a Corte IDH:

a efetividade tem a ver com a capacidade potencial do recurso de produzir, “de fato e de direito”, [...] o resultado necessário para proteger o direito, mas também se refere ao devido processo, pois tende a considerar que o artigo 25 da Convenção foi violado quando um ou mais elementos dos indicados no artigo 8 estão ausentes.⁸⁵

76 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009, par. 297. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y outra vs. México*. EPMRC. 2010, par. 167.

77 Medina Quiroga, C., *op. cit.*, pp. 375, 376 e 378.

78 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. M. 2000, par. 193.

79 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1999, par. 236. Corte IDH. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1998, pars. 166-167.

80 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. M. 1997, par. 81.

81 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. M. 1997, pars. 49-55. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. MRC. 1999, pars. 179-188. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. M. 2000, pars. 161-170. Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Peru*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, pars. 111-116 e 133-135.

82 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. MRC. 2002, par. 56.

83 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003, pars. 204, 206-207 e 209-211. Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009, par. 124.

84 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPM. 2008, par. 88. Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012, par. 110.

85 Medina Quiroga, C., *op. cit.*, p. 373.

3.3 O alcance da revisão que deve ter um recurso judicial, em relação a uma decisão administrativa, para que seja efetivo

A Corte IDH considerou que, para resolver uma disputa entre as partes sobre a efetividade da proteção judicial, é necessário fazer algumas considerações relevantes sobre a extensão da revisão que um recurso judicial deve fornecer para ser efetivo, de acordo com o artigo 25 da CADH.⁸⁶

Em seu voto fundamentado no caso *Claude Reyes e outros vs. Chile*, o juiz Sergio García Ramírez referiu-se, com atenção aos fatos do referido caso, à possibilidade de uma decisão de uma autoridade administrativa poder ser submetida a um órgão judicial para que este decida de maneira definitiva.

Na ocasião, o juiz García Ramírez declarou que:

a existência de um meio de controle da legalidade, por via judicial, não implica que o primeiro passo no exercício do poder de decisão sobre direitos e deveres individuais [na esfera administrativa] fique subtraído às garantias do procedimento, em troca de que estas existam quando se ingressa ao segundo passo deste exercício, uma vez aberto um processo perante a autoridade judicial. [Por conseguinte, enfatizou que era necessário] observar as garantias em todas as etapas [já que o controle que a última etapa judicial promete ao indivíduo não justifica que a primeira, por exemplo, de natureza administrativa], deixem de lado essas garantias com a expectativa de recebê-las posteriormente.⁸⁷

No julgamento de *Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*, com base na jurisprudência do TEDH no caso *Sigma Radio Television Ltd. vs. Chipre*, a Corte IDH identificou quatro fatores relevantes a serem levados em consideração nos casos “em que o conhecimento de uma decisão administrativa anterior, que supostamente viola os direitos de uma suposta vítima, é submetido aos órgãos judiciais”, a saber: a competência do órgão judicial em questão, o tipo da matéria sobre a qual o órgão administrativo se pronunciou – levando em consideração se envolve conhecimentos técnicos ou especializados – o objeto da controvérsia levantada perante o órgão judicial, que inclui as alegações de fato e de direito das partes, e as garantias do devido processo perante o órgão judicial.⁸⁸

Dessa forma, frente à situação daquele caso, a Corte IDH estabeleceu que “existe uma revisão judicial suficiente quando o órgão judicial examina todas as alegações e argumentos apresentados a respeito da decisão do órgão administrativo, sem declinar sua competência ao resolvê-las ou ao determinar os fatos”. Assim, a Corte IDH estimou que:

Não há uma revisão judicial se este órgão for impedido de determinar o objeto principal da controvérsia, como, por exemplo, ocorre nos casos em que é considerado limitado pelas determinações de fato ou legais feitas pelo órgão administrativo, que teriam sido decisivas na resolução do caso.⁸⁹

Portanto – seguindo novamente a jurisprudência do TEDH no caso *Sigma Radio Television Ltd.* –, a Corte IDH considerou que:

o recurso é efetivo por contar com uma revisão judicial suficiente[,] mesmo quando o órgão judicial não estiver facultado a para analisar todos os aspectos de uma decisão administrativa, se for capaz de anular a referida decisão sob diferentes premissas, incluindo a interpretação incorreta dos fatos ou da lei.⁹⁰

No caso específico, a Corte IDH concluiu que “o fato de o recurso judicial disponível ser um recurso de nulidade não [...] configurava uma violação do direito à proteção judicial”.⁹¹

86 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. MRC. 2011, par. 202.

87 Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. MRC. 2006. Voto individual do juiz Sergio García Ramírez, par. 13.

88 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. MRC. 2011, par. 203.

89 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. MRC. 2011, par. 204.

90 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. MRC. 2011, par. 210.

91 *Ibidem*, par. 213. Na mesma decisão, a Corte recordou sua sentença em *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, a partir de cujos

4 O recurso de amparo e o habeas corpus como manifestações do recurso simples, rápido e efetivo reconhecido no artigo 25 da CADH

Conforme indicado, o artigo 25 “é uma disposição geral que inclui a instituição processual do amparo”.⁹²

Nesse sentido, a Corte IDH indicou que “se pode afirmar que o amparo é gênero e o habeas corpus é uma de suas vertentes específicas”.⁹³ De acordo com os princípios básicos de ambas as garantias incluídas na CADH, bem como as diversas nuances estabelecidas nas leis dos Estados Partes, a Corte IDH observou:

que, em alguns casos, o habeas corpus é regulado de forma autônoma com o objetivo de proteger essencialmente a liberdade pessoal dos detidos ou daqueles que estão ameaçados de serem privados de sua liberdade, mas em outras ocasiões o habeas corpus é chamado de ‘amparo da liberdade’ ou é parte integrante do amparo.⁹⁴

Da mesma forma, na medida em que, como recursos judiciais, são necessários tanto em situações normais quanto em circunstâncias excepcionais,⁹⁵ a Corte IDH estabeleceu que os procedimentos de habeas corpus e de amparo constituem exemplos de “garantias judiciais indispensáveis à proteção dos direitos cuja suspensão é vedada pelo artigo 27.2. [da Convenção] e servem, além disso, para preservar a legalidade em uma sociedade democrática”.⁹⁶ Consequentemente, “os ordenamentos constitucionais e legais dos Estados Partes que autorizam, explícita ou implicitamente, a suspensão dos procedimentos de habeas corpus ou amparo em situações de emergência, devem ser considerados incompatíveis com as obrigações internacionais impostas a esses Estados pela Convenção”.⁹⁷ Assim, a jurisprudência da Corte IDH é clara ao afirmar “que o regime de proteção judicial previsto no artigo 25 da Convenção é aplicável a direitos não suscetíveis de suspensão em um estado de emergência”.⁹⁸

Nesse mesmo sentido, a Corte IDH enfatizou que as garantias judiciais do artigo 8 da CADH – aplicável aos recursos judiciais regulamentados no artigo 25 do mesmo tratado – deve permanecer em vigor nesses contextos. Desse modo, a Corte IDH indicou que “os princípios do devido processo legal não podem ser suspensos devido a situações de exceção, na medida em que constituem condições necessárias para que os instrumentos processuais, regulamentados pela Convenção, possam ser considerados garantias judiciais”, o que “é ainda mais evidente em relação ao habeas corpus e ao amparo”.⁹⁹

4.1. O recurso de amparo

A Corte IDH estabeleceu que, por sua natureza, o recurso de amparo é “o procedimento judicial simples e breve que tem como objetivo a proteção de todos os direitos reconhecidos pelas constituições e leis dos Estados Partes e pela Convenção”.¹⁰⁰ Por outro lado, em relação ao tempo, a Corte IDH

fatos provados pode concluir que o recurso judicial disponível era um recurso de nulidade, considerado idôneo para a proteção dos direitos violados no referido caso. Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, par. 81. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. MRC. 2011, par. 210.

92 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87, *op. cit.*, par. 32.

93 *Ibidem*, par. 34. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPMRC. 2009, par. 77.

94 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87, *op. cit.*, par. 34. Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haiti*. MRC. 2008, par. 121.

95 Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. MRC. 1999, par. 186.

96 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87, *op. cit.*, par. 42. Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. M. 2000, par. 106.

97 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87, *op. cit.*, par. 43. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPMRC. 2004, par. 128.

98 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87, *op. cit.*, par. 23.

99 *Ibidem*, par. 30.

100 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87, *op. cit.*, par. 32. Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. MRC. 2001, par. 91. Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012, par. 272. Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPMRC. 2015, par. 282.

especificou que “os outros recursos”, que não o de amparo, “devem ser resolvidos dentro de um prazo razoável”, em conformidade com o artigo 8.1 da Convenção”.¹⁰¹

Da mesma forma, a Corte IDH estimou que:

Por si só, não é incompatível com a Convenção que um Estado limite o recurso de amparo a certos assuntos, [por exemplo, em relação aos direitos políticos], desde que forneça outro recurso de natureza semelhante e alcance igual para os Direitos Humanos que estão fora do conhecimento da autoridade judicial por meio do amparo.¹⁰²

Além disso, uma vez que é um dos recursos dentro do escopo do artigo 25 da CADH, “ele precisa atender a vários requisitos, entre os quais estão a idoneidade e a efetividade.”¹⁰³ Nesse sentido, o recurso de amparo deve ser adequado “para proteger a situação jurídica violada, conforme for aplicável a atos de autoridade que impliquem uma ameaça, restrição ou violação dos direitos protegidos”,¹⁰⁴ e efetivo, “de acordo com os princípios de concentração, celeridade, contraditório, contraditório e fundamentação das decisões judiciais e direitos de defesa”.¹⁰⁵

Por outro lado, cabe destacar que nos casos *Myrna Mack vs. Guatemala* e *Massacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, a Corte IDH se referiu a abusos na interposição do recurso de amparo nesse Estado. Assim, foi levado ao conhecimento da Corte IDH que, embora permitido por lei no âmbito de um processo penal, o amparo tem sido utilizado como uma prática dilatória com a tolerância das autoridades judiciais.¹⁰⁶ Conforme observado pela Corte IDH, o texto da *‘Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad’* obrigava os tribunais de amparo da Guatemala a “processar e resolver todo recurso de amparo apresentado contra qualquer autoridade judicial por qualquer ato processual”, mesmo que seja “manifestamente inadmissível”.¹⁰⁷ Nesse sentido, a Corte IDH considerou que “o atraso ostensivo no processamento e resolução dos referidos recursos [...] não é compatível com o artigo 25.1 da Convenção Americana”. Assim, embora a Corte IDH tenha observado que o recurso de amparo é o recurso ideal para proteger os Direitos Humanos na Guatemala, enfatizou que “sua amplitude e falta de requisitos de admissibilidade levaram em alguns casos à demora excessiva e paralisou a justiça”.¹⁰⁸

Especificamente, no caso *Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, a Corte IDH tomou nota do parecer conjunto emitido pelas Comissões de Reforma do Setor Justiça e de Legislação e Pontos Constitucionais sobre a reforma da Lei de Amparo na Guatemala, mediante o qual “confirma a importância da revisão desta legislação, considerada permissiva, cuja interpretação levou a abusos, atrasos deliberados e obstáculos para se obter e cumprir a justiça”, e estabelecida como necessária “para esclarecer, expandir ou explicitar normas que [...] levaram a várias interpretações e aplicações, que causaram atrasos desnecessários no trâmite dos processos e ações de amparo, que desnaturalizam seu propósito e finalidade”.¹⁰⁹

Portanto, através desses casos, a Corte IDH reiterou sua jurisprudência no sentido de que os recursos judiciais devem ser processados de forma que “o uso desproporcional de ações que possam ter efeitos retardadores ou obstaculizadores seja restrito”.¹¹⁰

101 Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPMRC. 2015, par. 282.

102 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPMRC. 2008, pars. 92 e 140.

103 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87, *op. cit.*, 1987, par. 24.

104 Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009, par. 121.

105 *Ibidem*, par. 233 e).

106 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003, pars. 204, 206-207 e 209-211. Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009, par. 106.

107 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003, par. 206. Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009, pars. 109-110.

108 Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009, par. 111.

109 *Ibidem*, par. 117.

110 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. MRC. 2003, par. 115. Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009, par. 235.

4.2 Habeas Corpus, recurso de exibição pessoal ou amparo de liberdade

A Corte IDH reconheceu que, em seu sentido clássico, o recurso de *habeas corpus*, regulamentado pelo ordenamentos americanos, protege diretamente a liberdade pessoal ou física contra prisões arbitrárias, mediante mandato judicial dirigido às autoridades correspondentes, a fim de que o detido seja levado à presença do juiz para que possa examinar a legalidade da prisão e, quando apropriado, decretar sua liberdade.¹¹¹

Segundo a Corte IDH, “o nome, procedimento, regulamento e alcance dos recursos internos que permitem revisar a legalidade da [...] privação de liberdade podem variar de um Estado para outro”.¹¹²

Para que o *habeas corpus* cumpra seu objetivo de verificação judicial da legalidade da privação de liberdade, “exige-se a apresentação do detido perante o juiz ou tribunal competente sob o qual a pessoa permanece”.¹¹³ Além disso, a análise da legalidade de uma privação de liberdade “deve examinar as razões invocadas pelo demandante e manifestar-se expressamente acerca delas, de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Convenção Americana”.¹¹⁴ Nesse sentido, a Corte IDH declarou que, de acordo com a CADH, “existe uma margem de ação para que o juiz do *habeas corpus* se ocupe da competência do funcionário que ordenou a privação de liberdade”, para eventualmente apreciar os dados que determinam se a detenção é arbitrária, por exemplo, por meio de verificação, *inter alia*, da competência da autoridade que emite a ordem de prisão, os fatos imputados, as circunstâncias da pessoa a quem que estes fatos são atribuídos e a regularidade do processo em que a referida ordem teria sido emitida.¹¹⁵ A Corte IDH especificou que, “para ser efetivo, o recurso de *habeas corpus* deve atender ao objetivo de obter sem demora uma decisão sobre a legalidade da prisão ou detenção.”¹¹⁶

Além disso, a Corte IDH indicou que, dentro das garantias judiciais indispensáveis, a função que o *habeas corpus* cumpre é essencial como um meio ideal para: garantir a liberdade, controlar o respeito pela vida das pessoas; controlar o respeito à integridade das pessoas; impedir o desaparecimento forçado de pessoas; impedir a indeterminação do local de detenção das pessoas,¹¹⁷ proteger a pessoa contra tortura ou outro tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante.¹¹⁸

De acordo com o que a Corte IDH declarou em seu parecer consultivo sobre o *habeas corpus* sob suspensão de garantias, a atribuição dessas funções “se baseia na experiência sofrida por várias populações da [região] nas últimas décadas, principalmente devido a desaparecimentos, torturas e assassinatos cometidos ou tolerados por alguns governos”, uma realidade que “provou repetidas vezes que o direito à vida e à integridade pessoal são ameaçados quando o *habeas corpus* é parcial ou totalmente suspenso”.¹¹⁹

Este recurso de *habeas corpus* deve ser garantido “apesar do fato de a pessoa a favor de quem se interpõe [...] já não se encontre sob custódia do Estado, mas tenha sido entregue à custódia de um

111 Sobre o direito de recorrer à justiça para decidir sobre a ilegalidade da liberdade, veja o comentário sobre o artigo 7 (direito à liberdade pessoal) a cargo de Casal.

112 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87. *O habeas corpus sob suspensão de garantias*. 1987, par. 33. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPMRC. 2010, par. 129.

113 Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haiti*. MRC. 2008, par. 115.

114 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87, *op. cit.*, par. 35. Corte IDH. *Caso Neira Alegria e outros vs. Peru*. M. 1995, par. 82. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. M. 1997, par. 63.

115 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. MRC. 2006, par. 96. Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñiguez vs. Equador*. EPMRC. 2007, par. 133.

116 Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. M. 1999, par. 130.

117 Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Equador*. MRC. 2005, par. 97. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 232.

118 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87, *op. cit.*, par. 35. Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. M. 1997, par. 83. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 232.

119 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87, *op. cit.*, pars. 35 e 42. Corte IDH. *Caso Neira Alegria e outros vs. Peru*. M. 1995, par. 82. Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, par. 158.

particular [;] apesar do longo tempo transcorrido desde o desaparecimento de uma pessoa”¹²⁰ e, acima de tudo, se a pessoa estiver em poder de agentes do Estado, porque este é “obrigado a criar as condições necessárias para que qualquer recurso possa ter resultados efetivos”.¹²¹

Especificamente, em relação aos detidos, a Corte IDH indicou que o *habeas corpus*, “cujo objetivo é evitar a arbitrariedade e a ilegalidade das prisões feitas pelo Estado”,¹²² é reforçado “pela condição de garante que lhe corresponde, com relação aos direitos dos detidos”. Assim, como apontou a Corte IDH, o Estado “tem a responsabilidade de garantir os direitos do indivíduo sob sua custódia”,¹²³ e de fornecer “uma explicação imediata, satisfatória e convincente” do que acontece a ele e, eventualmente, “desvirtuar as alegações sobre a responsabilidade estatal, por meio de elementos probatórios adequados.”¹²⁴ Da mesma forma, a Corte IDH enfatizou que o referido remédio deve ser garantido em todos os momentos, mesmo quando o indivíduo se encontre sob condições excepcionais de incomunicabilidade decretada legalmente.¹²⁵

Por outro lado, embora a Corte IDH tenha estabelecido que o *habeas corpus* – assim como o amparo – “é uma garantia judicial que protege direitos não suscetíveis à suspensão”, no mesmo parecer consultivo sobre o *habeas corpus sob suspensão de garantias*, foi perguntado se tal remédio poderia subsistir como meio de garantir o direito à liberdade individual, mesmo em um estado de exceção, apesar de esse direito – reconhecido no artigo 7 da CADH – não ser considerado entre aqueles que não podem ser afetados em situações excepcionais.¹²⁶ A Corte IDH considerou que a suspensão de garantias não deve exceder “a extensão do estritamente necessário para atender à emergência” e que é “ilegal qualquer ação dos poderes públicos que exceda esses limites” – o que deve ser precisamente indicado nas disposições que decretam o estado de exceção – “mesmo na situação de exceção legal em vigor”.¹²⁷ Portanto, a Corte IDH concluiu que “era [...] procedente, dentro de um Estado de Direito, exercer o controle da legalidade [...] por um órgão judicial autônomo e independente que verifique, por exemplo, se uma prisão, com base na suspensão da liberdade pessoal, adequa-se aos termos em que o estado de exceção a autoriza”. Para a Corte IDH, nessa circunstância “o *habeas corpus* adquire uma nova dimensão fundamental”.¹²⁸

Por fim, é importante destacar que, em jurisprudência recente, a Corte IDH considerou desnecessário analisar o artigo 7.6. da CADH (sobre o direito de recorrer a um juiz para decidir sobre a legalidade de uma prisão ou detenção) juntamente com o artigo 25,¹²⁹ porque, de acordo com a Corte IDH, o artigo 7.6:

Possui conteúdo jurídico próprio, que consiste em proteger diretamente a liberdade pessoal ou física, por meio de uma ordem judicial dirigida às autoridades correspondentes, a fim de que o detido seja levado à presença do juiz para que ele possa examinar a legalidade da privação de liberdade e, quando apropriado, decretar sua liberdade.¹³⁰

120 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87, *op. cit.*, par. 36.

121 Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. MRC. 2005, par. 79.

122 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90. *Exceções ao esgotamento dos recursos internos*. 1990, par. 34. Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. MRC. 2003, par. 116.

123 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. MRC. 2003, par. 138. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPMRC. 2004, par. 129.

124 Corte IDH. *Caso Neira Alegria e outros vs. Peru*. M. 1995, par. 60. Corte IDH. *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*. EPMRC. 2012, par. 135.

125 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPMRC. 2003, par. 111. Corte IDH. *Caso Fleury e outros vs. Haiti*. FR. 2011, par. 77.

126 Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. M. 1999, par. 123.

127 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87, *op. cit.*, 1987, par. 37.

128 *Ibidem*, par. 38.

129 *Ibidem*, par. 40.

130 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPMRC. 2009, par. 77.

Isso, além da consideração da Corte IDH, segundo a qual “o princípio de efeito útil (*effet utile*)”, predicado do recurso judicial regulado no artigo 25, “é transversal à proteção devida a todos os direitos” reconhecidos na CADH.¹³¹

5. Compromissos estatais com relação ao direito à proteção judicial

O texto do artigo 25 não incluía em sua versão original as obrigações estatais que foram subsequentemente aprovadas como segundo parágrafo. De fato, como se observa dos trabalhos preparatórios da CADH, o delegado do Chile apresentou o texto proposto para o atual parágrafo 2º do artigo 25, retirado do artigo 2.3 do PIDCP, gerando debates e reações principalmente dos delegados da Colômbia e dos Estados Unidos da América. O delegado da Colômbia se opôs ao novo parágrafo, considerando que não encontrou motivos para “estabelecer um compromisso especial” dos Estados com relação a esse direito, quando o “compromisso geral” de respeitar e garantir o artigo 1.1 da CADH já estava estabelecido.¹³² Em vista disso, o Delegado do Chile lembrou que o parágrafo em questão foi sugerido “para estabelecer claramente que os governos se comprometeriam a adotar as medidas apropriadas para tornar efetivos os direitos”.¹³³ Por sua parte, o delegado dos Estados Unidos da América declarou que apoiaria a proposta do Chile “por entender que oferecia maior proteção ao indivíduo”.¹³⁴

Finalmente, com base nas considerações e emendas apresentadas pelos delegados de Colômbia, Chile e Estados Unidos, e como consequência do debate, o mencionado segundo parágrafo foi incorporado, a partir do qual os Estados Partes se comprometeram a garantir que a autoridade competente prevista no sistema jurídico do Estado decida sobre os direitos de todas as pessoas que interpuseram o recurso; a desenvolver as possibilidades de recurso judicial e garantir o seu cumprimento por parte das autoridades competentes de qualquer decisão em que o recurso tenha sido considerado procedente.¹³⁵

5.1. Compromisso de garantir que a autoridade competente prevista no sistema jurídico do Estado decidirá sobre os direitos de qualquer pessoa que interponha recurso (art. 25.2.a)

Em relação a essa obrigação, deve-se notar que a proposta inicial do delegado do Chile consistia em incluir o compromisso do Estado de “garantir que a autoridade competente, judicial, administrativa ou legislativa ou qualquer outra autoridade competente prevista no sistema jurídico do Estado, decida sobre os direitos de qualquer pessoa que interpuser recurso”.¹³⁶ No entanto, por sugestão do delegado de El Salvador, a frase “competência judicial, administrativa ou legislativa ou qualquer outra autoridade” foi omitida, colocando-a em votação e aprovando o referido compromisso conforme aparece em sua redação atual.¹³⁷ Portanto, é possível concluir que o compromisso estabelecido no artigo 25.2.a em vigor reforça a obrigação geral do Estado de garantir o exercício dos Direitos Humanos reconhecidos na CADH, em conformidade com o artigo 1.1.

131 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87, *op. cit.*, par. 33-34. Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 231.

132 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPMRC. 2009, par. 77. Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. MRC. 2014, par. 162. Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 231.

133 OEA, *op. cit.*, p. 262.

134 *Ibidem*, p. 263.

135 *Ibidem*, p. 262.

136 *Ibidem*, p. 302-303.

137 *Ibidem*, p. 41.

5.2. Compromisso de desenvolver as possibilidades do recurso judicial (art. 25.2.b)

Nos trabalhos preparatórios da então denominada *Convenção Interamericana*, o compromisso de desenvolver as possibilidades de recurso judicial foi incluído de forma literal na alínea a) juntamente com o compromisso de garantir que a autoridade competente prevista pelo sistema jurídico do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso.¹³⁸ Posteriormente, no documento já chamado *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, de 7 de janeiro de 1970, esse compromisso aparece autonomamente na alínea b) do artigo 25 do tratado.¹³⁹

De acordo com a juíza Medina Quiroga, a afirmação de que o artigo 25 da CADH exige um recurso judicial baseia-se nessa obrigação do Estado, uma vez que “impõe ao Estado o compromisso de ‘desenvolver as possibilidades de recurso judicial’, o que leva a pensar que não há obrigação direta e imediata dos Estados de dispor do referido recurso desde o momento em que as obrigações da Convenção começam a reger para eles”. No entanto, para a juíza, “[uma] interpretação semelhante é desvirtuada desde o início pelo título que a própria Convenção concede a esse direito”, bem como pelo exame dos trabalhos preparatórios.¹⁴⁰

De fato, nos trabalhos preparatórios da CADH, acima mencionados, é possível encontrar a explicação dessa contradição. Como indicado, por iniciativa do delegado do Chile, foi proposto incluir um segundo parágrafo no então artigo 23 do anteprojeto, tomando como referência a formulação do artigo 2.3 do PIDCP que inclui as três obrigações estatais estabelecidas no artigo 25.2 de hoje da CADH.

Para o artigo 2.3 do PIDCP, que exige garantir o direito do indivíduo de interpor recurso “efetivo”, não necessariamente judicial, “haveria uma lógica impecável” contemplar uma obrigação estatal destinada a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; como o projeto da CADH optou pelo reconhecimento do direito a um recurso judicial, o texto retirado do PIDCP mereceu ser adaptado nesse sentido ou, em qualquer caso, deveria “ser tomado na íntegra [...] para que as contradições mencionadas” acima não aparecessem.¹⁴¹

Além da qualificação da referida inclusão textual como um erro ou não, seguindo a juíza Medina Quiroga:

é claro que o inciso b) do parágrafo 2 do artigo 25 da Convenção tem o mesmo objetivo que [aquele] que teve a inserção do artigo 2 da mesma, ou seja, reforçar a obrigação de que todo Estado tenha de adaptar seu sistema jurídico às obrigações decorrentes do tratado [sem] pretender alterar a obrigação do Estado contida no parágrafo 1.¹⁴² Confirmação disso é encontrada na jurisprudência da Corte IDH nos casos em que recordou que “de acordo com o disposto nos artigos 2 e 25.2.b da Convenção, se o Estado Parte [...] não tiver um recurso judicial para proteger efetivamente o direito, deverá criá-lo.”¹⁴³

5.3. Compromisso de garantir o cumprimento, por parte das autoridades competentes, de toda decisão passível de recurso: execução das sentenças (art. 25.2.c)

A jurisprudência da Corte IDH estabeleceu que “o fato de uma sentença estar em fase de execução não exclui uma possível violação do direito a um recurso efetivo”, na medida em que “o processo deve tender a materializar a proteção do direito reconhecido no pronunciamento judicial por meio da

138 *Ibidem*, p. 263.

139 *Ibidem*, p. 318.

140 OEA, *op. cit.*, p. 488.

141 Medina Quiroga, C., *op. cit.*, p. 367-368.

142 *Ibidem*, p. 368.

143 *Idem*.

aplicação adequada desse pronunciamento.”¹⁴⁴ Nesse sentido, para que um recurso seja realmente eficaz, o Estado deve adotar as medidas necessárias para seu cumprimento.¹⁴⁵

Nesse sentido, a jurisprudência da Corte IDH indicou que “a responsabilidade do Estado não termina quando as autoridades competentes proferem [uma] decisão ou sentença”, mas o que se requer é que “o Estado garanta os meios para executar as referidas decisões definitivas”,¹⁴⁶ “de maneira que os direitos declarados ou reconhecidos sejam efetivamente protegidos”.¹⁴⁷ Assim, o artigo 25.2.c da CADH estabelece o compromisso dos Estados de “garantir o cumprimento, por parte das autoridades competentes, de qualquer decisão em que um recurso tenha sido considerado procedente”, que proteja as pessoas contra atos que violem seus direitos fundamentais. Portanto, a efetividade dos julgamentos e das ordens judiciais “*depende de sua execução* [...] porque uma sentença com caráter de coisa julgada dá certeza sobre o direito ou controvérsia discutida no caso concreto e, portanto, *tem como um de seus efeitos a obrigação ou necessidade de cumprimento. O contrário supõe a própria negação do direito envolvido.*”¹⁴⁸ Consequentemente, “a execução das sentenças deve ser considerada parte integrante do direito de acesso ao recurso, o que também inclui o pleno cumprimento da respectiva decisão”.¹⁴⁹

Especificamente, a Corte IDH estimou que:

Para manter o efeito útil das decisões, os tribunais internos, ao proferir decisões a favor dos direitos das pessoas e ordenar reparações, devem estabelecer clara e precisamente “de acordo com suas áreas de competência” o alcance das reparações e sua forma de execução.¹⁵⁰

Embora a Corte IDH reconheça que, na execução de uma sentença final, poderão ser necessárias determinações para cumprir o que é ordenado pela autoridade em questão e o proferimento de várias decisões, isso não deve constituir uma justificativa para o atraso na referida execução.¹⁵¹

Da mesma forma, tomando como referência a jurisprudência do TEDH nos processos *Amat-G LTD e Mebaghishvili vs. Geórgia*, *Popov vs. Moldávia* e *Shmalko vs. Ucrânia*, a Corte IDH indicou que “o atraso na execução da sentença não pode ser tal que permita a deterioração da própria essência do direito a um recurso efetivo e, consequentemente, também afete o direito protegido na decisão”. Assim, por exemplo, “as normas orçamentárias não podem justificar o atraso por anos no cumprimento das sentenças”¹⁵² ainda mais no caso de sentenças que resolvem ações de garantia, devido à natureza especial dos direitos protegidos; “o Estado deve cumpri-las no menor tempo possível, adotando todas as medidas necessárias para isso.”¹⁵³

Além disso, a Corte IDH indicou que “a execução das sentenças deve reger-se por normas específicas que permitam aplicar os princípios, *inter alia*, de proteção judicial, devido processo legal,

144 Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. MRC. 2006, par. 137. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPMRC. 2008, par. 78.

145 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001, par. 73. Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012, par. 107. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, par. 244.

146 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru*. EPMRC. 2009, par. 75. Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012, par. 275.

147 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001, pars. 79 e 82. Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. EPMRC. 2006, pars. 216 e 220.

148 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. EPMRC. 2006, pars. 216 e 220. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, par. 245. (grifo nosso).

149 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001, par. 82. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012, par. 209. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, pars. 244-245.

150 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. EPMRC. 2006, par. 220. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, par. 244.

151 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989, pars. 25-26. Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. EPMRC. 2011, par. 96.

152 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. EPMRC. 2006, par. 269.

153 *Ibidem*, par. 225. Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta e outros vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 119.

segurança jurídica, independência judicial e Estado de Direito.” Nesse sentido, e também seguindo a jurisprudência do TEDH nos casos *Matheus vs. França*, *Sabin Popescu vs. Romênia*, *Cocchiarella vs. Itália e Gaglione vs. Itália*, a Corte IDH considerou que “para alcançar plenamente a efetividade da sentença, a execução deve ser completa, perfeita, integral e sem demora”.¹⁵⁴

Na mesma linha, a Corte IDH declarou que “o princípio da proteção judicial efetiva exige que os procedimentos de execução sejam acessíveis às partes, sem obstáculos ou atrasos indevidos”, para que alcancem seu objetivo de maneira rápida, simples e integral.¹⁵⁵

Além disso, a Corte IDH considerou que “as disposições que regem a independência da ordem jurisdicional devem ser formuladas de maneira adequada para garantir a execução pontual dos julgamentos sem interferência dos demais poderes do Estado e garantir a natureza vinculativa e obrigatória das decisões de última instância”, ou seja, “que seu cumprimento seja forçado e que, caso não sejam obedecidas voluntariamente, podem ser coercivamente exigíveis”. Portanto, considerando a jurisprudência do TEDH no caso *Inmobiliare Saffi vs. Itália*, a Corte IDH ordenou que:

Em uma ordem baseada no princípio do Estado de Direito, todas as autoridades públicas, no âmbito de sua competência, devem cumprir as decisões judiciais, bem como dar-lhes impulso e execução sem prejudicar o significado e o alcance da decisão nem atrasar indevidamente sua execução.¹⁵⁶

6. Considerações especiais sobre o direito à proteção judicial relativas a certos direitos reconhecidos na CADH

Esta seção apresenta os padrões estabelecidos pela Corte IDH sobre as características especiais do direito à proteção judicial nos casos que envolvam a suposta violação da liberdade de expressão e o direito à propriedade de membros de povos indígenas e tribais.

6.1. Em relação à liberdade de expressão: denegação de acesso à informação (art. 13)

A Corte IDH destacou a obrigação do Estado de garantir “a efetividade de um procedimento adequado para a tramitação e resolução de pedidos de informações, que estabeleça prazos para resolver e entregar as informações e que esteja sob a responsabilidade de funcionários devidamente capacitados”.¹⁵⁷ Ela também apontou que:

diante da denegatória de informação sob o controle estatal, exista um recurso judicial simples, rápido e efetivo que permita determinar se ocorreu uma violação ao direito do solicitante de informação e, se for o caso, ordenar ao órgão correspondente a entrega da informação.¹⁵⁸

De acordo com a jurisprudência da Corte IDH, esse recurso deve ser garantido “levando em consideração que a celeridade na entrega de informações é indispensável” nos casos de controle democrático da gestão do Estado. De acordo com o que foi indicado anteriormente, a Corte IDH lembrou que, com

154 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. EPMRC. 2006, par. 225.

155 Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. EPMRC. 2011, par. 105. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012, par. 210. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, par. 244.

156 Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. EPMRC. 2011, par. 105. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, par. 244.

157 Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. EPMRC. 2011, par. 106. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, par. 248.

158 Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. MRC. 2006, par. 137. Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, par. 231.

base no disposto nos artigos 2 e 25.2.b da CADH, “se o Estado Parte na Convenção não possui um recurso judicial para proteger efetivamente o direito, tem a obrigação de criá-lo.”¹⁵⁹

Assim, “o Estado tem a obrigação de fornecer as informações solicitadas, e se a recusa em entregá-las continuar, deve fornecer uma resposta fundamentada que permita conhecer as razões e normas nas quais se baseia para não fornecer a informação.”¹⁶⁰ Nesse sentido, a Corte IDH já estabeleceu que “não dar uma resposta permite a ação discricionária e arbitrária do Estado de prestar ou não determinadas informações, gerando insegurança jurídica em relação ao exercício” do direito de acesso à informação.¹⁶¹

6.2. Em relação ao direito de propriedade dos membros de povos indígenas e tribais (art. 21)

De acordo com o princípio da não discriminação, consagrado no artigo 1.1 da CADH, a Corte IDH estabeleceu que “para garantir o acesso à justiça aos membros das comunidades indígenas, é essencial que os Estados garantam uma proteção efetiva que leve em consideração as próprias particularidades, suas características econômicas e sociais, bem como sua situação de vulnerabilidade especial, seu direito consuetudinário, seus valores, usos e costumes.”¹⁶² Conforme a jurisprudência da Corte IDH, “as alusões feitas às normas sobre os direitos dos povos indígenas também são aplicáveis aos povos tribais.”¹⁶³

A Corte IDH baseou-se no disposto no artigo 14.3 da Convenção nº 169 da OIT, segundo a qual “deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados”.¹⁶⁴ Com base nessa norma, a Corte IDH entendeu que os Estados devem estabelecer “um remédio efetivo com as garantias do devido processo [...] que lhes permita reivindicar suas terras tradicionais”, como garantia de seu direito à propriedade comunitária.¹⁶⁵

Em consonância com a Corte IDH:

Os povos indígenas e tribais têm o direito de ter mecanismos administrativos efetivos e expeditos para proteger, garantir e promover seus direitos sobre os territórios indígenas, através dos quais os processos de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de seus propriedade territorial possam ocorrer.¹⁶⁶

[...]

Os procedimentos mencionados devem cumprir as regras do devido processo legal, consagradas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana.¹⁶⁷

159 Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. MRC. 2006, par. 137. Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, par. 231.

160 Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. MRC. 2006, par. 137. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPMRC. 2008, par. 78.

161 Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. MRC. 2015, par. 265.

162 Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. MRC. 2006, par. 77. Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, par. 211. Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. MRC. 2015, par. 266.

163 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, par. 63. Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012, par. 264. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, pars. 228 e 238.

164 Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. MRC. 2015, par. 100.

165 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, par. 95.

166 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, par. 96. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, par. 142.

167 Corte IDH. *Caso da Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. MRC. 2001, par. 138. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, par. 109. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, par. 227.

Tomando como referência a obrigação geral do Estado de adaptar o direito interno aos requisitos da CADH, prevista no artigo 2, a Corte IDH destacou que “devem ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para processar reivindicações de terras dos povos indígenas envolvidos.”¹⁶⁸ Dessa forma, “os recursos oferecidos pelo Estado devem representar uma possibilidade real,¹⁶⁹ para que as comunidades indígenas e tribais possam defender seus direitos e exercer um controle efetivo de seu território”.¹⁷⁰ Por sua vez, a obrigação geral de garantia estabelecida no artigo 1.1. da CADH “impõe aos Estados o dever de assegurar que os trâmites desses procedimentos sejam acessíveis e simples e que os órgãos sob sua responsabilidade tenham as condições técnicas e materiais necessárias para responder em tempo hábil às solicitações feitas a eles no estrutura de tais procedimentos”.¹⁷¹ Nesse sentido, a Corte IDH indicou que o Estado deve garantir, na medida do possível, que os membros dos povos indígenas “não precisem fazer esforços excessivos ou exagerados para ter acesso aos centros de administração da justiça.”¹⁷²

Na sentença do caso dos *Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*, a Corte IDH, de acordo com sua jurisprudência e outras normas internacionais sobre o assunto, estabeleceu que os recursos internos devem ser interpretados e aplicados para garantir os Direitos Humanos dos povos indígenas, levando em consideração os seguintes critérios:¹⁷³ 1) reconhecimento da personalidade jurídica coletiva dos povos indígenas e tribais,¹⁷⁴ e da personalidade jurídica individual, como membros desses povos;¹⁷⁵ 2) concessão de capacidade jurídica para interpor ações administrativas, judiciais ou qualquer outro tipo de ação coletivamente, por meio de seus representantes, ou individualmente, levando em consideração suas características culturais e costumes;¹⁷⁶ 3) garantia de acesso à justiça para as vítimas – como membros de um povo indígena ou tribal – sem discriminação,¹⁷⁷ e de acordo com as regras do devido processo.¹⁷⁸ Portanto, o recurso deve ser: a) acessível,¹⁷⁹ simples e exercido dentro de um prazo razoável.¹⁸⁰ Isso implica, entre outras coisas, o estabelecimento de medidas especiais para garantir acesso e remoção de obstáculos ao acesso à justiça, a saber: garantir que os membros da comunidade possam entender e se fazer entender nos procedimentos legais iniciados, fornecendo a eles intérpretes ou outros meios efetivos para esse fim,¹⁸¹ dando acesso aos povos indígenas e tribais à assistência técnica e jurídica em relação ao seu direito à propriedade coletiva,¹⁸² no caso de estarem em situação de vulnerabilidade que os impediria de obtê-la, e facilitar o acesso físico a instituições administrativas e judiciais ou às agências

168 Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPMRC. 2014, par. 166. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, par. 227.

169 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, par. 102. Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. MRC. 2015, par. 240.

170 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, par. 142. Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. MRC. 2015, par. 240.

171 Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPMRC. 2014, par. 112.

172 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, par. 102.

173 Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. MRC. 2008, par. 100.

174 Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. MRC. 2015, par. 251.

175 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, par. 172.

176 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006, par. 188. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, par. 249.

177 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, pars. 173-174.

178 Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. MRC. 2008, par. 100. Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. MRC. 2014, pars. 202-203 e 206.

179 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, pars. 62 e 96. Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPMRC. 2014, par. 166.

180 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, par. 102. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, par. 109.

181 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, pars. 112 e 134. Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012, par. 262.

182 Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. MRC. 2008, par. 100. Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012, par. 201.

responsáveis, garantir o direito à propriedade coletiva dos povos indígenas e tribais, além de facilitar a participação de povos no desenvolvimento de processos judiciais, administrativos ou qualquer outro tipo de processo, sem que isso implique esforços excessivos ou exagerados,¹⁸³ devido às distâncias ou vias de acesso a tais instituições, ou aos altos custos de acordo com os procedimentos;¹⁸⁴ b) O recurso deve ser adequado e efetivo para proteger, garantir e promover os direitos sobre seus territórios indígenas, através dos quais possam realizar-se os processos de reconhecimento, delimitação, demarcação, titulação e, conforme o caso, garantir o uso e o desfrute de seus territórios tradicionais.¹⁸⁵ 4) A concessão de proteção efetiva que leve em consideração as particularidades que os diferenciam de população em geral e que compõem sua identidade cultural,¹⁸⁶ suas características econômicas e sociais, sua possível situação de vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes,¹⁸⁷ e seu relacionamento especial com a terra.¹⁸⁸ 5) Respeito pelos mecanismos internos para decidir controvérsias em questões indígenas, que estão em harmonia com os Direitos Humanos.

Da mesma forma, a Corte IDH indicou que a obrigação do Estado de executar as sentenças (art. 25.2.c) torna-se especialmente importante nos casos de questões indígenas, porque a situação especial de vulnerabilidade em que [...] se encontram esses povos, poderia gerar em si desafios não apenas para acessar a justiça, mas para alcançar a execução das decisões tomadas. Nesse sentido, o Estado deve considerar situações que possam representar um obstáculo para esses povos, tais como: limitações de acesso físico a instituições administrativas e judiciais (distância, dificuldade de acesso); complexidade e diversidade de instâncias a serem esgotadas; altos custos com a tramitação de processos judiciais e com a contratação de advogados, e monolinguismo no desenvolvimento de processos judiciais.¹⁸⁹

7. A obrigação de investigar como materialização do dever de garantia, à luz das exigências das garantias judiciais e da proteção judicial

O cumprimento da obrigação de investigar violações de Direitos Humanos é “uma das medidas positivas que os Estados devem adotar para garantir os direitos reconhecidos na Convenção”.¹⁹⁰ Esta obrigação estatal não foi expressamente estabelecida na CADH, no entanto, desde o primeiro julgamento de mérito no processo *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, a Corte IDH indicou que, como consequência da obrigação de garantia, contida no artigo 1.1. da CADH:

os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, se possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos Direitos Humanos.¹⁹¹

183 *Mutatis mutandis*, Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90, *op. cit.*, pars. 25-28.

184 Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. MRC. 2008, par. 100.

185 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. MRC. 2002, pars. 54-55. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90, *op. cit.*, pars. 29-31.

186 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, par. 138. Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPMRC. 2014, par. 157.

187 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, par. 51. Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPMRC. 2014, par. 112.

188 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, par. 63. Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPMRC. 2014, par. 167.

189 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, par. 149. Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPMRC. 2014, par. 111.

190 Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, par. 249.

191 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, pars. 166 e 176. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 167.

Portanto, “a obrigação de investigar os fatos que constituem violações de Direitos Humanos faz parte das obrigações derivadas do dever de garantir os direitos consagrados na Convenção”.¹⁹²

A obrigação de investigar, processar e, quando for o caso, punir os responsáveis por atos que violam os Direitos Humanos não deriva apenas da CADH, uma vez que, em certas circunstâncias, e dependendo da natureza dos eventos, também decorre de outros instrumentos interamericanos que estabelecem a obrigação dos Estados Partes de investigar a conduta proibida por tais tratados,¹⁹³ como a *Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado* e a *Convenção Interamericana contra a Tortura*.

Da mesma forma, como a Corte IDH especificou, tal obrigação:

Não apenas decorre das normas convencionais de Direito Internacional imperativas para os Estados Partes, mas também deriva da legislação interna [dos Estados] que se refere ao dever de investigar determinadas condutas ilegais de ofício e às normas que permitem que as vítimas ou seus familiares denunciem ou apresentem queixas, provas ou petições ou qualquer outra diligência, a fim de participar processualmente na investigação criminal, com o objetivo de estabelecer a verdade dos fatos.¹⁹⁴

De acordo com o exposto na introdução deste comentário, a investigação correspondente de uma violação dos Direitos Humanos deve ser realizada pelas autoridades judiciais competentes, seguindo rigorosamente as regras do devido processo legal e os requisitos do direito à proteção judicial, estabelecidos nos artigos 8¹⁹⁵ e 25 da CADH, respectivamente.

Dessa forma, “se o aparato do Estado age de tal maneira que a violação permanece impune e à vítima não é restabelecida, na medida do possível, a plenitude de seus direitos”, ou se “tolerar que indivíduos ou grupos seus ajam livremente ou com impunidade em detrimento dos Direitos Humanos reconhecidos na Convenção”, pode-se afirmar que eles violaram o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição.¹⁹⁶ Dado o que foi dito, se a obrigação estiver diretamente ligada ao direito de acesso à justiça, o Estado “deve garantir, dentro de um prazo razoável, o direito das supostas vítimas ou parentes próximos de fazer todo o necessário para conhecer a verdade do que aconteceu e investigar, processar e, conforme o caso, punir os responsáveis”.¹⁹⁷

Assim, a Corte IDH enfatizou que “a racionalidade e a proporcionalidade devem conduzir a conduta do Estado no exercício de seu poder punitivo, evitando tanto a leniência característica da impunidade, como excesso e abuso na determinação de sanções”.¹⁹⁸ O dever de perseguir condutas ilegais que violam os direitos reconhecidos na CADH “deve ser consistente com o dever de garantia a que serve, de modo que é necessário evitar medidas ilusórias que apenas aparentem satisfazer as demandas formais da justiça”.¹⁹⁹

192 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 166. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 230. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, par. 257.

193 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, pars. 166 e 176. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. MRC. 2012, par. 183. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014, par. 459.

194 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014, par. 437.

195 Corte IDH. *Caso García Prieto e outro vs. El Salvador*. EPMRC. 2007, par. 104. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 144.

196 Corte IDH. *Caso Huilca Tease vs. Peru*. MRC. 2005, par. 106. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009, par. 178.

197 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 176. Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, par. 249.

198 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. MRC. 2003, par. 114. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 237.

199 Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, par. 87. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros*

7.1. Requisitos da obrigação de investigar

Em sua jurisprudência, a Corte IDH especificou as características da obrigação de investigar, proferir e, quando apropriado, punir os responsáveis por atos que violem os Direitos Humanos. Essa obrigação é de meio ou comportamento, não de resultado, de modo que “não é violada pelo único fato de que a investigação não produz um resultado satisfatório”.²⁰⁰ No entanto, “isso não significa que não cubra o cumprimento da eventual sentença, nos termos em que seja decretada”.²⁰¹ Segundo a Corte IDH, “a ação diligente na investigação dos fatos implica, *inter alia*, que o Estado aplique normas que, se for o caso, permitam a devida investigação e, caso procedente, a punição dos responsáveis”.²⁰²

Da mesma forma, a obrigação “deve ser realizada com seriedade, e não como uma simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera”.²⁰³ Nesse sentido, a Corte IDH estabeleceu que o Estado deve conduzir uma investigação “séria, imparcial e efetiva por todos os meios legais disponíveis”,²⁰⁴ para que cada ato estatal que compõe o processo investigativo, bem como a investigação em sua totalidade”, seja orientada para uma finalidade específica, ou seja, a determinação da verdade e as correspondentes responsabilidades penais (intelectuais e materiais), administrativa e/ou disciplinares, e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja.²⁰⁵ Assim, a jurisprudência da Corte estabelece que “a obrigação do Estado de investigar deve ser diligentemente cumprida para evitar a impunidade e que esse tipo de fatos sejam repetidos novamente”.²⁰⁶ De fato, a investigação deve ser realizada pelos Estados “com a devida diligência, pois deve ser efetiva”. Isso também implica que o órgão investigador deve realizar, dentro de um prazo razoável, todas as ações e investigações necessárias para tentar obter o resultado desejado;²⁰⁷ portanto, “atento à necessidade de garantir os direitos das pessoas lesadas,²⁰⁸ um atraso prolongado pode, por si só, constituir uma violação das garantias judiciais”.²⁰⁹ Além disso, investigar com a devida diligência, como elemento fundamental e condicionante para a proteção de certos direitos afetados “adquire intensidade e importância particulares, dada a gravidade dos crimes cometidos e a natureza dos direitos lesados”.²¹⁰

Da mesma forma, a obrigação:

deve ter um significado e ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples gestão de interesses particulares que dependa da iniciativa processual da vítima

(*Desaparecidos del Palacio de Justicia*) vs. Colômbia. EPMRC. 2014, par. 459.

200 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPMRC. 2008, par. 203. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014, par. 459.

201 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 177. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 176.

202 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014, par. 460.

203 Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. EPFR. 2013, par. 161.

204 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 177. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 176.

205 Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 143. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 176.

206 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 174. Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 143. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 176.

207 Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 319. Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPFR. 2012, par. 156. Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, par. 307.

208 Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. MRC. 2005, par. 80. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPMRC. 2012, par. 220. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 143.

209 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. MRC. 2003, par. 114.

210 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. MRC. 2002, par. 145. Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPFR. 2012, par. 164.

ou de seus familiares ou do aporte privado de elementos probatórios, sem que a autoridade pública procure efetivamente a verdade.²¹¹

O acima exposto vale “especialmente quando agentes estatais estão ou podem estar envolvidos”, uma vez que o fato seja conhecido.²¹² Nesta linha, “o juiz, como autoridade competente para dirigir o processo, tem o dever de orientá-lo”,²¹³ levando em consideração os fatos denunciados e seu contexto, para conduzi-lo da maneira mais diligente e evitar atrasos e omissões na coleta de provas”,²¹⁴ ou seja, “para não sacrificar a justiça e o devido processo legal em favor de formalismo e da impunidade”.²¹⁵ Segundo a Corte IDH, os juízes eles devem “agir diligentemente, buscando celeridade na tramitação do processo”.²¹⁶

Certamente, “o direito à proteção judicial efetiva exige que os juízes dirijam o processo de maneira a evitar que atrasos e obstáculos indevidos levem à impunidade, frustrando assim a proteção judicial dos Direitos Humanos”.²¹⁷

Por outro lado, a Corte IDH indica que, em casos complexos, a obrigação de investigar implica o dever de direcionar os esforços do aparato estatal para desvendar as estruturas que permitiram as violações, suas causas, seus beneficiários e suas consequências, e não apenas descobrir, processar e, quando apropriado, punir os autores imediatos.²¹⁸ Ou seja, a proteção dos Direitos Humanos deve ser um dos objetivos centrais que determinam a ação do Estado em qualquer tipo de investigação.²¹⁹ Em casos de violações graves dos Direitos Humanos, uma investigação *ex officio* deve ser iniciada.²²⁰

Da mesma forma, a Corte Interamericana indicou que não é possível ao Estado “alegar obstáculos internos, como a falta de infraestrutura ou pessoal para conduzir processos de investigação para se eximir de uma obrigação internacional”.²²¹ “As condições de um país, por mais difíceis que sejam”, geralmente não liberam um Estado Parte de suas obrigações na CADH, “exceto nos casos nela estabelecidos”.²²² Assim, o Estado “deve garantir que todas as instituições públicas ofereçam as facilidades necessárias ao tribunal comum que conhece do caso” e, conseqüentemente, “devem enviar as informações e a documentação solicitadas, trazer à sua presença as pessoas requeridas e executar os procedimentos que lhes sejam ordenados”.²²³

211 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. MRC. 2006, par. 157. Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 217.

212 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 177. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 176.

213 Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 143. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 176.

214 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003, par. 207. Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPMRC. 2015, par. 132.

215 Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. MRC. 2005, par. 88. Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPMRC. 2015, par. 132.

216 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003, par. 211. Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009, par. 235. Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPMRC. 2015, par. 132.

217 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. MRC. 2003, par. 115. Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. MRC. 2013, par. 170. Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPMRC. 2015, par. 132.

218 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003, par. 211. Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. MRC. 2013, par. 156.

219 Corte IDH. *Caso do Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. MRC. 2007, par. 194. Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. MRC. 2015, par. 104.

220 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, par. 118. Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 148.

221 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 177. Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 138.

222 Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. EPMRC. 2009, par. 137.

223 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. M. 2000, par. 207. Corte IDH. *Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 170.

Portanto:

Os funcionários públicos e os particulares que atrapalhem, desviem ou atrasem indevidamente investigações destinadas a esclarecer a verdade dos fatos, devem ser sancionados, aplicando as disposições da legislação nacional, nesse sentido, com o máximo rigor.²²⁴

Ademais, como indicado na introdução a este comentário:

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.²²⁵

Assim, “a obrigação de investigar, processar e punir os responsáveis é uma obrigação que corresponde ao Estado como um todo”, o que implica que “todas as autoridades estatais devem cooperar, apoiar ou auxiliar no campo da sua competência, para a devida investigação dos fatos.”²²⁶

Além disso, a Corte IDH afirmou que a obrigação de realizar uma investigação efetiva “envolve todas as instituições estatais,²²⁷ judiciais e não judiciais, para que a devida diligência se estenda também aos órgãos não judiciais, que, nesse caso, corresponde à investigação prévia ao processo [...]”.²²⁸

Ademais, o Estado é obrigado a “conceder garantias de segurança adequadas”, *inter alia*, às vítimas, investigadores, testemunhas e familiares, defensores de Direitos Humanos, funcionários judiciais, promotores e outros operadores da justiça”, diante do “assédio e ameaças cujo objetivo seja dificultar o processo, evitar esclarecer os fatos e encobrir os responsáveis por eles.”²²⁹ Caso contrário, “isso teria um efeito amedrontador e intimidador sobre aqueles que investigam e sobre quem poderia ser testemunha, afetando seriamente a efetividade da investigação.”²³⁰

De fato, as ameaças e intimidações sofridas por testemunhas no processo interno não podem ser vistas isoladamente, mas devem ser consideradas no contexto de obstáculos à investigação do caso. Portanto, esses atos se tornam outro meio de perpetuar a impunidade e impedir que a verdade sobre os fatos seja conhecida”.²³¹

224 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPMRC. 2006, par. 156. Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, par. 202.

225 Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. M. 1999, par. 119. Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. MRC. 2005, par. 173.

226 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPMRC. 2006, par. 124. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, par. 242.

227 Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, par. 210.

228 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPMRC. 2003, par. 110. Corte IDH. *Caso Castillo González e outros vs. Venezuela*. M. 2012, par. 122. Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPMRC. 2015, par. 135.

229 Corte IDH. *Caso Cantoral Huamán y García Santa Cruz vs. Peru*. EPMRC. 2007, par. 133. Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPMRC. 2015, par. 135.

230 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003, par. 199. Corte IDH. *Caso Castillo González e outros vs. Venezuela*. M. 2012, par. 167. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 195.

231 Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. MRC. 2009, par. 106. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 238. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 195.

Suas demandas são válidas “independentemente do agente a quem a violação possa eventualmente ser atribuída, até mesmo dos particulares, porque se seus atos não forem seriamente investigados, eles seriam, de certa forma, auxiliados pelo poder público, o que comprometeria a responsabilidade internacional do Estado”.²³² Em todo o caso, “toda autoridade estatal, funcionário público ou particular que tenha recebido notificação de atos que violem os Direitos Humanos deve denunciá-lo imediatamente”.²³³

As vítimas de violações de Direitos Humanos ou suas famílias “devem ter amplas possibilidades de serem ouvidas e de atuar nos respectivos processos, tanto na busca de esclarecimentos dos fatos e na punição dos responsáveis, quanto na busca pela devida reparação”.²³⁴

Para isso:

Os Estados têm a obrigação de garantir o direito das vítimas ou de seus familiares a participar de todas as etapas dos respectivos processos, para que possam fazer declarações, receber informações, fornecer evidências, fazer alegações e, em suma, afirmar seus direitos.²³⁵

Segundo a Corte IDH, “essa participação deve ter como objetivo o acesso à justiça, o conhecimento da verdade sobre o ocorrido e a concessão de uma justa reparação”.²³⁶ Nesse sentido, a Corte IDH estabeleceu que o direito interno deve organizar o respectivo processo de acordo com a Convenção Americana. Da mesma forma, se for esse o caso, “os resultados das investigações acima mencionadas devem ser divulgados publicamente, para que a sociedade [...] conheça a verdade sobre os fatos”.²³⁷

A Corte IDH também indicou que “o acesso aos autos é condição *sine qua non* da intervenção processual da vítima no caso em que ele se torna parte ou querelante, de acordo com a legislação nacional.”²³⁸ Embora o Tribunal tenha considerado admissível que “em certos casos exista uma reserva dos procedimentos realizados durante a investigação preliminar no processo criminal²³⁹ para garantir a eficácia da administração da justiça, em nenhum caso a reserva pode ser invocada para impedir que a vítima acesse o processo criminal”. “O poder do Estado de evitar a disseminação do conteúdo do processo, [...], deve ser garantido com a adoção das medidas necessárias, compatíveis com o exercício dos direitos processuais das vítimas”.²⁴⁰

Além disso, em relação à obrigação de investigar, a Corte IDH destacou a importância do papel complementar das investigações realizadas em jurisdições diferentes da penal.²⁴¹ Assim, por exemplo, ressaltou o valor simbólico da mensagem de reprovação de sanções contra funcionários públicos e membros das forças armadas em instâncias disciplinares,²⁴² uma vez que, a partir dessas ações,

232 Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009, par. 234. Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 238. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 195.

233 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 177. Corte IDH. *Caso Castillo González e outros vs. Venezuela*. M. 2012, par. 151. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 143.

234 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPMRC. 2009, par. 65. Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 138.

235 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1999, par. 227. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, par. 233.

236 Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. MRC. 2006, par. 146. Corte IDH. *Caso Castillo González e outros vs. Venezuela*. M. 2012, par. 167.

237 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1999, par. 227. Corte IDH. *Caso Castillo González e outros vs. Venezuela*. M. 2012, par. 16.

238 Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. M. 1999, par. 118. Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. MRC. 2012, par. 130.

239 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009, par. 252. Corte IDH. *Caso Castillo González e outros vs. Venezuela*. M. 2012, par. 168.

240 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. MRC. 2009, pars. 54-55. Corte IDH. *Caso Castillo González e outros vs. Venezuela*. M. 2012, par. 168.

241 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009, par. 252. Corte IDH. *Caso Castillo González e outros vs. Venezuela*. M. 2012, par. 168.

242 Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 203. Corte

“determinam-se as circunstâncias em que se cometeu a violação do dever funcional que levou ao prejuízo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.”²⁴³ Segundo a Corte IDH:

Na medida em que tende a proteger a função administrativa e se destina essencialmente à correção e controle de funcionários públicos, uma investigação dessa natureza pode complementar, mas não substituir totalmente, o papel da jurisdição criminal em casos de violações graves dos Direitos Humanos.²⁴⁴

A Corte IDH estabeleceu que as decisões na jurisdição contencioso-administrativa “podem ser relevantes no que diz respeito à obrigação de reparar integralmente uma violação de direitos”,²⁴⁵ e levou-as em consideração ao determinar reparações em um caso.²⁴⁶

A esse respeito, a Corte IDH indicou que “a efetividade dos recursos internos deve ser totalmente avaliada, levando em consideração [...] se, no caso particular, havia canais internos que garantiam o verdadeiro acesso à justiça para reivindicar a reparação da violação”.²⁴⁷ Nesse sentido, “não se deve evitar a possibilidade de obter medidas de reparação no início, durante ou após o resultado de processos criminais, pois isso pode limitar ou condicionar excessivamente a referida possibilidade e, portanto, resultar na privação do direito das vítimas de acesso à justiça”.²⁴⁸ Por outro lado, a Corte IDH enfatizou que “se existirem mecanismos nacionais para determinar formas de reparação, esses procedimentos e [seus] resultados devem ser avaliados” e que, para esse fim, deve se considerar se os mesmos “satisfazem critérios de objetividade, razoabilidade e efetividade”.²⁴⁹ Assim, a Corte IDH estabeleceu que:

a existência de programas de reparação administrativa deve ser compatível com as obrigações estatais perante a Convenção Americana e outras normas internacionais e, portanto, não pode comprometer o dever estatal de garantir o ‘exercício livre e pleno’ dos direitos às garantias e à proteção judiciais, nos termos dos artigos 1.1, 25.1 e 8.1 da Convenção, respectivamente. Em outras palavras, os programas administrativos de reparação ou outras medidas ou ações normativas ou de outro caráter que coexistam com eles, não podem obstruir a possibilidade de que as vítimas, de acordo com os direitos às garantias e à proteção judiciais, interponham ações [judiciais] reclamando por reparações.²⁵⁰

Constitui, ademais, “uma forma de reparação”,²⁵¹ dada a “necessidade de remediar a violação do direito de conhecer a verdade no caso específico”.²⁵²

IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPFR. 2012, par. 167.

243 Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparções e Custas] 2005, par. 215. Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colômbia*. EPMRC. 2013, par. 395.

244 Corte IDH. *Caso do Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. MRC. 2007, par. 207. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, par. 133.

245 Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparções e Custas] 2006, par. 203. Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colômbia*. EPMRC. 2013, par. 395.

246 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, par. 139.

247 Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. MRC. 2006, par. 120. Corte IDH. *Caso García Lucero e outras vs. Chile*. EPFR. 2013, par. 182.

248 Corte IDH. *Caso García Lucero e outras vs. Chile*. EPFR. 2013, par. 183.

249 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, pars. 303. Corte IDH. *Caso García Lucero y outras vs. Chile*. EPFR. 2013, par. 189.

250 Corte IDH. *Caso García Lucero e outras vs. Chile*. EPFR. 2013, pars. 190 e 192.

251 Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. MRC. 2005, par. 78. Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. FR. 2012, par. 240. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014, par. 511.

252 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par 181. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, par. 243.

7.2. O direito à verdade e a obrigação de investigar

A Corte IDH desenvolveu o conteúdo do direito de conhecer a verdade, especialmente nos casos de desaparecimento forçado.²⁵³ Desde sua sentença no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, a Corte afirmou a existência de um “o direito dos familiares da vítima de conhecer qual foi o destino desta e, se for o caso, onde se encontram seus restos.”²⁵⁴ Dessa forma, todas as pessoas, inclusive a vítima de violações dos Direitos Humanos e suas famílias, quando apropriado, têm o direito de conhecer a verdade,²⁵⁵ já que estas e a sociedade devem ser informadas acerca do que aconteceu.²⁵⁶

A jurisprudência constante da Corte IDH analisou o direito à verdade em relação aos artigos 1.1, 8 e 25 da CADH. Com base nisso, a Corte IDH especificou que não considera que esse direito seja autônomo,²⁵⁷ mas que “está fundamentalmente subsumido no direito da vítima ou de seus familiares a obter esclarecimentos junto aos órgãos estatais competentes sobre os fatos da violação e as responsabilidades correspondentes, mediante uma investigação e um julgamento, como os artigos 8 e 25 da Convenção prevêem.”²⁵⁸ Nesse sentido, a Corte IDH destacou que o referido direito “está enquadrado no direito de acesso à justiça”.²⁵⁹ Da mesma forma, no caso *Gudiel Álvarez e outros (Diario Militar) vs. Guatemala*, a Corte IDH analisou a violação do direito de conhecer a verdade em sua apreciação sobre o direito à integridade pessoal do familiar mais próximo, uma vez que considerou que, escondendo informações que impediam esse familiar de esclarecer a verdade, o Estado havia violado os artigos 5.1 e 5.2 da CADH.²⁶⁰ Além disso, no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, a Corte IDH declarou uma violação autônoma do direito de conhecer a verdade, que, devido às circunstâncias específicas do caso constituiu, além de uma violação do direito de acesso à justiça e a um recurso efetivo, uma violação do direito de buscar e receber informações consagradas no artigo 13 da CADH.²⁶¹ Além disso, como já destacado, a Corte IDH considerou a obrigação de investigar como uma forma de reparação, dada a necessidade de remediar a violação do direito de conhecer a verdade no caso concreto.²⁶² Em qualquer caso, a Corte IDH especificou que

Apesar de o direito de conhecer a verdade ter sido fundamentalmente enquadrado no direito de acesso à justiça, aquele possui uma natureza ampla e sua violação pode afetar diferentes direitos consagrados na Convenção Americana, dependendo do contexto e das circunstâncias particulares do caso.²⁶³

253 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, par. 201. Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 262-266. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 243.

254 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 181. Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 264.

255 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 181. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 243.

256 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003, par. 274. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 243.

257 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. M. 1997, par. 86. Corte IDH. *Caso Blanco Romero e outros vs. Venezuela*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 62. Corte IDH. *Caso Uzcátegui e outros vs. Venezuela*. MR. 2012, par. 240. No caso *Castillo Páez*, a Corte IDH indicou que com “direito à verdade” se referia à formulação “de um direito não existente na Convenção Americana ainda que possa corresponder a um conceito todavia em desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial”, mas que no caso concreto se encontrava resolvido no marco da obrigação de investigar.

258 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 263. Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 264.

259 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 181. Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. MRC. 2014, par. 140.

260 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 202.

261 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, par. 201 e 211.

262 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 181. Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, par. 201.

263 Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 244.

A Corte Interamericana destacou que o direito à verdade é intrínseco ao fortalecimento de uma sociedade democrática e, portanto, “é uma expectativa justa que o Estado deve satisfazer,²⁶⁴ por um lado, mediante a obrigação de investigar violações de Direitos Humanos e, por outro, com a divulgação pública dos resultados dos processos penais e investigativos”.²⁶⁵ Além disso, “nos casos de violações graves de Direitos Humanos, as obrigações positivas inerentes ao direito à verdade exigem a adoção de desenhos institucionais que permitam que esse direito seja realizado da maneira mais adequada, participativa e completa possível e não enfrentem obstáculos legais ou práticos que o tornem ilusório”.²⁶⁶ Nesse contexto, o direito à verdade “não apenas beneficia aos familiares das vítimas, mas também a sociedade como um todo, para que, conhecendo a verdade sobre esses crimes, possa preveni-los no futuro”.²⁶⁷ A respeito disso, a Corte IDH destacou que, quando os fatos de um caso ocorrem em um conflito armado não internacional, o esclarecimento da verdade do que aconteceu ganha particular relevância.²⁶⁸ No mesmo sentido, a Corte IDH destacou o reconhecimento pela ONU da “importância de determinar a verdade sobre violações graves de Direitos Humanos para a consolidação dos processos de paz e reconciliação”.²⁶⁹

Por outro lado, a Corte IDH se referiu à dimensão coletiva do direito à verdade, destacando que sua satisfação:

requer a determinação processual da verdade histórica mais completa possível, que inclui a determinação judicial dos padrões de ação conjunta e de todas as pessoas que de várias maneiras participaram das violações e de suas responsabilidades correspondentes.²⁷⁰

Nesse sentido, a Corte IDH indicou que, em cumprimento de suas obrigações de garantir o direito de conhecer a verdade, os Estados podem estabelecer comissões da verdade na medida em que “contribuem para a construção e preservação da memória histórica, ao esclarecimento dos fatos e à determinação das responsabilidades institucionais, sociais e políticas em certos períodos históricos de uma sociedade”.²⁷¹ Para Burgorgue-Larsen, essa jurisprudência supõe “uma maneira de determinar os critérios que nos permitem identificar o que a doutrina chamou de “comissões efetivas” que possuem um amplo mandato, uma gama consistente de poderes e a independência necessária para investigar e decidir sobre violações de acordo com critérios racionais e objetivos.” Para isso, a autora cita a sentença no caso das *Irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*, em que a Corte IDH:

Não hesitou em fazer considerações críticas sobre a composição e operação da “Comissão Interinstitucional de Busca de Crianças Desaparecidas como consequência do Conflito Armado em El Salvador” e em instar persistentemente [...] para não dizer impor [...] ao Estado que as tivesse em consideração ao determinar as reparações.²⁷²

Além disso, a Corte IDH considerou pertinente especificar que a referida “verdade histórica”, documentada em relatórios especiais, ou as tarefas, atividades ou recomendações geradas por comissões

264 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 181. Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, par. 194.

265 Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colômbia*. RC. 2002, par. 67. Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, par. 194.

266 Corte IDH. *Caso Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. MRC. 2007, par. 195.

267 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002, par. 77. Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia*. MRC. 2004, par. 259.

268 Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 176.

269 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 299.

270 Corte IDH. *Caso Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. MRC. 2007, par. 195. Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 150.

271 Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador*. MRC. 2007, par. 128. Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 176.

272 Burgorgue-Larsen, L. “La erradicación de la impunidad: Claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em: *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR n.º 9, Instituto de Desarrollo Europeo e Integración Regional. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2011, p. 21.

especiais, “não completa ou substitui a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e garantir determinação judicial de responsabilidades individuais ou estatais por meio de processos judiciais”,²⁷³ isto é, a *verdade judicial*. De fato, de acordo com a Corte IDH:

as verdades históricas alcançadas por esse mecanismo não devem ser entendidas como um substituto para o dever do Estado de garantir a determinação judicial de responsabilidades individuais ou estatais pelos meios jurisdicionais correspondentes, nem com a determinação de responsabilidade internacional que corresponde a este Tribunal. Ao contrário, são determinações da verdade que se complementam, uma vez que todas têm seu próprio significado e escopo, bem como potencialidades e limites particulares, que dependem do contexto em que surgem e dos casos e circunstâncias específicos que analisam.²⁷⁴

Portanto, sem prejuízo da verdade histórica que uma comissão da verdade pode fornecer para o conhecimento dos fatos, “o Estado deve cumprir a obrigação de investigar e, quando for o caso, punir, pelos meios judiciais apropriados, os fatos que constituem as violações declaradas aos Direitos Humanos”.²⁷⁵

O exposto acima não foi um obstáculo para a Corte IDH outorgar “valor especial aos relatórios das Comissões da Verdade ou de Esclarecimento Histórico como provas relevantes na determinação dos fatos e da responsabilidade internacional dos Estados em vários casos submetidos à sua jurisdição”.²⁷⁶ No entanto, em jurisprudência recente, a Corte IDH especificou que o estabelecimento de um contexto, com base no relatório de uma comissão da verdade, “não isenta [...] de realizar uma avaliação de todo o corpo probatório, de acordo com as regras da lógica e com base na experiência, sem estar sujeito às regras de taxaço de provas”.²⁷⁷

7.3. A ausência de investigação: impunidade

No caso “*Panel Blanca*” (*Paniagua Morales e outros.*) vs. *Guatemala*, a Corte IDH definiu a impunidade como “a falta de investigação, perseguição, captura, acusação e condenação dos responsáveis pelas violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana”.²⁷⁸

Segundo a Corte IDH, essa impunidade “promove a repetição crônica das violações de Direitos Humanos,²⁷⁹ e o total desamparo das vítimas e de suas famílias”,²⁸⁰ e é por isso que deve ser erradicada por todos os meios legais disponíveis, determinando as responsabilidades gerais – do Estado – como individuais – responsabilidades penais e de qualquer natureza, de seus agentes ou de particulares –²⁸¹ “e, conseqüentemente, remover todos os obstáculos, de fato e de *jure*, que a mantêm,²⁸² e garantir que os

273 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPMRC. 2006, par. 150. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014, par. 510

274 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003, par. 131 e 134. Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 176.

275 Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. MRC. 2012, par. 127.

276 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003, par. 131 e 134. Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador*. MRC. 2007, par. 128. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009, par. 179.

277 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPMRC. 2013, par. 55. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014, par. 88.

278 Corte IDH. *Caso “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1998, par. 173. Corte IDH. *Caso Gutiérrez e família vs. Argentina*. MRC. 2013, par. 119.

279 Corte IDH. *Caso “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1998, par. 173. Corte IDH. *Caso irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2014, par. 216.

280 Corte IDH. *Caso “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1998, par. 173. Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. M. 2001, par. 175 e 292.

281 Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. MRC. 2006, par. 131. Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 222.

282 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003, par. 277. Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 222.

requisitos do devido processo legal sejam respeitados”.²⁸³ O acesso à justiça como tal “gera obrigações *erga omnes* para que os Estados adotem as medidas necessárias para não permitir a impunidade dessas violações”.²⁸⁴

A esse respeito, a Corte IDH indicou que “uma ação judicial que se desenvolve até sua conclusão e cumpre sua missão é o sinal mais claro de não tolerância a violações de Direitos Humanos, contribui para a reparação de vítimas e mostra à sociedade que se fez justiça”.²⁸⁵ Da mesma forma, levando em conta o conjunto atualizado de princípios para a proteção e promoção dos Direitos Humanos por meio do combate à impunidade, a Corte IDH estabeleceu que “a imposição de uma pena adequada, baseada na seriedade dos fatos, por parte da autoridade competente e com o devido fundamento,²⁸⁶ permite verificar que não é arbitrária e, portanto, realiza um controle que não seja uma forma de impunidade de fato”.²⁸⁷ Dessa maneira, em vista da regra da proporcionalidade, os Estados devem garantir, *inter alia*, no exercício de seu dever de processar violações graves, “que as sanções impostas e sua execução não sejam constitutivas de fatores de impunidade, levando em consideração vários aspectos, como as características do crime e a participação e culpabilidade do acusado”.²⁸⁸

Da mesma forma, deve-se observar que, de acordo com a Corte IDH, “dada a natureza e a seriedade dos fatos, ainda mais em contextos de violações sistemáticas dos Direitos Humanos”, a necessidade de erradicar a impunidade “aparece diante da comunidade internacional como um dever de cooperação entre os Estados”, que deve adotar as medidas necessárias para julgar e, quando apropriado, punir os responsáveis por essas violações, exercendo sua jurisdição para aplicar seu direito interno e o Direito Internacional ou colaborando com outros Estados que o fazem ou buscam fazê-lo.²⁸⁹ Consequentemente, “o mecanismo de garantia coletiva estabelecido sob a CADH, em conjunto com as obrigações internacionais regionais e universais nessa matéria, vinculam os Estados da região a colaborar de boa-fé [entre si], seja por meio da extradição ou por julgamento em seu território dos responsáveis pelos fatos do caso.”²⁹⁰ Segundo a Corte IDH, “a ausência de tratados de extradição não constitui uma base ou justificativa suficiente para deixar de promover um pedido nesse sentido”.²⁹¹ Além disso, esse dever de cooperação interestatal é da maior relevância nos casos que envolvem uma operação transfronteiriça.²⁹²

Por conseguinte, como a Corte IDH indicou:

A Justiça, para sê-la, deve ser oportuna e alcançar o efeito útil que se deseja ou se espera ao acioná-la e, particularmente em se tratando de um caso de graves violações de Direitos Humanos, deve primar pelo princípio de efetividade na investigação dos fatos, na determinação e, se for o caso, na punição dos responsáveis.²⁹³

283 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPMRC. 2009, par. 125.

284 Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. MRC. 2006, par. 131.

285 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 27 de janeiro de 2009, par. 21. Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, par. 249.

286 Corte IDH. *Caso do Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. MRC. 2007, par. 196. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, par. 153.

287 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPMRC. 2008, par. 203. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, par. 153.

288 Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad e Tobago*. EP. 2001, par. 103, 106 e 108. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, par. 150.

289 Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. MRC. 2006, par. 131. Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, par. 130 e 152.

290 Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. MRC. 2006, par. 132. Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. MRC. 2006, par. 160.

291 Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. MRC. 2006, par. 130.

292 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, par. 234.

293 Corte IDH. *Caso García Prieto e outro vs. El Salvador*. EPMRC. 2007, par. 115. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, par. 194.

7.4. Incompatibilidade de anistias e outras excludentes de responsabilidade da obrigação de investigar as graves violações de Direitos Humanos

A Corte IDH condenou as várias maneiras pelas quais a impunidade pode ser alcançada, declarando-as incompatíveis com a CADH.²⁹⁴

No julgamento do caso *Barrios Altos vs. Peru*, a Corte IDH declarou, pela primeira vez em sua jurisprudência, que “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos Direitos Humanos”²⁹⁵, como, por exemplo, a irretroatividade do direito penal, a coisa julgada e o princípio *ne bis in idem*.²⁹⁶ Inclusive, a Corte IDH considerou que o Estado deve ponderar a aplicação dos benefícios penitenciários, sem excluir nenhuma categoria de pessoas condenadas, quando se trate do cometimento de violações graves dos Direitos Humanos, “uma vez que sua concessão indevida pode eventualmente levar a uma forma de impunidade”.²⁹⁷

A Corte IDH estabeleceu que: “a falta de investigação dos fatos que constituem graves violações de Direitos Humanos, enquadradas em padrões sistemáticos, são especialmente graves, pois podem revelar uma violação das obrigações internacionais do Estado, estabelecidas por normas inderrogáveis”.²⁹⁸

7.4.1. Anistias ou auto anistias

Em seu estudo sobre o assunto, Faustin Z. Ntoubandi definiu essas leis como “um ato de poder soberano para aplicar o princípio da tabula rasa a delitos passados, geralmente cometidos contra o Estado, de modo que se coloque um fim em procedimentos já iniciados ou que estão prestes a ser iniciados ou para que vereditos já pronunciados sejam encerrados”. Essas leis podem ser gerais, se abrangerem todas as ofensas cometidas por todos os atores em um determinado período ou, em qualquer caso, específicas, se forem relacionadas a uma determinada classe de fatos ou crimes, para o benefício de um determinado grupo de pessoas, ou alguma combinação dessas opções.²⁹⁹

Como mencionado, a primeira vez que a Corte IDH se referiu a esse assunto foi no julgamento do caso *Barrios Altos vs. Peru*, no qual o próprio governo – envolvido nas graves violações de Direitos Humanos cometidas durante o conflito armado interno do país – emitiu dois decretos que liberavam militares, policiais e civis envolvidos nas referidas violações de responsabilidade. Assim, a decisão da Corte IDH sobre o assunto se refere às chamadas leis de “auto anistia”. Na ocasião, a Corte IDH declarou que:

são inadmissíveis as disposições de anistia [...] que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de Direitos Humanos [...] proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.³⁰⁰

Da mesma forma, a Corte IDH enfatizou que os Estados Partes na CADH, que adotam leis que tenham o efeito de remover alguém do exercício de seu direito a garantias judiciais e proteção judicial, como leis de auto anistia, “incorrem em violação dos artigos 8 e 25, em combinação com os artigos 1.1 e 2 do [mencionado tratado]”.³⁰¹ E acrescentou que, como consequência da incompatibilidade manifesta entre as leis de auto anistia e a CADH, “leis carecem de efeitos jurídicos e não podem representar um obstáculo para a investigação dos fatos deste caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis,

294 Medina Quiroga, C., *op. cit.*, p. 26.

295 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. F. 2001. Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta e outros vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 155.

296 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. F. 2001, par. 41. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPMRC. 2012, par. 285. e).

297 Corte IDH. *Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. MRC. 2004, par. 145.

298 Corte IDH. *Caso García Lucero e outras vs. Chile*. EPMR. 2013, par. 123.

299 Fundación para el Debido Proceso Legal. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*. Washington DC, 2009, p. 273.

300 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. F. 2001, par. 41. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, par. 225.

301 Sobre as leis de anistia, ver o comentário ao artigo 2 de Ferrer Mac-Gregor e Pelayo.

nem podem ter igual ou similar impacto em outros casos ocorridos no Peru relativos à violação dos direitos consagrados na Convenção”.³⁰²

Apesar das disposições da sentença no caso *Barrios Altos vs. Peru*, a CIDH apresentou um pedido de interpretação da mesma, solicitando que a Corte IDH se manifestasse se o que foi ordenado na sentença de mérito teria efeitos apenas para o caso específico ou em geral para todos os casos de violação de Direitos Humanos nos quais foram aplicadas as leis de anistia no Peru.³⁰³ Diante disso, a Corte IDH foi firme ao afirmar que “dada a natureza da violação constituída pelas leis de anistia [...], o decidido na sentença de mérito no caso Barrios Altos tinha efeitos gerais”.³⁰⁴ Posteriormente, no julgamento do caso *La Cantuta vs. Peru*, a Corte IDH citou uma decisão do Tribunal Constitucional do Peru referente a um recurso de amparo apresentado por um dos supostos autores do caso, com fundamento na sentença Barrios Altos. Assim, o Tribunal Constitucional do Peru declarou que:

a obrigação do Estado de investigar os fatos e punir os responsáveis pela violação dos Direitos Humanos [...] não só compreende a anulação dos processos em que se aplicaram as leis de anistia [...], mas também toda prática destinada a impedir a investigação e punição pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal, entre as quais estão as decisões de extinção definitiva [...] proferidas em favor do demandante [nos termos da sentença da Cantuta].³⁰⁵

Portanto, de acordo com a jurisprudência da Corte IDH, “a incompatibilidade quanto à Convenção inclui anistias por violações graves dos Direitos Humanos e não se restringe apenas às chamadas ‘auto anistias’”. Para isso, a Corte IDH especificou que a incompatibilidade desse número com a obrigação de investigar é devida, “mais do que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a lei de anistia, à sua *ratio legis*: deixando impunes graves violações ao direito internacional cometidas”.³⁰⁶ Consequentemente:

A incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana em casos de graves violações aos Direitos Humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas do aspecto material, na medida em que violam os direitos consagrados nos artigos 8 e 25, em relação com artigos 1.1. e 2 da Convenção.³⁰⁷

Nesse sentido, a Corte IDH indicou que as leis de anistia: afetam o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações de Direitos Humanos, impedindo que os familiares das vítimas sejam ouvidos por um juiz, conforme indicado no artigo 8.1 da Convenção Americana e viola o direito à proteção judicial, consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente devido à falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, violando também o artigo 1.1 da Convenção;³⁰⁸ [...] dificultando o completo, oportuno e efetivo império da justiça nos casos pertinentes e favorecendo a impunidade e a arbitrariedade, afetando, também, seriamente o estado de direito.³⁰⁹

Além disso, tomando como referência o parecer consultivo *Certas Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, a Corte IDH destacou que “o fato de [que a lei de anistia] tenha sido aprovada em um regime democrático e ainda ratificada ou respaldada pela população em duas

302 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. F. 2001, par. 43 e 44. Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, par. 296.

303 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Interpretação da Sentença de M. 2001, par. 8.

304 *Ibidem*, par. 18.

305 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. MRC. 2006, par. 181.

306 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPMRC. 2006, par. 120. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, par. 229. (grifo nosso)

307 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. F. 2001, par. 43. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, par. 226 e 229.

308 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, par. 227. Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, par. 295.

309 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, par. 226.

ocasiões não lhe concede automaticamente, nem por si só, legitimidade perante o Direito Internacional” e é irrelevante para os fins de analisar o cumprimento da obrigação estatal de investigar.³¹⁰ Da mesma forma, a Corte IDH indicou que, mesmo quando essas normas não estão sendo aplicadas pelo Estado em questão, isso:

não é suficiente para satisfazer as exigências do artigo 2 da Convenção no presente caso. Em primeiro lugar porque [...] o artigo 2 impõe uma obrigação legislativa de suprimir toda norma violatória à Convenção e, em segundo lugar, porque o critério dos tribunais internos pode mudar, decidindo-se por aplicar novamente uma disposição que para o ordenamento interno .³¹¹

De fato, à luz das obrigações gerais estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 da CADH, os Estados Partes tem o dever de adotar todo tipo de medidas, para que a ninguém sejam retiradas as garantias judiciais e o exercício do direito ao recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da CADH, portanto:

Uma vez ratificada a Convenção Americana, é responsabilidade do Estado, de acordo com seu artigo 2, adotar todas as medidas para tornar sem efeito as disposições legais que possam infringi-la, como as que impedem a investigação de violações graves dos Direitos Humanos.³¹²

Isso se deve ao fato de que a remoção das referidas garantias e a falta de acesso a um recurso simples e efetivo levam à impossibilidade de defesa das vítimas e à perpetuação da impunidade, além de impedir que as vítimas e seus familiares conheçam a verdade dos fatos, “os quais são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana”,³¹³ e conduzem à responsabilidade internacional do Estado.³¹⁴

Além disso, deve-se notar que:

todos os órgãos internacionais de proteção dos Direitos Humanos e vários altos tribunais nacionais da região que tiveram a oportunidade de decidir sobre o escopo das leis de anistia sobre graves violações dos Direitos Humanos e sua incompatibilidade com as obrigações internacionais dos Estados que as emitem, concluíram que as mesmas afrontam o dever internacional do Estado de investigar e punir tais violações.³¹⁵

No caso *Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*, ao analisar a lei geral de anistia referente a crimes cometidos no contexto do conflito armado interno do país, a Corte IDH considerou pertinente referir-se às normas do Direito Internacional Humanitário aplicável como referência para seu raciocínio.³¹⁶ Assim, a Corte IDH estabeleceu que, embora o artigo 6.5 do Protocolo II adicional às Convenções de Genebra de 1949 por vezes justifique a emissão de leis de anistia para a cessação de hostilidades em conflitos armados não internacionais, a fim de permitir à retorno à paz,³¹⁷ essa norma não é absoluta, uma vez que o Direito Internacional Humanitário consuetudinário estabelece a obrigação do Estado de investigar e processar crimes de guerra. Consequentemente, de acordo com a Corte IDH:

Pode-se entender que o artigo 6.5 do Protocolo II adicional refere-se a anistias amplas a respeito de quem tenha participado no conflito armado não internacional ou se encontrem privados de liberdade por razões relacionadas ao conflito armado, sempre que não se trate de fatos que,

310 *Ibidem*, par. 238-239.

311 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPMRC. 2006, par. 121.

312 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. MRC. 1999, par. 207. Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, par. 296, nota de rodapé n. 477.

313 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Interpretação da Sentença de F. 2001, par. 18. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, par. 228.

314 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPMRC. 2006, par. 119. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 209-219.

315 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, par. 141-170. Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e arredores vs. El Salvador*. MRC. 2012, par. 283.

316 Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, par. 266-280 e 284, e voto concorrente do juiz Diego García Sayán.

317 Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, par. 285

como os do presente caso, caberiam na categoria de crimes de guerra e, inclusive, na categoria de crimes contra a humanidade.³¹⁸

7.4.2. Prescrição

A Corte IDH definiu a prescrição em matéria penal como aquela que determina “a extinção da reivindicação punitiva devido à passagem do tempo e que, geralmente, limita o poder punitivo do Estado de processar a conduta ilegal e sancionar seus autores”.³¹⁹ Desse modo, a prescrição, reconhecida em alguns países da região como garantia do acusado,³²⁰ deve ser devidamente observada pelo juiz para todos os acusados de um crime,³²¹ uma vez que, em certos casos, “permite ao acusado opor-se a uma persecução criminal indefinida ou interminável, funcionando assim como um corretivo para os órgãos encarregados do processo criminal contra o atraso em que possam incorrer no desempenho de suas funções”.³²² Na mesma linha, a Corte IDH indicou que o acusado “não é responsável por garantir a rapidez das ações das autoridades no desenvolvimento do processo criminal” e que, nessa medida, não pode ser atribuído “que suporte o ônus do atraso na administração justiça, o que resultaria em prejuízo dos direitos conferidos pela lei”.³²³

Sem prejuízo disso, a Corte IDH se referiu à imprescritibilidade de crimes que envolvem graves violações de Direitos Humanos, destacando que “em certas circunstâncias, o Direito Internacional considera a prescrição³²⁴ [...] inadmissível e inaplicável, a fim de manter em vigor o poder punitivo do Estado sobre condutas cuja severidade torna necessária a repressão para impedir que seja cometido novamente”.³²⁵ De acordo com a Corte IDH, mesmo quando um Estado não ratificou a Convenção sobre imprescritibilidade de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, a referida imprescritibilidade “surge como uma categoria de norma do Direito Internacional Geral (*ius cogens*)”, de modo que o referido Estado “não pode deixar de cumprir essa norma imperativa”.³²⁶

Por esse motivo, a Corte IDH considerou que, “independentemente de uma conduta ser determinada por [um] tribunal interno como um crime contra a humanidade ou não”,³²⁷ deve ser levado em conta o dever especial do Estado de enfrentar violações graves de Direitos Humanos, como tortura, execução sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, todos proibidos por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos”.³²⁸

Nesse ponto, é importante notar que na sentença do caso *Vera Vera vs. Equador*, a Corte IDH especificou que, embora “todas as violações de Direitos Humanos supõe uma certa gravidade por sua própria natureza”, “isso não deve ser confundido com o que o Tribunal, em toda a sua jurisprudência, considerou como ‘violações graves de Direitos Humanos’, que [...] têm conotação e consequências próprias”.³²⁹ Portanto, segundo a Corte IDH, apenas nos casos citados de violações graves dos Direitos

318 *Ibidem*, par. 286.

319 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador*. MRC. 2007, par. 111. Corte IDH. *Caso Vera Vera e outra vs. Equador*. EPMRC. 2011, par. 117.

320 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 5 de julho de 2011. Considerando 45.

321 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. F. 2001, par. 41. Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 1 de julho de 2011. Considerando 40.

322 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 24 de novembro de 2009. Considerando 16.

323 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador*. MRC. 2007, par. 119.

324 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador*. MRC. 2007, par. 111. Corte IDH. *Caso Vera Vera e outra vs. Equador*. EPMRC. 2011, par. 117.

325 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador*. MRC. 2007, par. 111. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. MRC. 2010, par. 207.

326 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPMRC. 2006, par. 153.

327 Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. MRC. 2010, par. 208.

328 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, par. 171. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, par. 225.

329 Corte IDH. *Caso Vera Vera e outra vs. Equador*. EPMRC. 2011, par. 118. Dessa forma, a Corte IDH esclareceu o que

Humanos, “a prescrição não seria adequada”.³³⁰ Nesse sentido, destacou que, em sua jurisprudência, “a inadmissibilidade da prescrição geralmente é declarada pelas peculiaridades de casos que envolvem graves violações de Direitos Humanos, como desaparecimento forçado de pessoas, execução extrajudicial e tortura” e que, em alguns casos, ocorreram em contextos de violações massivas e sistemáticas.³³¹

Quando o processo em questão não envolve uma suposta violação grave aos Direitos Humanos, a Corte IDH tem sustentado a inadmissibilidade de tal prescrição apenas nos casos em que derive de negligência ou má-fé das partes envolvidas. Com efeito, de acordo com a Corte IDH, “embora o estatuto de limitações seja uma garantia do devido processo que deve ser devidamente observado pelo juiz para todos os acusados de um crime,³³² a sua invocação e aplicação é inaceitável quando comprovado claramente que o curso do tempo foi determinado por atos ou omissões procedimentais direcionados, com clara má-fé ou negligência, a promover ou permitir a impunidade. [...] Ou seja, a garantia da prescrição cede diante dos direitos das vítimas quando surgem situações que obstruem a obrigação de identificar, julgar e punir os responsáveis por um crime”.³³³

Nesse sentido, a Corte IDH recordou sua jurisprudência sobre o artigo 8.4 da CADH, em relação ao princípio *ne bis in idem*, no sentido de que não é aplicável quando: “i) as ações do tribunal que ouviu o caso e decidiu arquivar o processo ou absolver a pessoa responsável por uma violação dos Direitos Humanos ou de Direito Internacional, obedeceu ao propósito de remover o acusado de sua responsabilidade criminal; ii) o procedimento não foi instruído de forma independente ou imparcial, de acordo com as devidas garantias do processo,³³⁴ ou iii) não havia nenhuma intenção real de sujeitar a pessoa responsável à ação judicial.³³⁵ Uma sentença pronunciada nas circunstâncias indicadas produz uma coisa julgada ‘aparente’ ou ‘fraudulenta’”.³³⁶

Desse modo, a Corte IDH declara que um procedimento que termina com a aplicação da prescrição por má-fé ou negligência poderia se encaixar em uma das três premissas mencionadas acima, que produzem algo considerado ‘aparente’ ou ‘fraudulento’ e, conseqüentemente, um novo julgamento contra o acusado, em princípio, não violaria o princípio *ne bis in idem*. Assim, de acordo com a Corte IDH, “esse critério não implica que [...] se desconheça o alcance e a importância do instituto processual da prescrição”, mas, “como regra geral, [...] deve ser aplicado quando apropriado”, a menos que qualquer uma das circunstâncias mencionadas acima seja comprovada e, portanto, haja uma negação do acesso à justiça.³³⁷

foi declarado em sentenças anteriores, no sentido de que “de acordo com as obrigações convencionais assumidas pelos Estados, nenhuma disposição ou instituto de direito interno, incluindo a prescrição, poderia se opor ao cumprimento das decisões do Tribunal relativas à investigação e punição dos responsáveis por violações de Direitos Humanos. Se não fosse esse o caso, os direitos consagrados na Convenção Americana seriam desprovidos de proteção efetiva. Esse entendimento da Corte está de acordo com a letra e o espírito da Convenção, bem como com os princípios gerais do Direito Internacional; um desses princípios é o *pacta sunt servanda*, que exige que as disposições de um tratado sejam garantidas como um efeito útil no direito interno dos Estados Partes”. Além disso, que “de acordo com os princípios gerais do Direito Internacional, e como resulta do artigo 27 da Convenção de 1969 sobre o Direito dos Tratados, as decisões dos órgãos internacionais de proteção dos Direitos Humanos não podem encontrar um obstáculo à sua plena aplicação nas regras ou institutos de direitos internos”. Corte IDH. *Caso dos irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. MRC. 2004, par. 151-152.

330 Corte IDH. *Caso Vera Vera e outra vs. Equador*. EPMRC. 2011, par. 118-120.

331 Corte IDH. *Caso Vera Vera e outra vs. Equador*. EPMRC. 2011, par. 117.

332 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. F. 2001, par. 41 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 24 de novembro de 2009. Considerando 17.

333 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 24 de novembro de 2009. Considerando 17.

334 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. F. 2000, par. 137-139. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. MRC. 2012, par. 195.

335 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPMRC. 2006, par. 154. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. MRC. 2012, par. 195.

336 Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*. MRC. 2004, par. 131. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. MRC. 2012, par. 195.

337 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. MRC. 2007. Considerando 45.

Consequentemente, na fase de monitoramento do cumprimento das sentenças frente as informações das partes sobre a alegada aplicação de prescrição de má-fé ou negligência, nas investigações das violações de Direitos Humanos ordenadas pela Corte IDH, esta solicitou aos Estados, *inter alia*, que: 1) informe sobre as ações adotadas desde ou antes da notificação da sentença, a fim de iniciar as ações correspondentes oficiosamente no processo em questão;³³⁸ 2) envie informações suficientes para determinar “se, de acordo com a ordem da sentença, os juízes orientaram os respectivos processos a fim de evitar atrasos e entraves indevidos que levam à impunidade, frustrando assim a devida proteção judicial dos Direitos Humanos”,³³⁹ ou 3) diante da gravidade de um crime como a tortura, declare a prescrição, quando conducente, somente após uma investigação com a devida diligência.³⁴⁰ Assim, em alguns casos, por não ter argumentos ou evidências específicas que indiquem falhas nos procedimentos de investigação, a Corte IDH dispôs “não continuar monitorando o cumprimento” do ponto em questão.³⁴¹

Finalmente, se um caso não envolver violações graves de Direitos Humanos nem alegar-se má-fé ou negligência na aplicação da prescrição, e a investigação dos fatos não resultar na determinação das responsabilidades e atender às expectativas da vítima e/ou de seus familiares mais próximos, a Corte IDH poderia considerar, como fez no citado caso *Vera Vera*, que “em razão do direito da mãe e dos familiares mais próximos [da vítima] de saber exatamente o que aconteceu com ela, o Estado deve satisfazer, de alguma forma, como uma medida complementar de satisfação àquelas estabelecidas na sentença, tal expectativa mínima, informando ao Tribunal as medidas tomadas e os resultados obtidos”.³⁴²

7.4.3. Extradicação

A Corte IDH indicou que “um Estado não pode conceder proteção direta ou indireta a processado por crimes que envolvam graves violações dos Direitos Humanos através da aplicação imprópria de figuras legais que violam obrigações internacionais relevantes”.³⁴³

A extradicação implica, em termos gerais, na “entrega de uma pessoa acusada ou condenada pela jurisdição de outro Estado para enfrentar as acusações ou cumprir a sentença”. Com relação a isso, há pelo menos dois princípios básicos que a governam: 1) “a exigência de dupla criminalidade, ou seja, que a conduta pela qual a extradicação é solicitada seja considerada crime, tanto no país solicitante quanto no país requerido”, e 2) “o princípio da especialidade, que implica que o país solicitante só pode processar os crimes pelos quais a extradicação foi concedida”.³⁴⁴ Além disso, de acordo com tratados internacionais, “a recusa em extraditar é estabelecida: (i) para um nacional; (ii) a uma pessoa acusada ou sancionada por um crime político; (iii) dada a possibilidade de aplicar algumas sanções, como pena de morte ou prisão perpétua; (iv) quando os crimes tenham prescrito de acordo com a estrutura jurídica de qualquer um dos Estados envolvidos; e (v) quando os mesmos atos já tiverem sido objeto de processo anterior ou já tiverem sido sancionados”.³⁴⁵

Nesse sentido, a Corte IDH estabeleceu que a aplicação de figuras como a extradicação “não deve servir como mecanismo para favorecer, buscar ou garantir a impunidade”. Portanto, “nas decisões sobre a aplicação dessas figuras processuais a uma pessoa, as autoridades estatais devem prevalecer na consideração da imputação de graves violações dos Direitos Humanos”,³⁴⁶ buscando garantir que as pessoas

338 Corte IDH. *Caso Cinco Aposentados vs. Peru*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 30 de novembro de 2011. Considerando 19.

339 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 24 de novembro de 2009. Considerando 19.

340 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Supervisão, considerando 45.

341 Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 20 de fevereiro de 2012. Considerado 14.

342 Corte IDH. *Caso Vera Vera e outra vs. Equador*. EPMRC. 2011, par. 123.

343 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, par. 166.

344 Fundación para el Debido Proceso Legal, *op. cit.*, p. 219.

345 *Idem*.

346 Corte IDH. *Caso “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 8

envolvidas nas referidas violações graves ou aquelas que podem possuir informações relevantes a esse respeito, possam comparecer perante o tribunal ou colaborar com este, quando necessário.³⁴⁷

Portanto, um Estado não pode se opor à extradição de um indivíduo supostamente responsável por uma violação grave dos Direitos Humanos, uma vez que, a todo momento, “as regras específicas sobre a imprescritibilidade dos crimes devem ser aplicadas ou a inadmissibilidade da exclusão da responsabilidade baseada na imunidade funcional”. Em todo caso, “os Estados devem ter em mente a obrigação alternativa consagrada em alguns tratados internacionais, e referida na doutrina como *aut dedere aut iudicare*, a partir da qual os órgãos do próprio Estado requerido devem exercer jurisdição em caso de negada a extradição”.³⁴⁸

Além disso, a Corte IDH indicou que:

os processos de extradição são mecanismos de cooperação internacional entre Estados em matéria penal, nestes devem ser observadas as obrigações internacionais dos Estados no campo dos Direitos Humanos, na medida em que suas decisões possam afetar os direitos das pessoas [...]. Em particular, os procedimentos de extradição devem respeitar certas garantias mínimas do devido processo, levando em consideração seus aspectos políticos e jurídicos.³⁴⁹

7.5. Considerações específicas sobre a obrigação de investigar em relação a certos direitos reconhecidos na CADH

A seguir, apresentam-se os padrões estabelecidos pela Corte IDH sobre as características especiais acerca da obrigação de investigar quanto se trata de casos que envolvam a suposta violação do direito à vida, à integridade pessoal,³⁵⁰ à liberdade de pensamento e expressão e os direitos da criança.

7.5.1. Em relação ao direito à vida

7.5.1.1. Desaparecimento forçado

A Corte Interamericana indicou que, no caso de desaparecimento forçado, “é necessário aplicar uma perspectiva integral na investigação desse fato, devido à pluralidade de condutas que, unidas por um único objetivo, violam permanentemente enquanto subsistem, bens jurídicos protegidos pela Convenção”.³⁵¹ Também declarou que, dada a gravidade específica desse crime e a natureza dos direitos prejudicados, “a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o dever correlato de investigá-los e punir os responsáveis são normas que atingiram o caráter de *jus cogens*”.³⁵²

Desse modo, “a omissão ou negligência dos órgãos estatais não é compatível com as obrigações emanadas da Convenção Americana, tanto mais se estiverem em jogo os bens essenciais das pessoas”.³⁵³ Com efeito, os bens jurídicos sobre os quais recaem a investigação de um desaparecimento forçado “exigem esforços redobrados nas medidas que devem ser praticadas para cumprir seu objetivo”.³⁵⁴

julho de 2009. Considerandos 40-41. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, par. 166.

Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colômbia*. EPMRC. 2013, par. 390.

347 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, par. 166.

348 Fundación para el Debido Proceso Legal, *op. cit.*, p. 220.

349 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 208.

350 Sobre a obrigação do Estado de investigar em relação ao direito à integridade pessoal ver o comentário de Nash.

351 Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPMRC. 2012, par. 128-129 e 221. Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 99.

352 Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. MRC. 2006, par. 84. Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 131.

353 Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. MRC. 2010.

354 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPMRC. 2008, par. 150. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs Peru*. EPMRC. 2016, par. 182.

Portanto, “a obrigação de investigar não pode ser desconsiderada ou condicionada por atos internos ou disposições normativas de qualquer natureza”.³⁵⁵

Além disso, para os Estados Partes, a obrigação de investigar um caso de desaparecimento forçado:

está particularizada em função do estabelecido nos artigos III, IV, V e XII da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado quanto à investigação do desaparecimento forçado como delito continuado ou permanente, o estabelecimento da jurisdição para investigar este delito, a cooperação com outros Estados para a persecução penal e eventual extradição de supostos responsáveis e o acesso à informação sobre os locais de detenção.³⁵⁶

Portanto, sempre que houver motivos razoáveis para presumir que uma pessoa foi sujeita ao desaparecimento forçado, uma investigação criminal deve ser iniciada,³⁵⁷ *ex officio*, sem demora, e de maneira séria, imparcial e efetiva.³⁵⁸ “Esse é um elemento fundamental e condicionante para a proteção dos direitos afetados por essas situações”.³⁵⁹ Certamente, em casos de desaparecimento forçado de pessoas, a obrigação de investigar “é independente de denúncia ou queixa”,³⁶⁰ de tal maneira “que não depende da iniciativa processual da vítima ou de seus familiares ou da contribuição particular de elementos comprobatórios”.³⁶¹ Assim, “uma vez que um desaparecimento forçado ocorra, ele deve ser efetivamente considerado e tratado como um ato ilegal que pode ter como consequência a imposição de sanções para quem o comete, instiga, oculta ou de qualquer outra forma participa de sua perpetração”.³⁶²

Nesse sentido, a Corte IDH chamou a atenção para a importância particular da duração da investigação de um desaparecimento forçado:

pois a passagem do tempo tem uma relação diretamente proporcional com a limitação – e em alguns casos, a impossibilidade – de obter evidências e/ou testemunhos, dificultando e ainda anulando ou tornando ineficaz, a prática de diligências probatórias a fim de esclarecer os fatos que são objeto da investigação, a identificação de possíveis autores e partícipes e a determinação de possíveis responsabilidades penais, bem como para esclarecer o destino da vítima e identificar os responsáveis por seu desaparecimento.³⁶³

Mesmo assim, a Corte IDH indicou que “depois de uma denúncia de desaparecimento ou sequestro, os Estados devem agir prontamente nas primeiras horas e dias”.³⁶⁴ Assim, “para que uma investigação sobre desaparecimento forçado seja realizada de maneira efetiva e com a devida diligência, todos os meios necessários devem ser usados para executar prontamente essas ações e investigações essenciais e oportunas para esclarecer o destino das vítimas e identificar os responsáveis por seu desaparecimento forçado”.³⁶⁵

355 Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, par. 127. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 230.

356 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011, par. 233.

357 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPMRC. 2008, par. 65. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 168.

358 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPMRC. 2009, par. 65. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 168.

359 Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 145. Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, par. 128.

360 Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 145. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 168.

361 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009, par. 197. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 168.

362 Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPMRC. 2013, par. 178.

363 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPMRC. 2008, par. 150. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPMRC. 2013, par. 185. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 182.

364 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPMRC. 2009, par. 284. Corte IDH. *Caso Palma Mendoza e outros vs. Equador*. EPF. 2012, par. 91.

365 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 174. Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 227. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016,

Naturalmente, “a investigação deve incluir a realização de todas as ações necessárias a fim de determinar a sorte ou o destino da vítima e a localização de seu paradeiro”.³⁶⁶ A Corte IDH já esclareceu que o dever de investigar eventos dessa natureza permanece enquanto houver incerteza quanto ao destino final da pessoa desaparecida,³⁶⁷ uma vez que o dever “persiste até que a pessoa privada de liberdade seja encontrada, seus restos mortais apareçam³⁶⁸ ou, em qualquer caso, seu destino seja conhecido com certeza”.³⁶⁹ Assim, “o direito dos familiares mais próximos da vítima” de saberem qual foi o seu destino e, quando for o caso, onde estão seus restos mortais, representa uma expectativa justa de que o Estado deve satisfazer com todos os meios à sua disposição³⁷⁰, na medida em que isso permita àqueles aliviar a angústia e sofrimento causados pela incerteza sobre o paradeiro de seu familiar desaparecido.³⁷¹ Nesse sentido, levando em consideração as normas do Direito Internacional Humanitário Consuetudinário, a Corte IDH alertou que “essa obrigação é independente do fato de que o desaparecimento da pessoa seja uma consequência do crime próprio de desaparecimento forçado ou de outras circunstâncias, como sua morte durante uma operação [...], de erros na entrega dos restos mortais ou de outras razões”.³⁷²

Segundo a Corte IDH, “é necessário que o Estado realize uma busca séria, por meio da via judicial e administrativa adequada, na qual todos os esforços sejam feitos” para determinar o paradeiro da vítima o mais rápido possível.³⁷³ Essa busca “deve ser realizada de maneira sistemática e rigorosa, com recursos humanos, técnicos e científicos adequados e qualificados,³⁷⁴ e, se necessário, a cooperação de outros Estados deve ser solicitada.³⁷⁵ “A pronta e imediata ação das autoridades fiscais e judiciais é essencial, ordenando medidas oportunas e necessárias para determinar o paradeiro da vítima ou o local onde pode estar privada de liberdade.”³⁷⁶ O referido processo deve ser relatado aos familiares e, no possível, buscar sua presença”.³⁷⁷ Se, após os procedimentos realizados pelo Estado, a vítima for encontrada morta, “os restos mortais devem ser entregues a seus familiares,³⁷⁸ “para que possam honrá-

par. 179.

366 Corte IDH. *Caso Ticona Estrada e outros vs. Bolívia*. MRC. 2008, par. 80. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 178.

367 Corte IDH. *Caso Ticona Estrada e outros vs. Bolívia*. MRC. 2008, par. 155. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 178.

368 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009, par. 143. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. MRC. 2010, par. 215.

369 Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. MRC. 2010, par. 215.

370 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 181. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 178.

371 Corte IDH. *Caso Ticona Estrada e outros vs. Bolívia*. MRC. 2008, par. 155. Corte IDH. *Caso Torres Millacura e outros vs. Argentina*. MRC. 2011, par. 136.

372 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014, par. 478.

373 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. RC. 1998, par. 90. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPMRC. 2012, par. 290.

374 Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, par. 191. Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 227.

375 Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, par. 191. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPMRC. 2012, par. 290. Nesse sentido, a Corte IDH indicou que “é essencial a maneira pela qual são realizadas as ações voltadas à busca de restos mortais presumivelmente humanos”. Assim, “a correta coleta e preservação desses restos mortais são condições indispensáveis para determinar o que aconteceu às vítimas e, conseqüentemente, para a investigação, processo e eventual sanção dos responsáveis, e que a passagem do tempo pode gerar efeitos irreversíveis sobre os restos quando não são adequadamente preservados. Nesse sentido, os Estados devem realizar o mais rapidamente possível as provas periciais necessárias para identificar os referidos restos”. Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolívia*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 16 de novembro de 2009. Considerandos 15-16. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. MRC. 2010, par. 219.

376 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPMRC. 2009, par. 134. Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 138. Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 226.

377 Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, par. 191. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPMRC. 2012, par. 290.

378 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPMRC. 2009, par. 185. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares*

los de acordo com suas crenças e costumes”,³⁷⁹ após verificação da filiação genética, o mais rápido possível e sem nenhum custo para eles. Além disso, o Estado deve cobrir as despesas do funeral, quando apropriado, em comum acordo com seus familiares”.³⁸⁰ Como a Corte IDH enfatizou, “os restos mortais de uma pessoa merecem ser tratados com respeito diante de seus parentes, devido à importância que têm para eles”.³⁸¹

Além disso, a Corte IDH indicou que “os restos são uma prova do que aconteceu e, juntamente com o local onde são encontrados, podem fornecer informações valiosas sobre os autores das violações ou a instituição a que pertenciam”.³⁸²

Com relação às autoridades responsáveis pela investigação, a Corte IDH estabeleceu que o Estado deve fornecer a elas “os recursos logísticos e científicos necessários para coletar e processar as provas e, em particular, os poderes para acessar a documentação e as informações pertinentes para investigar os fatos relatados e obter indícios ou evidências da localização das vítimas”.³⁸³ Da mesma forma, é essencial que as autoridades encarregadas da investigação possam ter acesso ilimitado aos locais de detenção, tanto em relação à documentação quanto às pessoas”.³⁸⁴

Ademais, a Corte IDH considerou que, apesar de outras provas precisarem ser obtidas e avaliadas, “as autoridades encarregadas da investigação devem prestar especial atenção às provas circunstanciais, evidências e presunções”,³⁸⁵ evitando, assim, omissões na coleta de provas e no acompanhamento de linhas lógicas de investigação.³⁸⁶ Nesse sentido, as autoridades têm o dever de garantir que, no decorrer da investigação, sejam avaliados os possíveis padrões sistemáticos que permitiram a prática de violações graves dos Direitos Humanos”,³⁸⁷ bem como a possível complexidade dos fatos e a estrutura na qual as pessoas provavelmente envolvidas neles estavam envolvidas.³⁸⁸ A Corte IDH considerou que “as autoridades estatais são obrigadas a colaborar na coleta de provas para alcançar os objetivos da investigação e devem se abster de realizar atos que representem obstruções ao progresso do processo investigativo.”³⁸⁹

Tudo isso porque “essa forma de repressão se caracteriza pela busca da supressão de todos os elementos que permitam comprovar o sequestro, o paradeiro e o destino das vítimas”.³⁹⁰ Além disso, porque em casos de desaparecimento forçado, dado o contexto e a complexidade dos fatos, “é razoável

vs. *República Dominicana*. EPMRC. 2012, par. 291.

379 Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia*. MRC. 2004, par. 268. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014, par. 480.

380 Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia*. MRC. 2004, par. 268. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPMRC. 2012, par. 289.

381 Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolívia*. RC. 2002, par. 115. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPMRC. 2012, par. 289.

382 Corte IDH. *Caso Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009, par. 245. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014, par. 480.

383 Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. MRC. 2008, par. 77. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 179.

384 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003, par. 180-181. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPMRC. 2009, par. 135. Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, par. 171.

385 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 130. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPMRC. 2012, par. 232.

386 Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. MRC. 2005, par. 88 e 105. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 177.

387 Corte IDH. *Caso Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. MRC. 2007, par. 156. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 177.

388 Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. MRC. 2005, par. 88 e 105. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 177.

389 Corte IDH. *Caso García Prieto e outro vs. El Salvador*. EPMRC. 2007, par. 112. Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 237.

390 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 131. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPMRC. 2012, par. 134 e 235.

considerar que existem diferentes graus de responsabilidade em diferentes níveis”.³⁹¹ Portanto, não basta o conhecimento das circunstâncias materiais do crime, mas é essencial analisar o conhecimento das estruturas de poder que o permitiram, projetaram e executaram, intelectual e materialmente, assim como as pessoas ou grupos que estavam interessados ou se beneficiariam do crime (beneficiários). Consequentemente, não é apenas a análise de um crime isoladamente, mas inserida em um contexto que fornece os elementos necessários para entender sua estrutura de operação.³⁹²

Assim, a Corte IDH destacou que “na investigação de crimes complexos, o desenho e o desenvolvimento de uma estratégia de investigação são essenciais para concentrar esforços e recursos da maneira mais eficaz possível”.³⁹³

Especificamente, em relação aos familiares das vítimas, a Corte IDH indicou que:

têm o direito e os Estados a obrigação de que o que aconteceu a elas seja efetivamente investigado pelas autoridades do Estado; que se mova processo contra os supostos autores destes ilícitos; em se for o caso, imponha-lhes sanções apropriadas e que sejam reparados os danos que esses familiares sofreram.³⁹⁴

Ademais, a Corte IDH reiterou que:

No caso de um desaparecimento forçado, cujos objetivos incluem impedir o exercício de recursos legais e garantias processuais pertinentes, se a própria vítima não puder acessar os recursos disponíveis, é essencial que seus familiares ou outras pessoas próximas possam ter acesso a procedimentos ou recursos judiciais imediatos e efetivos como meio de determinar seu paradeiro ou estado de saúde, ou para individualizar a autoridade que ordenou a privação de liberdade ou a que executou-a.³⁹⁵

Da mesma forma, a Corte IDH estabeleceu que “os familiares das supostas vítimas não são obrigados a interpor recursos internos que não sejam adequados para determinar o paradeiro da pessoa desaparecida, esclarecer os fatos e estabelecer as responsabilidades individuais delas derivadas”.³⁹⁶

Consequentemente, “devido à natureza e seriedade dos fatos, os Estados são obrigados a realizar uma investigação com as características mencionadas acima e a determinar as responsabilidades penais, através das autoridades judiciais competentes, seguindo rigorosamente os requisitos do devido processo, previsto no artigo 8 da CADH”,³⁹⁷ respeitando e garantindo o acesso à justiça por meio de recursos judiciais simples, rápidos e/ou efetivos. Nesse sentido, a Corte IDH destacou que a obrigação de investigar os casos de desaparecimentos forçados “não se limita apenas à mera determinação do paradeiro ou destino das pessoas desaparecidas ou ao esclarecimento do que aconteceu, nem, tampouco, à mera investigação dirigida à determinação das responsabilidades correspondentes e à eventual sanção das mesmas”, uma vez que “ambos os aspectos são relacionados e devem estar presentes em qualquer investigação dos [referidos] atos”.³⁹⁸

391 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009, par. 203. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPMRC. 2013, par. 194.

392 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, par. 119. Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 150. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014, par. 500.

393 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014, par. 501.

394 Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. F. 2000, par. 130. Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 133.

395 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPMRC. 2009, par. 64. Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 133.

396 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, par. 46. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPMRC. 2012, par. 228.

397 Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Peru*. MRC. 2005, par. 106. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPMRC. 2012, par. 210.

398 Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. MRC. 2010, par. 215.

Quanto ao direito à verdade, segundo a Corte IDH, “no contexto de desaparecimentos forçados, o direito de conhecer o paradeiro das vítimas desaparecidas constitui um componente essencial do direito de conhecer a verdade”.³⁹⁹ A Corte IDH estabeleceu que o direito de conhecer a verdade faz parte do “direito dos familiares da vítima de saber qual foi o destino desta e, quando o caso, onde estão seus restos mortais”.⁴⁰⁰ A Corte IDH indicou que a privação da verdade sobre o paradeiro de uma vítima de desaparecimento forçado traz consigo uma forma de tratamento cruel e desumano para os familiares,⁴⁰¹ para quem a violação do direito à integridade pessoal pode estar relacionada à violação do direito de conhecer a verdade.⁴⁰²

7.5.1.2. Execuções extrajudiciais

A Corte IDH, tomando como referência o *Manual sobre Prevenção e Investigação Eficaz de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias das Nações Unidas* (Protocolo de Minnesota), indicou que “a determinação eficiente da verdade no âmbito da obrigação de investigar uma morte, deve ser demonstrada desde os primeiros passos com toda diligência”,⁴⁰³ e usando “todos os meios técnicos e científicos possíveis”.⁴⁰⁴ Assim, “na investigação da morte violenta de uma pessoa, é crucial a importância das primeiras etapas da investigação e o impacto negativo que as omissões e irregularidades nessas etapas podem ter sobre as perspectivas reais e efetivas de esclarecer o fato”.⁴⁰⁵ Dessa forma:

Nos casos em que foi estabelecido que execuções extrajudiciais ocorreram, é essencial que os Estados investiguem efetivamente a privação do direito à vida reconhecido no artigo 4 da Convenção e determinem as responsabilidades de todos os autores e partícipes, especialmente quando agentes estatais estiverem envolvidos.⁴⁰⁶

A Corte IDH especificou que, em face de uma morte violenta, as autoridades estatais que conduzem uma investigação desse tipo devem atentar, pelo menos, aos seguintes princípios orientadores:⁴⁰⁷

i) identificar a vítima; ii) recuperar e preservar as evidências relacionadas à morte, a fim de auxiliar em qualquer investigação criminal dos responsáveis em potencial; iii) identificar possíveis testemunhas e obter suas declarações sobre a morte investigada; iv) determinar a causa, forma, local e hora da morte, bem como qualquer padrão ou prática que pode ter causado a morte, e v) distinguir entre morte natural, morte acidental, suicídio e homicídio. Além disso, é necessário investigar minuciosamente a cena do crime, [e] realizar autópsia e análise de restos mortais, de forma rigorosa, por profissionais competentes, usando os procedimentos mais adequados.⁴⁰⁸

A Corte IDH alertou que:

399 Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 267. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca e outros vs. Peru*. EPMRC. 2016, par. 244.

400 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 181. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014, par. 481.

401 Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolívia*. F. 2000, par. 114. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”)* vs. Guatemala. MRC. 2012, par. 301.

402 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPMRC. 2009, par. 113. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”)* vs. Guatemala. MRC. 2012, par. 301.

403 Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 120. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 150.

404 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005, par. 208.

405 Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 120. Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPMRC. 2015, par. 137.

406 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003, par. 156. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 379.

407 Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014, par. 204. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 150.

408 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPMRC. 2003, par. 127. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 151.

mesmo em uma situação de conflito armado, o Direito Internacional Humanitário estabelece obrigações mínimas de devida diligência relacionadas à remoção correta e adequada dos corpos e aos esforços que devem ser feitos para identificá-los ou enterrá-los, a fim de facilitar sua identificação posterior.⁴⁰⁹

Em relação à cena do crime, a Corte IDH destacou os padrões internacionais sobre o assunto, segundo os quais:

os investigadores devem, no mínimo, fotografar tal cena, qualquer outra evidência física e o corpo como foi encontrado e depois de movê-lo; todas as amostras de sangue, cabelos, fibras, fios ou outras pistas devem ser coletadas e guardadas; examinar a área em busca de marcas de sapato ou qualquer outra que tenha natureza de evidência, fazer um relatório detalhando quaisquer observações da cena, as ações dos investigadores e a disposição de todas as evidências coletadas. O Protocolo de Minnesota estabelece, entre outras obrigações, que, ao investigar uma cena de crime, a área adjacente ao cadáver deve ser preservada, proibindo-se o ingresso na mesma, exceto para o investigador e sua equipe.⁴¹⁰

De acordo com a Corte IDH:

Enquanto isso não ocorre, deve ser evitada qualquer contaminação da mesma, mantendo-a sob custódia permanente. Uma das ações no local de descoberta de maior risco é a manipulação do cadáver, que não deve ser manipulado sem a presença de profissionais, que devem examiná-lo e movê-lo adequadamente de acordo com a condição do corpo.⁴¹¹

Por isso, a Corte IDH destacou que:

o manuseio correto da cena do crime é um ponto de partida da investigação e, portanto, decisivo para esclarecer a natureza, as circunstâncias e as características do crime, bem como os participantes do ato. Por isso, sua gestão deve ser realizada por profissionais treinados na importância de suas ações, na preservação da cena do crime, nas atividades a serem realizadas nela e na recuperação e preservação de evidências.⁴¹²

Da mesma forma, a Corte IDH estabeleceu que “a falta de proteção adequada da cena do crime pode afetar a investigação, uma vez que é um elemento fundamental para seu curso exitoso”.⁴¹³ Além disso, é essencial, conforme estabelecido pelo Protocolo de Minnesota, que “agentes da lei e outros investigadores não médicos [...] coordenem suas atividades [...] no local com] pessoal médico”.⁴¹⁴

Da mesma forma, de acordo com o mencionado Protocolo de Minnesota, “a devida diligência em uma investigação médico-legal de uma morte requer a manutenção da cadeia de custódia de todos os elementos de prova forense”.⁴¹⁵ Nesse sentido, a Corte IDH indicou que:

Isso consiste em realizar um registro escrito preciso, complementado, conforme corresponda, por fotografias e demais elementos gráficos, para documentar a história do elemento de prova à medida em que passa pelas mãos de diversos investigadores encarregados do caso. A cadeia

409 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014, par. 496. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 367.

410 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPMRC. 2009, par. 301. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 152.

411 Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014, par. 192. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 152.

412 Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014, par. 209. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 152.

413 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003, par. 166. Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014, par. 191.

414 Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014, par. 192.

415 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPMRC. 2009, par. 305. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 156.

de custódia pode se estender além do julgamento e da condenação do autor, dado que as provas antigas, devidamente preservadas, poderiam servir para a absolvição de uma pessoa condenada erroneamente. A exceção são os restos mortais de vítimas positivamente identificadas que podem ser devolvidos a suas famílias para seu devido sepultamento, com a reserva de que não podem ser cremados e que podem ser exumados para novas autópsias.⁴¹⁶

Em relação às autópsias, que visam “coletar, no mínimo, informações para identificar a pessoa morta, a hora, a data, a causa e a forma da morte”, a Corte IDH indicou que “certas formalidades básicas devem ser respeitadas, como a indicação da data e hora do início e do término, bem como o local onde é realizada e o nome do funcionário que a executa”.⁴¹⁷ Da mesma forma, é necessário, *inter alia*:

fotografar corretamente o corpo; tirar radiografias do cadáver, de sua bolsa ou envoltório e depois de desvesti-lo, documentar todas as lesões. Deve ser documentada a ausência, soltura ou dano dos dentes, bem como qualquer trabalho dental, e examinar cuidadosamente as áreas genital e paragenital em busca de marcas de abuso sexual. Em casos de suspeita de violência ou abuso sexual, devem ser preservados os líquidos oral, vaginal e retal, e os pelos externos e púbicos da vítima. Além disso, o Manual das Nações Unidas indica que nos protocolos de autópsia devem ser anotadas a posição do corpo e suas condições, incluindo se está morno ou frio, leve ou rígido; proteger as mãos do cadáver; registrar a temperatura do ambiente e coletar qualquer inseto.⁴¹⁸

Quanto à análise de restos mortais humanos, a Corte IDH indicou que “os padrões internacionais exigem que a entrega de restos mortais ocorra quando a vítima for claramente identificada, ou seja, uma vez obtida uma identificação positiva”. Nesse sentido, o Protocolo de Minnesota estabelece que “o corpo deve ser identificado por testemunhas confiáveis e outros métodos objetivos”.⁴¹⁹ Além disso, a Corte Interamericana citou o artigo 12 dos “princípios relativos à prevenção e investigação efetiva de execuções extralegais, arbitrárias ou sumárias”, segundo os quais o corpo da pessoa falecida não pode ser enterrado e cremado “até que um médico, se possível um especialista em medicina forense, tenha realizado uma autópsia adequada”. Da mesma forma, como foi apontado, “se depois que o corpo já houver sido enterrado, for necessária uma investigação, o corpo será exumado sem demora e de maneira apropriada para realizar uma autópsia. No caso de restos ósseos serem descobertos, eles devem ser desenterrados com as precauções necessárias e estudados de acordo com técnicas antropológicas sistemáticas.”⁴²⁰

Em relação aos familiares, a Corte IDH indicou que, em um caso de execução extrajudicial:

Os direitos afetados correspondem aos familiares da vítima falecida, que são a parte interessada na busca por justiça e a quem o Estado deve fornecer recursos efetivos, garantindo-lhes acesso à justiça, à investigação e eventual sanção, quando apropriado, dos responsáveis e reparação integral pelas consequências das violações.⁴²¹

7.5.1.3. Morte de uma pessoa sob custódia do Estado

416 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPMRC. 2009, par. 305. Corte IDH. *Caso-Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014, par. 207. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 153.

417 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPMRC. 2009, par. 310. Corte IDH. *Caso-Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, par. 295.

418 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPMRC. 2009, par. 310. Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014, par. 194. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 154.

419 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPMRC. 2009, par. 318.

420 Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguai*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 92.

421 Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. MRC. 2008, par. 170. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. MRC. 2012, par. 199

Como uma obrigação especialmente acentuada e um elemento condicionante para garantir o direito à vida, a Corte IDH estabeleceu que, quando se trata de investigar a morte de uma pessoa que estava sob custódia do Estado, as autoridades correspondentes têm o dever iniciar *ex officio* e sem demora uma investigação séria, independente, imparcial e efetiva, isto é, com a devida diligência e fundamentada “por todos os meios legais disponíveis e destinados a determinar a verdade”. Em suma, “o Estado tem a obrigação de fornecer uma explicação imediata, satisfatória e convincente do que aconteceu com uma pessoa que estava sob sua custódia”.⁴²²

Assim, levando em consideração, entre outros, o documento *Guidelines for Investigating Deaths in Custody* do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, a Corte IDH enfatizou que, nos casos de mortes sob custódia de agentes estatais:

o Estado deve orientar sua ação levando em consideração certos critérios específicos relevantes, *inter alia*: i) uma investigação *ex officio*, completa, imparcial e independente, levando em consideração o grau de participação de todos os agentes estatais; ii) conceder à investigação um certo grau de escrutínio público em razão do interesse público que pode ser gerado em virtude da qualidade dos supostos agentes envolvidos; iii) aparecer imediatamente na cena dos eventos e tratá-la como cena de crime, bem como preservá-la, a fim de proteger todas as provas e realizar testes balísticos quando armas de fogo tiverem sido usadas, especialmente por agentes do Estado; iv) identificar se o corpo foi tocado ou movido e estabelecer a sequência de eventos que poderiam ter levado à morte, bem como realizar um exame preliminar do corpo para garantir qualquer evidência que possa ser perdida durante o manuseio e o transporte, e v) realizar uma autópsia por profissionais treinados que incluam qualquer prova indicando supostos atos de tortura por agentes do Estado.⁴²³

A Corte IDH indicou que:

A investigação de uma morte sob custódia pode revelar um padrão ou prática direta ou indiretamente ligada a ela. Em tais situações, a investigação deve abordar as possíveis causas-raiz e evitar tais incidentes. Nesse sentido, os Estados devem: a) registrar informações essenciais sobre pessoas sob custódia, como tempo e local de sua prisão; b) o estado de sua saúde após a chegada ao local de detenção; c) o nome das pessoas responsáveis por mantê-los sob custódia ou no momento, e d) o local de seu interrogatório deve ser registrado e disponibilizado para procedimentos legais ou administrativos.⁴²⁴

7.5.1.4. Privação arbitrária da vida pelo uso da força letal do Estado

De acordo com a Corte IDH, a obrigação estatal de investigar é acentuada nos casos de uso da força letal por agentes do Estado, em que a determinação de seu excesso e, portanto, se houve uma privação arbitrária da vida, “deveria ser analisada em um processo sério, independente, imparcial e efetivo,⁴²⁵ bem como rápido e completo, levando em consideração todas as circunstâncias e o contexto dos fatos, incluindo ações de planejamento e controle,⁴²⁶ evitando omissões na coleta de provas e no seguimento de linhas lógicas de investigação”.⁴²⁷

422 Corte IDH. *Caso irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2014, par. 253. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, par. 257.

423 Corte IDH. *Caso irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2014, par. 254.

424 *Idem*.

425 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. F. 2001, par. 49. Corte IDH. *Caso irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2014, par. 242.

426 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPMRC. 2006, par. 82. Corte IDH. *Caso irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2014, par. 242.

427 Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. MRC. 2005, par. 166. Corte IDH. *Caso irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2014, par. 242.

De acordo com a Corte IDH, nos casos em que “as informações sobre a maneira como uma pessoa morreu em decorrência do uso da força letal por agentes do Estado estão nas mãos dos funcionários ou autoridades do Estado, uma investigação adequada que assegure garantias mínimas de independência e efetividade se torna inevitável.”⁴²⁸ Assim:

o Estado deve iniciar as investigações e processos criminais correspondentes, a fim de determinar a legalidade do [referido uso], para o que é fundamental a existência de elementos suficientes de prova que permitam aos operadores jurídicos esclarecer os eventos ocorridos e atribuir as responsabilidades correspondentes.⁴²⁹

Da mesma forma, a Corte IDH enfatizou que “testes balísticos devem ser realizados sempre que uma arma de fogo tenha sido usada, especialmente se estiver sendo realizada uma investigação na qual agentes do Estado estão envolvidos e onde o número de tiros disparados pelas referidas autoridades deve ser determinado, a fim de contribuir para esclarecer se o uso da força por parte dos policiais era necessário⁴³⁰ e proporcional, a fim de esgotar todas as linhas de investigação para alcançar a verdade”.⁴³¹

7.5.2. Em relação ao direito à integridade pessoal

7.5.2.1. Agressões físicas

Em casos de agressão física, a Corte IDH destacou que “o tempo em que o exame médico é realizado é essencial para determinar com segurança a existência da lesão e do dano”. Dessa forma, “a ausência de exame ou sua realização tardia, dificultam ou impossibilitam determinar a seriedade dos fatos, em particular, a fim de classificar juridicamente a conduta sob o tipo penal correspondente, ainda mais quando não se conta com outras provas”.⁴³²

Nesse sentido, a Corte IDH considerou que “o Estado tem a obrigação de proceder ao exame médico e classificação das lesões quando se realiza a denúncia e a parte lesada é apresentada, a menos que o tempo decorrido entre esta e o momento em que ocorreu o fato impossibilite a caracterização daquelas”.⁴³³

7.5.2.2. Atos de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes

A Corte IDH indicou que, em conformidade com o artigo 1.1 da CADH, a obrigação de garantir os direitos reconhecidos nos artigos 5.1 e 5.2 do mesmo tratado “implica o dever do Estado de investigar possíveis atos de tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.⁴³⁴ Além disso, no caso dos Estados Partes correspondentes, a referida investigação é regulada especificamente “pelos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana contra a Tortura, que obrigam esses Estados a adotar todas as medidas efetivas para prevenir e punir todos os atos de tortura dentro de sua jurisdição, além de garantir que os casos de tortura sejam examinados de forma imparcial”.⁴³⁵ As disposições da Convenção Interamericana contra a Tortura “especificam e complementam as obrigações do Estado no tocante ao respeito e garantia dos direitos consagrados na Convenção Americana”, bem como “o *corpus juris* internacional sobre a proteção da integridade pessoal”.⁴³⁶

428 Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 369.

429 Corte IDH. *Caso irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2014, par. 237.

430 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPMRC. 2003, par. 111-112. Corte IDH. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2014, par. 234.

431 Corte IDH. *Caso irmãos Landaeta Mejías e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2014, par. 234.

432 Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, par. 321. Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, par. 340.

433 *Idem*.

434 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 147. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 261.

435 Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. MRC. 2003, par. 95. Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, par. 222.

436 Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. MRC. 2006, par. 276 e 377-379. Corte IDH. *Caso*

Nesse sentido, a Corte IDH esclareceu que dois pressupostos da Convenção Interamericana contra a Tortura suscitam o dever de investigação do Estado. Quando a denúncia é apresentada, nesse caso, a Corte IDH destacou que “é essencial observar que a vítima geralmente se abstém, por medo de denunciar os atos de tortura ou maus-tratos, especialmente se ela estiver detida no mesmo local onde ocorreram os fatos”.⁴³⁷ Quando houver motivos razoáveis para acreditar que um ato de tortura tenha sido cometido dentro da jurisdição do Estado.⁴³⁸ “Nessas situações, a decisão de iniciar e realizar uma investigação não cabe ao Estado, isto é, não é um poder discricionário, mas o dever de investigar constitui uma obrigação estatal imperativa que emana do Direito Internacional e que não se pode descartar ou condicionar por atos ou disposições normativas internas de nenhuma natureza”.⁴³⁹

Assim:

Mesmo quando atos de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante não tenham sido relatados às autoridades competentes pela própria vítima, em qualquer caso em que exista indícios de sua ocorrência, o Estado iniciará de ofício e imediatamente uma investigação imparcial, independente e completa que permita determinar a natureza e origem das lesões relatadas, identificar os responsáveis e iniciar seu processamento.⁴⁴⁰

De acordo com a Corte IDH:

Quando há alegações de suposta tortura ou maus-tratos, o tempo decorrido para a realização dos exames médicos correspondentes é essencial para determinar com segurança a existência da lesão, especialmente quando não há testemunhas além dos autores e as próprias vítimas e, conseqüentemente, as evidências podem ser escassas.⁴⁴¹

Assim, as autoridades judiciais devem garantir que todas as provas que podem provar atos de tortura devem ser obtidas e asseguradas e, por outro lado, o Estado “deverá garantir a independência do pessoal médico e de saúde encarregado de examinar e prestar assistência [...] para que possam realizar livremente as avaliações médicas necessárias, respeitando normas estabelecidas no exercício de sua profissão”.⁴⁴²

A Corte Interamericana destacou a importância das autoridades competentes, levando em consideração os padrões internacionais para documentação e interpretação dos elementos de prova forense, particularmente definidos no *Manual para a investigação e documentação efetivos de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes* (Protocolo de Istambul).⁴⁴³ De acordo com as disposições do referido Protocolo, em relação à investigação de casos de tortura e à realização de um exame médico, esse “deve ser realizado independentemente do tempo decorrido desde o momento da tortura”.⁴⁴⁴ Além disso, “declarações de testemunhas e sobreviventes são componentes necessários da documentação da tortura” e “as provas físicas, na medida em que existem, são informações importantes

Quispialaya Vilcapoma vs. Peru. EPMRC. 2015, par. 132 e 161.

437 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPMRC. 2008, par. 92. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 240.

438 Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. MRC. 2006, par. 347. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 278. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 163.

439 Corte IDH. *Caso del Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. MRC. 2006, par. 347. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. MRC. 2012, par. 278.

440 Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 54. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPMRC. 2010, par. 240. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 162.

441 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. MRC. 2007, par. 93 e 111.

442 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. EPMRC. 2008, par. 92. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 260.

443 Corte IDH. *Caso Fleury e outros vs. Haiti*. MR. 2011, par. 121.

444 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 255. Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. MRC. 2015, par. 86.

que confirmam que a pessoa foi torturada. De qualquer forma, em nenhum caso a ausência de sinais físicos deve ser considerada para indicar que a tortura não ocorreu, uma vez que é frequente que esses atos de violência contra pessoas não deixem marcas nem cicatrizes permanentes”.⁴⁴⁵

Citando o Protocolo de Istambul, a Corte IDH enfatizou que é “particularmente importante que o exame [médico] seja realizado no momento mais oportuno” e que “de todas as formas deve ser realizado independentemente do tempo transcorrido desde o momento da tortura”. No entanto, o referido Protocolo adverte que “em que pese todas as precauções, exames físicos e psicológicos, por sua própria natureza, podem causar um novo trauma ao paciente, causando ou exacerbando os sintomas do estresse pós-traumático, ressuscitando efeitos e memórias dolorosas”.⁴⁴⁶

Da mesma forma, sempre citando o Protocolo de Istambul, a Corte IDH considerou que “a independência profissional exige que o profissional de saúde tenha sempre presente o objetivo fundamental da medicina, que é aliviar o sofrimento e a angústia e evitar prejudicar o paciente, apesar de todas as circunstâncias que possam se opor a isso”. O dever de independência:

exige que o médico tenha total liberdade para agir no interesse do paciente e implica que os médicos façam uso das melhores práticas médicas, quaisquer que sejam as pressões a que possam estar sujeitos, incluindo as instruções que podem ser dadas por seus empregadores, autoridades penitenciárias ou forças de segurança. Nesse sentido, o Estado tem a obrigação de abster-se de obrigar os médicos a comprometer sua independência profissional. Embora não seja suficiente afirmar que um médico é um funcionário do Estado para determinar que ele não é independente, o Estado deve garantir que suas condições contratuais garantam a ele a independência profissional necessária para realizar seu juízo clínico sem pressão. O médico forense também tem uma obrigação de imparcialidade e objetividade em relação à avaliação da pessoa que está sendo examinada.⁴⁴⁷

Nesse sentido, a Corte Interamericana indicou que “o ônus da prova da falta de independência dos médicos legistas designados para as agências do Estado em casos de tortura não deve repousar exclusivamente sobre a parte que a alega, uma vez que é o Estado que tem os meios para demonstrar que essa garantia é cumprida”.⁴⁴⁸

Além disso, com base no Protocolo de Istambul e nos *Principles of Medical Ethics relevant to the role of health personnel, particularly physicians, in the protection of prisoners and detainees against torture, and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment* da Assembleia Geral da ONU, a Corte IDH considerou que:

Os médicos e outros membros do pessoal de saúde têm a obrigação de não tomar parte, ativa ou passivamente, em atos que constituam participação ou cumplicidade em tortura ou outro tratamento cruel, desumano ou degradante, incitação a eles ou tentativa de cometê-los. Em particular, o médico forense é obrigado a registrar em seus relatórios a existência de evidências de maus-tratos, se aplicável. Assim, os médicos forenses devem tomar medidas para relatar possíveis abusos às autoridades apropriadas ou, se isso envolver riscos previsíveis para os profissionais de saúde ou seus pacientes, para autoridades fora da jurisdição imediata. Além disso, o Estado deve fornecer as garantias necessárias para que, se um exame médico forense apoiar a possibilidade de atos de tortura ou outro tratamento cruel, desumano ou degradante, o detento ou detenta não retorne ao local onde esses teriam acontecido.⁴⁴⁹

445 Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. MRC. 2015, par. 86.

446 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 255.

447 *Ibidem*, par. 260.

448 *Ibidem*, par. 261.

449 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 258.

No caso *García Lucero e outras vs. Chile*, a Corte IDH especificou que “em relação às reparações às vítimas de tortura, os recursos adequados que o Estado deve fornecer deve possibilitar a reivindicação e o acesso a medidas que contemplem compensação e reabilitação.”⁴⁵⁰

7.5.2.3. Atos de violência contra a mulher

Nos casos de violência contra a mulher, as obrigações estabelecidas nos artigos 8 e 25 da CADH “complementam e reforçam”, para aqueles Estados Partes, com as obrigações da Convenção de Belém do Pará, dando conteúdo à obrigação reforçada do Estado de investigar esses casos com a devida diligência e perspectiva de gênero. Nesse sentido, a Corte IDH indicou que:

diante de um ato de violência contra uma mulher, é particularmente importante que as autoridades responsáveis pela investigação conduzam a mesma com determinação e efetividade, levando em consideração o dever da sociedade de rejeitar a violência contra as mulheres e as obrigações do Estado de erradicá-la e de proporcionar às vítimas confiança nas instituições estatais para sua proteção.⁴⁵¹

Portanto, “nesses casos, as autoridades estatais devem iniciar de ofício e sem demora, uma investigação séria, imparcial e eficaz, uma vez que tomem conhecimento dos fatos que constituem violência contra a mulher, incluindo a violência sexual”.⁴⁵²

A Corte IDH indicou que “o dever de investigar tem alcances adicionais quando se trata de uma mulher que sofre uma morte, maltrato ou violação à sua liberdade pessoal no âmbito de um contexto geral de violência contra as mulheres”.⁴⁵³ De acordo com a Corte IDH:

Frequentemente é difícil provar na prática que um homicídio violento ou ato de agressão contra uma mulher foi perpetrado com base no sexo. Essa dificuldade algumas vezes deriva da ausência de uma investigação completa e efetiva das autoridades sobre o incidente violento e suas causas. É por isso que as autoridades estatais têm a obrigação de investigar possíveis conotações discriminatórias *ex officio* com base no gênero em um ato de violência perpetrado contra uma mulher, especialmente quando há indicações concretas de algum tipo de violência sexual ou evidência de crueldade contra o corpo da mulher (por exemplo, mutilações), ou quando o referido ato se enquadra em um contexto de violência contra mulheres que ocorre em um determinado país ou região.⁴⁵⁴

Da mesma forma, “a investigação criminal deve incluir uma perspectiva de gênero e ser realizada por funcionários treinados em casos semelhantes e em atenção às vítimas de discriminação e violência de gênero”.⁴⁵⁵

Além disso, a Corte Interamericana estabeleceu que:

450 Corte IDH. *Caso García Lucero e outras vs. Chile*. EPMR. 2013, par. 200.

451 Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009, par. 140. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, par. 193. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010, par. 177. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 145.

452 Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. MRC. 2006, par. 378. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 241. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 145.

453 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPMRC. 2009, par. 293. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 242. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 146.

454 Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014, par. 187. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 146.

455 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPMRC. 2009, par. 455. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 242. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 146.

Em casos de suspeita de homicídio baseado no gênero, a obrigação do Estado de investigar com a devida diligência inclui o dever de solicitar de ofício os exames e perícias correspondentes destinados a verificar se o homicídio teve motivo sexual ou se ocorreu algum tipo de violência sexual. Nesse sentido, a investigação de um suposto homicídio de gênero não deve se limitar à morte da vítima, mas deve incluir outros danos específicos à integridade pessoal, como tortura e atos de violência sexual.⁴⁵⁶

Em uma investigação criminal por violência sexual, é necessário que: “i) sejam documentados e coordenados os atos investigativos e manejada diligentemente a prova, tomando amostras suficientes, realizando estudos para determinar a possível autoria do fato, assegurando outras provas como a roupa da vítima, investigando de forma imediata o lugar dos fatos e garantindo a correta cadeia de custódia,⁴⁵⁷ ii) seja oferecido acesso à assistência jurídica gratuita à vítima durante todas as etapas do processo; e iii) seja oferecido atendimento médico, sanitário e psicológico à vítima, tanto de emergência como de forma contínua se assim for requerido, por meio de um protocolo de atendimento cujo objetivo seja reduzir as consequências do estupro”.⁴⁵⁸

Portanto, as primeiras fases da investigação podem ser especialmente cruciais em casos de homicídio de gênero contra mulheres, uma vez que falhas que podem ocorrer em procedimentos como autópsias e na coleta e preservação de evidências físicas podem chegar a impedir ou dificultar a prova de aspectos relevantes como, por exemplo, a violência sexual. Com relação à autópsia em um contexto de homicídio com base no gênero, a Corte IDH especificou que as áreas genital e paragenital devem ser cuidadosamente examinadas quanto a sinais de abuso sexual, além de preservar a via oral, vaginal e pelos retais, púbicos e externos da vítima.⁴⁵⁹

Além disso, a Corte IDH indicou que os Estados têm a obrigação de adotar normas ou implementar as medidas necessárias, “conforme o artigo 2 da Convenção Americana e o artigo 7.c da Convenção de Belém do Pará, permitindo que as autoridades ofereçam uma investigação com a devida diligência em casos de suposta violência contra a mulher.”⁴⁶⁰

Tomando como referência o Protocolo de Istambul e as *Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence* da Organização Mundial da Saúde, a Corte IDH considerou que:

Em relação às entrevistas realizadas com uma pessoa que afirma ter sido submetida a atos de tortura: i) deve-se permitir que ela possa expor o que considera relevante com liberdade, de modo que os funcionários devem evitar limitar-se a simplesmente fazer perguntas; ii) não se deve exigir a ninguém a falar de qualquer forma de tortura, caso se sinta desconfortável em fazê-lo; iii) deve-se documentar, durante a entrevista, o histórico psicossocial e prévio à prisão da suposta vítima, o resumo dos fatos narrados pela vítima relacionados ao momento de sua prisão inicial, às circunstâncias, ao local e às condições em que esteve sua permanência em custódia estatal, os maus-tratos ou atos de tortura supostamente sofridos, bem como os métodos supostamente usados, e iv) deve-se gravar e transcrever a declaração detalhadamente. Nos

456 Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014, par. 188. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 147.

457 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, par. 194. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 242. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 147.

458 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, par. 194. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010, par. 178. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 242 e 252.

459 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPMRC. 2009. Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014, par. 188. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 148.

460 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPMRC. 2009. Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014, par. 189. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 148.

casos em que a suposta tortura inclui atos de violência sexual ou estupro, a gravação deve ser consentida pela suposta vítima.⁴⁶¹

Especificamente, em casos de estupro, tomando como referência certos instrumentos internacionais, a Corte IDH estabeleceu que, na investigação criminal, é necessário que: “i) a declaração da vítima seja realizada em um ambiente cômodo e seguro, que lhe conceda privacidade e confiança; ii) a declaração da vítima seja registrada de forma tal que se evite ou limite a necessidade de sua repetição”.⁴⁶² A declaração da vítima “deverá conter, com o consentimento da suposta vítima: i) a data, hora e local do ato de violência sexual perpetrado, incluindo a descrição do local onde o ato ocorreu; ii) nome, identidade e número de agressores; iii) a natureza dos contatos físicos dos quais teria sido vítima; iv) se houve uso de armas ou retentores; v) uso de medicamentos, drogas, álcool ou outras substâncias; vi) a maneira como a roupa foi removida, se aplicável; vii) detalhes sobre atividades sexuais perpetradas ou tentadas contra a suposta vítima; viii) se houve uso de preservativos ou lubrificantes; ix) se houve outras condutas que possam alterar as evidências, e x) detalhes sobre os sintomas que a suposta vítima sofreu desde então.”⁴⁶³ Nesse sentido, a Corte IDH destacou que “o apoio a uma vítima de estupro é fundamental, desde o início da investigação, para oferecer segurança e um contexto adequado para se referir aos fatos sofridos e facilitar sua participação, da melhor maneira e com o maior cuidado, nas diligências de investigação.”⁴⁶⁴ No mesmo sentido, a Corte IDH enfatizou que, “em casos de estupro, a investigação deve tentar evitar ao máximo revitimizá-la ou que reexperimamente a profunda experiência traumática cada vez que a vítima recorda ou declara sobre o ocorrido”.⁴⁶⁵

No que diz respeito aos exames de integridade sexual, a Corte IDH lembrou que a Organização Mundial da Saúde estabeleceu que, nesse tipo de caso, o exame ginecológico deve ser realizado o mais rápido possível. Sobre esse ponto, a Corte IDH considerou que “o exame ginecológico e anal deve ser realizado, se for considerado adequado e com o consentimento prévio e informado da suposta vítima, durante as primeiras 72 horas do evento denunciado, com base em um protocolo específico de atendimento às vítimas de violência sexual”. Isso não impede que o exame ginecológico seja realizado após esse período, com o consentimento da suposta vítima, uma vez que evidências podem ser encontradas algum tempo após o ato de violência sexual, principalmente com o desenvolvimento de tecnologia na área de investigação forense. Por conseguinte, a Corte IDH enfatizou que:

Os prazos estabelecidos para a realização de um exame dessa natureza devem ser considerados como um guia, mas não como uma política rigorosa. Assim, a procedência de um exame ginecológico deve ser considerada com base em uma análise caso a caso, levando em consideração o tempo decorrido desde o momento em que a violência sexual ocorreu. Em vista disso, a Corte considera que a procedência de um exame ginecológico deve ser motivada em detalhes pela autoridade que o solicita e, caso não seja adequado ou não tenha o consentimento informado da suposta vítima, o exame deve ser omitido, o que sob nenhuma circunstância deve servir de desculpa para desacreditar a suposta vítima e/ou impedir uma investigação.⁴⁶⁶

Portanto, a Corte IDH estabeleceu que a “ineficácia judicial diante de casos individuais de violência contra as mulheres propicia um ambiente de impunidade que facilita e promove a repetição dos fatos de violência em geral e envia uma mensagem segundo a qual a violência contra as mulheres pode ser tolerada e aceita [...], o que favorece sua perpetuação e a aceitação social do fenômeno, o sentimento e a sensação de insegurança nas mulheres, bem como uma persistente desconfiança destas no sistema de

461 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 248.

462 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, par. 194. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 249.

463 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 249.

464 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, par. 205. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010, par. 189.

465 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, par. 196. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 256.

466 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzales vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 256.

administração de justiça”.⁴⁶⁷ Tal ineficácia ou indiferença em si mesma constitui discriminação contra as mulheres no acesso à justiça. Portanto, “quando houver indicações ou suspeitas concretas de violência de gênero, a falta de investigação por parte das autoridades dos possíveis motivos discriminatórios de um ato de violência contra a mulher, pode constituir uma forma de discriminação baseada no gênero”.⁴⁶⁸ Segundo a Corte IDH:

De acordo com certas diretrizes internacionais sobre violência contra a mulher e violência sexual, as evidências relacionadas ao histórico sexual da vítima são, em princípio, inadmissíveis; portanto, a abertura de linhas de investigação sobre o comportamento social ou sexual anterior das vítimas em casos de violência de gênero nada mais é do que a manifestação de políticas ou atitudes baseadas em estereótipos de gênero.⁴⁶⁹

7.5.2.4. Danos à integridade pessoal dos familiares da vítima pela violação do dever de investigar

A Corte IDH afirmou que os familiares das vítimas de violações de Direitos Humanos, por sua vez, podem ser vítimas.⁴⁷⁰ Consequentemente, considerou violado o direito à integridade mental e moral de alguns familiares de vítimas devido ao sofrimento experimentado devido aos atos ou omissões das autoridades estatais,⁴⁷¹ levando em consideração, entre outros elementos, os esforços para obter justiça e a existência de um estreito vínculo familiar.⁴⁷² Assim, para a Corte IDH:

a contribuição por parte do Estado ao criar ou agravar a situação de vulnerabilidade de uma pessoa tem um impacto significativo na integridade das pessoas que a rodeiam, em especial os familiares próximos que têm de enfrentar a incerteza e a insegurança causada pela violação de sua família nuclear ou próxima.⁴⁷³

Portanto, a falta de acesso à justiça decorrente do processo judicial e sua execução pode gerar, *inter alia*, um estado de angústia, sofrimento e desespero permanente na família, que pode acabar rompendo os laços familiares e gerando outros tipos de consequências negativas no desenvolvimento normal e no funcionamento da família.⁴⁷⁴ “Trata-se, portanto, de sofrimento adicional ou exacerbado como resultado das circunstâncias particulares das violações cometidas contra seus entes queridos e por causa das ações ou omissões subsequentes das autoridades estatais diante dos fatos”.⁴⁷⁵

7.5.3. Em relação à liberdade de pensamento e de expressão

Quanto ao acesso à informação sobre fatos relacionados a desaparecimentos forçados ou execuções extrajudiciais, a critério da Corte IDH:

467 Corte IDH. *Caso Gonzalez e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPMRC. 2009, par. 388 e 400. Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014, par. 208. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 176.

468 Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014, par. 208. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2015, par. 176.

469 Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014, par. 209.

470 Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguai*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 83. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012. Sobre outras formas de violação da integridade pessoal, bem como os efeitos na integridade pessoal dos familiares da vítima por violação do dever de investigar, ver o comentário de Nash ao artigo 5 (direito à integridade pessoal).

471 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000, par. 163. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012, par. 249.

472 Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. MRC. 2006, par. 128. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012, par. 249.

473 Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 204. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012, par. 250.

474 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. F. 1998, par. 114 e 116. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012, par. 256, 261 e 265. Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPMRC. 2015, par. 168.

475 Corte IDH. *Caso “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, par. 144. Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPMRC. 2015, par. 168.

o Estado não pode amparar-se na falta de prova da existência dos documentos solicitados. Ao contrário, deve fundamentar a negativa a prestar a informação, demonstrando que adotou todas as medidas a seu alcance para comprovar que, efetivamente, a informação solicitada não existia.⁴⁷⁶

Segundo a Corte IDH, é essencial que “os poderes públicos atuem de boa-fé e realizem diligentemente as ações necessárias para assegurar a efetividade desse direito, especialmente quando se trata de conhecer a verdade do ocorrido, em casos de violações graves de Direitos Humanos”.⁴⁷⁷ Caso contrário, “possibilita a atuação discricionária e arbitrária do Estado de facilitar ou não determinada informação, gerando com isso insegurança jurídica a respeito do exercício desse direito”.⁴⁷⁸

Portanto, a Corte IDH estabeleceu que, em casos de violações de Direitos Humanos, autoridades estatais “não podem se amparar em mecanismos como segredo de Estado ou confidencialidade das informações, ou razões de interesse público ou de segurança nacional, para deixar de fornecer a informação requerida pelas autoridades judiciais ou administrativas responsáveis pela investigação ou processo”.⁴⁷⁹ Da mesma forma, “quando se trata da investigação de um fato punível, a decisão de qualificar como sigilosa a informação e de negar sua entrega, jamais pode depender exclusivamente de um órgão estatal a cujos membros seja atribuída a prática do ato ilícito”.⁴⁸⁰ De igual modo, “tampouco pode ficar sujeita à sua discricionariedade a decisão final sobre a existência da documentação solicitada”.⁴⁸¹

7.5.4. Em relação aos direitos da criança

A Corte IDH afirmou que a obrigação de investigar é reforçada nos casos que envolvem vítimas que são crianças à época dos fatos.⁴⁸² Assim, a “obrigação de combater a impunidade aumenta quando se trata de violações cujas vítimas são crianças”,⁴⁸³ de modo que o Estado deve materializar de maneira particular sua obrigação de investigar, dada a condição de vulnerabilidade inerente a elas.⁴⁸⁴ Desse modo, “o atuar omissivo dos órgãos estatais não é compatível com as obrigações emanadas da Convenção”.⁴⁸⁵

Igualmente, a Corte IDH enfatizou as características especiais da investigação que envolve os direitos das crianças com deficiência, destacando que o devido acesso à justiça desempenha um papel fundamental no tratamento de várias formas de discriminação.⁴⁸⁶ Na verdade, a Corte IDH indicou que “os menores de idade e as pessoas com deficiência devem ter acesso verdadeiro à justiça e ser beneficiários do devido processo legal em pé de igualdade com aqueles que não enfrentam tais desvantagens”. Para alcançar tais objetivos, “o processo deve reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real daqueles que são levados à justiça”. Isso ocorre porque “a presença de condições de desigualdade real obriga a adoção de medidas de compensação que contribuam para reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impedem ou reduzem a defesa efetiva de seus próprios interesses”.⁴⁸⁷

476 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, par. 211. Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPMRC. 2013, par. 195.

477 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, par. 211. Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, par. 170.

478 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, par. 211.

479 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003, par. 180-182. Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. MRC. 2015, par. 89.

480 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003, par. 181. Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, par. 202.

481 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, par. 202.

482 Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, par. 145.

483 Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 154.

484 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002, par. 93. Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguai*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 77.

485 Corte IDH. *Caso familia Barrios vs. Venezuela*. MRC. 2011, par. 259.

486 *Ibidem*, par. 135.

487 *Ibidem*, par. 268.

Assim, citando o artigo 13 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência,

a Corte IDH precisou os alcances direito de acesso à justiça e as obrigações que os Estados devem assumir em relação às crianças com deficiência, *inter alia*: 1) assegurar que tenham acesso à justiça em igualdade de condições com os demais, inclusive mediante ajustes processuais e apropriados à idade, para facilitar o desempenho dos papéis efetivos dessas pessoas como participantes diretos e indiretos, inclusive em declaração como testemunha, em todos os processos judiciais, incluindo a fase de investigação e outras etapas preliminares, e 2) promover a capacitação adequada daqueles que trabalham na administração da justiça, incluindo policiais e agentes penitenciários.⁴⁸⁸ Nesse sentido, em relação às autoridades judiciais encarregadas dos processos, a Corte IDH indicou que é essencial que levem em conta as particularidades relacionadas à condição de vulnerabilidade em que se encontra o menor com deficiência.⁴⁸⁹ Desta maneira, os processos que envolvam um menor de idade com deficiência implicam uma obrigação reforçada de respeito e garantia de seus direitos.⁴⁹⁰

488 *Ibidem*, par. 137.

489 *Ibidem*, par. 201.

490 *Idem*.__

CAPÍTULO III – Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Bibliografia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C n.º 4. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988.

Corte IDH. *Caso Fairén Garbí e Solís Corrales vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 15 de março de 1989. Série C n.º 6. Doravante: Corte IDH. *Caso Fairén Garbí e Solís Corrales vs. Honduras*. M. 1989.

Corte IDH. *Caso Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia*. Exceções Preliminares. Sentença de 21 de janeiro de 1994. Série C n.º 17. Doravante: Corte IDH. *Caso Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia*. EP. 1994.

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. Mérito. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C n.º 35. Doravante: Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. M. 1997.

Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. Reparações e Custas. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C n.º 39. Doravante: Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C n.º 52. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. MRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. Mérito. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C n.º 68. Doravante: Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. M. 2000.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C n.º 69. Doravante:

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. M. 2000.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C n.º 70. Doravante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. M. 2000.

Corte IDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C n.º 73. Doravante: Corte IDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso “Cinco Aposentados” vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C n.º 98. Doravante: Corte IDH. *Caso “Cinco Aposentados” vs. Peru*. MRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C n.º 99. Doravante: Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPMRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C n.º 125. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C n.º 130. Doravante: Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de fevereiro de 2006. Série C n.º 144. Doravante: Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. EPMRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos del Congreso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C n.º 158. Doravante: Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos del Congreso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. EPMRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de julho de 2009. Série C n.º 198. Doravante: Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. Mérito e Reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C n.º 245. Doravante: Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012.

Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C n.º 246. Doravante: Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de maio de 2013. Série C n.º 261. Doravante: Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Equador*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C n.º 298. Doravante: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C n.º 340. Doravante: Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPMRC. 2017.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos de la PetroPeru e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2017. Série C no. 344. Doravante: Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos de la PetroPeru e outros vs. Peru*. EPMRC. 2017.

Pareceres Consultivos

Corte IDH. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A n.º 4. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*. 1984.

Corte IDH. *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-10/89 de 14 de julho de 1989. Série A n.º 10. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-10/89. *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1989.

Corte IDH. *Responsabilidade internacional por expedição e aplicação de leis violadoras da Convenção (Arts. 1 e 2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-14/94 de 9 de dezembro de 1994. Série A n.º 14. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-14/94. *Responsabilidade internacional por expedição e aplicação de leis violadoras da Convenção*. 1994.

Corte IDH. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A n.º 17. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002.

Corte IDH. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A n.º 18. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. Relatório n.º 100/01, *Caso Milton Fajardo e outros vs. Nicarágua*, Caso 11.381, 11 de outubro de 2001.

CIDH. Relatório n.º 25/04, *Caso Ana Victoria Villalobos e outros vs. Costa Rica*, Admissibilidade, Petição, Caso 12.361, 11 de março de 2004.

CIDH. Relatório n.º 44/04, *Caso Laura Tena Colunga e outros vs. México*, Inadmissibilidade, Petição, Caso 2582/02, 13 de outubro de 2004.

CIDH. Relatório n.º 69/04, *Caso Jesús Manuel Naranjo Cárdenas e outros (Pensionados de la Compañía de Aviación Venezolana [VIASA]) vs. Venezuela*, Admissibilidade, Petição, Caso 667/01, 13 de outubro de 2004.

CIDH. Relatório n.º 32/05, *Caso Luis Rolando Cuscul Pivalar e outras pessoas afetadas pelo HIV/AIDS vs. Guatemala*, Admissibilidade, Petição, Caso 642/05, 7 de março de 2005.

CIDH. Relatório n.º 27/09, *Caso Jorge Odir Miranda Cortez e outros vs. El Salvador*, Mérito, Caso 12.249, 20 de março de 2009.

CIDH. Relatório n.º 38/09, *Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social e outras vs. Peru*, Admissibilidade e Mérito, Caso 12.670, 27 de março de 2009.

CIDH. Relatório n.º 121/09, *Caso Opario Lemote Morris e outros (Buzos Miskitos) vs. Honduras*, Admissibilidade, Petição, Caso 1186-04, 12 de novembro de 2009.

CIDH. Relatório nº 62/12, *Caso Yenina Esther Martínez Esquivia vs. Colômbia*, Admissibilidade, Petição, Caso 1471-05, 20 de março de 2012.

CIDH. Relatório nº 86/12, *Caso César Lorenzo Cedeño Muñoz e outros vs. Equador*, Admissibilidade, Petição, Caso 1201-07, 8 de novembro de 2012.

CIDH. Relatório nº 87/12, *Caso Comunidades maya Kaqchikel de los Hornos e El Pericón I e seus membros vs. Guatemala*, Admissibilidade, Petição, Caso 140-08, 8 de novembro de 2012.

CIDH. Relatório nº 28/13, *Caso Profesores de Chañaral vs. Chile*, Admissibilidade, Petição, Caso 1345-05, 20 de março de 2013.

CIDH. Relatório nº 59/13, *Caso Rocío San Miguel Sosa e outras vs. Venezuela*, Admissibilidade, Petição, Caso 212-06, 16 de julho de 2013.

CIDH. Relatório nº 19/14, *Caso Emilia Morales Campos e Jennifer Emilia Campos vs. Costa Rica*, Admissibilidade, Petição, Caso 329-06, 3 de abril de 2014.

CIDH. Relatório nº 35/14, *Caso Eulogia y su hijo Sergio vs. Peru*, Admissibilidade, Petição, Caso 1334-09, 4 de abril de 2014.

CIDH. Relatório nº 62/14, *Caso Pobladores de Quishque-Tapayrihua vs. Peru*, Admissibilidade, Petição, Caso 1216-03, 24 de julho de 2014.

CIDH. Relatório nº 78/14, *Caso Alejandro Ponce Martínez vs. Equador*, Admissibilidade, Petição, Caso 708-05, 15 de agosto de 2014.

CIDH. Relatório nº 96/14, *Caso Povos indígenas em isolamento Tagaeri e Tarmenani vs. Equador*, Admissibilidade, Petição, Caso 422-06, 6 de novembro de 2014.

CIDH. Relatório nº 19/15, *Caso Magistrados não ratificados pelo CNM*, Admissibilidade, Petição, Caso 320-03 e outros, 24 de março de 2015.

CIDH. Relatório nº 33/15, *Caso Povo U'wa vs. Colômbia*, Admissibilidade, Caso 11.574, 22 de julho 2015.

CIDH. Relatório nº 48/15, *Caso Povo Yaqui vs. México*, Admissibilidade, Petição, Caso 70-06, 28 de julho de 2015.

CIDH. Relatório nº 11/16, *Caso Luiza Melinho vs. Brasil*, 14 de abril de 2016.

CIDH. Relatório nº 44/16, *Caso Martina Rebeca Vera Rojas e família vs. Chile*, Admissibilidade, Petição, Caso 1558-11, 4 de novembro de 2016.

CIDH. Relatório nº 79/16, *Caso Emiliano Romero Bendejú (trabajadores mineros con silicosis) vs. Peru*, Admissibilidade, Petição, Caso 1077-98, 30 de dezembro de 2016.

Documentos adotados por organizações internacionais

Organização das Nações Unidas

Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 3. *A índole das obrigações dos Estados Partes (parágrafo 1 do artigo 2 do Pacto)*, E/1991/3, 14 de dezembro de 1990.

Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 18. *Artigo 6 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sobre o direito ao trabalho*, E/C.12/GC/18, 6 de fevereiro de 2006.

Comitê DESCONU. *Declaração sobre a avaliação da obrigação de adotar medidas “ao máximo dos recursos disponíveis, de acordo com um Protocolo Opcional ao Pacto”*, E/C.12/2007/1, 10 de maio de 2007.

Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 20. *Não discriminação e direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 2, parágrafo 2 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)*, E/C.12/GC/20, 2 de julho de 2009.

Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 23. *Direito a condições justas e favoráveis de trabalho (artigo 7 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)*, E/C.12/GC/23, 27 de abril de 2016.

Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 24. *As obrigações dos Estados sob o Pacto Internacional sobre Direitos econômicos, sociais e culturais no contexto das atividades empresariais*, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017.

Princípios de Limburgo relativos à aplicabilidade do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado como resultado de uma reunião de especialistas realizada em Maastricht, de 2 a 6 de junho de 1986, e adotados pela ONU. UN Doc E/CN.4/1987/17.

ONU. Relatório de Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Eficácia do direito ao trabalho*, A/HRC/31/32, 21 de dezembro de 2015.

Referências acadêmicas

ABRAMOVICH, V. “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos humanos”, em *Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*. IIDH,

San José, 1998.

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Trotta, Madrid, 2004.

CANÇADO TRINDADE, A. “A justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais no plano internacional”, em *Presente y futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*. IIDH, San José, 1998.

COURTIS, C. “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la Sentencia de los ‘Cinco Pensionistas’ de la Corte IDH de Derechos Humanos”, em *Revista Mexicana de Derecho Público*. n.º 6, ITAM, Departamento de Derecho, 2004.

COURTIS, C. “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, em COURTIS, C. y RODRÍGUEZ HUERTA, G. (comps.) *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*. Porrúa-ITAM, México, 2005.

COURTIS, C. (comp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Editores del Puerto-CEDAL-CELS, Buenos Aires, 2006.

HOYOS, C. *El derecho humano a la alimentación adecuada: estudio comparativo Canadá-México*. Université de Québec, Québec, 2002.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales* IIDH, San José, 2009.

MELISH, T. “Protecting Economic, Social and Cultural Rights”, em SCHELL, O. H. *The Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims*. Center for International Human Rights, Yale Law School-Centro de Derechos Económicos y Sociales, Quito, 2002.

MELISH, T. “The Inter-American Commission on Human Rights. Defending Social Rights Through Case-Based Petitions”, em LANGFORD, M. (ed.) *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge University Press, New York, 2008.

MELISH, T. “The Inter-American Court of Human Rights. Beyond Progressivity”, em LANGFORD, M. (ed.) *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge University Press, New York, 2008.

ROSS, A. *Sobre el derecho y la justicia*. 5ª ed. EUDEBA, Buenos Aires, 1994.

ROSSI, J. e ABRAMOVICH, V. “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, em MARTÍN, C. et al. (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, Fontamara-Universidad Iberoamericana, México, 2004.

SEPÚLVEDA, M. *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Intersentia, Amberes, 2003.

Outras referências não acadêmicas

Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, adoptados como resultado de una reunión de expertos realizada en Maastricht entre el 22 y 26 de janeiro de 1997.

Sumário

1. Introdução	792
2. A jurisprudência dos órgãos do SIDH	792
2.1. A jurisprudência da Corte IDH	792
2.2. A jurisprudência da CIDH	804
3. Esboço interpretativo	809
3.1. O alcance da remissão do artigo 26 da CADH.....	809
3.2. A aplicação das obrigações genéricas da CADH ao artigo 26.....	814
3.3. O alcance das obrigações estabelecidas no artigo 26 da CADH	815

1. Introdução

O artigo 26 da CADH, dedicado aos direitos econômicos, sociais e culturais, é a cláusula solitária do capítulo III da CADH. Essa disposição foi pouco aplicada pelos órgãos de proteção do SIDH e recebeu relativamente pouca atenção doutrinária.¹ Essa situação pode ser explicada por vários fatores, entre eles o contexto histórico do crescimento do SIDH, o ‘isolamento’ do artigo 26 da CADH, a técnica remissiva específica de sua redação ou o desenvolvimento normativo tardio da noção de “progressividade” no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Nos últimos anos houve um avanço gradual da matéria nos trabalhos da Corte IDH e da CIDH, mas a jurisprudência existente ainda é insuficiente para ilustrar completamente os diferentes desafios interpretativos colocados por esta disposição. Como será explicado neste comentário, quase trinta anos se passaram antes que a Corte IDH declarasse que o artigo 26 havia sido violado em um caso contencioso pela primeira vez em sua história.

Conforme observado, a redação da disposição levanta várias questões, entre elas pelo menos duas questões importantes precisam ser elucidadas. Em primeiro lugar, o alcance da referência no artigo 26, uma vez que, diferentemente do capítulo II da CADH – em relação aos direitos civis e políticos – os direitos referidos no artigo 26 não são individualizados pelo mesmo texto, ao contrário, obrigam o intérprete a ir para a Carta da OEA, emendada pelo Protocolo de Buenos Aires. Em segundo lugar, uma vez identificados os direitos mencionados na regra, é necessário determinar o conteúdo das obrigações específicas estabelecidas no artigo 26 para os Estados Partes e sua relação com as obrigações genéricas estabelecidas na CADH.² Entre elas, a necessidade de esclarecer o conteúdo da noção de “progressividade” ou “desenvolvimento progressivo”, a referência à “na medida dos recursos disponíveis”, uma vez que nenhum desses elementos qualifica as obrigações gerais estabelecidas nos artigos 1 e 2 da CADH. Nas seções seguintes, analisaremos primeiro a jurisprudência dos órgãos do SIDH e, em seguida, oferecemos possíveis critérios de solução para os problemas interpretativos apresentados, usando a escassa jurisprudência dos órgãos do SIDH neste artigo, as normas internacionais na matéria e opiniões doutrinárias.

2. A jurisprudência dos órgãos do SIDH

2.1. A jurisprudência da Corte IDH

A Corte IDH não emitiu jurisprudência abundante sobre o artigo 26 da CADH. Após um longo período de dúvidas e hesitações, este órgão declarou, pela primeira vez, uma violação desta disposição em agosto de 2017.³ Alguns meses depois, reiterou a jurisprudência em outro caso.⁴ Ambos os julgamentos parecem abrir uma nova fase na jurisprudência interamericana.

2.1.1. A jurisprudência da Corte IDH antes da sentença “Lagos del Campo vs. Peru”

Anteriormente, em alguns casos em que a CIDH ou os representantes das vítimas haviam alegado violações ao artigo 26, a Corte IDH recusou-se a considerar a queixa, referindo-se ao que já havia dito

1 Para uma melhor análise sobre a origem do artigo 26, ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *La justicia-bilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*. IIDH, San José, 2009, pp. 107-144.

2 Melish, T. “Protecting Economic, Social and Cultural Rights”, em SCHELL, O. H. *The Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims*. Center for International Human Rights, Yale Law School-Centro de Derechos Económicos y Sociales, Quito, 2002, pp. 335-338.

3 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPMRC. 2017, pontos resolutivos 5 e 6. Esta sentença será analisada em detalhes nas seções seguintes.

4 Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos da PetroPeru e outros vs. Peru*. EPMRC. 2017, ponto resolutivo 7.

com base em outra classificação jurídica.⁵ No caso da *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*, a Corte IDH incluiu uma referência ao artigo 26 como parâmetro para a interpretação das obrigações positivas do Estado, necessárias para garantir o direito a uma vida digna.⁶ No caso das *Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*, a Corte IDH fez referência ao artigo 26, ao interpretar o alcance das medidas de proteção devidas às crianças em relação ao acesso à educação.⁷ Ambos os parágrafos são, no entanto, bastante confusos e insuficientes para articular claramente um critério de aplicação.

Em dois casos, “*Cinco Aposentados*” e “*Acevedo Buendía*”, embora a Corte IDH tenha rejeitado pronunciar-se sobre a alegada violação do artigo 26, as sentenças dedicam pelo menos alguns parágrafos a esta disposição. Em uma série de casos subsequentes, nos quais também se recusou a considerar a alegação violação do artigo 26, feita pela CIDH ou pelos representantes da vítima, a discussão sobre a aplicabilidade do referido artigo começou com votos dissidentes e coincidentes, e não nas decisões majoritárias da Corte IDH.

No caso dos “*Cinco Aposentados*” vs. Peru,⁸ a demanda da CIDH incluía uma queixa específica com base no artigo 26, uma vez que foi alegado que o Estado havia adotado medidas regressivas em relação ao direito à seguridade social. A proposta oferecia à Corte IDH a possibilidade de estabelecer jurisprudência específica sobre a justiciabilidade do artigo mencionado e, especificamente, sobre a proibição de regressividade em questões de direitos econômicos, sociais e culturais. A Corte IDH, no entanto, negou provimento ao recurso, com base nas seguintes reflexões:

Os direitos econômicos, sociais e culturais têm uma dimensão tanto individual como coletiva. Seu desenvolvimento progressivo, sobre o qual já se pronunciou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, se deve medir, no critério deste Tribunal, em função da crescente cobertura dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral, e do direito à previdência social e à aposentadoria em particular, sobre o conjunto da população, tendo presentes os imperativos da equidade social, e não em função das circunstâncias de um grupo muito limitado de aposentados não necessariamente representativos da situação geral prevalente.

-
- 5 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005, par. 255. Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. EPMRC. 2006, par. 285. Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos del Congreso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. EPMRC. 2006, par. 136. Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012, par. 230.
- 6 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. FRC. 2005. Nessa sentença, a Corte IDH declarou o seguinte: “no presente caso, a Corte deve estabelecer se o Estado criou condições que aprofundaram as dificuldades de acesso a uma vida digna dos membros da Comunidade Yakye Axa e se, nesse contexto, adotou as medidas positivas apropriadas para satisfazer essa obrigação, que tomem em consideração a situação de especial vulnerabilidade à que foram levados, afetando sua forma de vida diferente (sistemas de compreensão do mundo diferentes dos da cultura ocidental, que compreende a estreita relação que mantêm com a terra) e seu projeto de vida, em sua dimensão individual e coletiva, à luz do corpus juris internacional existente sobre a proteção especial que requerem os membros das comunidades indígenas, à luz do exposto no artigo 4 da Convenção, em relação ao dever geral de garantia contido no artigo 1.1 e ao dever de desenvolvimento progressivo contido no artigo 26 da mesma, e aos artigos 10 (Direito à Saúde); 11 (Direito a um Meio Ambiente Sadio); 12 (Direito à Alimentação); 13 (Direito à Educação) e 14 (Direito aos Benefícios da Cultura) do Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e às disposições pertinentes da Convenção nº 169 da OITSan Salvador”. *Ibidem*, par. 163. (grifo nosso)
- 7 Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005. Neste parágrafo assinala-se o seguinte: “Faz-se necessário ressaltar que, em conformidade com o dever de proteção especial das crianças consagrado no artigo 19 da Convenção Americana, interpretado à luz da Convenção dos Direitos da Criança e do Protocolo [de San Salvador], em relação ao dever de desenvolvimento progressivo contido no artigo 26 da Convenção, o Estado deve prover educação primária gratuita a todos os menores, em um ambiente e em condições propícias para seu pleno desenvolvimento intelectualSan Salvador”. *Ibidem*, par. 185. (grifo nosso)
- 8 Corte IDH. *Caso “Cinco Aposentados” vs. Peru*. FRC. 2003. Para uma análise mais profunda do caso, ver Courtis, C. “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Aposentados” de la Corte IDH de Derechos Humanos”, em *Revista Mexicana de Derecho Público*, n.º 6, ITAM, Departamento de Derecho, 2004, pp. 37-67.
-

É evidente que isto é o que ocorre no presente caso e por isso a Corte considera procedente rejeitar o pedido de pronunciamento sobre o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais no Peru, no âmbito deste caso.⁹

A interpretação da Corte IDH levanta algumas dúvidas. No primeiro parágrafo transcrito, a Corte IDH parece sustentar que a única maneira de avaliar o cumprimento das obrigações emergentes dos direitos econômicos, sociais e culturais seria em relação à população como um todo, quando a Corte IDH tratou no mesmo caso de danos individuais ao direito à pensão, considerando-o parte do direito de propriedade, e utilizando como critério de interpretação o artigo 5 do Protocolo de San Salvador,¹⁰ fazendo referência ao “objetivo e razão dos direitos econômicos, sociais e culturais”. Além disso, a citação feita pela Corte IDH do Comitê DESCONU, referente à noção de progressividade, não captura adequadamente a doutrina desse Comitê, que – como veremos – mantém que, em termos de direitos econômicos, sociais e culturais, existem obrigações imediatas, que a progressividade não significa discricionariedade absoluta para o Estado e que os direitos incluídos no PIDESC podem ser protegidos por mecanismos jurisdicionais.

A aparente conclusão da Corte IDH, que parece necessariamente subordinar a análise de violações de direitos econômicos, sociais e culturais a uma escala coletiva nacional, colide com a falta de competência da própria Corte IDH para analisar relatórios sobre a situação de direitos econômicos, sociais e culturais nos países da região ou para avaliar o estado do gozo desses direitos, “sobre a população como um todo”. A jurisdição contenciosa da Corte IDH obriga a avaliar as reivindicações individuais ou pluri-individuais, mas é improvável que as reivindicações que envolvam a “população como um todo” possam ser submetidas ao seu julgamento, sem individualizar as vítimas específicas.¹¹

De qualquer forma, o primeiro parágrafo transcrito da sentença poderia ser entendido como a exigência, por parte da Corte IDH, de um requisito adicional quando forem invocadas violações do artigo 26: o de demonstrar a relevância coletiva da reivindicação, ou seja, demonstrar não apenas a existência de uma queixa que afetou particularmente as vítimas, mas também demonstrar que a violação tem projeções coletivas e que não se trata de um fato ou questão isolada.¹² O caso ou casos específicos levantados seriam, sob esse prisma de análise, exemplos concretos de uma medida da qual surgem consequências coletivas relevantes. Dada a dificuldade prática de articular uma ação coletiva ou de um grupo perante a Corte IDH, os representantes selecionados do grupo afetado ficariam encarregados de demonstrar a representatividade das supostas violações com base em um contexto coletivo ou de grupo.

Tratar-se-ia, certamente, de um ônus adicional de criação pretoriana, não previsto pela CADH, embora possa ser entendido como espécie de salvaguarda formal que permite à Corte IDH medir a relevância das propostas em um novo campo nebuloso, no qual ainda não foram gerados padrões judiciais no SIDH.

9 Corte IDH. *Caso “Cinco Aposentados” vs. Peru*. FRC. 2003, par. 147-148.

10 Corte IDH. *Caso “Cinco Aposentados” vs. Peru*. FRC. 2003, par. 116.

11 No mesmo sentido, ver o argumento sustentado no voto concorrente do juiz de Roux Rengifo: “o fundamento segundo o qual apenas seria procedente submeter ao test do artigo 26 as atuações dos Estados que afetam o conjunto da população, não parece ter base na Convenção, entre outras razões porque a Corte Interamericana não pode exercer -à diferença do que ocorre com a Comissão- um trabalho de monitoramento geral sobre a situação dos Direitos Humanos, sejam os civis e políticos, ou os econômicos, sociais e culturais. O Tribunal apenas pode atuar em casos de violação de Direitos Humanos de pessoas determinadas, sem que a Convenção exija que estas tenham de alcançar determinado número”.

12 No mesmo sentido, o juiz García Ramírez parece ler as considerações da maioria, que em seu voto concorrente declarou o seguinte: “por outra parte, a Corte deixou afirmado na sentença a que corresponde este voto que a progressividade dos direitos de referência --um tema amplamente debatido-- se deve medir “em função da crescente cobertura dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral, e do direito à previdência social e à pensão, em particular, sobre o conjunto da população, tendo presentes os imperativos da equidade social”. Com base nessa ponderação o Tribunal apreciará o cumprimento do dever estatal e a existência do direito individual, e poderá resolver o litígio específico que tenha à vista.”

O segundo caso relevante é *Acevedo Buendía e outros*. (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. *Peru*,¹³ no qual a Corte IDH está mais disposta a considerar as violações do artigo 26, aparentemente superando a relutância expressa no caso dos “*Cinco Aposentados*”. O caso também envolveu supostas violações do Estado peruano em relação a pagamentos de pensões. O representante das vítimas apontou que a falta de pagamento de pensões às vítimas e a redução do valor das pensões constituíam violações ao artigo 26 da CADH. O Estado peruano, por sua vez, questionou a competência da Corte IDH para considerar queixas com base no referido artigo.

A Corte IDH declarou enfaticamente que era competente para analisar violações de todos os direitos reconhecidos na CADH, inclusive o artigo 26,¹⁴ e dedicou alguns parágrafos a isso.¹⁵ Assim, a Corte IDH observou que o estudo dos trabalhos preparatórios da CADH sobre artigo 26, demonstravam a vontade dos Estados de incluir uma disposição que estabelecesse uma certa obrigação jurídica de cumprimento e aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais e os mecanismos para sua promoção e proteção, contra um texto mais fraco do anteprojeto da CADH, preparado pela CIDH.¹⁶ Nas palavras da Corte IDH:

A revisão destes trabalhos preparatórios da Convenção também demonstra que as principais observações com base nas quais esta foi aprovada puseram especial ênfase em “dar aos direitos econômicos, sociais e culturais a máxima proteção compatível com as condições peculiares à grande maioria dos Estados Americanos”. Assim, como parte do debate nos trabalhos preparatórios também foi proposto “faz[er] possível [a] execução [destes direitos] através da ação dos tribunais”.¹⁷

Em seguida, a Corte IDH enfatizou que, encontrando-se o Capítulo III da CADH (que contém o artigo 26) na Parte I do tratado, as obrigações gerais contidas nos artigos 1.1 e 2, localizados no Capítulo I (também na Parte I), são igualmente aplicáveis ao artigo 26.¹⁸ A Corte IDH também recordou a interdependência entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, a ausência de hierarquia entre as duas categorias de direitos e sua plena exigibilidade perante as autoridades competentes, citando, para isso, o caso *Airey* do TEDH.¹⁹

Finalmente, a Corte IDH recorreu à doutrina do Comitê DESCONU para oferecer um guia interpretativo sobre o alcance da noção de “desenvolvimento progressivo”, apontando que a plena eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais não poderia ser alcançada em um curto período de tempo e exigiu a flexibilidade necessária que refletisse as realidades do mundo e as dificuldades que cada país enfrenta.²⁰ No entanto, a Corte IDH afirmou que:

102. [...] No contexto desta flexibilidade quanto a prazo e modalidades, o Estado terá essencialmente, ainda que não exclusivamente, uma obrigação de fazer, ou seja, de adotar providências e disponibilizar os meios e elementos necessários para responder às exigências de efetividade dos direitos envolvidos, sempre na medida dos recursos econômicos e financeiros de que disponha para o cumprimento do respectivo compromisso internacional adquirido. Assim, a implementação progressiva destas medidas poderá ser objeto de prestação de contas e, se for o caso, o cumprimento do respectivo compromisso adquirido pelo Estado poderá ser exigido perante as instâncias convocadas a resolver eventuais violações aos Direitos Humanos.

13 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía e outros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. *Peru*. EPMRC. 2009.

14 *Ibidem*, par. 16, 17 e 97.

15 *Ibidem*, par. 99-103.

16 *Ibidem*, par. 99.

17 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía e outros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. *Peru*. EPMRC. 2009, par. 99. (notas de rodapé omitidas)

18 *Ibidem*, par. 100.

19 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía e outros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. *Peru*. EPMRC. 2009, par. 101.

20 *Ibidem*, par. 102.

103. Como correlato do anterior, observa-se um dever –embora condicionado– de não regressividade, que nem sempre deverá ser entendido como uma proibição de medidas que restrinjam o exercício de um direito. A esse respeito, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas afirmou que “as medidas de caráter deliberadamente re[gressivo] neste aspecto requererão a consideração mais cuidadosa e deverão ser justificadas plenamente por referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto [Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais] e no contexto do aproveitamento pleno do máximo dos recursos de que [o Estado] disponha”. Na mesma linha, a Comissão Interamericana considerou que para avaliar se uma medida regressiva é compatível com a Convenção Americana, deverá ser “determinado se está justificada por razões de peso suficiente”. Por todo o exposto, cabe afirmar que a regressividade é protegida (justiciável) quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.

Portanto, para a Corte IDH: 1. O tribunal é competente para analisar alegadas violações ao artigo 26; 2. O artigo 26 estabelece obrigações jurídicas em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais; 3. as obrigações dos artigos 1.1 e 2 da CADH são aplicáveis aos direitos consagrados no artigo 26; 4. a noção de “desenvolvimento progressivo” não impede a prestação de contas e a eventual exigibilidade dos direitos perante as instâncias convocadas para resolver violações; e 5. da noção de “desenvolvimento progressivo” surge um dever condicional de não-regressividade, que requer uma justificação estrita do Estado no caso de adoção de medidas regressivas. Esse dever também é justiciável, isto é, está sujeito a controle por meio de mecanismos jurisdicionais.

Apesar desse desenvolvimento, que parecia claramente favorável à justiciabilidade do artigo 26 e que também oferece algumas orientações sobre a interpretação das obrigações estabelecidas por essa disposição, a Corte IDH não considerou necessário, no caso específico, pronunciar-se sobre a suposta violação, uma vez que a mesma queixa havia sido resolvida com referência a outras regras da CADH (artigos 25 e 21). Quanto à queixa que consiste na alegada regressividade das medidas em questão, a Corte IDH considerou que a declaração não se referia a fatos que foram objeto da controvérsia.

Em três casos subsequentes, a discussão explícita sobre a justiciabilidade do artigo 26 e sua aplicabilidade à situação examinada ocorreu no contexto da controvérsia entre votos dissidentes e votos concorrentes. Essas discussões não mudaram o resultado do caso, uma vez que, em todas elas a Corte rejeitou a consideração da queixa com base no artigo 26, mas ofereceu, pelo menos, uma articulação mais clara das razões a favor e contra, considerando autonomamente as violações do artigo 26.

No caso *Furlan e familiares vs. Argentina*,²¹ referindo-se à situação de uma criança que sofreu acidente em um prédio do Exército Argentino, que lhe causou uma deficiência grave e permanente, a Corte IDH enquadrou a questão como uma violação dos direitos à integridade pessoal, às garantias judiciais, à proteção judicial, ao direito de propriedade e de acesso à justiça em relação aos direitos da criança, aos direitos das pessoas com deficiência e ao direito à igualdade.²² A Corte IDH concentrou sua análise nos efeitos sobre a integridade pessoal e a propriedade da vítima e de sua família, de poucos recursos econômicos, derivados da indenização tardia e limitada recebida e da falta de proteção especial recebida pela vítima, enquanto criança e pessoa com deficiência. A Corte IDH não tratou em sua análise sobre a possível violação do artigo 26 da CADH.

Em um voto individual concorrente, no entanto, a juíza Margarette Macaulay sustentou que, em sua opinião, o caso teria sido melhor resolvido “desde uma perspectiva que contempla a justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais e culturais sob o alcance do artigo 26 da Convenção Americana”.²³ Nesse sentido, considerou que os fatos do caso teriam sido melhor enquadrados como

21 Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012.

22 *Ibidem*, par. 121-269.

23 Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012, voto individual da juíza Margarette May Macaulay, par. 1.

violações dos direitos à saúde e à seguridade social, inclusive – de acordo com a interpretação da juíza – na referência feita pelo artigo 26 da CADH.

Para isso, seguindo os critérios previamente adotados pela Corte IDH, a juíza Macaulay indicou que, para estabelecer o alcance do artigo 26 da CADH, o intérprete deveria ir à DADDH,

um instrumento no qual os direitos à seguridade social e à saúde são identificados como direitos protegidos.²⁴ Para determinar o alcance das obrigações derivadas desses direitos, a juíza, por sua vez, usa, como um guia interpretativo, o Protocolo de San Salvador, o PIDESC e a doutrina estabelecida pelo Comitê DESCONU.²⁵

Em relação ao caso específico, o voto concorrente sustenta que as omissões e deficiências nos cuidados médicos prestados pelos hospitais e a falta de orientações adicionais pelas diferentes instituições estatais envolvidas, impediram o acesso a benefícios previdenciários e tratamento oportuno, real, permanente, integral e adequadamente supervisionado à vítima, deteriorando sua saúde e impedindo a reabilitação.²⁶ Por esses motivos, a juíza considerou violado o artigo 26 da CADH, com relação aos artigos 5 e 1.1 do mesmo instrumento.²⁷

No caso *Suárez Peralta vs. Equador*,²⁸ a Corte IDH teve a oportunidade de considerar uma situação de negligência médica, que resultou em danos à saúde da vítima. Embora a vítima tenha apresentado a queixa criminal correspondente e tenha ativado a investigação e o procedimento criminal, a falta de diligência do Ministério Público e do tribunal competente resultou na prescrição do caso.

Além de analisar as queixas relacionadas aos direitos ao devido processo e proteção judicial, a Corte IDH abordou os efeitos sobre a saúde da vítima, incluindo a falta de controle do Estado sobre a prática profissional médica, à luz do direito de integridade física estabelecida no artigo 5.1 da CADH. A Corte IDH reconheceu explicitamente que estava decidindo questões em que existiam relações de interdependência entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, mencionando as normas da DADDH, da Carta da OEA e do Protocolo de San Salvador, que referem-se ao direito à saúde,²⁹ e citaram no rodapé o artigo 26 da CADH.³⁰ A Corte IDH apoiou sua análise da queixa na doutrina do Comitê DESCONU.³¹

No entanto, ao enquadrar a violação que consiste na falta de supervisão e fiscalização adequadas dos serviços de saúde, a Corte IDH limitou-se a declarar violado o direito à integridade pessoal protegido pelo artigo 5.1 da CADH.

Em resposta explícita a este tratamento da questão pela maioria da Corte IDH, o juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor elaborou extensivamente em seu voto individual concorrente, sua opinião sobre a conveniência de ter abordado no caso a violação do direito à saúde, de maneira direta e autônoma, de acordo com o artigo 26 da CADH. Assim, o juiz Ferrer Mac-Gregor afirmou que:

Na minha perspectiva, essa situação poderia ter sido explicitamente considerada, de modo que, dentro das considerações da sentença [...] a questão fosse abordada com plenitude e as implicações no caso do direito à saúde fossem estudadas autonomamente. O exposto, com base no reconhecimento da jurisdição que o artigo 26 do Pacto de São José concede à Corte IDH para decidir sobre o direito à saúde e entender a justiciabilidade direta desse direito social – e não apenas tangencialmente e em conexão com outros direitos civis – que poderiam resultar,

24 *Ibidem*, par. 3-4.

25 Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012, par. 7-8.

26 *Ibidem*, par. 12-15.

27 *Ibidem*, par. 15.

28 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Equador*. EPMRC. 2013.

29 *Ibidem*, par. 131.

30 *Ibidem*, nota de rodapé 169.

31 *Ibidem*, par. 135, 149 e 152.

no seu caso, em violação independente do referido dispositivo convencional, em relação às obrigações de respeito e garantia estabelecidas no artigo 1.1 do Pacto de São José.³²

Em sentido semelhante ao que será desenvolvido abaixo, o voto desenvolve as razões pelas quais a Corte IDH é competente para analisar violações ao artigo 26,³³ identificando o direito à saúde como um direito protegido na mesma disposição,³⁴ e as possíveis formas interpretativas deste artigo.³⁵ Explicando a razão desse esforço de justificação, o juiz Ferrer Mac-Gregor sustentou que:

Sem negar o progresso alcançado na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais por via indireta e em conexão com outros direitos civis e políticos – que tem sido reconhecido como prática desta Corte IDH; na minha opinião, esse procedimento não garante total eficácia e efetividade desses direitos, desnatura sua essência, não contribui para o esclarecimento das obrigações estatais sobre o assunto e, em última instância, causa sobreposições entre direitos, levando à confusão desnecessária nos tempos atuais de uma clara tendência ao reconhecimento e eficácia normativa de todos os direitos, de acordo com os avanços evidentes observados em nível nacional e no Direito Internacional dos Direitos Humanos.³⁶

Por outro lado, o voto fundamentado do juiz Alberto Pérez Pérez tem o objetivo exclusivo de “deixar claro que as referências ao direito à saúde contidas na sentença não significam que a jurisdição estava sendo assumida em relação a esse direito específico, ou aos direitos econômicos, sociais e culturais em geral”.³⁷

Posteriormente, o debate entre os membros da Corte IDH continuou e levou a posições contraditórias, o que é particularmente evidente nos votos individuais. No caso *Gonzales Lhuy e outros vs. Equador*,³⁸ a Corte IDH lidou com a situação de uma criança infectada pelo vírus HIV/AIDS em uma transfusão realizada em um banco de sangue privado, com pouca supervisão e controle estatal, e suas consequências em termos de acesso a serviços de saúde adequados e efeitos negativos acerca de sua educação. Os representantes da vítima alegaram violações do artigo 26 da CADH, destacando a afetação do direito à saúde e à educação da criança.

Como observado, a análise deste ponto produziu uma importante divisão de opiniões na Corte IDH, que evitou a decisão sobre uma possível violação autônoma do artigo 26, enquadrando os efeitos no direito à saúde da vítima, incluindo a falta de supervisão e fiscalização adequados e dificuldades no acesso a cuidados de saúde adequados às suas necessidades, como violações aos direitos à vida e à integridade física.³⁹ Certamente, na análise dessas violações a Corte IDH analisou as violações dos direitos à vida e à integridade física em uma perspectiva que leva em consideração a interdependência entre esses direitos e o direito à saúde, usando como parâmetro o alcance que o Comitê DESCONU e o Comitê dos Direitos da Criança da ONU atribuem ao direito à saúde.⁴⁰ A sentença menciona o artigo 26 em uma nota de rodapé, embora não esteja claro qual o papel que lhe atribui.⁴¹

Deve-se acrescentar também que a Corte IDH considerou a queixa referente ao direito à educação, devido à discriminação sofrida pela vítima no sistema educacional como resultado de sua condição de

32 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Equador*. EPMRC. 2013, voto individual do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, par. 3.

33 *Ibidem*, par. 3-8.

34 *Ibidem*, par. 13-32.

35 *Ibidem*, par. 33-87.

36 *Ibidem*, voto individual do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, par. 11.

37 *Ibidem*, voto individual do juiz Alberto Pérez Pérez, par. 1.

38 Corte IDH. *Caso Gonzales Lhuy e outros vs. Equador*. EPMRC. 2015.

39 Corte IDH. *Caso Gonzales Lhuy e outros vs. Equador*. EPMRC. 2015, par. 167-205.

40 *Ibidem*, par. 172, 173, 193, 198, 199, e nota de rodapé 200.

41 *Ibidem*, par. 172 e nota de rodapé 200.

portadora do vírus HIV/AIDS, considerando – pela primeira vez em sua jurisprudência – violado o artigo 13 do Protocolo de San Salvador.⁴²

Surpreendentemente, três votos individuais concorrentes foram acrescentados à decisão da maioria da Corte IDH, que tratam precisamente da aplicabilidade do artigo 26 ao caso. Um dos votos, assinado pelo juiz Ferrer Mac-Gregor – e ao qual os juízes Caldas e Ventura aderiram – afirma a aplicabilidade direta do artigo 26 e a conseqüente consideração de uma violação autônoma do direito à saúde. Dois outros votos individuais, respectivamente assinados pelos juízes Sierra Porto e Pérez Pérez, sustentam explicitamente a inaplicabilidade do artigo 26, considerando que este não é um direito justiciável da CADH.

Refere-se, amplamente, o voto do juiz Ferrer Mac-Gregor, ao que ele sustentou em seu voto concorrente no caso *Suárez Peralta vs. Equador*.⁴³ Ali se considera a possibilidade de abordar diretamente o direito à saúde e, por fim, declarar a violação do artigo 26 da CADH,⁴⁴ e reiteram-se conceitos sobre a necessidade de continuar avançando em direção à plena justiciabilidade dos DESC e dos direitos ambientais, no SIDH.⁴⁵

O voto concorrente do juiz Sierra Porto inclui várias considerações para rejeitar a justiciabilidade direta do artigo 26. Na sua opinião, o escopo deste artigo deve ser considerado à luz da vontade dos Estados, expressa na adoção do Protocolo de San Salvador, que limita a jurisdição contenciosa da Corte IDH à liberdade de associação e ao direito à educação.⁴⁶ Além disso, a redação do artigo 26 constituiria, em sua opinião, um obstáculo à identificação clara dos direitos a que ele se referiria em seu conteúdo.⁴⁷ Segundo seu entendimento, nem a interpretação evolutiva nem a aplicação do princípio *pro persona* seriam capazes de superar esse defeito.⁴⁸ Por fim, o juiz Sierra Porto também não vê nenhuma vantagem especial em declarar uma violação autônoma do artigo 26, em comparação com a via interpretativa usada até agora pela Corte IDH, ou seja, a proteção dos direitos sociais em conexão com os direitos civis e políticos.⁴⁹

O juiz Pérez Pérez faz uma leitura original do artigo 26, considerando que ele não existe nos trabalhos preparatórios da CADH, mostra que seus redatores desejavam consagrar a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais por meio dos mecanismos incluídos na CADH.⁵⁰ De acordo com seu voto, a CADH apenas reconhece, nesse sentido, direitos civis e políticos.⁵¹ Em contraste, o artigo 26 não reconheceria direitos, mas se limitaria a estabelecer “o compromisso dos Estados de alcançar progressivamente a plena eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais que derivam das normas pertinentes da Carta da Organização dos Estados Americanos [...] na medida dos recursos disponíveis”.⁵² Segundo essa distinção, a jurisdição contenciosa da Corte IDH se referiria apenas a direitos civis e políticos. Como o voto do juiz Sierra Porto, o juiz Pérez Pérez considera que a adoção subsequente do Protocolo de San Salvador é um acordo posterior que demonstra a falta de vontade dos Estados em submeter direitos sociais à jurisdição contenciosa da Corte IDH, com as exceções mencionadas. Isso deveria, em sua opinião, orientar a interpretação do artigo 26.⁵³

42 *Ibidem*, par. 233-291.

43 *Ibidem*, voto individual do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, par. 15 e 21.

44 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. EPMRC. 2015, voto individual do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, par. 13-17.

45 *Ibidem*, voto individual do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, par. 18-23.

46 *Ibidem*, voto individual do juiz Humberto Sierra Porto, par. 12-19.

47 *Ibidem*, voto individual do juiz Humberto Sierra Porto, par. 4-11.

48 *Ibidem*, voto individual do juiz Humberto Sierra Porto, par. 15 e 21.

49 *Ibidem*, voto individual do juiz Humberto Sierra Porto, par. 30-32.

50 *Ibidem*, voto individual do juiz Alberto Pérez Pérez, par. 19-21.

51 *Ibidem*, voto individual do juiz Alberto Pérez Pérez, par. 2-8.

52 *Ibidem*, voto individual do juiz Alberto Pérez Pérez, par. 9.

53 *Ibidem*, voto individual do juiz Alberto Pérez Pérez, par. 13-14.

Ambos os votos coincidem em minimizar o alcance do que a Corte IDH afirmou na sentença *Acevedo Buendía*.⁵⁴ Certamente, a infeliz redação do artigo 26 gera dificuldades hermenêuticas que devem ser enfrentadas pelo intérprete. Acredito, no entanto, que a posição restritiva de ambos os juízes sobre o assunto está em franca tensão com a posição notavelmente mais ativista assumida pela Corte IDH em muitas outras questões em que – diferentemente do artigo 26 – a CADH nem sequer oferece apoio textual.⁵⁵ A Corte IDH nunca teria desenvolvido jurisprudência nova e apreciada em todo o mundo sobre todos esses assuntos se tivesse mantido a posição cética e original expressa em ambos os votos. Em cada uma das opções interpretativas (entender o artigo ou privá-lo de significado, interpretar um tratado posterior como complementar ou entendê-lo no sentido de restringir o alcance do artigo, acudirão ou não a outras fontes para esclarecer seu alcance), a posição interpretativa dos juízes está sempre inclinada à recusa. O efeito desse ceticismo é simplesmente ignorar a existência do artigo 26.

De qualquer forma, o debate permaneceu aberto, uma vez que a maioria da Corte IDH não desviou do que havia sido afirmado em *Acevedo Buendía*, e as posições antinômicas se limitaram a votos individuais concorrentes.

2.1.2. Mudança na jurisprudência da Corte IDH

A Corte IDH finalmente abordou e decidiu diretamente as reclamações fundadas no artigo 26 no julgamento de mérito do caso *Lagos del Campo vs. Peru*.⁵⁶ Em contraste com a timidez com que tratou do assunto em casos anteriores, a Corte IDH demonstrou um temperamento ativista nesse julgamento, uma vez que enquadrou a violação do artigo 26 através da aplicação do princípio *iura novit curia* – ou seja, sem solicitação expressa da CIDH ou dos representantes das vítimas.⁵⁷

No caso, a Corte IDH considerou a situação da demissão injustificada de um representante dos trabalhadores de uma Comunidade industrial (figura jurídica na legislação peruana que permitia que os trabalhadores participassem da propriedade, gestão e lucros de uma empresa industrial).

A vítima do caso, representante dos trabalhadores e presidente do Comitê Eleitoral da Comunidade industrial, foi demitida como resultado de declarações dadas em entrevista publicada em uma revista em que criticava a convocação de eleições, em seu julgamento irregular, realizada por membros do Comitê Eleitoral que representava o interesse dos patrões. A empresa demitiu a vítima alegando como fundamento o descumprimento injustificado das obrigações de trabalho, grave indisciplina e “falta grave de palavra” em detrimento do empregador. Uma vez apresentadas as ações legais correspondentes, em primeira instância, a justiça considerou a demissão ilegal e injustificada, mas, em instâncias superiores, a demissão foi confirmada. Além de considerar violações dos direitos à liberdade de expressão, liberdade de associação, proteção judicial e garantias judiciais, na sentença – com a dissidência dos juízes Vio Grossi e Sierra Porto – a Corte IDH enquadrou o artigo 26 na violação dos direitos trabalhistas da vítima.

No que concerne a competência da Corte IDH para considerar violações do artigo 26, a Corte esta mencionou o que foi dito em *Acevedo Buendía*, observando “os termos gerais em que a Convenção é redigida, os quais indicam que a Corte exerce jurisdição plena sobre todos os seus artigos e disposições”,⁵⁸ e observando que o artigo 26 “também está localizado na Parte I da Convenção Americana [...], intitulada “Deveres dos Estados e Direitos Protegidos” e, portanto, o Estado está sujeito

54 Corte IDH. *Caso Gonzales Lhuy e outros vs. Equador*. EPMRC. 2015, voto individual do juiz Humberto Sierra Porto, par. 10, e voto individual do juiz Alberto Pérez Pérez, par. 18.

55 A lista é longa: o alcance das obrigações de prevenção, investigação e sanção de qualquer caso de violação dos direitos estabelecidos na CADH, o alcance das obrigações relativas à proteção das crianças, o direito de acesso à informação pública, o direito à propriedade coletiva da terra ancestral dos povos indígenas e o direito à consulta, o direito à integridade pessoal “em relação à autonomia pessoal, saúde sexual e reprodutiva” e “o direito a usufruir dos benefícios do progresso científico”, e a orientação sexual como um fator proibido de discriminação, entre vários outros.

56 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPMRC. 2017.

57 *Ibidem*, par. 139.

58 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPMRC. 2017, par. 142.

às obrigações gerais contidas nos artigos 1.1 e 2, indicados no capítulo I (intitulado “Enumeração de deveres”) e nos artigos 3 a 25 indicados no capítulo II (intitulado “Direitos Cívicos e Políticos”).⁵⁹ Portanto, a Corte IDH reafirmou sua competência para considerar supostos violações ao artigo 26.

A segunda questão abordada pela Corte IDH foi a de identificar os direitos protegidos pelo artigo 26 relevantes para o caso. A Corte IDH concentrou-se na possibilidade de proteger os direitos trabalhistas a partir do artigo 26; para isso, considerou a referência do artigo à Carta da OEA, identificando como normas a partir das quais podem ser derivados os direitos trabalhistas dos artigos 45.b e c, 46 e 34.g desse instrumento. A Corte IDH, por sua vez, recorreu à DADDH como um instrumento para interpretar o alcance do encaminhamento do artigo 26, citando seu parecer consultivo sobre a interpretação da *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no âmbito do artigo 64, e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, na qual já havia declarado que:

os Estados Membros entenderam que a Declaração contém e define os Direitos Humanos essenciais a que a Carta se refere, de modo que a Carta da Organização no campo dos Direitos Humanos não pode ser interpretada e aplicada sem a integração das normas pertinentes com as disposições correspondentes da Declaração, como resultado da prática seguida pelos órgãos da OEA.⁶⁰

Nesse sentido, derivando os direitos trabalhistas dos artigos 45 “b” e “c”, 46 e 34 “g”, da Carta da OEA, a Corte IDH utilizou o artigo XIV da DADDH para especificar o conteúdo dos direitos protegidos, indicando explicitamente a proteção do direito ao trabalho. Terceiro, a Corte IDH recorreu à noção de *corpus juris* em matéria de direito ao trabalho, como havia feito anteriormente em outras questões, como os direitos das crianças e os direitos dos povos indígenas. Nesse sentido, a Corte IDH observou que, além da legislação nacional de vários Estados, esse direito foi reconhecido, entre outros, pelo:

artigo 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigos 7 e 8 da Carta Social das Américas, artigos 6 e 7 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigo 11 da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, artigo 32.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança, bem como o artigo 1 da Carta Social Europeia e o artigo 15 da Carta Americana dos Direitos Humanos e dos Povos.⁶¹

Levando em consideração essas fontes, a Corte IDH argumentou que, no caso específico, o direito protegido pelo artigo 26 e afetado no caso era o da estabilidade no emprego. Para estabelecer o escopo do direito protegido, recorreu à doutrina do Comitê DESCONU⁶² e às normas da OIT.⁶³ A partir dessas fontes, fez, em dois parágrafos, um resumo do conteúdo do direito:

[...] as obrigações do Estado quanto à proteção do direito à estabilidade no trabalho no âmbito privado se traduz, em princípio, nos seguintes deveres: a) adotar as medidas adequadas para a devida regulamentação e fiscalização desse direito; b) proteger o trabalhador, por meio de seus órgãos competentes, contra a demissão injustificada; c) remediar a situação, em caso de demissão injustificada (seja mediante a readmissão ou, caso seja pertinente, mediante a indenização e outros benefícios previstos na legislação nacional). Por conseguinte, d) o Estado deve dispor

59 *Idem*.

60 *Ibidem*, par. 143, citando o par. 43 do Parecer Consultivo: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-10/89. *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1989.

61 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPMRC. 2017, par. 145.

62 Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 18. *Artigo 6 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sobre o direito ao trabalho*, E/C.12/GC/18, 6 de fevereiro de 2006, par. 147.

63 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPMRC. 2017, par. 148. A Corte IDH cita a Convenção n. 158 e a Recomendação n. 143 da OIT.

de mecanismos efetivos de reclamação frente a uma situação de demissão injustificada, a fim de garantir o acesso à justiça e à tutela judicial efetiva desses direitos.⁶⁴

A Corte IDH também esclareceu que

[...] a estabilidade no trabalho não consiste em uma permanência irrestrita no posto de trabalho, mas em respeitar esse direito, entre outras medidas, oferecendo devidas garantias de proteção ao trabalhador, a fim de que, em caso de demissão, esta ocorra por causas justificadas, o que implica que o empregador ateste razões suficientes para impor essa sanção com as devidas garantias e, diante disso, o trabalhador possa recorrer dessa decisão junto as autoridades internas, que garantirão que as causas atribuídas não sejam arbitrárias ou contrárias ao direito.⁶⁵

Aplicando essas ideias ao caso concreto, a Corte IDH concluiu que o Estado Parte não adotou as medidas adequadas para proteger a violação do direito ao trabalho atribuível a terceiros, avaliando também as consequências negativas que a demissão teve na vida da vítima e de sua família. Consequentemente, considerou que o Estado peruano violou o direito à estabilidade no emprego, na interpretação do artigo 26 da CADH, em relação aos artigos 1.1, 13, 8 e 16, em prejuízo do senhor *Lagos del Campo*.⁶⁶

Além disso, a Corte IDH considerou o efeito sobre a liberdade de associação, consagrado no artigo 16.1, uma vez que a demissão foi resultado de uma sanção contra atos praticados em conformidade com a função de representante dos trabalhadores de uma Comunidade industrial. A Corte IDH observou que, no local de trabalho, a liberdade de associação não se limitava apenas ao exercício da liberdade de associação, “mas se estende a organizações que, embora de natureza distinta daquela dos sindicatos, persigam fins de representação dos interesses legítimos dos trabalhadores”.⁶⁷ Como base para esta afirmação, a Corte IDH fez menção à referência feita pelo artigo 26 da CADH à Carta da OEA, que “reconhece o direito de empregadores e trabalhadores de associarem-se livremente para a defesa e promoção de seus interesses”.⁶⁸ Consequentemente, uma vez verificada a violação à liberdade de associação, a Corte IDH considerou que o artigo 16.1, assim como o 26 da CADH, foram violados.⁶⁹

A sentença contém divergências dos juízes Vio Grossi e Sierra Porto sobre o assunto, reiterando a concepção cética sobre o escopo do artigo 26, expresso anteriormente pelos juízes Sierra Porto e Pérez Pérez no caso *González Lluy vs. Equador*.

Essa sentença constitui uma mudança importante na jurisprudência da Corte IDH e permite antecipar um uso mais abundante do artigo 26 em sua jurisdição contenciosa. Vale ressaltar o fato de ter assumido, pela primeira vez, as consequências de ter declarado anteriormente – no caso *Acevedo Buendía* – que a Corte IDH é competente para considerar alegadas violações do artigo 26 (ou seja, que este artigo é justiciável sob a jurisdição da Corte IDH). Também avaliamos positivamente o esforço da Corte IDH em derivar direitos específicos do artigo 26, levando a sério a referência que seu texto faz à Carta da OEA e utilizando técnicas interpretativas já utilizadas em outros contextos pela própria Corte IDH, como o uso auxiliar da DADDH, o uso da noção de *corpus juris* internacional no assunto e de padrões interpretativos desenvolvidos por outros órgãos internacionais relevantes, como o Comitê DESCONU e a OIT.

Dada a natureza de *leading case* da sentença, talvez fosse importante colocar maior ênfase na identificação do direito afetado e na determinação do escopo das obrigações do Estado no caso, levando em consideração a novidade do assunto e a pouco afortunada redação do artigo 26. A escolha de um direito a “estabilidade no emprego” como um direito protegido, por exemplo, não é muito rigorosa, dado que essa terminologia corresponde mais ao direito interno do que aos instrumentos internacionais

64 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPMRC. 2017, par. 149.

65 *Ibidem*, par. 150.

66 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPMRC. 2017, par. 153-154.

67 *Ibidem*, par. 158.

68 *Idem*.

69 *Ibidem*, par. 163.

mencionados pela Corte IDH. Provavelmente, teria sido melhor enquadrar o direito violado como o direito à proteção contra demissões injustas, contido tanto no direito do trabalho quanto no direito a condições de trabalho justas, equitativas e satisfatórias.⁷⁰

Da maneira similar, a Corte IDH poderia ter dedicado um pouco mais de espaço para esclarecer o alcance das obrigações gerais em jogo, dada a confusão usual causada pela menção da realização progressiva dos direitos. No caso, a Corte IDH decidiu que as obrigações do Estado eram imediatas, sem explicitamente descrevê-las; teria sido importante explicar como chegou a essa conclusão, que apenas endossa a doutrina inicial que o Comitê DESCONU mantém desde o Comentário Geral n° 3, de 1990, sobre a distinção entre obrigações imediatas e obrigações de cumprimento progressivo.⁷¹

Também teria contribuído para uma melhor compreensão da sentença e dos padrões que derivam disso, um quadro mais preciso das obrigações do Estado derivadas da conduta de indivíduos particulares – neste caso, de empregadores particulares. A Corte IDH citou, de passada, a noção usada pelo Comitê DESCONU, de “obrigações de proteção”,⁷² sem esclarecer de onde vem essa distinção. A menção da classificação das obrigações utilizadas pelo Comitê (obrigações de respeito, proteção e satisfação) teria permitido uma melhor compreensão do contexto e do significado da citação e, portanto, tornaria a doutrina derivada do caso mais inteligível para futuras controvérsias.⁷³

De qualquer forma, são observações sobre detalhes que a Corte IDH pode refinar. O mérito do caso foi, sem dúvida, o de dar vida a uma cláusula da CADH que permaneceu praticamente em torpor desde o início da jurisdição contenciosa da Corte IDH.

Como mencionado, a nova etapa da jurisprudência no caso *Lagos del Campo vs. Peru* foi reiterada meses depois pela Corte IDH no caso *Trabajadores Demitidos da PetroPeru e outros vs. Peru*, proferida em 23 de novembro de 2017.⁷⁴ Trata-se de um caso de demissão em massa de trabalhadores de empresas e órgãos estatais, em que os representantes das vítimas alegaram, entre outros, violações do artigo 26 relacionadas à natureza injustificada das demissões, somadas à ausência de revisão judicial efetiva e a validade de garantias judiciais nos processos em que as demissões foram questionadas judicialmente. A Corte IDH mencionou as disposições do caso *Lagos del Campo*, citando textualmente os parágrafos 141 a 150 e 154 dessa sentença.⁷⁵ Na análise do caso específico, decidiu que, uma vez que “o direito ao trabalho inclui o direito de garantir o direito de acesso à justiça e proteção judicial efetiva, tanto na esfera pública como na esfera privada das relações de trabalho”, o artigo 26 foi violado por não garantir às vítimas o acesso a um recurso judicial efetivo após a demissão.⁷⁶ Os juízes Vio Grossi e Sierra Porto também discordaram sobre esse ponto, por razões semelhantes às apresentadas na sua dissidência na sentença de *Lagos del Campo*.

Pouco acrescenta este caso ao que foi dito na sentença *Lagos del Campo*. Dado que a Corte IDH escolheu enquadrar o caso em questões de acesso à justiça e proteção judicial efetiva, poderia ter sido apropriado incluir a violação do artigo 26 em sua análise de violações dos artigos 8 e 25,

70 Para um sumário dos padrões da matéria, ver ONU. Relatório de Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Eficácia do direito ao trabalho*, A/HRC/31/32, 21 de dezembro de 2015, par. 51-52.

71 Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 3. *A índole das obrigações dos Estados Partes (parágrafo 1 do artigo 2 do Pacto)*, E/1991/3, 14 de dezembro de 1990.

72 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPMRC. 2017, par. 147.

73 Para direitos relacionados ao trabalho, ver Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 18, *op. cit.*, par. 22. Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 23. *Direito a condições justas e favoráveis de trabalho (artigo 7 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)*, E/C.12/GC/23, 27 de abril de 2016, par. 58-60. Ver também Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 24. *As obrigações dos Estados sob o Pacto Internacional sobre Direitos econômicos, sociais e culturais no contexto das atividades empresariais*, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, par. 10-24, e em particular par. 14-22, onde se desenvolve o alcance das obrigações estatais de proteção frente à conduta das empresas.

74 Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos da PetroPeru e outros vs. Peru*. EPMRC. 2017.

75 *Ibidem*, par. 192.

76 *Ibidem*, par. 193.

destacando a interdependência dos direitos em jogo, ao invés de declarar separadamente uma violação sem desenvolver outros problemas além dos tratados na análise da violação anterior.

2.2. A jurisprudência da CIDH

A CIDH também considerou, em alguns casos, supostas violações do artigo 26 da CADH. Dos casos publicados a partir de 1990, apenas três relatórios finais contêm uma análise detalhada de uma suposta violação dessa disposição.

No caso *García Fajardo e outros*, a CIDH considerou a violação dos direitos trabalhistas na estrutura do artigo 26 da CADH. No caso, 142 trabalhadores aduaneiros foram demitidos por realizar uma greve considerada ilegal. Embora os trabalhadores tenham obtido sentenças favoráveis em juízo ordenando sua reintegração, o governo não cumpriu essas sentenças. A CIDH decidiu que os direitos trabalhistas eram protegidos pelo artigo 26 da CADH:

A Comissão considera que os direitos econômicos dos trabalhadores aduaneiros se enquadram no âmbito da proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais protegidos pela Convenção Americana em seu artigo 26. As violações dos direitos dos trabalhadores são claras quando se fala dos princípios de legalidade e retroatividade, bem como da proteção de garantias judiciais. As violações do Estado nicaraguense determinam os prejuízos econômicos e afastam os direitos sociais dos peticionários.⁷⁷

Para apoiar seu raciocínio, a CIDH recorreu à DADDH e ao Protocolo de San Salvador. Com relação à queixa específica, a CIDH considerou – sem entrar em detalhes – que as medidas adotadas pelo Estado violavam os direitos trabalhistas dos peticionários:

A Comissão considera que, no presente caso, o Estado da Nicarágua, ao invés de adotar medidas progressivas de desenvolvimento em benefício dos trabalhadores aduaneiros, procurou reduzir seus direitos, causando sérios danos a seus direitos econômicos e sociais.⁷⁸

No caso *Miranda Cortez e outros*,⁷⁹ a CIDH – que já havia concedido medidas cautelares – considerou uma suposta violação do direito à saúde, enquadrada como uma violação do artigo 26 da CADH. Segundo os peticionários, o Estado violou o direito à saúde das supostas vítimas, afetadas pelo HIV/AIDS, por não lhes fornecer os medicamentos que compõem a tripla terapia necessária para impedir sua morte e melhorar sua qualidade de vida.

A CIDH já havia aceitado no relatório de admissibilidade, e ao considerar a solicitação de medidas cautelares, que o artigo 26 da CADH pode ser invocado para proteger o direito à saúde, ou seja, que o direito à saúde é um dos os direitos decorrentes das normas econômicas, sociais e de educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA.

Os peticionários alegaram o não cumprimento das medidas cautelares e solicitaram à CIDH o pedido de medidas provisórias à Corte IDH. O Estado salvadorenho, por sua vez, informou à CIDH dos esforços envidados para cumprir as medidas cautelares que, segundo o Estado, incluíam a previsão de itens orçamentários para a aquisição de medicamentos, o estabelecimento de mecanismos de coordenação técnica e o tratamento individual de parte das supostas vítimas e adoção de medidas educativas, de promoção da higiene e saúde preventiva.

A CIDH ficou satisfeita com os esforços envidados pelo Estado e observou:

77 CIDH. Relatório nº 100/01, *Caso Milton García Fajardo e outros vs. Nicarágua*, 11 de outubro de 2001, Caso 11.381, par. 95.

78 *Ibidem*, par. 101.

79 CIDH. Relatório nº 27/09, *Caso Jorge Odir Miranda Cortez e outros vs. El Salvador*, Mérito, Caso 12.249, 20 de março de 2009.

[...] que o Estado salvadorenho respondeu a cada uma das solicitações com informações referentes a ações específicas destinadas a prestar os cuidados médicos e medicamentos exigidos pelas pessoas incluídas neste caso. Embora [fosse] verdade que três dessas pessoas morreram durante a vigência das medidas cautelares, a Comissão Interamericana considerou que [...] não havia sido provado no relatório [...] que isso se devia à negligência atribuível ao Estado salvadorenho, como foi imputado pelos peticionários. Por outro lado, a informação demonstrou que o tratamento antirretroviral não pode ser entregue indiscriminadamente a todas as pessoas portadoras do vírus da AIDS, mas depende de uma avaliação médica.⁸⁰

A CIDH também apontou que o tratamento antirretroviral não era aplicável indiscriminadamente a todas as pessoas com HIV/AIDS, nem havia um único tratamento para todas elas, com base em um relatório da Organização Pan-Americana da Saúde.⁸¹ Quanto ao desenvolvimento do padrão de interpretação aplicável ao artigo 26, a CIDH – com base na doutrina do Comitê DESCONU e citando também o caso “*Cinco Aposentados*” da Corte IDH – declarou que:

O artigo 26 da Convenção Americana estabelece para os Estados Partes a obrigação geral de buscar constantemente a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Essa obrigação implica, por sua vez, não adotar medidas regressivas em relação ao grau de desenvolvimento alcançado.⁸²

Também lembrou que, de acordo com o Comitê DESCONU, se medidas regressivas deliberadas são tomadas, cabe ao Estado Parte demonstrar que foram aplicadas após o exame mais exaustivo de todas as alternativas possíveis, e que o Estado também tem o ônus de provar que essas medidas são devidamente justificadas por referência a todos os direitos estabelecidos no Pacto em relação ao uso pleno dos recursos disponíveis máximos do Estado Parte.⁸³

À luz dessas observações, a CIDH considerou que o Estado tomou:

as medidas razoavelmente disponíveis para oferecer tratamento médico às pessoas incluídas nos autos. A CIDH considerou que as ações do Estado foram suficientemente rápidas, nessas circunstâncias, para efetivamente cumprir esse objetivo. Portanto, não é [possível] falar de qualquer violação direta do direito à saúde de Jorge Odir Miranda Cortez ou das outras 26 pessoas identificadas no Caso 12.249, como teria acontecido, por exemplo, se fosse demonstrado que o Estado se recusou a atender a qualquer um deles. Além disso, no desenvolvimento do processo, os serviços de saúde salvadorenhos ampliaram a cobertura gratuitamente a outras pessoas com HIV/AIDS após análise médica. Também não foi alegado que houve regressão no sentido de deixar de conceder qualquer benefício a qualquer um que os tivessem anteriormente.⁸⁴

Por esse motivo, a CIDH decidiu que não havia violação do artigo 26 da CADH.

No caso da Associação Nacional de ex-Funcionários do Instituto Peruano de Seguridad Social,⁸⁵ a CIDH considerou uma suposta violação do artigo 26 referente ao direito à seguridade social. Os peticionários alegaram que uma reforma constitucional ocorrida no Peru havia validado reduções nos níveis de aposentadoria já concedidos e, portanto, violavam a proibição regressiva ou de retrocesso contida no artigo 26 da CADH. A CIDH analisou separadamente a aplicabilidade do referido artigo ao direito a

80 *Ibidem*, par. 102.

81 *Ibidem*, par. 103.

82 *Ibidem*, par. 106.

83 *Ibidem*, par. 105.

84 CIDH. Relatório nº 27/09, *Caso Jorge Odir Miranda Cortez e outros vs. El Salvador*, Mérito, Caso 12.249, 20 de março de 2009, par. 108.

85 CIDH. Relatório nº 38/09, *Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Peru*, Admissibilidade e Mérito, Caso 12.670, 27 de março de 2009.

uma aposentadoria por idade, o conteúdo da proibição de regressividade ou retrocesso contida no artigo 26 e a aplicação desses princípios ao caso.

Em relação à primeira questão, a CIDH recorreu, de acordo com a referência feita pelo artigo 26 da CADH à Carta da OEA, para derivar das alíneas “b” e “h” do artigo 45 o direito à seguridade social. Além disso, citando a Corte IDH, observou que, para a identificação dos Direitos Humanos contidos na Carta da OEA, era necessário integrar a Carta da OEA às disposições da DADDH – que também contém o direito à seguridade social em seu artigo XVI. Assim, a CIDH decidiu que o direito à seguridade social era um dos direitos cujo desenvolvimento progressivo é prescrito pelo artigo 26 da CADH.⁸⁶

Com relação à segunda questão, a CIDH reiterou algumas ideias já formuladas no caso *Miranda Cortez e outros*. Para elucidar o significado do artigo 26, voltou-se para o texto do Protocolo de San Salvador, para o PIDESC, para a doutrina do Comitê DESCONU e para a doutrina da Corte IDH apresentada no caso “*Cinco Aposentados*”.

Assim, a CIDH declarou que:

A natureza das obrigações derivadas do artigo 26 da Convenção Americana pressupõe que a plena eficácia dos direitos consagrados na referida regra deve ser alcançada de maneira progressiva e com base nos recursos disponíveis. Isso implica um dever correlato de não retroceder nas realizações avançadas neste assunto. Essa é a obrigação de não regressividade desenvolvida por outras organizações internacionais e entendida pela CIDH como um dever do Estado, justificável através do mecanismo de petições individuais consagradas na Convenção.⁸⁷

No entanto, a CIDH faz uma nova consideração, distinguindo entre regressividade e restrição de direitos:

140. A Comissão considera particularmente relevante esclarecer que a restrição ao exercício de um direito não é sinônimo de regressividade. O *corpus iuris* interamericano de direitos econômicos, sociais e culturais mostra que o conceito de progressividade – e a obrigação correlata de não regressividade – estabelecido no artigo 26 da Convenção Americana, não exclui a possibilidade de um Estado impor certas restrições ao exercício dos direitos incorporados nessa norma. A obrigação de não regressividade implica uma análise conjunta da afetação individual de um direito em relação às implicações coletivas da medida. Nesse sentido, nenhuma medida regressiva é incompatível com o artigo 26 da Convenção Americana.

Também aqui – como a Corte IDH no caso “*Cinco Aposentados*” – a CIDH parece ser favorável a analisar a possível restrição de direitos individuais à luz do escopo coletivo da medida. Embora o parágrafo seja confuso, uma vez que começa pela distinção entre regressividade e restrição, mas parece confundir os dois novamente na sentença final, a indicação do apontamento da CIDH também parece ir na direção de requerer, para configurar como uma violação da proibição da regressividade ou retrocesso, prova de uma afetação coletiva e não simplesmente uma limitação individual do alegado direito.⁸⁸

Com relação à análise concreta do caso, a CIDH considerou se a reforma constitucional seria regressiva e, em caso afirmativo, se tal regressão foi justificada por razões de peso suficiente para torná-la compatível com o artigo 26 da CADH,⁸⁹ de maneira que analisou separadamente várias questões.

86 *Ibidem*, par. 133.

87 *Ibidem*, par. 138.

88 Em seu voto concorrente, o comissário Carozza se afasta dessa consideração, propondo um teste mais deferente com o Estado: se a “medida em questão tem uma relação racional com os esforços do Estado para desenvolver progressivamente as condições econômicas e sociais do país”. Ver CIDH. Relatório nº 38/09, *Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social e outras vs. Peru*, Admissibilidade e Mérito, Caso 12.670, 27 de março de 2009, voto concorrente do comissário Paolo Carozza, par. 8-12, especialmente par. 12.

89 CIDH. Relatório nº 38/09, *Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social e outras vs. Peru*, Admissibilidade e Mérito, Caso 12.670, 27 de março de 2009, par. 141.

Primeiro, considerou a eliminação do nivelamento de aposentadorias com os valores recebidos por trabalhadores ativos. Embora a CIDH tenha aceitado que isso poderia implicar uma redução dos valores recebidos no futuro, afirmou que a maioria dos pensionistas do setor público não desfruta desse benefício e que, portanto, os aposentados afetados não são representativos do estado de desenvolvimento do direito à previdência social no Peru. A CIDH apontou que “por se tratar de um regime fechado, é razoável considerar que o nivelamento constitui em si um privilégio que, devido ao seu alto custo, dificulta a melhoria progressiva das condições dos aposentados não beneficiados [pelo nivelamento]”.⁹⁰

Segundo, considerou se o estabelecimento de um teto máximo de pensão era regressivo. A CIDH assinalou que a criação de limites máximos de pensão não constitui, por si só, uma medida regressiva, a menos que esse limite seja manifestamente incompatível com o conteúdo essencial do direito.

No caso, a CIDH não considerou provado que o limite não era razoável ou que a essência do direito teria sido afetada, avaliando o fato de que o limite máximo é aumentado periodicamente. Embora o limite máximo tenha afetado alguns pensionistas, que reduziram seus valores de aposentadoria, a CIDH concluiu que “havia afetado um pequeno número de pensionistas a fim de melhorar as condições no exercício do direito a uma pensão para os outros beneficiários, esse extremo da reforma não constituiu uma regressão proibida pelo artigo 26 da Convenção”.⁹¹

Terceiro, a CIDH analisou outro mecanismo de ajuste incluído na reforma: para manter o valor aquisitivo das aposentadorias, apesar da eliminação do nivelamento, os montantes pagos às pessoas com mais de 65 anos que não excederem o limite máximo seriam aumentados de acordo com o índice de preços ao consumidor. Além disso, aqui, a CIDH concluiu que não possuía elementos para julgar o mecanismo ideal para manter o valor de compra da pensão e que o fato de ser menos favorável a um grupo de pensionistas não implicava necessariamente que a medida fosse regressiva, em termos de grau de desenvolvimento geral do direito a uma pensão, uma vez que o objetivo das medidas era garantir a viabilidade do sistema de pensões no futuro e eliminar a desigualdade dentro do regime.⁹²

Por fim, a CIDH considerou as disposições da reforma que estabeleciam que o montante das pensões para pessoas com menos de 65 anos que recebiam pensão inferior ao teto máximo seriam periodicamente ajustadas “de acordo com as possibilidades da economia do Estado”. A CIDH observou que “em princípio, eliminar a salvaguarda de um ajuste periódico e obrigatório e alterá-lo para um eventual ajuste de acordo com a discricionariedade do Estado, poderia constituir uma medida regressiva”. De qualquer forma, a CIDH apreciou a interpretação desta cláusula feita pelo Tribunal Constitucional Peruano, que anteriormente havia considerado que a cláusula só poderia ser considerada constitucional na medida em que o reajuste periódico em intervalos razoáveis fosse obrigatório, e que a sustentabilidade financeira do Estado era apenas um critério para estabelecer o montante das aposentadorias.

O Tribunal também indicou que controlaria a realização do ajuste no sentido prescrito. A CIDH considerou razoável essa interpretação pelo Tribunal Constitucional e, portanto, a norma não implicava uma regressão incompatível com o artigo 26 da CADH.⁹³

Em conclusão, a CIDH negou provimento às queixas e não considerou que a contestada reforma constitucional violara o artigo 26 da CADH.

Finalmente, a CIDH também considerou supostas violações do artigo 26 da CADH em vários relatórios de admissibilidade, em casos cuja decisão sobre o mérito ainda não havia sido emitida ou publicada. No caso dos *Pensionistas de VIASA*, a CIDH considerou admissível uma petição que tratava do direito à seguridade social, considerando-a protegida pelo artigo 26 da CADH.⁹⁴

90 *Ibidem*, par. 142.

91 *Ibidem*, par. 143.

92 *Ibidem*, par. 144.

93 *Ibidem*, par. 145-146.

94 CIDH. Relatório nº 69/04, *Caso Jesús Manuel Naranjo Cárdenas e outros (Pensionados de la Compañía de Aviación Venezolana (VIASA)) vs. Venezuela*, Admissibilidade, Petição, Caso 667/01, 13 de outubro de 2004, par. 46 e 61.

No caso *Villalobos*, a CIDH decidiu admitir uma petição na qual se alegava violação do direito à saúde, considerando que esse direito também está incluído na estrutura de proteção do artigo 26.⁹⁵ No caso dos *Buzos Miskitos*,⁹⁶ a CIDH admitiu uma petição alegando não conformidade com as obrigações de supervisionar as condições de trabalho dos trabalhadores envolvidos na pesca subaquática, pois considerou que o artigo 26 da CADH protege o direito ao trabalho.

No caso *Tena Colunga*,⁹⁷ que tratava de supostas violações dos direitos trabalhistas, a CIDH ressaltou que, apesar de incompetente em casos expressamente previstos, ela tinha jurisdição para considerar violações ao artigo 26 da CADH, usando o Protocolo de San Salvador como instrumento interpretativo.⁹⁸ De qualquer forma, considerou a petição inadmissível por não apresentar fatos que caracterizassem uma violação dos direitos garantidos pela CADH.

No caso *Cuscul Pivara*,⁹⁹ os peticionários invocaram o artigo 26 em conexão com uma suposta violação do direito à saúde. A CIDH considerou que, apesar da modalidade das obrigações estabelecidas nesse artigo em termos de progressividade, havia pelo menos duas premissas nas quais o direito à saúde é imediatamente necessário: discriminação e perigo à vida.¹⁰⁰ No caso específico, julgou que nenhuma dessas premissas foi devidamente verificada e, conseqüentemente, considerou o caso inadmissível em relação à queixa baseada no artigo 26.

Nos últimos anos, a CIDH continuou essa tendência, declarando admissível um número considerável de petições relativas a supostas violações do artigo 26 da CADH.¹⁰¹ Em alguns casos, a CIDH rejeitou a admissibilidade de supostas violações desta disposição por falta de fundamentação suficiente da queixa, mas confirmando a possibilidade de considerar violações a esse artigo no âmbito de petições baseadas na CADH.¹⁰²

95 CIDH. Relatório nº 25/04, *Caso Ana Victoria Villalobos e outros vs. Costa Rica*, Admissibilidade, Petição, Caso 12.361, 11 de março de 2004, par. 52 e 70.

96 CIDH. Relatório nº 121/09, *Caso Opario Lemote Morris e outros (Buzos Miskitos) vs. Honduras*, Admissibilidade, Petição, Caso 1186-04, 12 de novembro de 2009.

97 CIDH. Relatório nº 44/04, *Caso Laura Tena Colunga e outros vs. México*, InAdmissibilidade, Petição, Caso 2582/02, 13 de outubro de 2004.

98 *Ibidem*, par. 40.

99 CIDH. Relatório nº 32/05, *Caso Luis Rolando Cuscul Pivara e outras pessoas afetadas por HIV/AIDS vs. Guatemala*, Admissibilidade, Petição, Caso 642/05, 7 de março de 2005.

100 *Ibidem*, par. 42-45.

101 Ver CIDH. Relatório nº 19/14, *Caso Emilia Morales Campos e Jennifer Emilia Campos vs. Costa Rica*, Admissibilidade, Petição, Caso 329-06, 3 de abril de 2014, par. 4 e 48. CIDH. Relatório nº 35/14, *Caso Eulogia e seu filho Sergio vs. Peru*, Admissibilidade, Petição, Caso 1334-09, 4 de abril de 2014, par. 4 e 53. CIDH. Relatório nº 62/14, *Caso Pobladores de Quishque-Tapayrihua vs. Peru*, Admissibilidade, Petição, Caso 1216-03, 24 de julho de 2014, par. 4 e 37. CIDH. Relatório nº 96/14, *Caso Povos indígenas em isolamento Tagaeri e Taronenani vs. Equador*, Admissibilidade, Petição, Caso 422-06, 6 de novembro de 2014, par. 5 e 58. CIDH. Relatório nº 33/15, *Caso Povo U'wa vs. Colômbia*, Admissibilidade, Caso 11.574, 22 de julho de 2015, par. 4 e 47. CIDH. Relatório nº 48/15, *Caso Povo Yaqui vs. México*, Admissibilidade, Petição, Caso 70-06, 28 de julho de 2015, par. 4 e 67 (com considerações específicas sobre o direito à saúde em relação com a contaminação da água). CIDH. Relatório nº 11/16, *Caso Luiza Melinho vs. Brasil*, Admissibilidade, Petição, Caso 362-09, 14 de abril de 2016, par. 3 e 56. CIDH. Relatório nº 44/16, *Caso Martina Rebeca Vera Rojas e família vs. Chile*, Admissibilidade, Petição, Caso 1558-11, 4 de novembro de 2016, par. 3 e 31. CIDH. Relatório nº 79/16, *Caso Emiliano Romero Bendezu (Trabajadores mineros con silicosis) vs. Peru*, Admissibilidade, Petição, Caso 1077-98 e outras, 30 de dezembro de 2016, par. 27.

102 Ver, por ejemplo, CIDH. Relatório nº 62/12, *Caso Yenina Esther Martínez Esquivia vs. Colômbia*, Admissibilidade, Petição, Caso 1471-05, 20 de março de 2012, par. 3 e 49 (declarando admissíveis outros agravos mas inadmissível em relação com o artigo 26). CIDH. Relatório nº 86/12, *Caso César Lorenzo Cedeño Muñoz e outros vs. Equador*, Admissibilidade, Petição, Caso 1201-07, 8 de novembro de 2012, par. 4 e 41 (declarando admissíveis outros agravos mas considerando que não é necessária uma análise separada sobre supostas violações ao artigo 26). CIDH. Relatório nº 87/12, *Caso Comunidad es maya Kaqchikel de los Hornos y El Pericón I e seus membros vs. Guatemala*, Admissibilidade, Petição, Caso 140-08, 8 de novembro de 2012, par. 4 e 49 (declarando admissíveis outros agravos mas inadmissível em relação com o artigo 26). CIDH. Relatório nº 28/13, *Caso Profesores de Chañaral vs. Chile*, Admissibilidade, Petição, Caso 1345-05, 20 de março de 2013, par. 6 e 49 (declarando admissíveis outros agravos mas inadmissível em relação com o artigo 26). CIDH. Relatório nº 59/13, *Caso Rocío San Miguel Sosa e outras vs. Venezuela*, Admissibilidade, Petição, Caso 212-06, 16 de julho de 2013, par. 4 e 93 (declarando admissíveis outros

3. Esboço interpretativo

3.1. O alcance da remissão do artigo 26 da CADH

Quanto à competência da Corte IDH para considerar violações do artigo 26, o conteúdo literal dos respectivos artigos da CADH é amplo e não contém nenhuma exclusão do artigo estudado, nem faz distinção entre os direitos dos capítulos II e III da parte I.¹⁰³ O artigo 62 da CADH fala que “a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta [Convenção]” (inciso 1), e reitera que “a Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido” (inciso 3). Não há exclusão, no texto, do artigo 26,¹⁰⁴ e tampouco são feitas distinções entre as normas que permitem a apresentação de petições ou comunicações à CIDH: “petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte” (art. 44); a petição deve, para ser admissível, estabelecer “fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção” (art. 47, “b”); o artigo 47.1 refere-se a “uma petição ou comunicação na qual se alegue violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção”.

Como já assinalado, uma primeira dificuldade interpretativa levantada pelo artigo 26 consiste em que, em vez de identificar explicitamente os direitos a que se refere, faz referência às normas econômicas, sociais, educacionais, culturais e científicas da OEA.¹⁰⁵ O esclarecimento do alcance da referência feita no artigo 26 exige duas etapas hermenêuticas. A primeira é determinar quais são as “normas econômicas, sociais e de educação, ciência e cultura, contidas na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires”. A segunda, uma vez identificadas essas normas, é determinar quais são os “direitos que derivam” dessas normas. A distinção é importante, porque o texto do artigo 26 sugere que na Carta da OEA existem normas alteradas pelo Protocolo de Buenos Aires que, sem consagrar diretamente os direitos, podem constituir a fonte dos direitos, na medida em que derivam daqueles.

Como veremos, essa dupla operação é necessária na grande maioria dos casos, uma vez que o objetivo fundamental da Carta da OEA não era consagrar diretamente os direitos das pessoas, mas criar a organização e estabelecer suas metas, impondo obrigações aos Estados.¹⁰⁶ Nesse sentido, pode-se dizer que, apesar da concisão de seu texto, é o artigo 26 da CADH que atribui o caráter de Direitos Humanos a parte das referências normativas da Carta da OEA no assunto – escrita em termos de princípios,

agravos mas inadmissível em relação com o artigo 26). CIDH. Relatório nº 78/14, *Caso Alejandro Ponce Martínez vs. Ecuador*, Admissibilidade, Petição, Caso 708-05, 15 de agosto de 2014, par. 3 e 43 (declarando admissíveis outros agravos mas inadmissível em relação com o artigo 26). CIDH. Relatório nº 19/15, *Caso Magistrados não ratificados pelo CNM*, Admissibilidade, Petição, Caso 320-03 e outros, 24 de março de 2015, par. 4 e 52 (declarando admissíveis outros agravos mas inadmissível em relação com o artigo 26).

103 O título do capítulo III da Parte I, na qual se situa o artigo 26, é “Direitos econômicos, sociais e culturais”. Não encontramos no texto da CADH nenhuma evidência literal que permita afirmar, como o faz o juiz Pérez Pérez, em seu voto concorrente no caso *Gonzales Lhuy*, e o juiz Vio Grossi na sua dissidência parcial em *Lagos del Campo*, que a CADH reconhece os direitos do capítulo II, mas não reconhece os do capítulo III.

104 Ver, nesse sentido, Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru*. EPMRC. 2009, par. 16: “o Tribunal afirmou anteriormente que os termos amplos em que está redigida a Convenção indicam que a Corte exerce uma jurisdição plena sobre todos seus artigos e disposições”. Ver também parágrafo 97: “97. A Corte considera pertinente reiterar o indicado no capítulo III da presente Sentença, no sentido de que o Tribunal é plenamente competente para analisar violações de todos os direitos reconhecidos na Convenção Americana”. O argumento é reiterado na Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPMRC. 2017, par. 142.

105 Nesse sentido, ver Rossi, J. e Abramovich, V. “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en o artigo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, em Martín, C. *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, Fontamara-Universidad Iberoamericana, México 2004, pp. 457-480.

106 Ver, nesse sentido, a posição de Cançado Trindade, a qual, no entanto, não avança na derivação dos direitos das normas da Carta da OEA, como dispõe o artigo 26 da CADH. Cfr. Cançado Trindade A. “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plan internacional”, em *Presente y futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*. IIDH, San José, 1998, p. 186.

objetivos e medidas de política pública que os Estados membros da organização se comprometam a adotar.

3.1.1. Passo 1: Identificação da normativa

Em relação ao primeiro passo, a Carta da OEA oferece pelo menos dois níveis de normas de conteúdo econômico, social e sobre educação, ciência e cultura. O primeiro, mais geral, refere-se à natureza e aos objetivos da organização (capítulo I) e aos princípios reafirmados por seus membros (capítulo II). Já neste nível, é possível encontrar objetivos de políticas públicas que permitam às pessoas obter direitos a partir deles. O segundo nível, muito mais detalhado, é constituído por aquelas normas unificadas pelo Protocolo de Cartagena das Índias, sob o título “Desenvolvimento Integral” (capítulo VII da Carta, artigos 30 a 52). Estabelece, nele, com mais detalhes, princípios e objetivos da política pública em questões econômicas, sociais, educacionais, científicas e culturais. Na estrutura orgânica da OEA, alguns desses objetivos se repetem ao atribuir funções ao Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral (capítulo XIII da Carta).

O vínculo entre esse primeiro passo – a identificação das normas econômicas, sociais, educacionais, científicas e culturais da Carta da OEA – e o segundo passo hermenêutico – a derivação de direitos dessas normas – exige a “tradução” de princípios ou objetivos de política pública de direitos.

Esse problema não surge nos poucos casos em que as normas da Carta da OEA reconhecem diretamente direitos. De qualquer forma, em textos internacionais sobre direitos econômicos, sociais e culturais, como o PIDESC ou o Protocolo de San Salvador, não é incomum identificar alguns objetivos e metas (e algumas vezes medidas concretas) de políticas públicas vinculadas a direitos específicos. Assim, por exemplo, o artigo 12.2 do PIDESC e o artigo 10.2 do Protocolo de San Salvador detalham medidas e objetivos de políticas públicas que os Estados devem cumprir em questões de saúde, como correlação necessária do reconhecimento do direito à saúde; os artigos 13.2 do PIDESC e 13.2 e 13.3 do Protocolo de San Salvador fazem o mesmo com relação à educação.

A existência de uma relação semelhante em outros instrumentos de Direitos Humanos, entre direitos e objetivos (e medidas) de política pública facilita a “derivação” de direitos a partir desses objetivos e medidas de política pública, ao passo em que eles oferecem o contexto hermenêutico adequado para “revelar” os direitos “ocultos” por trás das normas da Carta da OEA.

De qualquer forma, a falta de individualização concreta de direitos por parte do artigo 26 e de que a maioria das normas da Carta da OEA, acrescentada ao conteúdo do artigo estudado, que exige que o intérprete obtenha direitos das normas econômicas, sociais, educacionais, científicas e culturais da Carta, impõe o uso de textos auxiliares para identificar direitos quando apareçam objetivos ou medidas de políticas públicas que sejam índices daqueles. São textos relevantes para identificar medidas ou objetivos de política pública análogos – e, a partir deles, “revelar” direitos relevantes – a outros instrumentos internacionais de Direitos Humanos relacionados a direitos econômicos, sociais e culturais. É necessário enfatizar que o mandato de “derivação” não decorre do capricho do intérprete, mas dos próprios termos do artigo 26 da CADH, de modo que o recurso a outras normas de direitos econômicos, sociais e culturais parece um método razoável para cumprir esse mandato.

Essa linha de argumentação é complementada pelos critérios da Corte IDH, expressos no parecer consultivo sobre a *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no âmbito do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, usado explicitamente no caso *Lagos del Campo*.¹⁰⁷ De acordo com esse parecer consultivo, para identificar os Direitos Humanos mencionados na Carta da OEA, é necessário ir à DADDH.¹⁰⁸

107 Melish, T. “Protecting Economic, Social and Cultural Rights”, *op. cit.*, p. 338.

108 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPMRC. 2017, par. 143. Mesmo assim, no Parecer Consultivo sobre a interpretação da *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no âmbito do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, a Corte IDH declara o seguinte: “pode-se considerar que, por meio de interpretação autorizada, os Estados Membros entenderam que a Declaração contém e define os Direitos Humanos essenciais a

Embora a consideração da Corte IDH seja de natureza geral, se for aplicada, particularmente aos padrões econômicos, sociais, culturais, educacionais e científicos da Carta da OEA, encontrou-se, pelo menos, um dos instrumentos relevantes para o identificação dos direitos econômicos, sociais e culturais referidos no artigo 26 da CADH: a DADDH. No entanto, a Declaração é apenas um, mas não o único instrumento relevante para identificar (“derivar”) esses direitos da Carta da OEA. Como já dissemos, outros instrumentos internacionais podem ser importantes para indicar a derivação de um direito de uma medida ou objetivo de política pública incluída em uma norma econômica, social, cultural, educacional ou científica da Carta da OEA. São particularmente importantes, nesse sentido, o PIDESC, o Protocolo de San Salvador e até outros tratados como a Convenção dos Direitos da Criança, a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e as Convenções da OIT.¹⁰⁹

3.1.2. Passo 2: Identificação dos direitos derivados da normativa

O segundo passo é identificar os direitos derivados das normas relevantes da Carta da OEA. Em um trabalho mais extenso, no qual aplicamos técnicas de inferência explicadas acima, propusemos uma lista de direitos que podem ser derivados das normas econômicas, sociais, culturais, educacionais e científicas da Carta da OEA, fundamentando detalhadamente cada derivação. Por razões de espaço, limitamo-nos, aqui, a sugerir essa lista, com referência às normas pertinentes da Carta da OEA.¹¹⁰ Os direitos que podem derivar das normas mencionadas na Carta da OEA são, em nossa opinião, os seguintes:

que a Carta se refere, de modo que a Carta da Organização no campo dos Direitos Humanos não pode ser interpretada e aplicada sem integrar as normas pertinentes à mesma às disposições correspondentes da Declaração, como resultado da prática seguida pelos órgãos da OEA. [...] Para os Estados Membros da Organização, a Declaração é o texto que determina quais são os Direitos Humanos a que a Carta se refere. Por outro lado, os artigos 1.2.b) e 20 do Estatuto da Comissão também definem sua competência em relação aos Direitos Humanos estabelecidos na Declaração. Em outras palavras, para esses Estados, a Declaração Americana constitui, no que é pertinente e em relação à Carta da Organização, uma fonte de obrigações internacionais”. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-10/89, *op. cit.*, par. 43 e 45.

109 A CIDH empregou a DADDH e o Protocolo de San Salvador para identificar os direitos tutelados pelo artigo 26, *ver*, por exemplo, CIDH. Relatório nº 100/01, *Caso Milton García Fajardo e outros vs. Nicaragua*, Caso 11.381, 11 de outubro de 2001, par. 96-98.

110 *Ver* Courtis, C. “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través do artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, em Courtis, C. y Rodríguez Huerta, G. (comps.) *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*. Porrúa-ITAM, México, 2005, pp.10-29. *Ver también* Melish, T. “The Inter-American Commission on Human Rights. Defending Social Rights Through Case-Based Petitions”, e Melish, T. “The Inter-American Court of Human Rights. Beyond Progressivity”, ambos artigos em: Langford, M. (ed.) *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge University Press, New York, 2008, pp. 343-344 e 375, respectivamente.

O direito à educação,¹¹¹ o direito ao trabalho e os direitos trabalhistas individuais e coletivos,¹¹² o direito à seguridade social,¹¹³ o direito à moradia,¹¹⁴ o direito à alimentação,¹¹⁵ o direito à saúde,¹¹⁶ os

-
- 111 Ver o artigo 49 da Carta da OEA, o qual dispõe o seguinte: “Os Estados membros empreenderão os maiores esforços para assegurar, de acordo com suas normas constitucionais, o exercício efetivo do direito à educação.”. Complementarmente, várias outras normas da Carta estabelecem medidas e objetivos de política pública das quais se pode derivar claramente o direito. Assim, por exemplo, o artigo 34 “h” fixa como meta a “Rápida erradicação do analfabetismo e ampliação, para todos, das oportunidades no campo da educação”; o artigo 50 reitera o compromisso dos Estados com a erradicação do analfabetismo e com o fortalecimento dos sistemas de educação para adultos e de habilitação para o trabalho; o artigo 47 estabelece que os Estados membros “darão primordial importância, dentro dos seus planos de desenvolvimento, ao estímulo da educação, da ciência, da tecnologia e da cultura, orientadas no sentido do melhoramento integral da pessoa humana e como fundamento da democracia, da justiça social e do progresso.”; o artigo 48 inclui entre os objetivos da cooperação entre Estados a satisfação de “suas necessidades no tocante à educação.”. Mais genericamente, entre os princípios da Organização, destaca-se que “a educação dos Povos deve orientar-se à justiça, à liberdade e à paz”.
- 112 Ver o artigo 45 da Carta da OEA que dedica vários incisos às condições que deve reunir uma “ordem social justa”. Entre eles, reconhece o trabalho como um “direito e um dever social” e estabelece que sua prestação deve incluir “salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar” (inciso b). O inciso c) estabelece que: “Os empregadores e os trabalhadores, tanto rurais como urbanos, têm o direito de se associarem livremente para a defesa e promoção de seus interesses, inclusive o direito de negociação coletiva e o de greve por parte dos trabalhadores, o reconhecimento da personalidade jurídica das associações e a proteção de sua liberdade e independência, tudo de acordo com a respectiva legislação”. O inciso d), por sua vez, requer “justos e eficientes de consulta e colaboração entre os setores da produção, levada em conta a proteção dos interesses de toda a sociedade;”. De forma mais genérica, o artigo 34 g) inclui entre as metas para atingir um desenvolvimento integral, “Salários justos, oportunidades de emprego e condições de trabalho aceitáveis para todos;”. O artigo 45 g) realça a importância da contribuição dos sindicatos à vida da sociedade e ao processo de desenvolvimento e o artigo 46 prescreve a necessidade de harmonização da legislação social dos Estados membros no campo laboral e da seguridade social, “a fim de que os direitos dos trabalhadores sejam igualmente protegidos.”. A Corte IDH emprega este fundamento para identificar o direito ao trabalho e o direito à estabilidade laboral como direitos protegidos pelo artigo 26. Ver Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPMRC. 2017, par. 143.
- 113 Embora não seja expressamente mencionado como um direito, várias das alusões - explícitas e implícitas - da Carta da OEA permitem derivar seu reconhecimento. O artigo 45 h) inclui, por exemplo, entre as condições necessárias para alcançar uma ordem social justa, o “Desenvolvimento de uma política eficiente de previdência social”. O artigo 46, já referido, prescreve a necessidade de harmonizar a legislação social dos Estados membros, especialmente no domínio do trabalho e da segurança social. De uma maneira mais difusa, entre os princípios da Organização, ou o artigo 3 j), inclui a segurança social como base de uma paz duradoura. O artigo 45 b) alude implicitamente ao direito à seguridade social: inclui nas condições de prestação do trabalho “um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar”. Fica claro que a menção destacada se refere às instituições típicas de previdência social, que garantem a manutenção de uma renda em caso de interrupção do fornecimento de trabalho (velhice, incapacidade ou invalidez, desemprego, maternidade, etc.) e ampliam também para a família do trabalhador. A partir dessas menções, o direito à previdência social pode ser “derivado”. Além disso, deve-se observar que entre os propósitos e metas mais reiterados da Carta da OEA está a erradicação da pobreza crítica e a melhor distribuição de riqueza e renda. Assim, por exemplo, o artigo 2 g) da Carta inclui entre os propósitos da Organização “Erradicar a pobreza crítica, que constitui um obstáculo ao pleno desenvolvimento democrático dos povos do Hemisfério”. O artigo 3 f) assinala entre seus princípios, que “A eliminação da pobreza crítica é parte essencial da promoção e consolidação da democracia representativa e constitui responsabilidade comum e compartilhada dos Estados americanos”. O artigo 34 da Carta inclui entre os objetivos básicos de desenvolvimento integral, “a igualdade de oportunidades, a eliminação da pobreza crítica e a distribuição equitativa da riqueza e da renda”. O inciso b) desse mesmo artigo especifica como meta para lograr o desenvolvimento integral a “Distribuição equitativa da renda nacional”. A partir dessas menções, pode surgir a necessidade de uma ampla consideração do direito à seguridade social, que inclui não apenas regimes contributivos, mas também regimes não contributivos (às vezes chamados de regimes de assistência ou proteção social).
- 114 Ver Carta da OEA, artigo 34 incisos k) e l), que incluem entre as metas necessárias para lograr o desenvolvimento integral as seguintes: “Habitação adequada para todos os setores da população” (inciso k) e “Condições urbanas que proporcionem oportunidades de vida sadia, produtiva e digna” (inciso l).
- 115 Ver Carta da OEA, o artigo 34 inciso j), que inclui entre as metas para lograr o desenvolvimento integral a “Alimentação adequada, especialmente por meio da aceleração dos esforços nacionais no sentido de aumentar a produção e disponibilidade de alimentos”.
- 116 Ver Carta da OEA, o artigo 34 inciso i), que inclui entre as metas para lograr o desenvolvimento integral a “Defesa do
-

direitos culturais¹¹⁷ e direitos dos consumidores e usuários.¹¹⁸

Como indicamos anteriormente, a jurisprudência dos órgãos do SIDH identificou, até o momento, como direitos econômicos, sociais e culturais derivados das normas da Carta da OEA, o direito à segurança social,¹¹⁹ o direito à saúde¹²⁰ e os direitos relacionados ao trabalho.¹²¹

Uma observação importante ainda precisa ser feita. A identificação de um direito por inferência não esgota necessariamente o problema de determinar o conteúdo desse direito. Em alguns casos, os objetivos e as medidas de política pública estabelecidos pela Carta da OEA podem determinar algumas diretrizes para a atribuição de conteúdo ao direito, embora não completamente. Na maioria dos casos, no entanto, as referências à Carta da OEA dificilmente serão suficientes para identificar um direito pelo nome – por exemplo, o direito à previdência social, moradia ou saúde. Para a determinação do conteúdo – ou seja, o complexo de obrigações que decorrem do reconhecimento – dos direitos identificados por meio de inferência, a base textual oferecida indiretamente pela Carta da OEA é, na maioria dos casos, insuficiente, e será necessário, como na operação de identificação correta, ir a outras fontes. Para isso, serão relevantes não apenas outros instrumentos internacionais de direitos econômicos, sociais e culturais, mas principalmente a interpretação que os órgãos supervisores pertinentes desses instrumentos fizeram deles. Entre os documentos que podem servir de guia interpretativo, destacam-se a DADDH, o Protocolo de San Salvador, o PIDESC, as convenções relevantes da OIT e as Observações Gerais elaboradas pelo Comitê DESCONU.¹²²

potencial humano mediante extensão e aplicação dos modernos conhecimentos da ciência médica”.

117 Ver Carta da OEA, artigo 50, que prevê que os Estados “assegurarão a toda a população o gozo dos bens da cultura”; artigo 30, que inclui entre os campos abarcados pelo desenvolvimento integral e cultural; artigo 31, que assinala que entre os campos da cooperação interamericana para o desenvolvimento integral deve compreender o cultural; artigo 47, que defende que os Estados membros “darão primordial importância, dentro dos seus planos de desenvolvimento, ao estímulo da educação, da ciência, da tecnologia e da cultura, orientadas no sentido do melhoramento integral da pessoa humana e como fundamento da democracia, da justiça social e do progresso”; artigo 48, que dispõe, com relação aos Estados membros: “Considerar-se-ão individual e solidariamente comprometidos a preservar e enriquecer o patrimônio cultural dos povos americanos”, e artigo 52, que estabelece que os Estados membros “convêm em promover o intercâmbio cultural como meio eficaz para consolidar a compreensão interamericana e reconhecem que os programas de integração regional devem ser fortalecidos mediante estreita vinculação nos setores da educação, da ciência e da cultura”.

118 Embora os direitos do consumidor não façam parte do catálogo usual do Direito Internacional dos Direitos Humanos, esses direitos estão intimamente relacionados aos direitos econômicos e sociais reconhecidos, como o direito a um padrão de vida adequado, o direito à saúde, o direito à saúde e o direito à saúde, comida, o direito à água ou o direito à moradia. Duas referências à Carta da OEA são relevantes a esse respeito. Em primeiro lugar, o artigo 34, alínea f) da Carta da OEA indica entre as metas básicas para alcançar o desenvolvimento integral, a “estabilidade do nível dos preços internos, em harmonia com o desenvolvimento econômico sustentado e com a consecução da justiça social”. Mais explícito ainda é o artigo 39 inciso b.i), que, entre as metas para lograr a continuidade do desenvolvimento econômico e social, inclui “Melhores condições para o comércio de produtos básicos por meio de convênios internacionais, quando forem adequados; de processos ordenados de comercialização que evitem a perturbação dos mercados; e de outras medidas destinadas a promover a expansão de mercados e a obter receitas seguras para os produtores, fornecimentos adequados e seguros para os consumidores, e preços estáveis que sejam ao mesmo tempo recompensadores para os produtores e equitativos para os consumidores”.

119 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendia e outros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru*. EPMRC. 2009, par. 106. CIDH. Relatório nº 38/09, *Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social e outros vs. Peru*, Admissibilidade e Mérito, Caso 12.670, 27 de março de 2009, par. 130.

120 CIDH. Relatório nº 25/04, *Caso Ana Victoria Villalobos e outros vs. Costa Rica*, Admissibilidade, Petição, Caso 12.361, 11 de março de 2004, par. 52 e 70. CIDH. Relatório nº 27/09, *Caso Jorge Odir Miranda Cortez e outros vs. El Salvador*, Mérito, Caso 12.249, 20 de março de 2009, par. 77 e 79.

121 CIDH. Relatório nº 100/01, *Caso Milton Fajardo e outros vs. Nicarágua*, Caso 11.381, 11 de outubro de 2001, par. 95. CIDH. Relatório nº 121/09, *Caso Opario Lemote Morris e outros (Buzos Miskitos) vs. Honduras*, Admissibilidade, Petição, Caso 1186-04, 12 de novembro de 2009, par. 50.

122 Este é precisamente o trabalho interpretativo que a Corte IDH realiza para determinar o alcance do direito ao trabalho e à estabilidade no emprego, citando a DADDH, os tratados internacionais universais e regionais sobre direitos sociais, as normas da OIT e o trabalho do Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 18, *op. cit.* Ver Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPMRC. 2017, par. 144-145, 147-148.

3.2. A aplicação das obrigações genéricas da CADH ao artigo 26

Uma questão levantada pelo artigo 26 da CADH é se as obrigações estatais estabelecidas genericamente nos artigos 1 e 2 da CADH são aplicáveis a ele. Uma leitura harmônica da CADH leva a uma resposta afirmativa: os artigos 1 e 2 encabeçam o Pacto de São José, sem motivo para distinguir sua aplicabilidade ao capítulo II (direitos civis e políticos) e ao capítulo III (direitos econômicos, sociais e culturais). O texto do artigo 1 é muito claro a esse respeito: os Estados Partes comprometem-se a respeitar “os direitos e liberdades nele reconhecidos”.¹²³ A própria CADH inclui entre os direitos consagrados os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, e o artigo 26 também se refere aos «direitos derivados das normas econômicas, sociais e educacionais, científicas e culturais contidas na Carta da OEA». Da mesma forma, a Corte IDH chegou à mesma conclusão.¹²⁴

Em caso de dúvida, seria adequado interpretar os artigos 1 e 2 à luz do princípio *pro persona*, refletido no artigo 29 da CADH. A alínea “d” proíbe a interpretação da CADH no sentido de “excluir ou limitar o efeito que possam produzir a DADDH e outros atos internacionais da mesma natureza”. Como vimos, a DADDH inclui direitos econômicos, sociais e culturais, e a Corte IDH prescreve seu uso para identificar os Direitos Humanos incluídos na Carta da OEA, de modo que, excluir a aplicação dos artigos 1 e 2 ao artigo 26 da CADH significaria adotar uma interpretação que exclua ou limite o efeito da DADDH, frustrando o mandato expresso do artigo 29, alínea “d”.

Pois bem, quais são as consequências legais da aplicabilidade dos artigos 1 e 2 da CADH aos direitos econômicos, sociais e culturais que surgem do artigo 26? Primeiro, é importante analisar a aplicabilidade das obrigações de respeitar e garantir os direitos econômicos, sociais e culturais que já identificamos. Para entender completamente o escopo dessas obrigações em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, o Comentário Geral nº 3 do Comitê DESCONU¹²⁵ e os chamados Princípios de Limburgo, relativos à aplicabilidade do PIDESC,¹²⁶ e das Diretrizes de Maastricht, sobre violações de direitos econômicos, sociais e culturais, são particularmente relevantes.¹²⁷ As conclusões da Corte IDH que desenvolvem as obrigações de respeito e garantia estabelecidas no artigo 1.1 da CADH são igualmente aplicáveis.¹²⁸

Segundo, é importante analisar a aplicabilidade do princípio da não discriminação a esses direitos.¹²⁹ Para esclarecer a aplicação do princípio de não discriminação aos direitos econômicos, sociais e culturais, é importante rever o Comentário Geral nº 20 do Comitê DESCONU.¹³⁰ Todas as conclusões

123 Cfr: Abramovich, V. “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos humanos”, em *Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*. IIDH, San José, 1998, pp. 159, 165 e 167. Melish, T. “Protecting Economic, Social and Cultural Rights”, *op. cit.*, p. 345.

124 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru*. EPMRC. 2009, par. 100.

125 Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 3, *op. cit.*

126 *Princípios de Limburgo relativos a la aplicabilidad del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adotados como resultado de uma reunião de expertos realizada em Maastricht, de 2 a 6 de junho de 1986, e adotados pela ONU. UN Doc E/CN.4/1987/17.

127 *Diretrizes de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales*, adotados como resultado de uma reunião de especialistas realizada em Maastricht entre 22 e 26 de janeiro de 1997.

128 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 165. Corte IDH. *Caso Fairén Garbí e Solís Corrales vs. Honduras*. M. 1989, par. 161. Corte IDH. *Caso Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia*. EP. 1994, par. 55-56. Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. M. 2000, par. 210. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPMRC. 2003, par. 142. Como mencionamos, a Corte IDH ressalta isso ao analisar as obrigações de proteção do Estado em relação ao direito ao trabalho, porém a análise que realiza não está completa. Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. EPMRC. 2017, par. 147.

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

130 Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 20. *Não discriminação e direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 2,*

da Corte IDH sobre o alcance da proibição de discriminação contida no artigo 1.1 da CADH também se aplicam.¹³¹ Em terceiro lugar, é importante analisar a obrigação dos Estados de adotar medidas legislativas e de outro caráter para efetivar os direitos econômicos, sociais e culturais decorrentes do artigo 26, se estes ainda não estivessem garantidos por disposições legislativas e de outro caráter.

Isso significa que a omissão de adotar medidas que garantam direitos econômicos, sociais e culturais é, por si só, uma violação da CADH, embora, como veremos, essa obrigação deva ser modulada de acordo com o conteúdo do artigo 26, que constitui, em relação ao artigo 2, um caso de *lex specialis*. Voltaremos a esse ponto ao analisar o escopo das obrigações estabelecidas diretamente pelo artigo 26 na seção a seguir. De qualquer forma, é importante sublinhar antecipadamente a necessidade de ler esta obrigação relativa aos direitos econômicos, sociais e culturais à luz do Comentário Geral nº 3 do Comitê DESCONU, dos Princípios de Limburgo e das Diretrizes de Maastricht. Da mesma forma, a jurisprudência da Corte IDH sobre o conteúdo da obrigação estabelecida no artigo 2 da CADH se aplica ao artigo 26.¹³²

No mesmo sentido, as obrigações decorrentes das regras contidas nos Capítulos IV e V da CADH, que contêm, respectivamente, regras sobre suspensão de garantias, interpretação e aplicação das disposições do tratado e a correlação entre deveres e direitos.

3.3. O alcance das obrigações estabelecidas no artigo 26 da CADH

A questão do conteúdo das obrigações impostas pelo artigo 26 sobre direitos econômicos, sociais e culturais é relativamente mais simples. Isso se deve à fonte da própria disposição, obviamente, ao artigo 2.1 do PIDESC. Basta transcrever esta última norma para observar as notáveis semelhanças de estrutura e linguagem:

Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Se a expressão do artigo 26 da CADH estiver incluída nesta disposição “que deriva das normas econômicas, sociais e de educação, ciência e cultura, contidas na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires” – cujo escopo já analisamos –, o restante é quase idêntico. A única diferença importante é que, enquanto o PIDESC se refere ao “máximo de recursos disponíveis”, o artigo 26 da CADH apenas se refere a “na medida dos recursos disponíveis”.

Dada a coincidência substantiva entre as duas normas, é importante reiterar que para analisar o conteúdo das obrigações estabelecidas no artigo 2.1 do PIDESC e, portanto, para desvendar o conteúdo das obrigações impostas aos Estados Partes pelo artigo 26 da CADH, é necessário fazer referência ao Comentário Geral nº 3 do Comitê DESCONU, referente à natureza das obrigações dos Estados Partes

parágrafo 2 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), E/C.12/GC/20, 2 de julho de 2009.

131 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*. 1984, par. 53 (sobre o art. 1.1.), par. 54 (sobre o art. 24), par. 53-60 (sobre a não discriminação). Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002, par. 43-55. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003, par. 82-110.

132 *Ver*, por exemplo, Corte IDH. Parecer Consultivo OC-14/94. *Responsabilidade internacional por expedição e aplicação de leis violadoras da Convenção*. 1994, par. 36. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Equador*. M. 1997, par. 97. Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998, par. 68. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 207. Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. M. 2000, par. 136-137. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. M. 2000, par. 176 e 178. Corte IDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. FRC. 2001, par. 85 e 87.

do Pacto, nas quais cada um dos componentes da fórmula do artigo 2.¹³³ é analisado em detalhes, assim como os princípios de Limburgo e as diretrizes de Maastricht, mencionados anteriormente.

Cabe destacar aqui uma particularidade da CADH: uma vez que a fonte do artigo 26 é o artigo 2.1 do PIDESC, que nesse Pacto – dedicado apenas aos direitos econômicos, sociais e culturais – serve como cláusula geral, é inevitável uma certa redundância com o artigo 2 da CADH, na medida em que funciona, na sistemática do tratado interamericano, também como uma cláusula geral. Essa redundância é verificada em duas partes do artigo 26:¹³⁴ na obrigação de adotar medidas, que o referido artigo chama de “adoção de providências”, e na especificação de que os meios devem ser “apropriados” e inclui medidas legislativas ou outros. A redação de ambas as disposições dificilmente difere: o Artigo 2 estabelece que os Estados Partes “comprometem-se a adotar [...] as medidas legislativas ou outras necessárias para efetivar tais direitos e liberdades”, enquanto o Artigo 26 estabelece que os Estados Partes “comprometem-se a adotar providências [...] para assegurar [...] o pleno exercício dos direitos [...] através de legislação ou outros meios apropriados”. Este ponto é importante, pois torna plenamente aplicável, pelo menos nesses segmentos, a interpretação elaborada pela Corte IDH em relação ao artigo 2 da CADH.

Além dos segmentos redundantes, é importante analisar os elementos suplementares que o artigo 26 inclui. À medida em que avançamos, ao analisar a aplicabilidade do artigo 2 da CADH aos direitos decorrentes do artigo 26, a regra completa deste último pode ser entendida como um caso de *lex specialis* em relação à cláusula geral do artigo 2: a obrigação de adotar medidas apropriadas, inclusive legislativas, para alcançar a plena eficácia dos direitos, é modulada pelos componentes específicos do artigo 26 quando se trata de direitos econômicos, sociais e culturais derivados da Carta da OEA.

De qualquer forma, para contextualizar a obrigação de adotar medidas apropriadas, incluindo legislação, no caso de direitos econômicos, sociais e culturais, vale a pena referir-se ao desenvolvimento feito a esse respeito pelo Comitê DESCONU em seu Comentário Geral n° 3.¹³⁵

A outra consiste no compromisso assumido nos termos do artigo 2, parágrafo 1, de “adotar medidas”, compromisso que por si só não é condicionado ou limitado por qualquer outra consideração. O significado completo da frase também pode ser medido observando algumas das versões fornecidas nos diferentes idiomas. Em inglês, o compromisso é “*to take steps*”, em francês, “*s’engage à agir*” e, em espanhol, “*adoptar medidas*”. Assim, embora a plena realização dos direitos relevantes possa ser alcançada gradualmente, as medidas para tanto devem ser tomadas dentro de um prazo razoavelmente curto após a entrada em vigor do Pacto para os Estados interessados. Tais medidas devem ser deliberadas, concretas e orientadas o mais claramente possível para o cumprimento das obrigações reconhecidas no Pacto.¹³⁶

Os parágrafos 3 a 7 do Comentário Geral n° 3 desenvolvem a noção de “meio apropriado” e a inclusão dentro desses meios de medidas legislativas. Os pontos mais relevantes são os seguintes:

- preferência por medidas legislativas (“em muitos casos, as medidas legislativas são altamente desejáveis e, em alguns casos, podem até ser indispensáveis”, parágrafo 3).
- o fato de que a adoção de medidas legislativas não esgota o conteúdo das obrigações do Convênio (parágrafo 4).

133 Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 3, *op. cit. Ver*, em geral, Sepúlveda, M. *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Intersentia, Amberes, 2003, pp. 354-358.

134 Usamos o termo em estrito sentido lógico, ou seja, no sentido de repetição da informação estabelecida, contida em outra proposição do mesmo corpo normativo. *Ver*, por exemplo, Ross, A. *Sobre el derecho y la justicia*. 5ª ed. EUDEBA, Buenos Aires, 1994, p. 128. Com isso, não pretendemos afirmar que a redação do artigo. 26 seja, neste ponto, desafortunada ou inconveniente.

135 Para uma análise mais detalhada destas obrigações, *ver* Sepúlveda, M., *op. cit.*, pp. 311-378. Melish, T. “Protecting Economic, Social and Cultural Rights”, *op. cit.*, pp. 155-190. Abramovich, V.; Courtis, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Trotta, Madri, 2004, capítulo II.

136 Comitê DESCONU. Comentário Geral n.º 3, *op. cit.*, par. 2.

- a necessidade de os Estados justificarem por que consideram as medidas adotadas apropriadas (parágrafo 4).
- a inclusão, nas medidas apropriadas para tornar plenamente efetivos os direitos do Pacto, da provisão de recursos judiciais para os direitos considerados justiciáveis (parágrafos 5 e 6).
- a inclusão, entre as “medidas apropriadas”, das medidas de “caráter administrativo, financeiro, educacional e social” (parágrafo 7) e a provisão de recursos judiciais (parágrafo 5).¹³⁷

Vejam agora os componentes do artigo 26 da CADH (e do artigo 2.1 do PIDESC) que estabelecem a obrigação de adotar medidas apropriadas. Existem três fatores determinantes, que analisaremos abaixo:

- a progressividade da plena eficácia dos direitos;
- a limitação das medidas a adotar aos recursos disponíveis;
- a obrigação de recorrer a assistência e cooperação internacionais, especialmente econômica e técnica.

3.3.1. Princípio de progressividade

Embora, à primeira vista, a noção de progressividade pareça dar aos Estados Partes uma ampla margem de apreciação, esse não foi o significado que lhe foi atribuído pelo Comitê DESCONU.

Certamente, a noção de progressividade está ligada à ideia de gradualismo, uma vez que tanto o artigo 26 da CADH quanto o artigo 2.1 do PIDESC reconhecem que a total eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais não pode ser alcançada imediatamente, mas exige a adoção de medidas graduais, em alguns casos temporariamente escalonadas, e a administração de recursos escassos, o que implica a necessidade de escolher entre objetivos.

No entanto, o Comitê DESCONU interpretou o alcance desta obrigação de duas maneiras. Primeiro, o condicionamento da progressividade não se aplica a todas as obrigações decorrentes do PIDESC. Isso significa que existem algumas obrigações de cumprimento imediato, não beneficiadas pela deferência temporária oferecida pela ideia de progressividade.¹³⁸ Essas obrigações de cumprimento imediato são a obrigação de adotar medidas, a proibição de discriminação e a garantia dos níveis essenciais de cada um.¹³⁹ Entre as medidas a serem adotadas imediatamente estão a adaptação da marco jurídico às disposições do Pacto, a coleta de informações, a vigilância efetiva e a formulação de um plano e a provisão de recursos efetivos, incluindo os judiciais. Para garantir níveis essenciais de cada direito, basta dizer que o Comitê DESCONU articulou uma definição desses níveis essenciais nos Comentários Gerais referentes aos direitos à moradia, alimentação, educação, saúde, água, trabalho e previdência social.

O Comitê DESCONU também abordou diretamente a tarefa de dar conteúdo à noção de progressividade. Vejamos o que diz sobre isso:

9. A principal obrigação de resultado refletida no artigo 2.º, n.º 1 é tomar medidas “de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos” no Pacto. O termo “realização progressiva” é muitas vezes usado para descrever a intenção dessa expressão. O conceito de efetividade progressiva constitui um reconhecimento do fato de que a plena realização de direitos econômicos, sociais e culturais não é possível de ser alcançada num curto espaço de tempo. Nesse sentido, a obrigação difere significativamente daquela contida no artigo 2.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que inclui uma obrigação imediata de respeitar e assegurar todos os direitos relevantes. Contudo, o fato de a realização ao longo do tempo ou, em outras palavras, progressivamente, estar prevista no Pacto, não deve ser interpretada equivocadamente como se excluísse as obrigações de todo seu conteúdo significativo.

137 Nesse sentido, ver Princípios de Limburgo, *op. cit.*, princípios 16-20. Diretrizes de Maastricht, *op. cit.*, diretriz 8.

138 Ver Princípios de Limburgo, *op. cit.*, princípios 8 e 22. Diretrizes de Maastricht, *op. cit.*, diretriz 8.

139 Ver Princípios de Limburgo, *op. cit.*, princípios 22, 25, e 35-45. Diretrizes de Maastricht, *op. cit.*, diretrizes 9, 10, 11, 12 e 15.

Por um lado, a frase demonstra a necessidade de flexibilidade, refletindo as situações concretas do mundo real e as dificuldades para cada país, no sentido de assegurar a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro lado, a expressão deve ser lida à luz do objetivo global, a verdadeira razão de ser do Pacto, que é estabelecer obrigações claras para os Estados Partes no que diz respeito à plena realização dos direitos em questão. Assim, impõe uma obrigação de agir tão rápida e efetivamente quanto possível para alcançar aquele objetivo. Ademais, qualquer medida que signifique retrocesso deliberado deveria exigir a mais cuidadosa apreciação e deve ser plenamente justificada com referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto do aproveitamento pleno do máximo de recursos disponíveis.

Em outras palavras, a noção de progressividade implica a obrigação de avançar o mais rápido e eficientemente possível em direção à plena eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais,¹⁴⁰ e a proibição de adoção de medidas regressivas (a chamada proibição da regressividade). Quanto à obrigação de avançar da maneira mais rápida e eficiente possível para a plena eficácia dos direitos, Hoyos salienta que, servindo de parâmetro, pode dar origem a pelo menos quatro situações:¹⁴¹ 1. de regressão, 2. de estagnação, 3. de progresso insuficiente, 4. progresso suficiente.

Somente a situação de progresso suficiente supõe comportamento de acordo com o PIDESC. No entanto, dadas as dificuldades de medir em juízo o progresso de todas as dimensões de direitos que apresentam facetas complexas (como econômicas, sociais e culturais), para fins de sua justiciabilidade, o desenvolvimento da proibição da regressividade tem sido mais útil, entendida como a proibição de adotar medidas deliberadas que supõem a piora do nível de gozo de um direito.¹⁴²

A vantagem da proibição da regressividade do ponto de vista do controle judicial é que avaliar a redução do conteúdo normativo de um direito produzido por uma medida é mais fácil do que avaliar suas consequências empíricas. Como apontamos, tanto a Corte IDH quanto a CIDH aceitaram a justiciabilidade da proibição da regressividade.¹⁴³

Essa proibição, no entanto, não é absoluta e, embora medidas deliberadamente regressivas constituam uma violação *prima facie* da CADH, cabe ao Estado demonstrar que são justificáveis. Entre os fatores que poderiam justificar um declínio em relação a certos detentores de direitos, está a proteção dos direitos dos grupos mais desfavorecidos.¹⁴⁴

Em sua solicitação à Corte IDH no caso “*Cinco Aposentados*”, a CIDH invocou o parâmetro estabelecido no artigo 5 do Protocolo de San Salvador, segundo o qual a justificação de limitações ou restrições aos direitos incluídos nesse instrumento exige demonstrar “que foram promulgadas com o objetivo de preservar o bem estar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contrariem o propósito e razão dos mesmos”. De acordo com a interpretação da própria CIDH, expressa em seu Relatório de Mérito no caso da *Associação Nacional de ex-Servidores do Instituto Peruano de Seguridad Social*, a limitação poderia ser justificada se pretender proteger grupos sociais em situação

140 Nesse sentido, ver *Principios de Limburgo*, *op. cit.*, princípio 21: “a obrigação de alcançar a conquista progressiva da plena aplicação dos direitos exige que os Estados Partes ajam o mais rápido possível nessa direção. Sob nenhuma circunstância isso deve ser interpretado como um direito dos Estados de adiar indefinidamente os esforços enviados para a plena realização dos direitos”.

141 Hoyos, C. *El derecho humano a la alimentación adecuada: estudio comparativo Canadá-México*. Université de Québec, Québec, 2002, pp. 124 e ss.

142 *Cfr.* Principios de Maastricht, *op. cit.*, princípios 14 a) e e). A esse respeito, ver as contribuições reunidas em: Courtis, C. (comp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Editores del Puerto-CEDAL-CELS, Buenos Aires, 2006.

143 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru*. EPMRC. 2009, par. 103. CIDH. Relatório nº 27/09, *Caso Jorge Odir Miranda Cortez e outros vs. El Salvador*, Mérito, Caso 12.249, 20 de março de 2009, par. 105-106. CIDH. Relatório nº 38/09, *Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social e outras vs. Peru*, Admissibilidade e Mérito, Caso 12.670, 27 de março de 2009, par. 139.

144 CIDH. Relatório nº 38/09, *Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social e otras vs. Peru*, Admissibilidade e Mérito, Caso 12.670, 27 de março de 2009, par. 143 e 144.

pior. Em outras palavras, essa limitação não contradiz a finalidade e a razão de tais direitos.¹⁴⁵ Em seu Relatório de Mérito no caso *Miranda Cortez*, a CIDH evoca *obiter dicta* a formulação do Comitê DESCONU em relação ao ônus da justificação do Estado:

se medidas deliberadamente regressivas são tomadas, cabe ao Estado Parte demonstrar que foram aplicadas após o exame mais exaustivo de todas as alternativas possíveis e que o Estado também tem o ônus de provar que essas medidas são devidamente justificadas com referência a todos os direitos estabelecidos no Pacto em relação ao uso pleno dos máximos recursos disponíveis do Estado Parte.¹⁴⁶

3.3.2. O princípio de limitação das medidas a adotar aos recursos disponíveis

Esse fator determinante supõe, como indicamos anteriormente, alguma diferença na redação entre os dois instrumentos internacionais. Enquanto o PIDESC fala da obrigação do Estado de adotar medidas “até o máximo de seus recursos disponíveis”, o artigo 26 da CADH refere-se à obrigação de adotar medidas “na medida dos recursos disponíveis”. Esta divergência na redação significa alguma diferença substancial entre as duas disposições? A resposta deve ser, ao que parece, negativa. A “medida dos recursos disponíveis” é precisamente o “máximo dos recursos disponíveis”, e não menos. Se fosse menor que o máximo, seria até que ponto o Estado quisesse, a seu critério, dentro dos recursos disponíveis. Essa não parece ser a intenção da regra: o uso de recursos para fins não prioritários parece incompatível com a conquista progressiva da plena eficácia dos direitos decorrentes do artigo 26 da CADH.

Tendo estabelecido a equivalência das duas expressões, vejamos o que o Comitê DESCONU disse sobre a pergunta.¹⁴⁷ No parágrafo 10 do Comentário Geral N° 3, o Comitê observa, em caso de não cumprimento das obrigações essenciais mínimas correspondentes a cada um dos direitos do Pacto, para provar que isso se deve à falta de recursos, o Estado deve demonstrar que realizou todos os esforços para usar todos os recursos à sua disposição. Em relação à falta de recursos, no parágrafo 12, o Comitê DESCONU acrescenta o seguinte:

De igual modo, o Comitê destaca o facto de que, até em tempo de severas limitações

de recursos, causadas seja por um processo de ajustamento, de recessão econômica ou por outros fatores, os membros mais vulneráveis da sociedade podem e devem ser protegidos, através da adoção de programas de relativo baixo custo [...].

Trata-se, é claro, de um dos princípios elementares do direito social, que prescreve uma preferência por grupos que não podem satisfazer suas necessidades básicas, por aqueles que se encontram em situação pior.¹⁴⁸

O Comitê DESCONU também observa no parágrafo 13 do Comentário Geral n° 3, que o a frase “até o máximo dos recursos disponíveis” pretendia, de acordo com os redatores do PIDESC, referir-se tanto aos recursos existentes em um Estado, “quanto aos disponibilizados à Comunidade internacional por meio de cooperação e assistência internacionais”.

O Comitê DESCONU também produziu uma declaração chamada *avaliação da obrigação de adotar medidas “até o máximo dos recursos disponíveis, de acordo com um Protocolo Opcional ao Pacto”*,¹⁴⁹ que se refere especificamente ao tipo de critério que adotaria para considerar comunicações

145 *Ibidem*, par. 142 e 146.

146 CIDH. Relatório n° 27/09, Caso *Jorge Odir Miranda Cortez e outros vs. El Salvador*, Mérito, Caso 12.249, 20 de março de 2009, par. 105. De todos modos, a CIDH não considera aplicável tal padrão aos feitos do caso. A CIDH cita a fórmula do Comitê DESCONU originalmente incluída no Comentário Geral n.º 3, *op. cit.*, par. 9.

147 *Ver Principios de Limburgo, op. cit.*, princípios 25-34. *Directrices de Maastricht, op. cit.*, diretrizes 10 e 13.

148 *Ver Principios de Limburgo, op. cit.*, princípios 14 e 28. *Directrices de Maastricht, op. cit.*, diretrizes 14 d) e g), 20 e 21.

149 *Ver Comitê DESCONU. Declaração sobre a avaliação da obrigação de adotar medidas “até o máximo dos recursos disponíveis, de acordo com um Protocolo Opcional ao Pacto”*, E/C.12/2007/1, 10 de maio de 2007. A Corte IDH in-

ou solicitações nas quais é debatida a questão dos recursos disponíveis em relação à obrigação de adotar medidas, uma vez que o Protocolo Facultativo ao PIDESC entre em vigor.¹⁵⁰

Além de reafirmar alguns conceitos já desenvolvidos no Comentário Geral nº 3, o Comitê DESCONU acrescentou que:

[...] Ao considerar uma comunicação que declara que um Estado Parte não adotou medidas até o máximo de seus recursos disponíveis, [...] examinará as medidas, legislativas ou não, que o Estado Parte efetivamente adotou. Para determinar se essas medidas são ‘adequadas’ ou ‘razoáveis’, o Comitê pode levar em conta, entre outras, as seguintes considerações:

- a) até que ponto as medidas adotadas foram deliberadas, concretas e orientadas para o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais;
- b) se o Estado Parte exerceu seus poderes discricionários de maneira não discriminatória e não arbitrária;
- c) se a decisão do Estado Parte de não alocar os recursos disponíveis estava de acordo com as normas internacionais de Direitos Humanos;
- d) no caso de existir várias opções em relação às normas, se o Estado Parte optou pela opção que menos limitava os direitos reconhecidos no Pacto;
- e) o marco cronológico em que as medidas foram adotadas; e
- f) se as medidas foram adotadas levando em consideração a situação precária das pessoas e os grupos desfavorecidos e marginalizados, se as medidas não foram discriminatórias e se foi dada prioridade a situações graves ou de risco.¹⁵¹

Se o Estado alegar limitações de recursos para explicar a adoção de medidas regressivas, o Comitê DESCONU indicou os seguintes critérios de avaliação, esclarecendo que a análise corresponderá ao contexto de cada Estado:

- a) o nível de desenvolvimento do país;
- b) a gravidade da suposta violação e, principalmente, se a situação se refere ao gozo do conteúdo mínimo essencial do Pacto;
- c) a atual situação econômica do país, em particular o fato de o país passar por um período de recessão econômica;
- d) a existência de outros requisitos sérios que comprometam o uso de recursos limitados do Estado Parte: por exemplo, aqueles derivados de um desastre natural ou conflito armado internacional recente;
- e) se o Estado Parte procurou identificar opções de baixo custo; e
- f) se o Estado Parte tiver buscado cooperação e assistência ou rejeitado ofertas da Comunidade internacional destinadas a implementar as disposições do Pacto sem razão suficiente.¹⁵²

3.3.3. Obrigação de recorrer à assistência e cooperação internacional

O Comitê DESCONU considera que recorrer à assistência e cooperação internacionais é uma obrigação dos Estados. Além de dedicar os parágrafos 13 e 14 do Comentário Geral nº 3 à questão, o Comitê DESCONU produziu o Comentário Geral nº 2, dedicado exclusivamente à questão de medidas internacionais de assistência técnica. Tanto no Comentário Geral nº 3 quanto em observações dedicadas ao desenvolvimento oportuno dos direitos do PIDESC, o Comitê DESCONU sustenta que o Estado,

voca esta declaração no caso Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru*. EPMRC. 2009, par. 108, nota de rodapé 88.

150 Este instrumento entrou em vigor el 5 de maio de 2013, e está depositado com o Secretário-Geral da ONU, com o número de registro: C.N.869.2009.TREATIES-34. Para maior informação, consultar o seguinte link: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&clang=_en (Data de último acesso: 2017/11/25).

151 DESCONU. *Declaração sobre a avaliação da obrigação de adotar medidas “até o máximo dos recursos disponíveis, de acordo com um Protocolo Opcional ao Pacto”*, op. cit., par. 8.

152 Comitê DESCONU. *Declaração sobre a avaliação da obrigação de adotar medidas “ao máximo dos recursos disponíveis, de acordo com um Protocolo Opcional ao Pacto”*, op. cit., par. 10.

em caso de falta de recursos, é responsável por demonstrar que se esforçou para recorrer à cooperação internacional e que, mesmo assim, não conseguiu obter os recursos necessários.¹⁵³

153 Ver *Principios de Limburgo*, *op. cit.*, princípios 29-34.

CAPÍTULO IV- SUSPENSÃO DE GARANTIAS, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

Artigo 27. Suspensão de garantias

1. **Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrarem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.**
2. **A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.**
3. **Todo Estado Parte que fizer uso do direito de suspensão deverá informar imediatamente os outros Estados Partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, das disposições cuja aplicação haja suspenso, dos motivos determinantes da suspensão e da data em que haja dado por terminada tal suspensão.**

Bibliografia

Corte IDH de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Mérito. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C n.º 33. Doravante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. M. 1997.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C n.º 52. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. MRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. Mérito. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C n.º 68. Doravante: Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. M. 2000.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C n.º 69. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. M. 2000.

Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C n.º 166. Doravante: Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador*. MRC. 2007.

Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2013. Série C n.º 275. Doravante: Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de novembro de 2014. Série C n.º 287. Doravante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Espinoza González vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C n.º 289. Doravante: Corte IDH. *Caso Espinoza González vs. Peru*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de outubro de 2015. Série C n.º 301. Doravante: Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Pareceres Consultivos

Corte IDH. *Restrições à pena de morte (Arts. 4.2 e 4.4 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A n.º 3. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-3/83. *Restrições à pena de morte*. 1983.

Corte IDH. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A n.º 6. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1986.

Corte IDH. *O habeas corpus sob suspensão de garantias (Arts. 27.2, 25.1 e 7.6 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-8/87 de 30 de janeiro de 1987. Série A n.º 8. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87. *O habeas corpus sob suspensão de garantias*. 1987.

Corte IDH. *Garantias judiciais em estados de emergência (Arts. 27.2, 25 e 8 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A n.º 9. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87. *Garantias judiciais em estados de emergência*. 1987.

Corte IDH. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A n.º 18. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. Relatório Anual 1985-1986.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TEDH. *Lawless vs. Irlanda* (n.º 3), Sentença de 1 de julho de 1961.

Documentos adotados por organizações internacionais

Organização das Nações Unidas

ONU. Comissão DHONU. Subcomissão de Prevenção a Discriminações e Proteção das Minorias. Relatório do relator especial Leandro Despouy sobre a proteção dos Direitos Humanos sob estados de exceção. *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción*. E/CN.4/Sub.2/1997/19, 23 de junho de 1997.

ONU. Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 29. *Estados de emergência (artigo 4)*. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 11, 31 de agosto de 2001.

Referências acadêmicas

RODRÍGUEZ HUERTA, G. *Tratados sobre derechos humanos. El sistema de reservas*. ITAM-Porrúa, México, 2005.

ZOVATTO G. D. *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*. IIDH - Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 1990.

Outras referências não acadêmicas

Declaración de normas humanitarias mínimas aplicables en situaciones de estado de excepción. (Normas de Turku). Aprobada por una reunión de expertos organizada por el Instituto de Derechos Humanos, Universidad Abo Akademi en Turku/Abo (Finlandia) del 30 de noviembre al 2 de diciembre de 1990 y revisada posteriormente en una reunión del Instituto Noruego de Derechos Humanos celebrada en Oslo (Noruega) el 29 y el 30 de septiembre de 1994.

W

Sumário

1. Introdução.....	824
2. Condições para a suspensão das obrigações contraídas pelo Estado.....	825
2.1. Existência de uma situação ou ameaça excepcional	825
2.2. Proporcionalidade entre as medidas adotadas e a gravidade da crise	826
2.3. Limitação temporal e geográfica da suspensão das obrigações	827
2.4. Compatibilidade com outras obrigações internacionais	827
2.5. As medidas adotadas não podem ser discriminatórias	828
2.6. Alcance material da suspensão de garantias	828
2.7. Obrigação de notificar o estado de exceção	834

1. Introdução

As disposições jurídicas para regular os estados de exceção têm origem no direito romano. Atualmente todos os sistemas jurídicos do mundo preveem a possibilidade de que medidas especiais possam ser adotadas para enfrentar situações de crise.

O estado de exceção está regulado tanto pelas normas internas dos Estados, estabelecidas nas constituições ou normas fundamentais, quanto pelo Direito Internacional. A suspensão de garantias em um estado de exceção constitui uma situação excepcional em que os Estados podem estabelecer restrições lícitas a direitos e liberdades, no entanto, isso não implica que o Estado de Direito possa ser temporariamente suspenso.¹

O DIDH permite a suspensão do exercício de certos direitos em situações de emergência, de acordo com o disposto no artigo 4 do PIDCP, 27 da CADH e 15 da CEDH. Isso explica que, tanto o direito interno dos Estados quanto o Direito Internacional admitem que, em tais circunstâncias, as autoridades competentes podem suspender o exercício de certos direitos com o único objetivo de restaurar a normalidade e garantir o gozo dos Direitos Humanos.

Embora isso possa ser um paradoxo, uma vez que é a possibilidade legal de suspender o exercício de certos direitos como único meio de garantir o gozo efetivo dos mais elementares,² para que seja considerada legal, a suspensão está sujeita a requisitos estritos. Nesse sentido, a Corte IDH indicou que:

[...] a suspensão de garantias constitui uma situação excepcional, segundo a qual é lícito ao governo aplicar certas medidas restritivas aos direitos e liberdades que, em condições normais, são proibidas ou sujeitas a requisitos mais rigorosos. Isto não significa, contudo, que a suspensão de garantias envolva a suspensão temporária do Estado de Direito ou que autorize os governantes a separar sua conduta da legalidade à qual devem aderir o tempo todo. *Estando suspensas as garantias, alguns dos limites legais do poder público podem ser diferentes daqueles vigentes em situações normais, mas não devem ser considerados inexistentes e, portanto, não se pode entender que o governo está investido de poderes absolutos além das condições em que essa legalidade excepcional é autorizada.³*

Por isso, os Estados devem adaptar sua legislação às normas e princípios internacionais que governam a legalidade do estado de exceção e evitar que o mesmo fique ao arbítrio das leis circunstanciais; o estado de exceção deve ter *status* constitucional e regular todas as situações excepcionais que possam dar origem à declaração de algum tipo de limitação no exercício dos direitos.

No SIDH, o artigo 27 da CADH é da maior importância para o sistema de proteção dos Direitos Humanos reconhecidos no mesmo instrumento. Por um lado, autoriza os Estados Partes a suspender unilateral e temporariamente algumas de suas obrigações convencionais. Por outro lado, sujeita tanto a adoção da medida de suspensão, quanto suas consequências materiais, a um regime específico de salvaguardas.

O artigo restringe a possibilidade de suspender as obrigações contraídas pelo Estado na CADH, apenas na presença de uma ameaça excepcional, e desde que essa suspensão seja compatível com as

1 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. *A expressão "Leis" no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1986. No caso da América Latina, em diversas ocasiões, o estado de exceção foi utilizado para o estabelecimento de regimes ditatoriais ou a concessão de poderes extraordinários ao Poder Executivo.

2 ONU. Comissão DHONU. Subcomissão de Prevenção a Discriminações e Proteção das Minorias. Relatório do relator especial Leandro Despouy sobre a proteção dos Direitos Humanos sob estados de exceção. *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción*. E/CN.4/Sub. 2/1997/19, 23 de junho de 1997, p. 42.

3 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014, nota rodapé 632. (grifo nosso) Citando a Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87. *O habeas corpus sob suspensão de garantias*. 1987, par. 137.

demais obrigações impostas pelo Direito Internacional e com o princípio da não discriminação. A Corte IDH indicou que a prerrogativa estabelecida no artigo 27.1 da CADH deve ser exercida e interpretada “além do disposto no artigo 29.a) da Convenção, como excepcional e em termos restritivos”.⁴

Da mesma forma, em comparação com outros instrumentos, o artigo 27 da CADH contém um catálogo mais amplo de direitos inderrogáveis: o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3 da CADH), o direito à vida (art. 4 da CADH), direito à integridade pessoal (art. 5 da CADH), proibição de escravidão e servidão (art. 6 da CADH), princípio da legalidade e retroatividade (art. 9 da CADH), liberdade de consciência e religião (art. 12 da CADH), proteção da família (art. 17 da CADH), direito a um nome (art. 18 da CADH), direitos da criança (art. 19 da CADH), o direito à nacionalidade (art. 20 da CADH) e os direitos políticos (art. 23 da CADH). Além disso, o Pacto de San José é o primeiro instrumento internacional que proíbe a suspensão de “garantias indispensáveis” para a proteção de direitos inderrogáveis. Como a Corte IDH claramente estabeleceu, em seu parecer consultivo sobre o *habeas corpus sob suspensão de garantias*, embora a suspensão de garantias constitua uma situação excepcional, isso não significa que “envolva a supressão temporária do Estado de direito ou que autorize os governantes a afastar sua conduta da legalidade com a qual devem sempre pairar”.⁵

Finalmente, o artigo 27 da CADH impõe a obrigação de notificar, através do Secretário-Geral da OEA, aos demais Estados Partes na CADH sobre as disposições cuja aplicação foi suspensa, os motivos e a data em que a suspensão se dá por encerrada. Por sua vez, a Corte IDH indicou que também deve haver proporcionalidade entre as medidas adotadas e a gravidade da crise e a devida limitação temporal e geográfica da suspensão de obrigações pelo Estado em questão.

2. Condições para a suspensão das obrigações contraídas pelo Estado

2.1. Existência de uma situação ou ameaça excepcional

A crise ou o perigo deve ser excepcional, no sentido de que as restrições permitidas pela CADH são manifestamente insuficientes para manter a ordem pública, a saúde ou a segurança pública. Da mesma forma, deve ser atual ou pelo menos iminente. Em relação a seus efeitos, a situação deve afetar toda a população, todo o território ou parte dele e constituir uma ameaça à vida organizada da sociedade.⁶

Sem privilegiar ou excluir qualquer situação específica, o DIDH contempla a possibilidade de suspensão de garantias para enfrentar situações de emergência que constituam uma ameaça ou situação excepcional. No mesmo sentido, os vários instrumentos internacionais não mencionam exaustivamente os fundamentos que autorizam a declaração, mas limitam-se a estabelecer que constituem um contexto excepcional para o Estado.

Para fins ilustrativos, são indicadas as seguintes razões que os Estados invocam para declarar um estado de exceção: ameaças à segurança do Estado, à ordem pública, à vigência da Constituição e das

4 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 117. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPMRC. 2013, par. 124.

5 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87, *op. cit.*, par. 24. Nesse mesmo parecer Consultivo, a Corte IDH se referiu ao uso do termo ‘garantias’ ao longo do artigo 27 da CADH. O título do artigo é “Suspensão de garantias”; o primeiro parágrafo refere-se à “suspensão das obrigações contratadas”; o segundo parágrafo à “suspensão de direitos”; e o terceiro parágrafo ao “direito de suspensão”. Quando a palavra “garantias” é usada no segundo parágrafo, é precisamente proibir a suspensão de “garantias indispensáveis”. A partir da análise dos termos da CADH no contexto destes, verifica-se que não se trata de uma “suspensão de garantias” em sentido absoluto, nem de “suspensão de direitos”, uma vez que estes são substanciais para a pessoa, a única coisa que poderia ser suspensa ou impedida seria seu exercício completo e eficaz.

6 TEDH. *Lawless vs. Irlanda* (n.º 3), Sentença de 1 de julho de 1961, p. 14, par. 28. O perigo deve ser de tal magnitude que ponha em perigo a vida da nação; esses são os únicos em que a declaração de estado de emergência é autorizada. CIDH. Relatório Anual 1985-1986, p. 177-178.

instituições democráticas, a existência de atos de violência, subversão ou terrorismo, tentativa de golpe de Estado, assassinato de membros do governo, vandalismo, ataque ou ameaça de ataque do exterior (guerras), motins ou rebeliões internas, etc.⁷ A necessidade de lidar com calamidades públicas, desastres naturais (particularmente ciclones, terremotos etc.) ou causados pelo homem, também é frequentemente invocada.

São mencionadas frequentemente questões étnicas e/ou de perturbações internas resultantes de tensões sociais causadas por fatores econômicos ligados à pobreza, ao empobrecimento ou à perda de vantagens sociais por segmentos importantes da população.⁸ Os efeitos das mudanças climáticas, em termos de acesso a recursos e condições sociais da população, também podem constituir situações excepcionais.

No entanto, a declaração de um estado de exceção não depende apenas da existência de uma situação excepcional, mas deve cumprir determinados requisitos específicos, como, por exemplo, a declaração oficial do estado de exceção, a proporcionalidade das medidas adotadas, o prazo da mesma e outros que condicionam a legalidade da medida. Essas limitações atuam como garantias legais para preservar a validade dos Direitos Humanos em tais circunstâncias.

O direito interno dos Estados deve adaptar-se aos limites indicados no mesmo artigo e não suspender suas obrigações em situações não contempladas por este.

2.2. Proporcionalidade entre as medidas adotadas e a gravidade da crise

É obrigação do Estado determinar as razões e os motivos que levaram as autoridades internas a declarar um estado de exceção; portanto, cabe a estas exercer um controle adequado e efetivo da situação. Nesse sentido, o escopo da suspensão de direitos deve ser proporcional à gravidade da crise.

A obrigação de limitar qualquer suspensão de garantias ao estritamente necessário, de acordo com demandas da situação, reflete um princípio de proporcionalidade comum às faculdades de suspensão e limitação de direitos.⁹

A suspensão das garantias não deve exceder a medida do estritamente necessário para combater a situação, e qualquer ação dos poderes públicos que ultrapasse os limites indicados no decreto do estado de exceção é ilegal.¹⁰ Nos regimes de emergência, os Estados não gozam de discricionariedade ilimitada e corresponderá aos órgãos do SIDH, no âmbito de suas respectivas competências, exercer esse controle de maneira subsidiária e complementar.¹¹

Dado que o artigo 27.1 contempla diferentes situações, considerando também que as medidas adotadas em qualquer uma dessas emergências deve ser ajustada às demandas da situação em questão, é claro que o que é permitido em uma delas pode não ser em outras. De tal forma que a adequação entre as medidas adotadas e a gravidade da situação deve ser analisada caso a caso.

A legalidade das medidas adotadas dependerá, então, da natureza, intensidade, profundidade e contexto particular da emergência, bem como da proporcionalidade e razoabilidade das medidas adotadas em relação a ela.¹²

7 Durante um conflito armado internacional ou não internacional, as regras do Direito Internacional Humanitário contribuem, juntamente com o artigo 27 da CADH, para impedir o abuso de poder extraordinário do Estado.

8 ONU. Comissão DHONU. Relatório do relator especial Leandro Despouy sobre a proteção dos Direitos Humanos sob estados de exceção. *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción*, op. cit., par. 36.

9 ONU. Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 29. *Estados de emergência (artigo 4)*. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 11, 31 de agosto de 2001, par. 4.

10 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87, op. cit., par. 38. Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. M. 2000, par. 99.

11 Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador*. MRC. 2007, par. 47.

12 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87, op. cit., par. 22.

A proporcionalidade das medidas está diretamente relacionada à duração, abrangência geográfica e alcance material do estado de exceção.

2.3. Limitação temporal e geográfica da suspensão das obrigações

A limitação temporal está implícita na natureza do estado de exceção. É essencial ressaltar uma limitação na duração da medida, a fim de impedir que ela se torne uma situação permanente.

Antes da entrada em vigor da CADH, a CIDH - com base nas obrigações contidas na DADDH - afirmou o princípio da temporalidade em várias ocasiões, ao denunciar a aplicação rotineira do estado de exceção em países como o Haiti (relatório especial de 1979) e Paraguai (visita *in situ* de 1965) e recomendar o levantamento do estado de exceção em relação ao Uruguai (relatório anual de 1980) e Argentina (relatório especial de 1980).¹³

Quanto à limitação geográfica, embora não decorra do texto do artigo 27 da CADH, a mesma deve ser entendida incluída no contexto da exigência de proporcionalidade das medidas.

No caso *Zambrano Vélez e outros vs. Equador*, a Corte IDH - seguindo o Comitê de Direitos Humanos - adotou o critério de que qualquer estado de exceção deve cumprir os requisitos de “duração, [...] âmbito geográfico e alcance material [...]”.¹⁴

2.4. Compatibilidade com outras obrigações internacionais

Este requisito procura conciliar os vários padrões internacionais que regulam o assunto, uma vez que o mesmo Estado pode fazer parte de várias convenções, universais e regionais, que regulam estados de exceção. A frase “as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional”, no artigo 27 da CADH, abrange as obrigações convencionais e consuetudinárias impostas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e pelo Direito Humanitário. Os Estados não podem invocar o artigo 27 da CADH como justificativa para atos que violam, por exemplo, o Direito Humanitário ou normas imperativas do Direito Internacional, incluindo a tomada de refêns, a imposição de castigos coletivos, a privação arbitrária de liberdade ou não observância dos princípios fundamentais do julgamento imparcial, em particular a presunção de inocência.¹⁵

Os tratados de Direitos Humanos e o Direito Humanitário¹⁶ reconhecem um núcleo inderrogável de direitos que, como apontamos no início, no caso da CADH é muito mais amplo. Este conjunto de direitos comuns ao sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos e do Direito Humanitário é composto pelo direito à vida, o direito de não ser submetido a tortura, tratamentos ou penas cruéis, desumanos e/ou degradantes, a proibição de escravidão e servidão, o princípio da legalidade e a irretroatividade da lei penal.

13 ONU. Comissão DHONU. Relatório do relator especial Leandro Despouy sobre a proteção dos Direitos Humanos sob estados de exceção. *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción*, op. cit., par. 72.

14 Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador*. FRC. 2007, par. 48. Nesse sentido, a Corte IDH determinou que o Decreto n.º 86, que estabelecia um estado de emergência, era incompatível com as obrigações do artigo 27.1 da CADH, uma vez que “não estabeleceu um limite espacial definido, nem [...] determinou um limite de tempo, nem estabeleceu [...] os direitos que seriam suspensos, ou seja, a alcance da matéria de suspensão”.

15 Cfr. ONU. Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 29, op. cit., par. 11.

16 O conteúdo do artigo 3, comum às quatro Convenções de Genebra, constitui um regulamento mínimo aplicável a qualquer tipo de conflito armado; normativamente, essa proteção é expressa na “cláusula martens”. O Protocolo II, que regula conflitos armados não internacionais, contém praticamente todos os direitos irredutíveis do PIDCP, que são prescrições de valor universal, opostas aos Estados, mesmo na ausência de qualquer obrigação convencional ou de qualquer compromisso expresso de sua parte, inclusive podendo admitir-se como parte de *jus cogens*. Igualmente, cf. *Declaración de normas humanitarias mínimas aplicables en situaciones de estado de excepción*. (Normas de Turku). Aprobada por una reunión de expertos organizada por el Instituto de Derechos Humanos, Universidad Abo Akademi en Turku/Abo (Finlandia) del 30 de noviembre al 2 de diciembre de 1990 y revisada posteriormente en una reunión del Instituto Noruego de Derechos Humanos celebrada en Oslo (Noruega) el 29 y el 30 de septiembre de 1994.

Por outro lado, dado que certos tratados internacionais de Direitos Humanos não contemplam qualquer cláusula de suspensão, suas obrigações permanecerão em vigor mesmo no caso de suspensão de algumas das obrigações da CADH. É o caso de CAT, CEDAW, CDN; e, no âmbito da SIDH, tratados como a CIDFP, o Protocolo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos relativo à abolição da pena de morte e a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres, para citar alguns exemplos.

Da mesma forma, os Estados devem levar em consideração a codificação dos crimes contra a humanidade, uma vez que certas violações dos Direitos Humanos podem ser definidas como crimes dessa natureza e, nesse caso, um Estado não pode justificar sua violação como consequência da declaração de um estado de exceção.¹⁷

2.5. As medidas adotadas não podem ser discriminatórias

O artigo 27.1 da CADH, como o artigo 4 do PIDCP, exige que as restrições impostas não impliquem discriminação com base unicamente em razões de raça, cor, sexo, idioma, religião, origem social. O fato de a proibição de discriminação não constar entre os direitos não sujeitos a suspensão, aos quais é feita menção expressa no parágrafo 2 do artigo 27, não constitui obstáculo para considerá-la implicitamente inderrogável, pois o mesmo artigo condiciona a legalidade da suspensão ao respeito pelo princípio da não discriminação.¹⁸

Da mesma forma, a Corte IDH indicou que o princípio da igualdade e da não discriminação é uma norma *jus cogens*, por isso, não pode ser suspenso ou revogado.¹⁹

2.6. Alcance material da suspensão de garantias

O objetivo e a finalidade dos tratados de Direitos Humanos não é o intercâmbio recíproco de direitos e obrigações entre os Estados, mas a proteção dos direitos de todos os seres humanos. Ao aprovar esses tratados, os Estados se submetem a uma ordem jurídica para o bem comum, assumindo obrigações não em relação a outros Estados, mas para com os indivíduos sob sua jurisdição.

Assim, a CADH estabelece premissas diferentes para a restrição, limitação ou suspensão dos direitos e liberdades pelo Estado, de acordo com a natureza do direito ou liberdade em questão: 1. direitos que podem estar sujeitos a limitações ou restrições, sempre e quando as condições exigidas pela própria CADH sejam cumpridas; 2. direitos que podem ser suspensos na medida em que sejam cumpridos os requisitos de forma e substância exigidos pelo artigo 27 da CADH; e 3. direitos que não podem ser suspensos em nenhum caso e que são considerados inderrogáveis.²⁰ Nas seções a seguir, analisaremos as ações que os Estados podem adotar em relação aos grupos 2 e 3 de direitos mencionados acima.

2.6.1. Direitos que podem ser suspensos

Apesar de um direito poder ser suspenso nos termos do artigo 27 da CADH, o Estado tem a obrigação de demonstrar que as medidas adotadas para enfrentar a situação são legais e legítimas (com base em um teste de necessidade e de proporcionalidade).

17 A proteção internacional dos direitos das pessoas pertencentes a minorias inclui elementos que devem ser respeitados em todas as circunstâncias, isso se reflete na proibição de genocídio. Da mesma forma, a deportação ou transferência forçada da população sem motivos autorizados pelo Direito Internacional, por expulsão ou outros atos coercitivos, constitui crime contra a humanidade.

18 A Corte IDH se pronunciou diversas vezes sobre a ilegalidade de uma distinção arbitrária, isto é, aquela carente de justificativa razoável e objetiva, o que constitui discriminação. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003, par. 89. Sobre o alcance do conceito de discriminação, ver o comentário ao artículo 24 (igualdade de proteção perante a lei), escrito por Uprimny e Sánchez.

19 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03, *op. cit.*, par. 101.

20 Zovatto, G. D. *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*. IIDH - Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 1990, p. 128.

Os desenvolvimentos jurisprudenciais da Corte IDH sobre a suspensão de direitos em estados de emergência concentraram-se, principalmente, na análise do artigo 7 da CADH (direito à liberdade pessoal). Isso se deve aos vários julgamentos nos quais a Corte IDH analisou o alcance das leis antiterroristas promulgadas no Peru. Esses desenvolvimentos – que começaram na década de 1990 e continuam até hoje – produzem critérios importantes que podem ser usados para determinar se a suspensão de outros direitos ou liberdades está de acordo com a CADH.²¹

2.6.1.1. Análise da legalidade da suspensão

No caso *Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*, em 2015, a Corte IDH analisou a legalidade da prisão do Sr. Galindo. Os fatos do caso ocorreram durante a prorrogação de um estado de exceção proclamado no Peru. O Sr. Galindo, que era funcionário judicial, havia voluntariamente se submetido à Lei do Arrependimento, que estabeleceu um procedimento especial para aqueles que forneciam informações às autoridades sobre organizações terroristas em troca de benefícios.

O senhor Galindo havia estado por, pelo menos, 30 dias em um quartel sob a custódia de autoridades estatais.

A Corte IDH observou que, em conformidade com o artigo 40 do Regulamento da Lei de Arrependimento, as autoridades estavam autorizadas a adotar todas as medidas necessárias para localizar e manter o solicitante dos benefícios da Lei em “um ambiente especial ou em seu domicílio”, conforme fosse o caso.²²

Antes de iniciar a análise da detenção, a Corte IDH – com base nas alegações apontadas tanto pelo Estado quanto pela CIDH – determinou o corpo normativo aplicável no momento dos fatos:

1. Identificou as normas constitucionais que ainda estavam em vigor; 2. O decreto que prorrogou o estado de emergência por sessenta dias; e outro que deu às Forças Armadas competência para assumir o controle da ordem interna; 3. A Lei de Arrependimento; e 4. O regulamento da referida Lei. Dessa forma, para determinar a legalidade da detenção do Sr. Galindo, *não basta considerar a suspensão das garantias; antes, era necessário levar em consideração todo o marco normativo em vigor, a fim de identificar as garantias que foram suspensas, as facultades que se outorgaram aos poderes para fazer frente à situação de emergência, e aquelas que seguiam vigentes*, que poderiam estar regulados em várias disposições.²³

Com base na análise normativa, a Corte IDH identificou que a seguinte garantia constitucional estava em vigor: “ninguém pode ser mantido incomunicável, exceto no caso indispensável para o esclarecimento de um crime, e na maneira e no tempo previstos em lei. A autoridade é obrigada, sob responsabilidade, a indicar, sem demora e por escrito, o local onde se encontra a pessoa detida.” Portanto, concluiu que a falta de registro da privação de liberdade tornava a detenção do senhor Galindo ilegal.

Da mesma forma, enfatizou que esse dever surgia tanto de uma norma interna, que não estava suspensa, quanto de sua jurisprudência constante,²⁴ e esclareceu que a aplicação do artigo 40 do

21 Para uma melhor análise sobre o alcance do artigo 7, ver o comentário sobre essa disposição escrito por Casal.

22 Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 189.

23 *Ibidem*, par. 187-188. Assim estabeleceu a Corte IDH: “[...] O Decreto Supremo nº 084 DE/CCFFAA [...] suspendeu a garantia prevista no artigo 2, inciso 24, seção f) da Constituição. Estabeleceu a necessidade de que toda a prisão, para ser lícita, deve ser precedida “por ordem escrita e motivada do juiz ou pelas autoridades policiais em caso de flagrante delito”. No entanto, o texto do Decreto Supremo nº 084 DE/CCFFAA não deu lugar à suspensão total ou parcial de outras normas, e isso também não foi indicado pelo Estado, pelos representantes ou pela Comissão. Assim, considerando que as partes e a Comissão indicaram a existência e a relevância de outras normas, não basta considerar a suspensão de garantias para concluir a legalidade do fato de o senhor Galindo permaneceu sob a custódia das autoridades estatais, apesar de não ter sido preso por crime flagrante nem por ordem judicial. Nesse sentido, destaca-se que o próprio Estado indicou a relevância no caso da Lei do Arrependimento e de seu regulamento”. *Ibidem*, par. 191.

24 Ao analisar o registro da prisão no caso *Espinoza González vs. Peru*, a Corte IDH observou que “embora a prisão tenha sido feita em 17 de abril de 1993, a admissão só foi registrada dois dias após a mesma, e sem indicar claramente as causas da prisão, quem a executou ou a hora da detenção. Portanto, a Corte determinou que a falta de registro adequado

Regulamento da Lei de Arrependimento não sanava a ilegalidade.²⁵ Por fim, a Corte IDH estabeleceu que houve um período em que o Sr. Galindo esteve privado de liberdade sem existir uma base normativa para isso, o que também tornou ilegal sua detenção.²⁶

2.6.1.2. Análise da legitimidade da suspensão

2.6.1.2.1. Critérios gerais para determinar a necessidade e proporcionalidade da suspensão

A Corte IDH indicou que: “a suspensão de certos direitos não implica que os mesmos sejam completamente inaplicáveis. Consequentemente, mesmo sob a vigência da suspensão das garantias, é necessário analisar a proporcionalidade das ações adotadas pelas autoridades estatais [...]”.²⁷ Para analisar a referida proporcionalidade, foram estabelecidos os seguintes parâmetros: 1. a finalidade da medida deve ser compatível com a CADH; 2. deve ser idônea para cumprir o objetivo pretendido; 3. deve ser necessária, ou seja, “absolutamente indispensável para alcançar o fim desejado e que não exista uma medida menos gravosa em relação ao direito interferido”; 4. deve ser estritamente proporcional “de modo que o sacrifício inerente à restrição do direito à liberdade não seja exagerado ou excessivo em comparação com as vantagens obtidas por tal restrição e o cumprimento do objetivo perseguido”; e 5. deverá conter motivação suficiente que permita avaliar se está em conformidade com as condições estabelecidas, a fim de não ser arbitrária.²⁸

No mencionado caso *Galindo Cárdenas*, as autoridades peruanas argumentaram que o “alojamento” do Sr. Galindo, por aproximadamente 30 dias, em um quartel sob custódia das autoridades estatais havia sido necessária.²⁹ Devido ao estado de emergência no momento dos fatos, o Estado indicou que suspendia certas garantias relativas a medidas de privação de liberdade e afirmou que o Sr. Galindo estava legalmente privado de liberdade, por ter-se submetido voluntariamente aos benefícios da Lei do Arrependimento; do mesmo modo, que a referida detenção tinha o objetivo de proteger sua vida e integridade contra os riscos existentes.³⁰

Apesar das alegações do Estado, a Corte IDH concluiu que:

Nenhuma prova havia sido fornecida que evidenciasse a existência de um ato que *fundamentasse suficientemente a alegada finalidade, idoneidade, necessidade e proporcionalidade da privação de liberdade* sofrida pelo senhor Galindo. De fato, a partir das atas em 15 de outubro de 1994, apenas surgia que o senhor Galindo “solicitou as garantias do caso para sua segurança pessoal e familiar”. O “pedido” não indicava que o senhor Galindo tivesse requerido sua privação de liberdade física. Mesmo supondo que o texto transcrito refletia a verdade sobre os fatos, *não era suficiente para explicar a suposta necessidade da medida, pois ela não justificava, tampouco o fez qualquer outro meio de prova alegado perante a Corte, porque teria sido necessário que o Sr. Galindo fosse privado de liberdade*. Portanto, considerou-se arbitrário todo o tempo de duração da privação de liberdade do senhor Galindo.³¹

2.6.1.2.2. A análise sobre o controle judicial à luz da proibição de detenções arbitrárias

Durante os estados de emergência, em que as garantias que regulam o direito à liberdade pessoal são suspensas, o Estado deve demonstrar a necessidade e proporcionalidade das medidas adotadas,

da prisão [...] constitui uma violação do direito consagrado no artigo 7.2 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 deste instrumento [...]”. Ver Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 123.

25 Cfr: Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 197.

26 *Ibidem*, par. 195.

27 *Ibidem*, par. 201 (notas de rodapé omitidas), citando a: Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPMRC. 2013, par. 141. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 132.

28 Cfr: *Ibidem*, par. 198. (notas de rodapé omitidas)

29 *Ibidem*, par. 180.

30 *Ibidem*, par. 174.

31 Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 199. (grifo nosso)

pois, caso contrário, as prisões realizadas serão arbitrárias. Em particular, a Corte IDH mencionou a importância de manter controles judiciais adequados para examinar as ações dos órgãos do Estado; e, embora não tenha declarado a inderrogabilidade do direito de contar com tais controles judiciais, sua jurisprudência constante desenvolveu, paulatinamente, um teste rigoroso para determinar a necessidade e proporcionalidade da suspensão dessa garantia.

Em 1992, o Peru emitiu os Decretos-Lei nº 25.475 e nº 25.744, relativos ao crime de terrorismo e traição à pátria. O primeiro deles estabeleceu, em seu artigo 12.c), que uma pessoa supostamente implicada no crime de terrorismo poderia ser mantida em detenção preventiva por um período não superior a 15 dias corridos, com a obrigação de comunicação do fato em até 24 horas ao Ministério Público e ao juiz criminal. De acordo com o artigo 2.a) do segundo decreto-lei, o prazo de 15 dias acima mencionado poderia ser prorrogado por igual período, sem que a pessoa fosse colocada à disposição da autoridade judicial.³²

Em seus primeiros casos sobre a análise desta legislação, a Corte IDH concluiu que o mesmo contradiz o disposto no artigo 7.5 da CADH,³³ e considerou que o período transcorrido desde a prisão e até a data em que as vítimas foram levadas à justiça havia sido excessivo e contrário à CADH.³⁴ Posteriormente, no caso *J. vs. Peru*, em 2013, a Corte IDH examinou o critério da necessidade e proporcionalidade das medidas adotadas e destacou a relevância dos controles judiciais:

[...] Demonstrou-se que a senhora J. não foi apresentada a um juiz por pelo menos 15 dias [...], sem que existam razões claras no processo para justificar essa demora tempo em apresentar a prisão da Sra. J. a um juiz. [...] Inclusive, sob a suspensão de garantias, deve-se analisar a proporcionalidade de a senhora J. ter sido detida por pelo menos 15 dias sem qualquer forma de controle judicial, tendo em vista que sua segregação ocorreu sem ordem judicial. Em casos como este, em que a detenção inicial foi feita sem ordem judicial, a sua apresentação perante um juiz é particularmente importante.

Portanto, a Corte IDH considerou que:

[...] As medidas adotadas no caso [...] não eram “estritamente necessárias”. Em particular, o Tribunal destacou que a suspensão de certos aspectos do direito à liberdade pessoal não pode significar que as ações estatais possam anular os controles jurisdicionais sobre a maneira pela qual as prisões são realizadas [...]. Consequentemente, [...] considerou que a falta de apresentação “sem demora” da senhora J. perante um juiz não foi justificada pela suspensão das garantias existentes no presente caso, motivo pelo qual foi arbitrária e, portanto, o Estado violou o artigo 7, incisos 1, 3 e 5 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da Convenção.³⁵

Em 2015, no caso *Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*, a Corte IDH não apenas analisou os decretos-lei, mas também o Regulamento da Lei de Arrependimento,³⁶ que estabelecia, em seu artigo 14, que “a declaração [do requerente dos benefícios da Lei de Arrependimento] deveria necessariamente ser feita perante o representante do Ministério Público”. O Estado indicou que poderia determinar as medidas necessárias para garantir a segurança nacional e manter a ordem pública, razão pela qual havia estabelecido esse procedimento.³⁷

32 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 130. (notas de rodapé omitidas)

33 Esta disposição estabelece que: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

34 Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. MRC. 1999, par. 110-111. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. M. 2000, par. 73/. As vítimas haviam sido detidas por aproximadamente 36 dias.

35 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPMRC. 2013, par. 144.

36 Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 204.

37 A CIDH, por sua vez, vinculou a violação do artigo 7.5. da CADH com o artigo 12.c) do Decreto-Lei que estabeleceu a exigência de informar o juiz quando se estabelecesse a prisão de uma pessoa e apontou que a legislação antiterrorista

A Corte IDH considerou que, embora o Peru tenha feito referências gerais à “segurança nacional” e à “ordem pública”, não restou justificada a necessidade de omitir a intervenção de órgãos com funções judiciais no controle da privação de liberdade do senhor Galindo, durante toda a duração da privação. Portanto, “o Estado violou o artigo 7.5. da Convenção. Além disso, dada a falta de legitimação da necessidade da omissão estabelecida, a mesma implicou, também, uma conduta estatal arbitrária em relação à privação de liberdade, violando o Artigo 7.3. da Convenção”.³⁸

2.6.1.3. Análise de outras garantias que regulam a detenção

Durante um estado de emergência, os Estados devem zelar pelo cumprimento e aplicação das garantias que continuam vigentes, aquelas conforme sua legislação interna e também as consagradas na CADH.

No caso *Espinoza Gonzáles vs. Peru*, a Corte IDH concluiu que o Estado havia violado seu dever de informar a Gladys Espinoza as razões de sua detenção, conforme o artigo 7.4 da CADH. A Corte IDH esclareceu que, no caso de alegada violação dessa disposição, os fatos devem ser analisados não apenas de acordo com o direito interno, mas também na ótica do direito convencional.³⁹

A Corte IDH indicou que foi somente através de um interrogatório no âmbito da investigação policial que a vítima “teve conhecimento dos motivos de sua prisão, sem que tivesse certeza sobre o momento específico ou as circunstâncias em que [isso] aconteceu”.⁴⁰ A Corte IDH declarou que a vítima deveria ser notificada:

[...] imediatamente e por escrito da causa ou das razões de sua prisão, incluindo as acusações, os fatos e sua base jurídica, em linguagem simples e isenta de tecnicismos, [e que no caso] apenas um dia depois [da prisão da vítima] simplesmente foi notificado que ele estava detida para o esclarecimento de um delito de terrorismo.⁴¹

Seguindo essa linha, na sentença mencionada, *Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*, a Corte IDH identificou as normas que ainda estavam em vigor durante o estado de exceção e determinou violações de várias garantias consagradas na CADH. Em primeiro lugar – como no caso *Espinoza Gonzáles* – concluiu que o Estado não cumpriu o dever de informar as razões da detenção,⁴² o que, por sua vez, teve um impacto direto sobre o direito de defesa do senhor Galindo, tendo, então, o Estado, violado os artigos 7.4, 8.2.b e 8.2.c da CADH. Em segundo lugar, a Corte IDH concluiu que o Estado havia violado o direito do Sr. Galindo de recorrer sobre a legalidade da detenção perante um juiz ou tribunal competente, estabelecido no artigo 7.6 da CADH.⁴³

2.6.2. Direitos inderrogáveis

Em relação aos direitos que não podem ser suspensos, há duas interpretações de sua consagração nos tratados internacionais. A primeira é que a derrogação desses direitos não pode ser justificada como uma necessidade em uma situação de emergência pública. A segunda é que são “direitos núcleo” e, portanto, uma vez que não são derogáveis, pertencem ao objeto e à finalidade do tratado. Essa segunda abordagem foi confirmada pela Corte IDH, que em um parecer consultivo afirmou que:

havia consagrado uma ampla gama de poderes sem nenhum controle legal ou jurisdicional, referindo-se a “funções policiais em investigações preliminares sobre terrorismo”. Cf: *Idem*.

38 Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 205.

39 Cf. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015 .

40 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPMRC. 2014.

41 *Idem*.

42 Cf. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 211-217.

43 Cf. *Ibidem*, par. 220-226.

“[...] Qualquer reserva que permita ao Estado suspender um desses direitos fundamentais, cuja derrogação é proibida em todos os casos, deve ser considerada incompatível com o objeto e a finalidade da Convenção e, conseqüentemente, não autorizada por ela”.⁴⁴

Com base nesse critério, conclui-se que a suspensão de certos direitos não pode ser realizada com ou sem reserva, uma vez que a suspensão será contrária ao objeto e à finalidade do próprio tratado. Esse critério da Corte IDH vincula os princípios de inderrogabilidade e de incompatibilidade, estabelecendo, assim, que direitos não suspensos ou inderrogáveis pertencem ao *jus cogens*.⁴⁵ Por esse motivo, consideramos que a consagração de um certo direito como não passível de suspensão pelos tratados de Direitos Humanos responde a ambas as interpretações.

Em relação ao número de direitos indicados como inderrogáveis, a CADH é, – frente ao PIDCP e à CEDH – sem dúvida, o instrumento internacional “mais protetor” ao estender a proibição absoluta de suspensão a um número maior de direitos.⁴⁶ Nas palavras da Corte IDH:

[...] O artigo 27.2 tem, como indicado, limites ao poder do Estado Parte de suspender direitos e liberdades, estabelecendo que há alguns cuja suspensão não é permitida sob nenhuma circunstância, incluindo “as garantias judiciais indispensáveis à proteção de tais direitos”.⁴⁷

2.6.3. Garantias judiciais indispensáveis

As garantias judiciais indispensáveis devem subsistir para verificar a necessidade, razoabilidade e proporcionalidade das medidas específicas adotadas durante os estados de exceção.⁴⁸ Da mesma forma, a determinação de quais garantias judiciais são ‘indispensáveis’ para a proteção de direitos que não podem ser suspensos, será diferente de acordo com os direitos afetados; pois aqueles que são necessários para garantir os direitos relacionados à integridade ou liberdade da pessoa,⁴⁹ diferem necessariamente daqueles que protegem, por exemplo, o direito ao nome.⁵⁰

Segundo a Corte IDH, as garantias devem ser *judiciais e idôneas* e devem garantir o exercício dos direitos referidos no artigo 27.2 da CADH. Em um Estado de Direito, é essencial o controle da legalidade dos atos praticados sob a suspensão de garantias por parte de um órgão judicial independente e imparcial.

As garantias judiciais no artigo 27.2 da CADH são indeterminadas, primeiro, pela diversidade de garantias judiciais existentes no continente e, em segundo lugar, devido aos diferentes tipos de proteção jurisdicional à qual os diferentes tipos de direitos protegidos por esse artigo respondem. No entanto, essas garantias judiciais não podem ser entendidas e exercidas sem o cumprimento do “devido processo legal”, consagrado no artigo 8 da CADH. Portanto, o devido processo legal não pode ser suspenso, pois

44 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-3/83. *Restrições à pena de morte*. 1983, par. 61.

45 Rodríguez Huerta, G. *Tratados sobre derechos humanos. El sistema de reservas*. ITAM-Porrúa, México, 2005, par. 58.

46 A CEDH proíbe a suspensão de quatro direitos: o direito à vida, o direito a não sofrer tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, o direito a não ser submetido à escravidão e servidão, o princípio da não retroatividade da lei e o direito à pena mais favorável. Por sua vez, o PIDCP proíbe a suspensão de sete direitos: o direito à vida, o direito a não ser torturado ou a tratamentos ou penas desumanos e degradantes, o direito a não ser submetido à escravidão e servidão, o princípio da não retroatividade da lei e a penalidade mais favorável, o direito de não ser preso pelo único fato de não cumprir uma obrigação contratual, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião. Por sua vez, a CADH proíbe a suspensão de onze direitos.

47 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-8/87, *op. cit.*, par. 23. (grifo nosso)

48 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87. *Garantias judiciais em estados de emergência*. 1987, par. 21. Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. M. 2000, par. 99.

49 A Corte IDH indicou que, para verificar a legalidade de uma prisão com base na suspensão da liberdade sob um regime de exceção, devem ser observadas as garantias judiciais indispensáveis contidas nos artigos. 7.6 e 25.1. da CADH. *Cfr*: Corte IDH. *Caso Loayza Tamaio vs. Peru*. F. 1997, pars. 49 a 55. Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. F. 2000, par. 107.

50 Corte IDH. *Caso Loayza Tamaio vs. Peru*. M. 1997, par. 28.

constitui uma condição necessária para que os instrumentos processuais, regulamentados pela CADH, possam ser considerados como garantias judiciais, como seria o caso do amparo e do *habeas corpus*.⁵¹

O *habeas corpus* é o meio idôneo para garantir tanto a liberdade da pessoa quanto para controlar o respeito pela vida e proteger a integridade pessoal do indivíduo; através desse recurso, a apresentação do detido perante o juiz permite verificar a legalidade da detenção e protegê-lo contra tortura ou outro tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante. Por isso, constitui o procedimento ideal para a proteção de boa parte dos direitos protegidos pelo artigo 27.2.

2.7. Obrigação de notificar o estado de exceção

A notificação é um requisito essencial que permite aos Estados recorrer a padrões internacionais para suspender certos direitos em circunstâncias excepcionais. A obrigação de notificação, do artigo 27.3 da CADH, constitui um mecanismo previsto na noção de garantia coletiva, cujo objetivo e finalidade são a proteção do ser humano. Da mesma forma, é uma medida de publicidade que tem como função informar à comunidade internacional da impossibilidade de cumprir determinadas obrigações de maneira excepcional e transitória; constitui uma salvaguarda para impedir o abuso dos poderes excepcionais de suspensão de garantias e permite que outros Estados Partes considerem que o alcance dessa suspensão está em conformidade com as disposições da CADH. Portanto, a falta deste dever de informação implica a violação da obrigação contida no artigo 27.3 da CADH.⁵²

Os Estados Partes na CADH se comprometeram a observar um regime internacional específico de notificação: a comunicação da constituição de um estado de exceção aos outros Estados é feita através do Secretário-Geral da OEA,⁵³ e deve atender aos seguintes requisitos : 1. Deve ser imediata; 2. Deve indicar expressamente as disposições suspensas; 3. Deve expressar as razões que motivam a suspensão; e 4. Devem notificar, pelo mesmo canal, a cessação do estado de exceção.

É interessante notar que a Corte IDH fez referência explícita a essa importante obrigação estatal e estabeleceu o seu descumprimento quando não realizada,⁵⁴ mas não declarou uma violação direta do artigo 27 da CADH nos parágrafos dispositivos da sentença. Isso permite inferir que o artigo 27 estabelece um parâmetro de ação, que regulamenta a legalidade do exercício da faculdade do Estado de suspender garantias. Dessa forma, a natureza jurídica desta disposição é principalmente regulatória e, nesse sentido, diferente do restante das obrigações contraídas nas demais disposições da CADH, principalmente as dos capítulos I (enumeração de deveres) e II (direitos civis e políticos) da primeira parte da CADH.

51 Em processos contenciosos recentes perante a Corte IDH, a CIDH sustentou que o devido processo é aplicável “em essência, a todas as garantias judiciais convencionais, mesmo sob o regime de suspensão regulamentado no artigo 27 [da CADH]”. Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 168. Sobre o alcance do *habeas corpus*, ver o comentário ao artigo 8 (garantias judiciais), escrito por Ibáñez.

52 Cf. Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador*. MRC. 2007, par. 70.

53 Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPMRC. 2013, par. 124. Corte IDH. *Caso Espinoza González vs. Peru*. EPMRC. 2014, par. 117.

54 No caso *J vs. Peru*, a Corte IDH constatou que “No momento da prisão da Sra. J., estava em vigor um decreto que suspendia as garantias para os detidos, envolvidos ou processados por delitos de terrorismo, a Corte IDH observou que não parecia que os outros Estados Partes da CADH haviam sido imediatamente informados, através do Secretário-Geral da [OEA], das disposições cuja aplicação foi suspensão, os motivos da suspensão e a data em que essa suspensão teria sido encerrada” e que não havia evidências de que esse dever teria sido cumprido no caso”. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPMRC. 2013, pars. 72, 124. Em contraste, no caso de *Espinosa González vs. Peru*, cujos eventos também estão enquadrados no início dos anos 90, em aplicação do decreto que suspendeu garantias durante a luta contra o terrorismo naquele país, a Corte IDH observou que o conjunto probatório afirmava que, por “nota de 12 de julho de 1993, a Representação Permanente do Peru junto à OEA teria enviado apenas à Secretaria Executiva da Comissão Interamericana ‘uma cópia dos Decretos Supremos promulgados pelo Governo do Peru entre 19 de janeiro e 19 de junho [de 1993] [...]’”. A Corte IDH observou que, conseqüentemente, não havia elementos para analisar se o Estado havia cumprido a obrigação de notificação estabelecida no artigo 27.3 da CADH. Corte IDH. *Caso Espinoza González vs. Peru*. EPMRC. 2014, par.118.

Artigo 28. Cláusula federal

1. Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.
2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.
3. Quando dois ou mais Estados Partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado assim organizado as normas da presente Convenção.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C n.º 4. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988.

Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. Mérito. Sentença de 2 de fevereiro de 1996. Série C n.º 26. Doravante: Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. Mérito. 1996.

Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. Reparações e Custas. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C n.º 39. Doravante: Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C n.º 52. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. MRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C n.º 54. Doravante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. 1999.

Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C n.º 55. Doravante: Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. 1999.

Corte IDH. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C n.º 63. Doravante: Corte IDH. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de fevereiro de 2001. Série C n.º 72. Doravante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C n.º 73. Doravante: Corte IDH. *Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad e Tobago*. Exceções Preliminares. Sentença de 1 de setembro de 2001. Série C n.º 80. Doravante: Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad e Tobago*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Exceções Preliminares. Sentença de 1 de setembro de 2001. Série C n.º 81. Doravante: Corte IDH. *Caso Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Constantine e outros vs. Trinidad e Tobago*. Exceções Preliminares. Sentença de 1 de setembro de 2001. Série C n.º 82. Doravante: Corte IDH. *Caso Constantine e outros vs. Trinidad e Tobago*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Reparações e Custas. Sentença de 30 de novembro de 2001. Série C n.º 87. Doravante: Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. RC. 2001.

Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparações. Sentença de 19 de novembro 2004. Série C n.º

116. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. R. 2004.

Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de março de 2005. Série C n.º 120. Doravante: Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de março de 2005. Série C n.º 121. Doravante: Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Peru*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de julho de 2009. Série C n.º 200. Doravante: Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C n.º 203. Doravante: Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. EPFRC. 2009.

Pareceres Consultivos

Corte IDH. *Os efeitos das reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. Série A n.º 2. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC- 2/82. *Os efeitos das reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1982.

Corte IDH. *Exigibilidade do direito de retificação ou resposta (Arts. 14.1, 1.1 e 2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Série A n.º 7. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-7/86. *Exigibilidade do direito de retificação ou resposta*. 1986.

Corte IDH. *Exceções ao esgotamento de recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a e 46.2.b, Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Série A n.º 11. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90. *Exceções ao esgotamento de recursos internos*. 1990.

Corte IDH. *O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1 de outubro de 1999. Série A n.º 16. 1999. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99. *O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal*. 1999.

Corte IDH. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A n.º 18. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003.

Resoluções e decisões

Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs Argentina*. Resolução de 27 de novembro de 2002.

Corte IDH. *Caso da Penitenciária de Urso Branco vs. República Federativa de Brasil*. Medidas Provisórias. Resolução de 7 de julho de 2004.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. Resolução n.º 3/87, Caso n.º 9647, Estados Unidos.

CIDH. Relatório Anual 1986-1987, OEA/Ser.L/II.74, Doc. 10 rev. 1, 16 de setembro, 1988.

CIDH. Resolução n.º 26/88, Caso 10.109, Argentina, 13 de setembro de 1988.

CIDH. Relatório n.º 8/91, Caso 10.180, México, 22 de fevereiro de 1991.

CIDH. Relatório Anual 1986-1995, OEA/ Ser.L/V/II.91, Doc. 7 rev., 28 de fevereiro de 1996.

CIDH. Relatório n.º 5/96, Caso 10.970, Peru, 1º de março de 1996.

CIDH. Relatório sobre a situação geral dos Direitos Humanos no Brasil, 1997, p. 14, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1, 29 de setembro de 1997.

CIDH. Relatório n.º 31/97, Paulo C. Guardatti, Argentina, Caso 11.217, 14 de outubro de 1997.

CIDH. Relatório Anual 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6, 17 de fevereiro de 1998.

CIDH. Relatório n.º 24/98, *Caso João Canuto De Oliveira Brasil*, Caso 11.287, 7 de abril de 1998.

CIDH. Relatório n.º 2/99, *Caso Manuel Manríquez México*, Caso 11.509, 23 de fevereiro de 1999.

CDH. Relatório n.º 59/99, *Caso Newton Coutinho Mendes e outros Brasil*, Caso 11.405, 13 de abril de 1999.

CIDH. Relatório Anual 1999, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3, 13 de abril de 2000.

CIDH. Relatório n.º 52/01, *Caso Juan Raul Garza Estados Unidos*, Caso 12.243, 4 de abril de 2001.

CIDH. Relatório n.º 34/00, *Caso Carandiru Brasil*, Caso 11.291, 13 de abril de 2000.

CIDH. Relatório Anual de 2000, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 20 rev., 16 de abril de 2001. Informe n.º 10/0, *Caso Marcos Aurelio De Oliveira Brasil*, Caso 11.599.

CIDH. Relatório n.º 35/01, *Jailton Neri Da Fonseca Brasil*, Caso 11.634, 22 de fevereiro de 2001.

- CIDH. Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos na Venezuela, 2003.
- CIDH. Relatório n.º 98/03, *Statehood Solidarity Committee Estados Unidos*, Caso 11.204, Mérito, 29 de dezembro de 2003.
- CIDH. Relatório n.º 35/08, *Admissibilidade e Mérito, Antonio Ferreira Braga Brasil*, Caso 12.019, 18 de julho de 2008.
- CIDH. Relatório n.º 26/09, *Admissibilidade e Mérito, Wallace de Almeida Brasil*, Caso 12.440, 20 de março de 2009.
- CIDH. Relatório n.º 37/10, Manoel Leal de Oliveira, Brasil, Caso 12.308, Publicação, 17 de março de 2010.

Sentenças proferidas por tribunais internacionais

Corte Internacional de Justiça

- CIJ. *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Sentença, I.C.J. Reports 1989, p. 15.
- CIJ. *La Grand (Alemanha vs. Estados Unidos da América)*, Medidas Provisórias, Ordem de 3 de março de 1999, I. C. J. Reports 1999, p. 9.

Documentos adotados por Organizações Internacionais

Organização dos Estados Americanos

- OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, São José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Organização das Nações Unidas

Comitê de Direitos Humanos

- Comitê DHONU. *Lindgren e outros vs. Suécia*, Comunicação n.º 298/1988, UN Doc. CCPR/C/40/D/298/1988, 1990.
- Comitê DHONU. Observações finais sobre a Bélgica, UN Doc. CCPR/C/79/Add.3, 1992.
- Comitê DHONU. *Nicholas Toonen vs. Austrália*, Comunicação n.º 488/1992, U.N.Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, 1994.
- Comitê DHONU. Observações finais sobre a Suíça, UN Doc. CCPR/CO/73/CH, 2001.
- Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 31. *Natureza da obrigação jurídica geral imposta ao Estados Partes no Pacto*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de maio de 2004.

Comissão de Direito Internacional

- International Law Commission. Report on the work of its fifty-third session, (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001), General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement n.º 10 (A/56/10).

Referências acadêmicas

- BARBERIS, J. A. *Los sujetos del derecho internacional actual*. Tecnos, Madri, 1984.
- BIDART CAMPOS, J. G. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino: El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994*. Argentina, 1995.
- BRENNAN, W., Jr. “State Constitutions and the Protection of Individual Rights”, em 90 Harv. L. Rev. 489, 1977.
- BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*. OUP, 2003.
- BUERGENTHAL, T. “Inter-American System for the Protection of Human Rights”, em MERON, Th. (Ed.). *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*. Clarendon Press, Oxford, 1986.
- COLAUTTI, C. E. *El Pacto de San José de Costa Rica: Protección a los Derechos Humanos*. Lea, Buenos Aires, 1989.
- DALLA VIA, A. *Estudios sobre Constitución y Economía*. UNAM, 2003.
- FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3a ed., IIDH, 2004.
- GROS ESPIELL, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos: análisis comparativo*. Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- KONDER COMPARATO, F. “A proteção aos Direitos Humanos e a organização federal de competências”, em *A Incorporação das normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos no direito brasileiro*. IIDH-CICR-ACNUR-CE, 1996.
- KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, L. “Federal Clause, Colonial Clause”, em *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, 1995.
- HOWARD, D. “Protecting Human Rights in a Federal System” em TUSHNET, M. (Ed.) *Comparative Constitutional Federalism, Europe and America*. ABC-CLIO, USA, 1990.
- JOSEPH, S., et al. *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*. 2a ed.,

OUP, 2004.

LAPLANTE, L. “Bringing effective remedies home: the Inter-American human rights system, reparations, and the duty of prevention”. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 22, n.º 3, 2004.

MEDINA QUIROGA, C. *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*. Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

NOWAK, M. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. N.P. Engel, Publisher, 2005.

PINTO, M. *Temas de derechos humanos*. Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2009.

SERNA DE LA GARZA, J. M. “Constitutional Federalism In Latin America”. 30 *Cal. W. Int’l L.J.* 277, 2000.

SHARPE, R. J. “The Impact of a Bill of Rights on the Role of the Judiciary: A Canadian Perspective”, em ALSTON, Ph. (Ed.). *Promoting Human Rights through Bills of Rights: Comparative Perspectives*. Clarendon Press, 2000.

SHELTON, D. *Remedies in International Human Rights*. OUP, 2000.

TUSHNET, M. V. “Federalism and International Human Rights in the New Constitutional Order”. 47 *Wayne L. Rev.* 841, 2001.

WOEHLING, J. “Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l’exemple des États-Unis et du Canada”. 46 *R.D.McGill* 21, 2000.

Outras referências não acadêmicas

LEÁUTAUD, E., et al. *Modelos comparados del federalismo: América Latina, Sudáfrica, Estados Unidos, Canadá, Alemania, Austria, Bélgica y Suiza*. Centro Latinoamericano de la Globalidad, 2003.

Sumário

1. Introdução.....	838
2. Obrigações Internacionais do Estado e federalismo.....	840
3. As obrigações dos Estados federais em instrumentos internacionais de Direitos Humanos.....	843
4. Os antecedentes do artigo 28 da CADH.....	845
5. A cláusula federal como fonte de obrigações.....	845
5.1. A cláusula federal e os deveres dos Estados.....	846
5.2. A cláusula federal à luz do artigo 1.1 da CADH.....	846
5.3. A cláusula federal à luz do artigo 2 da CADH.....	849
6. O artigo 28 e o deslinde interno de competências.....	850
7. As entidades da federação frente à CADH.....	852
8. Conclusão.....	853

1. Introdução

A maioria das pessoas protegidas pela CADH e pelo SIDH vive em países federais.¹ Daí a importância de analisar o artigo 28 da CADH, a chamada cláusula federal, uma vez que não há poucas ocasiões em que o governo federal encontra-se na situação de ter que responder às queixas de crimes

1 Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos, México e Venezuela. Ao analisar um caso específico, a CIDH ao analisar as obrigações decorrentes da DADDH para um Estado com estrutura federal, considerou pertinente analisar a norma específica sobre este assunto - o direito de eleger representantes do Poder Legislativo Federal pelos moradores da cidade onde o governo federal está sediado - ele existia no restante dos países federais do continente americano. *Vé*r CIDH. Relatório n.º 98/03, Statehood Solidarity Committee, Estados Unidos, Caso 11.204, Mérito, 29 de dezembro de 2003.

cometidos por seus Estados federativos.² Da mesma forma, o fato de que em muitas ocasiões os agentes públicos de violações de Direitos Humanos dependem dos governos locais e não do governo federal dificulta o cumprimento por parte do Estado de suas obrigações internacionais.³ Também é verdade que vários países tentaram confiar em sua estrutura federal para limitar os efeitos internos da ratificação de tratados de Direitos Humanos⁴ ou para restringir o alcance de sua responsabilidade internacional.⁵ Ainda as autoridades locais tentaram negligenciar suas obrigações argumentando que os tratados foram ratificados pelo Estado federal e não pelo estado federativo.⁶

Certamente, não se pode excluir que existam circunstâncias nas quais a estrutura federal permita que a proteção dos Direitos Humanos seja maior ou melhor no nível local do que no nível federal.⁷ Por exemplo, as constituições e leis estaduais podem conter maiores proteções ou reconhecer mais direitos do que sua contraparte federal.⁸ Também é possível que normas ou instituições legais destinadas a proteger direitos surjam principalmente no nível estadual e depois se consolidem federalmente.⁹ Além

- 2 Konder Comparato, F. “A proteção aos Direitos Humanos e a organização federal de competências”, em *A Incorporação das normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos no direito brasileiro*. IIDH-CICR-ACNUR-CE, 1996, p. 281. Um exemplo dessa situação ocorreu no caso *Toonen vs. Austrália* perante o Comitê DHONU; Nesse caso, foram questionadas duas disposições do Código Penal da Tasmânia, que consideram várias formas de contato sexual entre homens, incluindo qualquer forma de contato sexual entre homens homossexuais adultos, com seu consentimento e em particular. O Governo Federal da Austrália concordou com o Sr. Toonen que este havia sido vítima de interferência arbitrária em sua vida privada e até mesmo que ele poderia ser vítima de discriminação e indicou claramente que não compartilhava o raciocínio das autoridades da Tasmânia. Em sua resposta ao Comitê DHONU, o governo australiano acompanhou as respostas produzidas pelo governo da Tasmânia. Ver Comitê DHONU. *Nicholas Toonen vs. Austrália*, Comunicação n.º 488/1992, UN Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, 1994, par. 6.1 e ss.
- 3 CIDH. Relatório sobre a situação geral dos Direitos Humanos no Brasil, 1997, p. 14, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1, 29 de setembro de 1997. Original: Português, Capítulo 5. O Comitê DHONU se deu conta de que a estrutura federal de diversos Estados dificulta, afeta ou obstaculiza o cumprimento cabal do PIDCP. Ver Comitê DHONU. Observações finais sobre Bélgica, UN Doc. CCPR/C/79/Add.3, 1992, par. 4 (toma nota das principais dificuldades da Bélgica, a saber, o caráter centrífugo do federalismo belga). Comitê DHONU. Observações finais sobre Suíça, UN Doc. CCPR/CO/73/CH, 2001, par. 6 (preocupa ao Comitê o fato de que a implementação das obrigações do Estado Parte sob o Pacto em todas as áreas do seu território possa ser dificultada pela estrutura federal do Estado Parte).
- 4 Talvez o exemplo mais claro seja a declaração que o Governo dos Estados Unidos da América acompanhou ao ratificar o PIDCP, que diz “Os Estados Unidos entendem que este pacto será aplicado pelo governo federal na medida em que possua poderes legislativos e judiciais nos assuntos em questão; nos outros casos, será aplicado pelas administrações estaduais e locais; Na medida em que as administrações estaduais e locais possuam poderes sobre esses assuntos, o governo federal tomará as medidas apropriadas de acordo com o sistema federal para que as autoridades competentes das administrações estaduais ou locais possam tomar as medidas apropriadas para cumprir o Pacto.”
- 5 Por exemplo, no caso *Garrido e Baigorria vs. Argentina*, o Estado argentino “aceitou as consequências jurídicas dos fatos ... à luz do artigo 28 par. 1 e 2 da Convenção ”em uma aparente tentativa de limitar o escopo de sua responsabilidade. Somente quando questionado pelos representantes das vítimas sobre o alcance das mesmas, o Governo reconheceu sua responsabilidade pela totalidade dos fatos”. Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. Mérito. 1996, par. 24-25.
- 6 Por exemplo ver nota do Conselho Geral do Governador do Texas ao Departamento dos Estados Unidos (argumentando que, como o Estado do Texas não é signatário da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, é inapropriado solicitar ao Texas que determine se houve uma violação dessa Convenção). June 16, 1997, letter of Alberto Gonzales, General Counsel to Texas Governor George W. Bush, to Michael, Matheson.
- 7 Ver Brennan, W., Jr. “State Constitutions and the Protection of Individual Rights”. 90 Harv. L. Rev. 489, 1977. Neste artigo, o autor argumenta que as Constituições estaduais são uma fonte de direitos que muitas vezes vão além da Constituição federal e, portanto, os tribunais estaduais não se limitam a interpretar as Constituições estaduais pela interpretação do Supremo Tribunal de Justiça. à Constituição federal. Ver também Howard, D. “Protecting Human Rights in a Federal System”, em Tushnet, M. (Ed.) *Comparative Constitutional Federalism, Europe and America*. ABC-CLIO, USA, 1990. Este autor afirma que os Estados podem proteger mais amplamente os direitos.
- 8 Por exemplo, o artigo 18 da Constituição da Província da Terra do Fogo na Argentina reconhece toda uma série de direitos a crianças que não têm uma recepção expressa na Constituição Argentina, exceto a hierarquia constitucional da Convenção sobre os Direitos da Criança e uma menção sobre ações afirmativas a favor das crianças no artigo 75, inciso 24.
- 9 Por exemplo, no Canadá, a Carta de Direitos e Liberdades do Quebec foi adotada em 1975, enquanto a Carta de Direitos e Liberdades do Canadá foi adotada em 1982. No México, o Escritório do Ombudsman de Proteção Pública do Estado de Aguascalientes foi criado em 1988, enquanto a Comissão Nacional de Direitos Humanos foi criada por decreto presidencial em 1990 e elevada à categoria constitucional até 1992.

disso, o federalismo oferece a possibilidade teórica de um duplo nível de proteção dos direitos através dos mecanismos judiciais dos estados federativos e da federação.¹⁰

O alcance da cláusula federal contida no artigo 28 deve ser claramente definido para não restringir ou limitar indevidamente a proteção internacional dos habitantes de Estados com estrutura federal,¹¹ bem como para evitar que os organismos internacionais condicionem ou impeçam a operação harmônica de distribuição de poderes dentro das federações.¹²

2. Obrigações Internacionais do Estado e federalismo

Antes de analisar o alcance específico do artigo 28, especificaremos como o Direito Internacional regula o tema do federalismo. Os Estados são livres e soberanos para adotar a forma de governo e de Estado que considerem apropriados, seja federal, unitária ou qualquer outra.¹³ No entanto, o Estado não pode reivindicar a conformidade de seu comportamento com as prescrições de seu direito interno para impedir que esse comportamento seja classificado como ilegal de acordo com o Direito Internacional. O ato de um Estado deve ser classificado como internacionalmente ilícito se constituir uma violação de uma obrigação internacional, mesmo que esse fato não infrinja a lei interna do Estado, nem mesmo no caso em que, de acordo com essa lei, o Estado esteja realmente vinculado a esse comportamento.¹⁴

A Corte IDH estabeleceu expressamente que “segundo uma jurisprudência secular e que não variou até agora, um Estado não pode reivindicar que sua estrutura federal para deixar de cumprir uma obrigação internacional.”¹⁵

10 *Ver* Woehrling, J. “Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l’exemple des États-Unis et du Canada”. 46 R.D.McGill 21, 2000, pp. 39 e ss.

11 CIDH. Relatório sobre a situação geral dos Direitos Humanos no Brasil, 1997, p. 14, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1, 29 de setembro de 1997. Original: Português. Indicando que “Não pode deixar de expressar sua preocupação com a falta de cumprimento pelo Estado de [...] muitas obrigações contidas em instrumentos internacionais de Direitos Humanos, porque os Estados membros ou entidades estatais que fazem parte da República Federal exercem suas atividades, jurisdição e têm jurisdição sobre crimes cometidos em seus respectivos territórios. O chamado “princípio federativo”, segundo o qual os estados individuais gozam de autonomia, tem sido frequentemente utilizado como explicação para impedir a investigação e determinação dos responsáveis por violações - muitas vezes graves - dos Direitos Humanos e contribuiu para acentuar a impunidade dos autores de tais violações”.

12 CIDH. Resolução n.º 3/87, Caso n.º 9647, Estados Unidos. A CIDH considerou que um Estado federal havia violado suas obrigações internacionais ao permitir determinar se os homicídios mereciam a pena de morte a cada Estado da União e não ao Governo federal. Em muitos países federais, as disposições de direito penal são eminentemente um poder dos governos locais e não do governo central. Um caso politicamente sensível que teve que ser resolvido é aquele em que foi alegada a violação dos direitos dos residentes do Distrito de Columbia nos Estados Unidos, de acordo com a Constituição daquele país, eles não podem votar, desde que residam Na capital e sede do governo federal, os redatores originais da Constituição temiam que conceder-lhes a possibilidade de votar pudesse criar desequilíbrios e influência indevida no governo federal.

13 Barberis, J. A. *Los sujetos del derecho internacional actual*. Tecnos, Madri, 1984, p. 59.

14 International Law Commission. Report on the work of its fifty-third session (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001), General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement n.º 10 (A/56/10).

15 Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998, par. 46. *Ver também* Corte IDH. *Caso da Penitenciária Urso Branco vs. República Federativa do Brasil*, Medidas Provisórias. Resolução de 7 de julho de 2004. Isso foi expresso pelo juiz Antonio A. Cançado Trindade em seu voto individual na Resolução: “[no] presente caso da penitenciária de Urso Branco, o Estado não pode tentar se eximir da responsabilidade internacional por violações de Direitos Humanos à vida e à integridade pessoal dos presos por razões de ordem interna ligada à sua estrutura federal”. Nesse sentido, a Corte Interamericana na Sentença do caso Garrido e Baigorria vs. Argentina (Reparações) invocou uma “jurisprudência secular”, que até agora não mudou, no sentido de que “um Estado não pode reivindicar sua estrutura federal para deixar de cumprir uma obrigação internacional”, par. 46. (grifo nosso) No parecer consultivo sobre o direito à informação sobre assistência consular no âmbito das garantias de devido processo - verdadeiramente pioneiro e histórico, e que serviu de fonte de inspiração para a jurisprudência internacional em *status nascendi* sobre o assunto - a Corte Interamericana determinou, nesse ponto específico, que “as obrigações convencionais devem ser cumpridas pelos Estados, independentemente de sua estrutura federal ou unitária, par. 140, e parágrafo dispositivo 8.

Esta declaração é compartilhada por outro tribunal internacional, a CIJ, que declarou:

A conformidade com o direito interno e a conformidade com as disposições de um tratado são questões diferentes. O que constitui uma violação de um tratado pode ser legal no direito interno e o que é ilegal no direito interno não pode implicar qualquer violação das disposições de um tratado.¹⁶

Este princípio encontra seu apoio na CVDT. De fato, o artigo 27 da CVDT diz que “uma Parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”.¹⁷

Da mesma forma, o Estado não pode alegar as disposições ou insuficiências de seu direito interno como uma isenção de sua responsabilidade internacional.¹⁸ A Corte IDH rejeitou a possibilidade de invocar o direito interno, incluindo a Constituição, como uma limitação da responsabilidade internacional do Estado, indicando que isso obrigaria a própria Corte IDH a ter:

Como primeiro parâmetro de referência, a Constituição de um Estado e apenas subsidiariamente a Convenção Americana [que] levaria a uma fragmentação da ordem jurídica internacional de proteção dos Direitos Humanos e tornaria ilusório o objeto e a finalidade da Convenção Americana.¹⁹

Como a CIDH afirmou, referindo-se especificamente ao artigo 28 da CADH:

Uma interpretação diferente da obrigação contida na cláusula federal levaria ao absurdo de transformar a proteção dos Direitos Humanos em uma decisão meramente discricionária, sujeita ao critério de cada um dos Estados Partes.²⁰

O Estado é responsável por qualquer comportamento incompatível com suas obrigações internacionais, independentemente do nível de administração ou governo em que ocorra.

No direito interno, o “Estado” geralmente é subdividido em uma série de diferentes entidades jurídicas (ministérios, departamentos, unidades membros de uma federação etc.) que podem ter uma personalidade jurídica separada de acordo com o direito interno, com contas e responsabilidades separadas. Mas, no Direito Internacional, um Estado não pode fugir de sua responsabilidade internacional por um simples processo de subdivisão interna.

O Estado, como sujeito do Direito Internacional, é considerado responsável pelo comportamento de todos os órgãos, serviços e funcionários que fazem parte de sua organização e atuam nessa capacidade, independentemente de terem ou não personalidade jurídica separada.²¹ Portanto,

Considera-se [...] ato do Estado, de acordo com o Direito Internacional, o comportamento de qualquer órgão estatal, se exerce funções legislativas, executivas, judiciais ou outras, qualquer que seja sua posição na organização do Estado e se pertence ao governo central quanto a uma divisão territorial do Estado.

16 CIJ. *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15, par. 73.

17 O artigo 46 da CVDT permite a alegação de disposições de direito interno relativas à concorrência concluir tratados, em certas circunstâncias, por exemplo, quando a violação dessas disposições “fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental”.

18 Brownlie, I. *Principles of Public International Law*. OUP, 2003, p. 35.

19 Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad e Tobago*. EP. 2001, par. 93. Corte IDH. *Caso Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. EP. 2001, par. 84. Corte IDH. *Caso Constantine e outros vs. Trinidad e Tobago*. EP. 2001, par. 84.

20 CIDH. Relatório n.º 26/09, *Wallace de Almeida, Brasil*, Caso 12.440, Admissibilidade e Mérito, 20 de março de 2009, par. 166.

21 *International Law Commission. Report on the work of its fifty-third session, (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001)*, General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement n.º 10 (A/56/10). Comentários ao projeto de artigo s, pp. 66-67.

O termo *órgãos do Estado* não se limita, pois, aos *órgãos da administração central*, mas se estende aos *órgãos do governo de qualquer tipo ou categoria que exerçam quaisquer funções e em qualquer nível da hierarquia, inclusive no nível provincial ou municipal*.²² A responsabilidade internacional do Estado se aplica igualmente aos *órgãos da administração central e aos órgãos da administração regional ou local*. Do ponto de vista do Direito Internacional, não importa que a divisão territorial faça parte de um Estado federal ou seja uma região autônoma específica, nem se o direito interno do Estado confere ou não ao parlamento federal o poder de obrigar a divisão territorial a cumprir as obrigações internacionais do Estado.²³

A CIDH indicou repetidamente que, no caso de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional desse Estado responde na esfera internacional pelos atos cometidos por agentes dos estados membros da federação.²⁴ Consistente com essa interpretação, apontou-se que “a responsabilidade internacional pelas violações de Direitos Humanos causadas por agentes do poder público – *independentemente ... da entidade a que pertencem – é imputável, definitivamente, ao Estado*”.²⁵ Adicionando em um caso posterior:

Como princípio geral do Direito Internacional, os atos praticados por entidades federais ou *órgãos estatais que violem uma obrigação internacionalmente assumida são atribuídos a este último no estabelecimento da responsabilidade internacional*.²⁶

Como consequência, a aplicação de padrões internacionais deve ser realizada em todo o território da federação. Ao adotar este postulado, o artigo 29 da CVDT estabelece que “a não ser que uma intenção diferente se evidencie do tratado, ou seja estabelecida de outra forma, um tratado obriga cada uma das partes em relação a todo o seu território «.

Aplicando esses princípios, a Corte IDH, em parecer consultivo, considerou que as disposições internacionais que dizem respeito à proteção dos Direitos Humanos nos Estados americanos devem ser respeitadas pelos Estados americanos que são Partes das respectivas convenções, independentemente de sua estrutura federal ou unitária.²⁷

3. As obrigações dos Estados federais em instrumentos internacionais de Direitos Humanos

22 International Law Commission. Report on the work of its fifty-third session, (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001), General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement n.º 10 (A/56/10). Comentários al proyecto de artículo s, p. 70. Com efeito, o Comitê de DHONU analisou a responsabilidade do Estado a partir d ataucao de seus municípios. Ver, por exemplo, o caso *Lindgren vs. Suécia*, onde se alegou discriminação devido à diversidade de regimes municipais de subsídios a escolas privadas. Comitê DHONU. *Lindgren e outros vs. Suécia*, Comunicação n.º 298/1988, UN Doc. CCPR/C/40/D/298/1988, 1990.

23 International Law Commission. Report on the work of its fifty-third session (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001), General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement n.º 10 (A/56/10). Comentários ao projeto de artigos, p. 74. No caso *La Grand*, a CIJ declarou que o Estado incorre em responsabilidade internacional pelos atos de seus *órgãos e autoridades competentes*, qualquer que seja. Agregou que se as obrigações internacionais caem dentro da esfera de Competência do Governo local, este está obrigado a atuar em conformidade com os compromissos internacionais do Estado. CIJ. *La Grand (Alemanha vs. Estados Unidos da América)*, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I. C. J. Reports 1999, p. 9, par. 28.

24 CIDH. Relatório n.º 35/01, *Jailton Neri Da Fonseca, Brasil*, Caso 11.634, 22 de fevereiro de 2001, par. 13. CIDH. Relatório Anual de 2000, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 20 rev., 16 de abril de 2001. Relatório n.º 10/0, *Marcos Aurelio De Oliveira, Brasil*, Caso 11.599, par. 21. CIDH. Informe Anual 1999, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3, 13 de abril de 2000. CIDH. Relatório n.º 24/98, *João Canuto De Oliveira, Brasil*, Caso 11.287, 7 de abril de 1998, par. 42. CIDH. Informe Anual 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6, 17 de fevereiro de 1998.

25 CIDH. Relatório n.º 2/99, *Manuel Manríquez, México*, Caso 11.509, 23 de fevereiro de 1999. (grifo nosso)

26 CIDH. Relatório n.º 37/10, *Manoel Leal de Oliveira, Brasil*, Publicação, Caso 12.308, 17 de março de 2010, par. 143.

27 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99, *op. cit.*, par. 192 e 194.

Resumindo os princípios gerais do Direito Internacional clássico, vale a pena revisar a regulamentação que outros tratados de Direitos Humanos incluem para levar em consideração o contexto jurídico no qual a CADH deve ser interpretada. O tratado faz parte de um *corpus juris* internacional para a proteção dos Direitos Humanos, que pode ser usado para determinar o alcance de qualquer disposição convencional.²⁸

Tradicionalmente, os tratados em geral incluem a chamada cláusula federal; trata-se de uma disposição específica que define o alcance do respectivo tratado em âmbito federal.²⁹ No entanto, a *cláusula federal é cada vez mais rara em tratados relacionados à proteção dos Direitos Humanos*. Dentro do próprio SIDH, a CIPST, a CIDFP e a CIEFDPD não preveem uma cláusula federal. Com isso, pode-se entender que a previsão da CADH é uma exceção e não uma regra geral no contexto dos tratados interamericanos de Direitos Humanos e, portanto, deve ser analisada, interpretada e aplicada de forma restritiva.

Somente a Convenção de Belém do Pará previu no artigo 20 uma cláusula que estipula:

Os Estados Partes que tenham duas ou mais unidades territoriais em que vigorem sistemas jurídicos diferentes relacionados com as questões de que trata esta Convenção poderão declarar, no momento de assiná-la, de ratificá-la ou de a ela aderir, que a Convenção se aplicará a todas as suas unidades territoriais ou somente a uma ou mais delas.

Tal declaração poderá ser modificada, em qualquer momento, mediante declarações ulteriores, que indicarão expressamente a unidade ou as unidades territoriais a que se aplicará esta Convenção. Essas declarações ulteriores serão transmitidas à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos e entrarão em vigor trinta dias depois de recebidas.

Na realidade, essa é uma cláusula que os autores chamam de territorial, e não federal, e que é comum com quase o mesmo texto em tratados sobre Direito Internacional privado.³⁰ Não aparece claramente da história legislativa, ou prática subsequente, que o artigo 20 da referida Convenção se refere às unidades territoriais de uma federação ou às possessões territoriais de alguns Estados. De toda forma, nenhum Estado fez a declaração mencionada no referido artigo para limitar a aplicação da Convenção de Belém do Pará.

Dentro do sistema da ONU, há uma clara predominância de convenções que não previram qualquer disposição relativa a obrigações ou restrições específicas para Estados federais. Assim, entre outras, a Convenção Relativa ao Combate à Discriminação na Esfera da Educação, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção contra a Tortura ou outro Tratamento Cruel, Desumano ou Degradante, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas famílias, a Convenção sobre a Não Aplicabilidade de Crimes de guerra e crimes contra a humanidade e a Convenção para a Prevenção e a sanção contra o genocídio não contêm cláusulas federais. Apenas duas convenções antigas, adotadas antes da CADH e relacionadas à proteção da pessoa humana, a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas e a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, nos artigos 37 e 41, contêm uma cláusula federal.

Tanto o PIDESC quanto o PIDCP estabelecem expressamente que são aplicáveis em toda a extensão territorial sem exceção ou limitação de nenhum tipo. Assim, o PIDESC, em seu artigo 28 e o PIDCP, em seu artigo 50, estabelecem de forma idêntica que:

28 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. M. 1999, p. 192 e 194.

29 Kos-Rabcewicz-Zubkowski, L. “Federal Clause, Colonial Clause”, em *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, 1995, p. 359.

30 *Vér*; por exemplo, Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, artigo 93, inciso 1.

Aplicar-se-ão as disposições do presente Pacto, sem qualquer limitação ou exceção, a todas as unidades constitutivas dos Estados federativos..³¹

Essas disposições foram controversas ao longo do processo de elaboração dos tratados. A discussão principal girou em torno de saber se essas disposições envolviam federalizar questões que estavam sob a jurisdição das unidades da federação. Finalmente, como pode ser visto, prevaleceu a iniciativa de deixar claro que os pactos se aplicam a todo o território da federação, aceitando assim o princípio do Direito Internacional clássico.³²

O Comitê de Direitos Humanos entendeu que, embora o Pacto permita que os Estados Partes tornem efetivos os direitos reconhecidos no tratado de acordo com os procedimentos constitucionais nacionais, segue o mesmo princípio de que os Estados Partes não podem invocar as disposições de sua lei constitucional ou outros elementos da legislação nacional, incluindo aqueles relacionados à sua estrutura federal, para justificar o não cumprimento ou não aplicação das obrigações dos tratados.³³ De acordo com esses artigos, os governos centrais das federações devem garantir que as leis e práticas de suas províncias estejam em conformidade com as disposições dos tratados.³⁴

Nos outros sistemas regionais de Direitos Humanos, nem a CEDH nem a CADHP contêm uma disposição referente ao escopo das obrigações nos Estados federais.

A CADH como tratado internacional deve ser interpretada levando em consideração os princípios gerais do Direito Internacional descritos anteriormente.³⁵ Em particular, é essencial começar a considerar as disposições da CADH, no contexto mais amplo dos sistemas internacionais e interamericanos de Direitos Humanos e de maneira evolutiva, tendo em vista os desenvolvimentos no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos desde que a CADH foi adotada e com a devida consideração a outras regras do Direito Internacional aplicáveis aos Estados membros.³⁶

Nessa perspectiva, o artigo 28 da CADH foi descrito como “um anacronismo”,³⁷ uma vez que não se enquadra na tendência dos demais tratados de Direitos Humanos de incluir uma cláusula federal em sua normativa. Portanto, ao interpretar o artigo 28 da CADH, devem ser levadas em consideração a jurisprudência e a prática internacional no assunto.

31 Um texto similar se encontra no artigo 41 da Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados e no artigo 4 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

32 Ver Nowak, M. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. N.P. Engel, Publisher, 2005, pp. 636-637. No âmbito da Organização Internacional do Trabalho, uma estrutura de coordenação, consulta e informação foi estabelecida entre o governo federal, os estados membros da federação e a própria OIT. Ver artigo 19 subseção 7 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho. Esta cláusula é importante, uma vez que a Corte Interamericana utilizou em várias ocasiões as normas adotadas no âmbito da OIT para interpretar normas relevantes da CADH ou outros instrumentos de Direitos Humanos. Ver Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. FRC. 2001, par. 157 e ss. Nesta sentença, a Corte Interamericana cita o preâmbulo da OIT e a Convenção nº 98 para interpretar o direito à liberdade de associação. Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Peru*. FRC. 2005. Nesta Sentença, a Corte Interamericana cita a Convenção nº 87 para interpretar o direito à liberdade de associação. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. 2003, pars. 86 e 145. Nesta Sentença, a Corte Interamericana cita, entre outras, as Convenções nº 97, 111, 143 e 168, para analisar o princípio da não discriminação.

33 Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 31. *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de maio de 2004, par. 4.

34 Joseph, S, et al. *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*. 2nd. ed. OUP, 2004, p. 14.

35 CIDH. Resolução n.º 26/88, Caso 10.109, Argentina, 13 de setembro de 1988, par. 4. CIDH. Informe Anual 1986-1987, OEA/Ser.L/V/II.74, Doc. 10 rev. 1, 16 de setembro de 1988, no qual aplica a CVDI. CIDH. Relatório n.º 5/96, Caso 10.970, Peru, 1 de março de 1996. Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. RC. 2001, par. 24, onde a Corte IDH cita jurisprudência da Corte Internacional de Justiça.

36 CIDH. Relatório n.º 52/01, *Juan Raul Garza, Estados Unidos*, Caso 12.243, 4 de abril de 2001. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99, *op. cit.*

37 Buergeth, Th. “Inter-American System for the Protection of Human Rights”, em Meron, Th. (Ed.). *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 445.

4. Os antecedentes do artigo 28 da CADH

O artigo 32 da CVDT permite o uso de meios complementares de interpretação, em particular aos trabalhos preparatórios do tratado e as circunstâncias de sua celebração. Uma análise cuidadosa da história legislativa indica que a principal preocupação da delegação proponente do atual artigo 28 era não alterar a divisão interna de competências, mas também não restringir o alcance territorial e jurisdicional da CADH.

O projeto de convenção original preparado pela CIDH, em seu artigo 29, indicava que:

Cada Estado Parte, ao constituir uma federação, tomará as medidas necessárias, de acordo com sua Constituição e suas leis, para que as disposições da presente Convenção sejam efetivadas em todos os estados, províncias ou departamentos federais e outros territórios sob sua jurisdição.³⁸

O governo dos Estados Unidos sustentou que o artigo era ambíguo e aberto a interpretações variadas. No entanto, concordou com a necessidade de inclusão de um artigo que enfatizasse a necessidade de cooperação entre o governo central e os governos estaduais, mas sem alterar a divisão de poderes no interior das federações. Portanto, propôs uma redação que deixava claro que “todos os governos nacionais estão sujeitos a todas as disposições da Convenção sobre as quais exercem jurisdição”.³⁹ Durante as discussões específicas sobre este artigo, a delegação dos Estados Unidos novamente insistiu na necessidade de não ser adotada uma disposição que alterasse “completamente a estrutura da forma atual de governo”, fazendo o governo federal legislar sobre assuntos que não se enquadram na sua esfera, mas na dos estados da União.⁴⁰ Para atender a essas preocupações, a Conferência Especializada decidiu incluir o atual artigo 28, redigido com base em uma proposta do governo dos Estados Unidos.

A delegação do governo dos Estados Unidos entendeu que a redação do artigo 28 era fundamentalmente diferente do artigo 50 do PIDCP já citado. A principal distinção estaria em que o Pacto, diferentemente da CADH, obriga o governo federal a exercer poderes sobre assuntos que podem ser reservados às unidades do Estado. Em vez disso, a CADH apenas obriga a tomar as medidas necessárias para que as entidades da federação cumpram as disposições deste instrumento. Entre as medidas estavam recomendações de acordo com a delegação norte-americana. Mas, em qualquer caso, sempre seria uma decisão interna e não uma obrigação internacional.⁴¹

5. A cláusula federal como fonte de obrigações

A Corte IDH reconheceu que pode interpretar o artigo 28, bem como a responsabilidade de não ser observado por parte do Estado. Com efeito, a Corte IDH reafirmou, perante um questionamento estatal, seu poder de:

interpretar e aplicar todas as disposições da Convenção Americana, não apenas as que reconhecem direitos específicos, mas também as que estabelecem obrigações gerais, como as derivadas dos artigos 1 e 2 do tratado, geralmente interpretadas e aplicadas pelo Tribunal, bem como outras disposições, entre as quais as regras de interpretação previstas no artigo 29 do referido instrumento.⁴²

38 OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 24. *Ver* United States Department of State, U.S. Position Paper for the Inter-American Human Rights Conference, San José, Costa Rica, November 7-22, 1969, prepared by Walter J.Landry, sección 29.a.

39 OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, *op. cit.*, p. 67.

40 OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, *op. cit.*, p. 275.

41 Buergethal, Thomas. “Inter-American System for the Protection of Human Rights”, *op. cit.*, p. 37.

42 Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. EPFRC. 2009, par. 145.

Uma vez estabelecida sua faculdade de interpretar e aplicar o artigo 28, a Corte IDH parou para sustentar que:

A alegação sobre a possível não observância das obrigações decorrentes do artigo 28 da Convenção deve se referir a um fato com gravidade suficiente para ser considerado um verdadeiro descumprimento.⁴³

Até o momento, a Corte IDH não definiu o que deve ser interpretado como “gravidade suficiente” para configurar a não observância do artigo 28. No entanto, é importante observar que a Corte IDH, para determinar a não observância das obrigações emergentes do artigo 28, levou em conta que “o Estado não opôs a sua estrutura federal como desculpa para violar uma obrigação internacional”.⁴⁴

De qualquer forma, a Corte IDH se referiu às “obrigações decorrentes do artigo 28 da CADH, em relação aos artigos 1 e 2 do mesmo tratado”.⁴⁵ Em outras palavras, reconheceu implicitamente o artigo 28 como fonte de obrigações e não o fez como mera limitação àquelas obrigações gerais que surgem dos artigos 1 e 2 da CADH.

5.1. A cláusula federal e os deveres dos Estados

Para analisar as obrigações da CADH, é essencial ler os artigos 1, 2 e 28 conjuntamente.⁴⁶ Uma leitura harmoniosa e abrangente dessas disposições permite-nos sustentar que a CADH estabelece como deveres fundamentais a cargo dos Estados Partes (ou seja, Estados com estrutura federal, unitária ou qualquer outra estrutura), aqueles de respeito e garantia do pleno exercício dos Direitos Humanos nela reconhecidos (artigo 1..). Além disso, coloca os Estados Partes com organização federal na obrigação de adotar as disposições de direito interno pertinentes e necessárias para cumprir tais deveres (artigos 2 e 28.2). As duas obrigações gerais consagradas na CADH – a de respeitar e garantir os direitos protegidos (artigo 1.1) e a de adaptar o direito interno às normas internacionais (artigo 2) – são inextricavelmente inter-relacionadas e não estão condicionadas pelo artigo 28.

Uma interpretação do artigo 28 isolada do restante da CADH e dos princípios gerais de direito, “conduziria a relevar o governo central de suas obrigações decorrentes da Convenção e poderia deixar as pessoas privadas de proteção internacional”.⁴⁷ Nunca, seguindo as normas de interpretação estabelecidas no artigo 31 da CVDT e, em especial, no artigo 29, “a”, da CADH, pode-se concluir que o artigo 28 restringe os deveres do Estado federal. Como o artigo 29.a indica: “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes [...] suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção [...]”.

5.2. A cláusula federal à luz do artigo 1.1 da CADH

A partir do artigo 1 da CADH, desprendem-se duas obrigações básicas do Estado: respeitar e garantir os direitos reconhecidos de todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição. Em termos de Direito Internacional, é claro que, nos Estados federais, as pessoas estão sujeitas à sua jurisdição, independentemente de estarem ou residirem em regiões provinciais ou federais. Portanto, esse dever de respeito e garantia se estende a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado. Os artigos 1 e 2 da CADH não fazem distinção entre pessoas sujeitas à jurisdição de Estados federais e pessoas sujeitas à jurisdição de Estados unitários.

43 Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. EPFRC. 2009, par. 220.

44 Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. EPFRC. 2009, par. 138.

45 *Ibidem*, par. 139. Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. EPFRC. 2009, par. 221.

46 Ver os comentários aos artigos 1 (obrigação de respeitar os direitos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno), de autoria de Ferrer Mac-Gregor e Pelayo.

47 CIDH. Relatório n.º 8/91, Caso 10.180, México, 22 de fevereiro de 1991, par. 41.

O sistema da CADH tem o intuito de reconhecer os direitos e liberdades dos indivíduos e não a facultar os Estados a fazê-lo.⁴⁸ A CADH não permite que os Estados reconheçam os direitos que estabelecem com base em sua estrutura federal, mas os reconhece diretamente e obriga os Estados a respeitá-los e garanti-los de acordo com o disposto no artigo 1. O fato de os Estados poderem estabelecer as condições para o exercício de um certo direito não impede sua aplicabilidade sob o Direito Internacional. Consequentemente, se por qualquer circunstância – incluindo a estrutura federal do Estado –, o direito não poderia ser exercido por “toda pessoa” sujeita à jurisdição de um Estado, isso constituiria uma violação da CADH que poderia ser denunciada perante os órgãos de proteção nela previstos.⁴⁹

Como a CIDH indicou:

O artigo 28, em conexão com o artigo 1(1) da Convenção, impõe aos Estados, de acordo com suas constituições e leis, a obrigação de adotar medidas para que os órgãos, autoridades e estruturas de poder que os compõem respeitem e garantam o pleno exercício dos direitos e garantias consagrados na Convenção.⁵⁰

Por sua vez, a Corte IDH indicou que a obrigação de garantir os direitos reconhecidos na CADH, codificados no artigo 1.1, implica o dever dos Estados Partes de organizar todas as estruturas através das quais o exercício do poder público se manifesta, de forma que sejam capazes de garantir legalmente o exercício livre e pleno dos Direitos Humanos.⁵¹ É claro que todas as estruturas de poder público envolvem tanto as instituições nacionais quanto as de nível estadual ou estadual. Por esse motivo, “a CIDH instou um governo federal a adotar imediatamente as medidas pertinentes, de acordo com sua Constituição e suas leis, *para que todo o aparato do Estado, inclusive as autoridades dos estados federativos, adotem medidas para cumprir a Convenção*”.⁵²

O artigo 1 da CADH obriga os Estados Partes a não apenas respeitar os direitos e liberdades reconhecidos, mas a garantir seu livre e pleno exercício a todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição. Esta disposição, afirmou a Corte IDH:

Contém um dever positivo para os Estados. Também deve ser especificado que garantir significa a obrigação do Estado de adotar todas as medidas necessárias para remover quaisquer obstáculos que possam existir para que os indivíduos possam usufruir dos direitos que a Convenção reconhece [...].⁵³

Esses obstáculos podem ser encontrados perfeitamente na estrutura federal do Estado e, portanto, o governo central, responsável internacional nos termos dos artigos 1, 2 e 28, deve executar e adotar todas as medidas necessárias para que os habitantes sob sua jurisdição encontrados nos territórios das unidades federativas possam usufruir de maneira não discriminatória todos os direitos reconhecidos.

A obrigação de garantir o livre e pleno exercício dos Direitos Humanos requer “a existência de uma ordem normativa que visa possibilitar o cumprimento dessa obrigação”.⁵⁴ Portanto, o Estado federal deve criar essa estrutura legislativa que permita por si só ou através das unidades federativas cumprir sua obrigação de garantir direitos. Além disso, esse dever de garantir exige “a necessidade de conduta governamental que garanta a existência, na realidade, de uma garantia efetiva do livre e pleno exercício dos Direitos Humanos”.⁵⁵

48 Ver o Preâmbulo da CADH e Corte IDH. Parecer Consultivo OC- 2/82. *Os efeitos das reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1982, par. 33.

49 Ver *mutatis mutandis*. Corte IDH. Parecer Consultivo PC-7/86. *Exigibilidade do direito de retificação ou resposta*. 1986, par. 24.

50 CIDH. Relatório n.º 24/98, *Caso João Canuto de Oliveira Brasil*, Caso 11.287, 7 de abril de 1998, par. 145.

51 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 166.

52 CIDH. Relatório sobre a situação geral dos Direitos Humanos no Brasil, 1997, p. 14, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1, 29 de setembro de 1997. Capítulo 5. (grifo nosso)

53 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90. *Exceções ao esgotamento dos recursos internos*. 1990, par. 34.

54 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 167.

55 *Idem*.

Assim, além do marco normativo, o Estado federal deve adotar todos os comportamentos necessários para que as normas convencionais produzam um efeito útil, ou seja, que tenham uma existência concreta na realidade das províncias. Mais especificamente, o primeiro componente desse dever de garantia é o de prevenção.⁵⁶ A Corte IDH entendeu que esse dever de prevenção:

abarca todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a salvaguarda dos Direitos Humanos e que assegurem que as eventuais violações aos mesmos sejam efetivamente consideradas e tratadas como um fato ilícito que, como tal, é suscetível de acarretar sanções para quem as cometa, assim como a obrigação de indenizar as vítimas por suas consequências prejudiciais.⁵⁷

Da mesma forma, o Estado tem o dever de investigar qualquer violação dos Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 1.1 da CADH.⁵⁸ Essa obrigação, em muitas circunstâncias, pode ser difícil de cumprir, especialmente quando as violações cometidas por agentes provinciais devem ser investigadas e processadas pelos órgãos de acusação e administração de justiça provinciais. A não pouco infrequente falta de vontade ou capacidade de realizar tais investigações e ações penais atraiu muita atenção em países com uma estrutura federal.⁵⁹ Por enquanto, em vários países, para equipar precisamente o governo federal com melhores ferramentas, tem havido uma tendência de federalizar a acusação de crimes relacionados à violação dos Direitos Humanos.⁶⁰

O dever de garantia também resulta da obrigação de reparar os danos causados por uma eventual violação de qualquer direito reconhecido.⁶¹ A jurisprudência interamericana entendeu que o Estado obrigado não pode invocar disposições do direito interno para modificar ou violar a obrigação de reparar. Isso está sujeito em todos os aspectos (escopo, natureza, modalidades e determinação dos beneficiários) ao Direito Internacional.⁶² Assim, o Estado federal será obrigado a reparar as violações, independentemente do que for previsto em seu direito federal, em particular em tudo o que se refere à indenização. Em vários casos perante o SIDH, os governos estaduais assumiram o pagamento de indenização por violações de Direitos Humanos.⁶³

56 Laplante, L. "Bringing effective remedies home: the Inter-American human rights system, reparations, and the duty of prevention". *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 22, n.º 3, 2004, p. 347 e ss.

57 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, par. 175.

58 Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. MRC. 2005, par. 64.

59 Nos Estados Unidos, o governo federal adotou legislação em nível federal, tanto na esfera civil quanto criminal, para buscar remédios judiciais para violações de direitos constitucionais ou civis. Várias leis federais estabeleceram garantias no nível federal em relação aos direitos civis, portanto, é o governo federal que adquire a Competência para executar sua implementação, incluindo sua investigação e processo por tribunais civis. Veja, por exemplo, Lei de Direitos Civis, Lei de Direitos de Voto, Lei de Igualdade de Oportunidades de Crédito; Lei dos Americanos com Deficiência; Lei Nacional de Registro de Eleitores; Lei de Voto de Ausentes de Cidadãos Estrangeiros e Ultramarinos; Acessibilidade à votação do ato para idosos e deficientes; Lei dos Direitos Civis das Pessoas Institucionalizadas; Lei de Liberdade de Acesso às Entradas Clínicas; Provisão por Má Conduta Policial da Lei de Controle de Crimes Violentos e Aplicação da Lei; Lei de Reforma e Controle de Imigração; Lei de Imigração e Nacionalidade. O Supremo Tribunal dos Estados Unidos confirmou a constitucionalidade da possibilidade da jurisdição federal de julgar esses fatos. Veja, por exemplo, 383 U.S. 745, *Estados Unidos vs. Convidado* (1968). Deve-se ter em mente, no entanto, que nos Estados Unidos, nenhuma das disposições mencionadas acima foi adotada com o objetivo de cumprir as obrigações dos poucos tratados de Direitos Humanos ratificados por esse país. Pelo contrário, é bastante claro que a ratificação das convenções de Direitos Humanos não se destina a federalizar questões que possam corresponder aos Estados da União. Veja as cláusulas interpretativas que os Estados Unidos geralmente atribuem às suas ratificações citadas na nota 5.

60 Ver artigo 109 introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, Publicada no DOU de 31/12/2004. Ver também Flavia Piovesan, Reforma do Judiciário e Direitos Humanos, mimeo, sem data, p. 18 e ss. A CIDH considerou esta norma como um esforço "importante" do governo brasileiro para adotar medidas legislativas para cumprir as disposições da CADH. *Caso Oliveira*, par. 149.

61 Ver, em geral, Shelton, D. *Remedies in International Human Rights*. OUP, 2000.

62 Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. R. 2004, par. 53.

63 Ver, por exemplo, Decreto del Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza n.º 1.105, de 17 de julio de 1999, autorizando o pagamento de indenização no caso Garrido-Baigorria perante a Corte. Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs Argentina*. Resolução de 27 de novembro de 2002. CIDH. Relatório n.º 31/97, *Paulo C. Guardatti*, Argentina, Caso

A CIDH seguiu a tese de que as obrigações decorrentes do artigo 1 são os fatores determinantes na verificação do alcance das obrigações de um Estado federal. O artigo 28 da CADH vem complementar essas obrigações genéricas. Assim, a CIDH indicou que:

O artigo 1(1) da Convenção estabelece claramente a obrigação do Estado de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção, bem como de garantir seu livre e pleno exercício, para que qualquer violação dos direitos reconhecidos pela Convenção possa ser atribuída, de acordo com as normas do Direito Internacional, à ação ou omissão de qualquer autoridade pública, constitui um ato de responsabilidade do Estado. De acordo com o artigo 28 da Convenção, quando se trata de um Estado federativo[...] o governo nacional responde na esfera internacional pelos atos praticados pelas entidades que compõem a federação.⁶⁴

Em um relatório sobre a situação geral dos Direitos Humanos em um país, apontou, em relação à existência de grupos para-policiais, que o governo federal tem a obrigação de agir urgentemente para desmantelar esses grupos e investigar e punir os responsáveis, para destacar posteriormente a responsabilidade que corresponde, além disso, aos diferentes Estados do interior nesses casos, em conformidade com o disposto no artigo 28 da CADH em relação ao artigo 1 do instrumento internacional mencionado.⁶⁵

5.3. A cláusula federal à luz do artigo 2 da CADH

Por sua vez, a obrigação do artigo 2 exige que a legislação necessária seja adotada para efetivar as normas de proteção convencionais, preenchendo lacunas ou insuficiências no direito interno, incluindo aquelas originadas na estrutura federal, a fim de harmonizá-las com as normas convencionais.⁶⁶

O dever geral do artigo 2 da CADH implica a adoção de medidas em dois aspectos. Por um lado, a supressão das regras e práticas de qualquer natureza que impliquem violações das garantias previstas na CADH. Por outro lado, a emissão de normas e o desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância dessas garantias.⁶⁷ Portanto, ambos os lados exigem ações positivas do governo federal para garantir a efetiva aplicação dos direitos e liberdades fundamentais.

A menção feita ao artigo 2.a, procedimentos constitucionais, implica uma referência à Constituição apenas no que diz respeito ao aspecto processual. Os Estados podem escolher como será realizada a adaptação da lei e prática das unidades da federação às obrigações da CADH. Mas de maneira alguma significa que o Estado pode se retirar de tais obrigações invocando seu Direito Constitucional. Como mencionou a CIDH:

O artigo 2 indica “de acordo com seus procedimentos constitucionais”, deixando assim ao estado do Rio de Janeiro, ou ao Estado do Brasil, escolher os meios pelos quais cumprirá seu compromisso internacional. O que é relevante é apenas “o resultado da implementação”, ou seja, o respeito e a garantia dos direitos.⁶⁸

O cumprimento da obrigação de garantir direitos protegidos depende não apenas das disposições constitucionais ou legislativas existentes – que muitas vezes não são suficientes - mas também pode exigir outras medidas dos Estados partes. Portanto, quando se analisa a conduta do Estado federal, não se pode limitar apenas as disposições constitucionais ou disposições legais que, *prima facie*, estabeleçam a distribuição de poderes entre jurisdições e que muitas vezes limitam a ação do governo central.

11.217, 14 de outubro de 1997. Decreto n.º 42.793 de 8 de janeiro de 1998, do Estado de São Paulo, autorizando o pagamento às vítimas do caso do 42º Distrito Policial (Parque Sao Lucas). CIDH. Relatório n.º 34/00, *Carandiru, Brasil*, Caso 11.291, de 13 de abril de 2000.

64 CIDH. Relatório n.º 34/00, *Carandiru, Brasil*, Caso 11.291, 13 de abril de 2000, par. 36.

65 CIDH. Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos na Venezuela, 2003, par. 561.

66 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-7/86, *op. cit.*, 1986, par. 30.

67 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. FRC. 1999, par. 207.

68 *Ibidem*, par. 161.

Deve-se analisar, obviamente, os comportamentos específicos assumidos, as medidas adotadas para dar pleno efeito aos direitos e garantias, as ações destinadas a remover os obstáculos, facilitando que as autoridades locais e federais cumpram as obrigações convencionais e evitando a violação de direitos reconhecidos. Este dever geral do Estado Parte implica que as medidas de direito interno devem ser efetivas (princípio de efeito útil). Isso significa que o Estado deve adotar todas as medidas para que o estabelecido na CADH seja efetivamente cumprido em seu sistema jurídico interno.⁶⁹

Dessa forma, o artigo 28 – lido em conjunto com o artigo 2 – constitui uma obrigação adicional que se soma àquela imposta no artigo 1, com o objetivo de tornar o respeito aos direitos convencionais mais decisivo e verdadeiro. Como afirmou a CIDH, “a obrigação decorrente do artigo 2 da CADH é reforçada e especificada, de acordo com a [estrutura] federal, pelo artigo 28 do mesmo tratado”.⁷⁰

A obrigação resultante dos artigos 2 e 28.2, na medida em que exigem que sejam tomadas as medidas necessárias para tornar efetivos os direitos da CADH nas entidades componentes da federação, complementa, mas de maneira alguma substitui ou supre, a obrigação geral e incondicional resultante do artigo primeiro da CADH de respeitar e garantir os direitos.

A CIDH aceitou esta interpretação, sustentando que “essas obrigações contidas nos dois primeiros artigos da CADH são as que impõem ao Governo ... a exigência de tomar as medidas apropriadas imediatamente, de acordo com sua Constituição e suas leis, para que as autoridades competentes (das entidades componentes da federação) podem adotar as disposições do caso de cumprimento desta CADH”, nos termos do artigo 28.2”.⁷¹ A CIDH também esclareceu que “as ‘medidas pertinentes’ referidas no artigo 28 da CADH, conforme especificado no seu artigo 2, devem produzir resultados consistentes com o pleno cumprimento das obrigações do Estado Parte”.⁷²

Com base no disposto no artigo 28, em um caso, a CIDH indicou que esperava que o Estado federal adotasse imediatamente todas as medidas pertinentes para que as recomendações contidas em um relatório sobre um caso individual fossem cumpridas pela autoridade competente.⁷³ Em outras palavras, a CIDH, ciente da estrutura federal do Estado em questão, não pretendia que o próprio governo central cumprisse as recomendações emitidas, sobre as quais não teria competência.

6. O artigo 28 e o deslinde interno de competências

A interpretação da cláusula federal à luz da CADH em sua totalidade e dos princípios em que se baseia leva inexoravelmente a evitar qualquer possibilidade de encontrar uma isenção de responsabilidade internacional na cláusula federal. O artigo 28 pode servir para delimitar responsabilidades dentro do Estado federal, mas de maneira alguma cria um vácuo de responsabilidade internacional.⁷⁴ Daí a preocupação de alguns comentaristas de que a cláusula federal possa implicar a possibilidade de repensar a aplicação da CADH e/ou dificultá-la, dependendo da organização constitucional dos Estados Partes,⁷⁵ ou que possa praticamente significar a impossibilidade de aplicar a maior parte da CADH

69 Corte IDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. FRC. 2001, par. 87. Ver Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. 1999, par. 36. Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. 1999, par. 37. Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad e Tobago*. EP. 2001, par. 83.

70 CIDH. Relatório n.º 26/09, *Wallace de Almeida, Brasil*, Caso 12.440, Admissibilidade e Mérito, de 20 de março de 2009, par. 162.

71 CIDH. Relatório n.º 8/91, México, Caso 10.180, de 22 de fevereiro de 1991, par. 40.

72 *Ibidem*, par. 165.

73 CIDH. Relatório n.º 2/99, *Manuel Manríquez, México*, Caso 11.509, de 23 de fevereiro de 1999, par. 121.

74 Pinto, M. *Temas de derechos humanos*. Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 74.

75 Medina Quiroga, C. *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*. Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 100.

nas unidades da federação⁷⁶ ou que restrinja muito as obrigações assumidas pelos Estados federais no âmbito da CADH.⁷⁷

A delimitação interna de responsabilidades, para os fins da cláusula federal, nem sempre é simples. A prática e a jurisprudência constitucional dos países federais estão repletas de exemplos das complexidades relacionadas à distribuição exata de poderes entre autoridades federais e locais.⁷⁸

Além disso, pode exigir que a CIDH e a Corte IDH analisem o direito interno dos Estados para determinar se, no caso específico, essas são “questões sobre [o Estado federal] que exerce jurisdição legislativa e judicial” (art. 28.1) ou “assuntos que correspondam à jurisdição das entidades que constituem a federação” (art. 28.2).⁷⁹ Isso ocorre porque o parágrafo 1 do artigo 28 refere-se ao direito interno das federações a atribuir, de acordo com a distribuição de competência federal e local, o dever do governo federal de cumprir o tratado dentro de suas próprias obrigações.⁸⁰ O inciso 2 do artigo 28 complementa o parágrafo anterior para conceder ao governo federal a obrigação de agir de acordo com sua Constituição e suas leis a fim de instar os governos locais a adotarem medidas que lhes permitam cumprir a CADH.⁸¹ A CIDH sustentou que o artigo 28.2 da CADH, “reconhecendo e respeitando cada sistema federal em particular, exige que o governo central adote as medidas que permitirão às autoridades das entidades que compõem a federação alcançar o cumprimento da Convenção”.

Em ambos os casos, as obrigações do governo federal podem ser diferentes, mas de maneira alguma eliminam as obrigações estabelecidas nos artigos 1 e 2 da CADH, em relação ao artigo 28 da mesma.

Para decidir com precisão, os órgãos do SIDH deveriam analisar se o governo federal, além de suas obrigações de respeito e garantia, era obrigado a cumprir “todas as disposições desta Convenção relacionadas às questões sobre as quais exerce jurisdição legislativa e judicial” (art. 28.1), ou se, ao contrário, deve adotar imediatamente as medidas pertinentes, de acordo com sua Constituição e suas leis, para que as autoridades competentes das entidades possam adotar as disposições do caso de cumprimento da CADH (art. 28.2). Em qualquer caso, o fator determinante será determinar se o direito ou direitos em questão foram respeitados e garantidos conforme exigido pelo artigo 1 da CADH e se o Estado adotou as disposições da lei interna (federal ou estadual) para efetivar a direitos e liberdades mencionados na CADH. Nesse sentido, alguns argumentam que a cláusula federal é insubstancial porque o problema não se resolveria a partir do Direito Internacional, mas do direito constitucional, que delimita no final das contas as competências territoriais.⁸²

76 Gros Espiell, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos: análisis comparativo*. Editorial Jurídica de Chile, 1991.

77 Faúndez Ledesma, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3a. ed., IIDH, 2004, p. 60.

78 Buergerthal, Th., *op. cit.*, pp. 447-448. Ver Colautti, quem analisa quantas cláusulas da CADH na Argentina são concorrentes nas províncias e no Estado nacional. Colautti, C. E. *El Pacto de San José de Costa Rica: Protección a los Derechos Humanos*. Lea, Buenos Aires, 1989, pp. 144 e 145. Nos Estados Unidos, por exemplo, de acordo com o princípio conhecido como “anti-comando”, o Congresso federal e, em geral, as autoridades federais não podem ordenar que as legislaturas estaduais ou as autoridades executivas do estado ajam de uma certa maneira ou cumpram as diretrizes federais. Ver Tushnet, M. V. “Federalism and International Human Rights in the New Constitutional Order”, 47 *Wayne L. Rev.* 841, 2001, p. 850. Para uma perspectiva comparada ver Leautéaud, Esquivel, *et al. Modelos comparados del federalismo: América Latina, Sudáfrica, Estados Unidos, Canadá, Alemania, Austria, Bélgica y Suiza*. Centro Latinoamericano de la Globalidad, 2003. Serna de la Garza, José María. “Constitutional Federalism In Latin America” en 30 *Cal. W. Int'l L.J.* 277, 2000.

79 Aqui, a CIDH e a Corte IDH podem enfrentar a difícil questão de decidir se aceitam a versão oficial do Estado sobre a interpretação correta da atribuição de Competências entre a federação e suas entidades ou se descarta tal interpretação.

80 Bidart Campos, J. G. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino: El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994*. Argentina, 1995, p. 279

81 *Ibidem*, p. 279.

82 Dalla Via, A. *Estudios sobre Constitución y Economía*. UNAM, 2003, p. 89.

7. As entidades da federação frente à CADH

Mesmo quando as províncias não possuem personalidade jurídica internacional e, portanto, tecnicamente não fazem parte da CADH, ao integrar a federação, elas não podem ser negligenciadas internamente do tratado assinado pelo estado federal que integram.⁸³ Portanto, mesmo quando o governo central não adotar as medidas necessárias para que suas unidades componentes possam efetivar o tratado, as entidades federais não estão isentas do cumprimento da CADH.⁸⁴ Embora o Estado federal seja tributado com essa obrigação, isso não significa que as entidades federadas sejam liberadas de qualquer obrigação de cumprir a CADH.⁸⁵ Portanto, o artigo 28 deve ser entendido como estendendo as obrigações resultantes da CADH a cada unidade componente da federação.⁸⁶

Em um caso de execução extrajudicial, a CIDH aplicou o dever de respeito às autoridades estaduais, juntamente com a falha das autoridades federais em adotar as medidas pertinentes, indicando que as autoridades do país em questão não cumpriram sua obrigação de fazer cumprir o direito à vida neste caso.⁸⁷ Especificamente, a CIDH indicou que “os estados da federação, como parte do Estado, também estão vinculados pelas disposições de tratados internacionais ratificados pelo governo federal”.⁸⁸ Posteriormente, em outro caso, a CIDH declarou que:

A vinculação de entidades federativas em um Estado federal aos Direitos Humanos de uma fonte internacional é apoiada do ponto de vista jurídico-internacional nas disposições da CVDT (artigos 27 e 29) e nas chamadas cláusulas federais. Nesta teleologia, a Convenção Americana, em seu artigo 28, contempla a chamada cláusula federal, da qual deriva a obrigação do governo federal de tomar as medidas pertinentes para que as autoridades competentes dos estados da federação [...] possam adotar as disposições para o cumprimento do referido tratado internacional.⁸⁹

Assim, em um Estado federal, as normas e práticas, sejam nacionais ou provinciais, estão sujeitas a um duplo controle. Por um lado, o controle federal, ou seja, não transcendem o limite constitucional de divisão de competências entre a federação e suas entidades componentes. E, por outro, a um controle substantivo para garantir que sejam compatíveis com os padrões internacionais de Direitos Humanos.⁹⁰

Além disso, como as províncias estão legalmente vinculadas por padrões internacionais de Direitos Humanos, cria nos estados federais um sistema duplo de proteção judicial de direitos.⁹¹ De fato, como os tratados de Direitos Humanos são vinculantes tanto para o Estado nacional como para os provinciais, os tribunais federais e locais têm a possibilidade e a obrigação de aplicar e garantir judicialmente os direitos reconhecidos nas normas internacionais.⁹²

83 Bidart Campos, J. G., *op. cit.*, p. 279.

84 *Ibidem*, p. 280.

85 *Idem*.

86 Colautti, C. E., *op. cit.*, p. 141.

87 CIDH. Relatório n.º 59/99, *Newton Coutinho Mendes e outros, Brasil*, Caso 11.405, 13 de abril de 1999, par. 107.

88 CIDH. Relatório n.º 26/09, *Wallace de Almeida, Brasil*, Caso 12.440, Admissibilidade e Mérito, 20 de março de 2009, par. 164.

89 CIDH. Relatório n.º 35/08, *Antonio Ferreira Braga, Brasil*, Caso 12.019, Admissibilidade e Mérito, 18 de julho de 2008, par. 130.

90 Sharpe, R. J. “The Impact of a Bill of Rights on the Role of the Judiciary: A Canadian Perspective”, em Alston, Ph. (Ed.). *Promoting Human Rights through Bills of Rights: Comparative Perspectives*. Clarendon Press, 2000, pp. 438-439. Aqui, o autor explica as diferentes implicações no Canadá de um controle sobre os atos das províncias desde a perspectiva do federalismo e o *Canadian Charter of Rights and Freedom*.

91 Woehrling, J. “Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés: l'exemple des États-Unis et du Canada”. 46 R. D. McGill 21, 2000, pp. 39 e ss.

92 *Ver*; por exemplo, Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, Expediente n.º 1429/96 “c/ Illanes, Luis Roberto y otro p/ Estafa - Recurso de Queja - Inconstitucionalidad y Casación” de 22 de mayo de 1.998 (declarando inconstitucional el inciso 2 del artículo 438 del Código Procesal Penal (Ley n.º 6.140) en cuanto fija un límite objetivo para la procedencia del recurso de casación por ser contrario al artículo 8.2.h. de la CADH). Tribunal Superior de Justicia, Sentença n.º

8. Conclusão

Os Estados são livres e soberanos para adotar a forma federal, unitária ou qualquer outra que considerem apropriada. No entanto, eles não podem atrasar injustificadamente a implementação da CADH ou violá-la de qualquer outra maneira amparando-se em sua forma federal de governo. Os princípios gerais do Direito Internacional referentes à responsabilidade internacional dos Estados federais permitem que se responsabilize pelas ações e/ou omissões de suas subdivisões políticas e não possam evitar essa responsabilidade, alegando que seus poderes constitucionais de controle sobre elas são insuficientes para exigir cumprimento de obrigações internacionais.

Esses princípios implicam que os Estados federais partes na CADH são totalmente responsáveis no âmbito internacional por violações cometidas por ação ou omissão de agentes estatais de suas unidades componentes. Além disso, o Estado federal é obrigado a adotar as medidas necessárias em nível interno para garantir o cumprimento dentro das províncias.

O artigo 28 da CADH reflete os princípios gerais do Direito Internacional, aplicados especificamente aos Estados federais no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Como corolário desses princípios, um Estado pode violar um tratado internacional, incluindo, é claro, a CADH, tanto por ação quanto por omissão. Portanto, se o Estado federal não adotar a legislação ou as medidas necessárias ou aplicáveis de acordo com os artigos 1, 2 e 28 da CADH, incorrerá em responsabilidade internacional.

Uma leitura conjunta dos artigos 28, 1.1 e 2 da CADH, implica que todo Estado Parte da CADH com uma estrutura federal na qual o exercício livre e integral de todos e quaisquer dos direitos reconhecidos na CADH não seja garantido para todas as pessoas sob sua jurisdição, independentemente de que eles sejam da competência do governo federal ou de uma das unidades territoriais da federação, está obrigado internacionalmente a adotar legislação ou medidas necessárias de acordo com sua ordem jurídica interna para cumprir esse objetivo.

O objetivo do artigo 28 é esclarecer, especificar e tornar mais imediato e direto o requisito do cumprimento da obrigação de respeitar e garantir os direitos e liberdades no âmbito dos Estados federais. O artigo 28 não altera ou diminui o alcance dos artigos 1 e 2 da CADH, mas os complementa. Uma interpretação diferente não faria sentido e acabaria privando a CADH de efeito útil nas unidades que compõem os estados federais.

O federalismo não é um problema, mas uma possibilidade. Ao criar um sistema duplo de garantias constitucionais, os direitos teoricamente têm mais chances de serem protegidos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos fornece um terceiro sistema de proteção. Então, trata-se de encontrar uma maneira de integrar totalmente os três sistemas. E isso requer vontade política e não desculpas jurídicas.

157, “Suárez Ricardo M. contra Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba sobre ejecución de Sentença, apelación recurso de inconstitucionalidad” de 12 de outubro de 2004 (declarando la inaplicabilidad de la ley provincial n.º 8836 y ordenando el pago de una indemnización con base entre otros considerandos, en el artículo 4 de la CADH).

Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente 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.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência . Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C n.º 54. Doravante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência . 1999.

Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C n.º 55. Doravante: Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. 1999.

Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Interpretação da Sentença de Reparações e Custas. Sentença de 1 de outubro de 1999. Série C n.º 57. 1999. Doravante: Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Interpretação da Sentença de RC. 1999.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C n.º 79. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C n.º 127. Doravante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPMRC. 2005.

Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. Sentença de 1 de julho de 2006. Série C n.º 148. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C n.º 182. Doravante: Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. EPFRC. 2008.

Pareceres Consultivos

Corte IDH. O registro profissional obrigatório de jornalistas (*Arts. 13 e 29 Convenção Americana sobre Direitos Humanos*). Parecer Consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A n.º 5. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. O registro profissional obrigatório de jornalistas. 1985.

Corte IDH. Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no âmbito do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-10/89 de 14 de julho de 1989. Série A n.º 10. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-10/89. Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no âmbito do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 1989.

Corte IDH. *O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1 de outubro de 1999. Série A n.º 16. 1999. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99. *O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal*. 1999.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TEDH. *Caso de Golder vs. Reino Unido*, Sentença de 21 de fevereiro de 1975.

TEDH. *Caso de Deumeland vs. Alemanha*, Sentença de 29 de maio de 1986.

Sentenças, resoluções e decisões proferidas por outros tribunais internacionais

Corte Internacional de Justiça

CIJ. *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion. I.C.J. Reports 1951, p. 15.

CIJ. *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, p. 16.

CIJ. *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Zeeland)*, Merits, Judgment, Z.C.J. Reports 1974, p. 175.

CIJ. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

Documentos adotados por organizações internacionais

Organização das Nações Unidas

ONU. Comissão de Direito Internacional, Anuário, Volume II, 1966.

Referências acadêmicas

CASTILLA, K. “El Principio Pro Persona en la Administración de Justicia”, em *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 20, IIJ, UNAM, México, enero-junio de 2009.

NIKKEN, P. *La protección internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo*. Civitas, IIDH, 1987.

Outras referências não acadêmicas

Estados Unidos da América, Lei de Comercio Exterior, Relatório do Grupo Especial.

Outras fontes bibliográficas sugeridas

AMAYA VILLARREAL, A. F. “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, em *International Law. Revista colombiana de derecho internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2005.

BUERGENTHAL, T. et al. *La protección de los derechos humanos en las Américas*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Civitas, Madri, 1990.

HENDERSON, H. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, em *Revista IIDH*, vol. 39, 2004.

Sumário

1. Introdução.....	855
2. Regras de interpretação dos tratados	856
2.1. A interpretação dos tratados de Direitos Humanos.....	858
2.2. A interpretação pelas instâncias internacionais.....	858
3. Princípio da garantia mínima	859
4. Princípio pro persona.....	859
4.1. Preferência à norma mais protetora.....	860
5. As normas de interpretação da CADH.....	860

1. Introdução

Interpretar normas jurídicas implica desvendar seu verdadeiro significado e alcance. A interpretação jurídica é o procedimento através do qual o significado é atribuído a textos normativos usando os métodos e técnicas aceitos pela comunidade jurídica. Uma norma pode dar origem a vários significados de acordo com os métodos de interpretação. É por isso que, no direito dos tratados, foram estabelecidas diferentes regras de interpretação que buscam orientar os operadores jurídicos no processo de interpretação e aplicação dos mesmos. Sendo um tratado internacional, a CADH está sujeita às regras de interpretação da CVDT. Os elementos que constituem a regra geral da interpretação são a boa-fé, o texto, o contexto e o objeto e a finalidade do tratado; esses elementos são aqueles que são usados com mais frequência na interpretação dos tratados atuais.

2. Regras de interpretação dos tratados

As regras gerais de interpretação, aplicáveis a todos os tratados internacionais, estão contempladas nos artigos 31, 32 e 33 da CVDT. As regras de interpretação de Viena vinculam elementos tanto subjetivos como objetivos.

Em primeiro lugar, de acordo com a regra geral de interpretação, um tratado deve ser interpretado de boa-fé, de acordo com o significado comum a ser atribuído a seus termos em seu contexto e levando em consideração seu objetivo e propósito.

Segundo, para fins de interpretação de um tratado, o contexto deve incluir, além do texto (incluindo seu preâmbulo e anexos): a) todo acordo que se refira ao tratado e tenha sido concluído entre todas as partes na ocasião da celebração do tratado; b) qualquer instrumento formulado por uma ou mais partes na ocasião da celebração do tratado e aceito pelas outras como um instrumento referente ao tratado.

Terceiro, juntamente com o contexto, deve-se levar em consideração o seguinte: a) todo acordo subsequente entre as partes sobre a interpretação do tratado ou a aplicação de suas disposições; b) toda prática posterior de aplicação do tratado, mediante a qual é registrado o acordo das partes em relação à interpretação do tratado; c) qualquer norma pertinente de Direito Internacional aplicável nas relações entre as partes.

Quarto, um significado especial será dado a um termo se for estabelecido que essa era a intenção das partes. Como pode ser visto, o artigo 31 é chamado de “regra geral de interpretação” porque a intenção da Comissão de Direito Internacional da ONU era apontar que a aplicação dos meios de interpretação, contidos no artigo, constitui uma operação combinada única; assim, uma interpretação legal pertinente será obtida.¹

O texto, o contexto, o objeto e o propósito são elementos que correspondem a metodologias textuais, sistemáticas e teleológicas de interpretação de tratados, metodologias bem estabelecidas e normalmente seguidas na interpretação de disposições complexas de tratados multilaterais.

Por razões pragmáticas, o uso normal da interpretação é partir do significado comum do texto “bruto” das disposições pertinentes do tratado e tentar interpretá-lo em seu contexto, tendo em vista o objeto e a finalidade do tratado. No entanto, os elementos mencionados no artigo 31 – o texto, o contexto, o objeto, o objetivo e a boa-fé – devem ser considerados como um único padrão holístico de interpretação, em vez de uma sucessão de diferentes critérios que para ser aplicado em uma ordem hierárquica.²

A interpretação teleológica pode ser o veículo certo para a interpretação dinâmica e progressivo do tratado. Toda a jurisprudência internacional sobre Direitos Humanos desenvolveu, de maneira

1 ONU. Comissão de Direito Internacional, Anuário, vol. II, 1966, p. 241.

2 Estados Unidos da América, Lei de Comercio Exterior, Relatório do Grupo Especial, p. 7.22.

convergente, nas últimas décadas, uma interpretação dinâmica ou evolutiva dos tratados para a proteção dos Direitos Humanos.³

No entanto, em algumas ocasiões, quando os organismos internacionais se referem à regra de interpretação do artigo 31, eles apenas citam o primeiro parágrafo desse artigo,⁴ não ficando claro se eles realmente aplicam adequadamente a regra de interpretação.

O mesmo poderia ser dito sobre o contexto, já que quando o artigo 31(2) fala sobre o contexto, em nenhum momento estabelece que entenderá apenas os meios mencionados, mas deixa em aberto a possibilidade de usar qualquer outra referência que sirva para confirmar a interpretação da regra geral. Assim a CIJ indicou no caso dos *Pesqueiros (Alemanha x Islândia)*, onde considerou que a resolução unilateral do governo islandês pode ser considerada como parte do contexto, porque o próprio tratado se referia à referida resolução.⁵

Muito interessante é a suposição levantada pelo artigo 31(3)(c): “quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes”. Acreditamos que esta disposição abre a “caixa de pandora”: estabelece para o intérprete da norma a obrigação de revisar qualquer norma internacional aplicável à interpretação do tratado, no caso específico: costume, outros tratados, *ius cogens*, princípios gerais, resoluções, atos unilaterais, jurisprudência, etc. Esta disposição pressupõe que o intérprete conheça o universo normativo internacional.

No caso *Estados Unidos vs. Camarões*, o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio, ao interpretar o parágrafo (g) do Artigo XX do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT – sua sigla em inglês), levou em consideração o contexto histórico e evolução do Direito Internacional e interpretou os termos “recursos naturais esgotáveis” à luz das “preocupações contemporâneas da Comunidade das nações pela proteção e conservação do meio ambiente”, de modo que, para interpretar esses termos tomou em conta as seguintes convenções: a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, que é um reflexo do Direito Consuetudinário, a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção sobre Conservação de Espécies Migratórias de Animais Silvestres.

Ao usar essas convenções e discutir o contexto histórico do GATT, o Órgão de Apelação aplicou, tanto a regra do artigo 31(3)(c) quanto os meios complementares do artigo 32 da CVDT:

Meios Suplementares de Interpretação. Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31: a)deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou b)conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.

No que diz respeito à última regra de interpretação de Viena, o juiz que interpreta o tratado deverá saber em que idioma ou idiomas o tratado é autêntico, uma vez que o juiz pode ter apenas o texto do tratado em um idioma diferente daquele em que foi autenticado e a menos que seja no caso do artigo 33(2), teria que ir para um texto autêntico.⁶

3 Cfr. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99. *O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal*. 1999. Voto individual do juiz A. A. Cançado Trindade, p. 1. A CIJ estabeleceu que “um instrumento internacional deve ser interpretado e aplicado no âmbito do sistema como um todo legal em vigor no momento da interpretação”. CIJ. *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, p. 16.

4 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Interpretação da Sentença de RC. 1999, p. 21. Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. 1999, par. 38, 50-52. Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. 1999, par. 37, 49-51. TEDH. *Caso de Golder vs. Reino Unido*, Sentença de 21 de fevereiro de 1975, par. 29-30. TEDH. *Caso de Deumeland vs. Alemanha*, Sentença de 29 de maio de 1986.

5 CIJ. *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Zeeland)*, Merits, Judgment, Z.C.J. Reports 1974, p. 175, par. 13.

6 Como regra geral, os tratados têm uma disposição que se refere a essa suposição, como um exemplo, o artigo 54 da

A regra sobre a interpretação de tratados autenticados em duas ou mais línguas declara o seguinte:

1. Quando um tratado foi autenticado em duas ou mais línguas, seu texto faz igualmente fé em cada uma delas, a não ser que o tratado disponha ou as partes concordem que, em caso de divergência, prevaleça um texto determinado.
2. Uma versão do tratado em língua diversa daquelas em que o texto foi autenticado só será considerada texto autêntico se o tratado o previr ou as partes nisso concordarem.
3. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos.
4. Salvo o caso em que um determinado texto prevalece nos termos do parágrafo 1, quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos.

Além das regras de interpretação, ao aplicar-se um tratado, deve-se levar em consideração, o princípio da boa-fé e o do *pacta sunt servanda* (artigo 26 da CVDT); a regra vigente no Direito Internacional: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. [...]” (artigo 27 da CVDT). Nesse caso, pode surgir uma situação em que o tratado é contrário a uma norma superior de ordem interna e, portanto, o juiz determina a prevalência de sua norma constitucional, comprometendo assim a responsabilidade internacional do Estado. Também deverá levar em conta o princípio da não retroatividade dos tratados (artigo 28 da CVDT). Da mesma forma, as demais regras de interpretação referentes a tratados, existentes na prática internacional e que não estão codificadas na CVDT.⁷

2.1. A interpretação dos tratados de Direitos Humanos

Como já apontamos, os tratados de Direitos Humanos – sendo tratados internacionais – estão sujeitos às regras de interpretação da CVDT. No entanto, também é verdade que eles são reconhecidos como tendo uma natureza especial ao procurar estabelecer uma ordem pública internacional e um conjunto de direitos a favor dos indivíduos, em vez de direitos e obrigações recíprocos entre Estados. Os tratados de Direitos Humanos devem ser vistos não como um meio de equilibrar interesses reciprocamente entre os Estados, mas para o estabelecimento de uma ordem pública comum, cujos destinatários não são os Estados, mas os seres humanos que povoam seus territórios.⁸

Sem dúvida, o exposto faz parte do objeto e da finalidade dos tratados de Direitos Humanos e leva à proteção progressiva dos direitos consagrados nos tratados de Direitos Humanos. Se o interesse jurídico tutelado diretamente é o ser humano, encontramos uma tendência a aplicar os tratados no sentido de melhor garantir a proteção integral de eventuais vítimas de violações de Direitos Humanos. Essa circunstância dá à interpretação e aplicação das disposições convencionais uma dinâmica de expansão permanente.⁹

Por outro lado, a interpretação dos referidos tratados deve ser evolutiva, levando em consideração as condições contemporâneas, a evolução na proteção dos Direitos Humanos, bem como a interpretação progressiva dos mesmos.

2.2. A interpretação pelas instâncias internacionais

Uma das características dos tratados de Direitos Humanos é que eles criam algum tipo de órgão ou órgãos de supervisão encarregados de garantir o cumprimento pelos Estados dos compromissos

CDC declara: “O original da presente convenção, cujos textos em árabe chinês, espanhol, francês, inglês e russo são igualmente autênticos, será depositado em poder do Secretário-Geral das Nações Unidas.”

7 O preâmbulo da CVDT estabelece: “[...] afirmando que as regras do Direito Internacional consuetudinário continuarão a reger as questões não reguladas pelas disposições da presente Convenção”.

8 Nikken, P. *La protección internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo*. Civitas, IIDH, 1987, p. 90. CIJ. *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion. I.C.J. Reports 1951, p. 15, par. 23.

9 Nikken, P., *op. cit.*, p. 90. CIJ. *Reservations to the Convention on Genocide, op. cit.*, p. 15, par. 100-101.

assumidos por meio dos tratados. No caso da CADH, esses órgãos são a CIDH e a Corte IDH. Esses órgãos, no exercício das competências estabelecidas pela CADH, aplicam-na e interpretam-na, contribuindo para uma definição progressiva dos Direitos Humanos.

A interpretação evolutiva dos tratados foi reconhecida em várias ocasiões pela Corte IDH, tratados internacionais de Direitos Humanos, são “instrumentos vivos” cuja interpretação precisa acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais.¹⁰

3. Princípio da garantia mínima

Os tratados de Direitos Humanos reconhecem que estabelecem um mínimo de Direitos Humanos que não podem ser violados pelos Estados. Esse tipo de garantia mínima não se destina a esgotar o escopo dos Direitos Humanos que merecem proteção. Os tratados internacionais sobre Direitos Humanos oferecem proteção coadjuvante ou complementar à oferecida pelo direito interno dos Estados.¹¹

Os tratados de Direitos Humanos constituem um mínimo de proteção. De um mínimo definido por um tratado internacional, sempre será possível para o direito interno ou outro tratado expandir o escopo disso, ou seja, constituir um padrão mais protetor; o que é proibido é baixar o nível de proteção. Sob o princípio da garantia mínima, será lícito ao Estado revogar um padrão interno que seja mais protetor que o padrão internacional, desde que não se desvie do padrão definido pela norma internacional.

4. Princípio pro persona

Esse princípio interpretativo implica que se deverá preferir, privilegiar ou favorecer a aplicação da norma que outorga maior proteção aos direitos da pessoa, independentemente de tal norma ser encontrada em um tratado internacional ou em uma disposição do direito interno.

[...] se a uma mesma situação são aplicáveis a Convenção Americana e outro tratado internacional, deve prevalecer a norma mais favorável à pessoa humana. Se a própria Convenção estabelece que suas regulamentações não possuem efeito restritivo sobre outros instrumentos internacionais, menos ainda poderão ser aceitas restrições presentes nestes outros instrumentos, mas não na Convenção, para limitar o exercício dos direitos e liberdades que esta reconhece.¹²

O princípio pro persona (também conhecido como pro-homine) tem duas manifestações ou regras principais: 1. preferência interpretativa e 2. preferência pela norma. A preferência interpretativa, por sua vez, tem duas manifestações: a interpretativa extensiva e a interpretativa restritiva.

Se um dos elementos para a interpretação de tratados é o fim e o objetivo do instrumento, e que, no caso dos tratados em questão, visa a proteção dos Direitos Humanos, a interpretação de tais acordos sempre devem ser feita em favor do indivíduo. Assim, os direitos devem ser interpretados de maneira ampla, enquanto as limitações a eles devem ser interpretadas restritivamente. O equilíbrio da interpretação é obtido orientando-a na direção mais favorável ao destinatário.

Por outro lado, a preferência por normas se manifesta de duas maneiras: 1. a preferência da norma mais protetora e 2. a da preservação da norma mais favorável.¹³

10 Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 155. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99, *op. cit.*, par. 114.

11 *Ver*, entre outros, o artigo 6.2. do PIDCP, o artigo 60 da CEDH, o artigo 5 da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados.

12 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. *O registro profissional obrigatório de jornalistas*. 1985, par. 52.

13 Castilla, K. “El Principio Pro Persona en la Administración de Justicia”, em *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. n.º 20, IJ, UNAM, México. enero-junio de 2009, p. 71.

4.1. Preferência à norma mais protetora

O princípio *pro persona*, no sentido de preferir o padrão mais protetor (independentemente da localização hierárquica) que melhor proteja ou menos restrinja o exercício dos Direitos Humanos; portanto, em alguns casos, a norma mais protetora será a estabelecida em um tratado internacional; e, em outros, poderá ser uma norma da ordem jurídica interna que tenha um padrão mais alto de proteção da pessoa do que os regulamentos internacionais aplicáveis; ou ainda poderá ser determinado tratado internacional sobre outro tratado internacional. Além disso, poderia ocorrer o caso em que uma norma inferior ofereça maior proteção sobre um padrão hierarquicamente superior.

Assim, parece que o principal operador desse princípio é o juiz, que terá de decidir, no caso concreto que lhe é apresentado, qual é a norma que prevalece sobre a outra, sendo mais protetora. Dessa forma, a aplicação do princípio *pro persona* não implica discussão sobre hierarquia normativa, nem questão de revogação ou derrogação de normas, mas, no estilo do artigo 27 da CVDT, é uma questão de prevalência.

A regra tradicional da hierarquia normativa cede ao caráter mais favorável de outra norma, mesmo de hierarquia inferior. Isso não constitui um problema de legalidade, uma vez que a norma superior, ou seja, o tratado, permite a aplicação da norma inferior por ser mais protetora.

Esta aplicação do princípio pode ser vista entre outros tratados, na CADH, na CEDAW, na CDN ou na CCT.

4.2. Conservação da norma mais favorável

Nesta aplicação do princípio *pro persona*, uma regra posterior não revogaria ou desaplicaria uma norma anterior, mesmo de hierarquia inferior, enquanto a anterior concede maiores proteções à pessoa.

5. As normas de interpretação da CADH

O corpus juris do Direito Internacional dos Direitos Humanos é constituído por um conjunto de instrumentos internacionais de natureza e efeitos diversos (tratados, declarações, recomendações, resoluções) e todos contribuíram para o desenvolvimento progressivo da proteção dos Direitos Humanos.¹⁴

Em seus diversos incisos, o artigo 29 limita a interpretação da CADH, uma vez que a supressão dos direitos e liberdades consagrados nela contraria seu objetivo e finalidade como tratado de Direitos Humanos.¹⁵

Nos tratados de Direitos Humanos, os Estados se submetem a uma ordem jurídica na qual, para o bem comum, assumem várias obrigações para com os indivíduos sujeitos à sua jurisdição, criando uma garantia objetiva que é oposta aos Estados Partes. Assim, os Estados não podem limitar ou restringir os direitos consagrados na CADH em outro sentido nem considerar suposições diferentes de aqueles estabelecidos por ela.

Os Estados membros da CADH estão vinculados por outros tratados regionais e universais de Direitos Humanos. Como o seu direito interno consagra uma série de direitos e garantias, quando na mesma situação em que for aplicável a CADH e outro ou outros tratados e o direito interno do Estado, deverá prevalecer a regra mais favorável à pessoa humana (princípio *pro persona*).

No preâmbulo da CADH, assinala-se que os Estados signatários reafirmam “seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”.

14 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99, *op. cit.*, par. 115.

15 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. 1999, par. 41.

As justas demandas da democracia devem, portanto, orientar a interpretação da CADH e, em particular, daquelas disposições que estão criticamente relacionadas à preservação e ao funcionamento das instituições democráticas.¹⁶

Por sua parte, o artigo 29, “d” proíbe qualquer limitação que tenha o efeito de restringir ou excluir o efeito da DADDH, que faz parte do sistema normativo interamericano de proteção dos Direitos Humanos.

Para os Estados Partes na CADH, a fonte específica de suas obrigações é, em princípio, a própria Convenção. No entanto, isso não os exclui as obrigações derivadas da DADDH. Essa conexão obrigatória decorre do simples fato de ser membro da OEA.¹⁷ Nas palavras da Corte IDH: “A circunstância de a DADDH não ser um tratado não leva, portanto, à conclusão de que carece de efeitos jurídicos [...]”.¹⁸

Da mesma forma, o artigo proíbe excluir ou limitar os efeitos de outras declarações internacionais que, pela prática internacional, vinculam os Estados partes na CADH.

As declarações são atos através dos quais os Estados manifestam seu apoio a princípios gerais que consideram de grande valor, mas não são adotados com a formalidade ou a força vinculativa do tratado. No entanto, uma declaração pode incluir uma norma consuetudinária, cristalizar sua formação ou pode ser o ponto de partida para a geração de uma nova norma consuetudinária.

Por isso, as declarações com qualquer uma dessas características têm uma força obrigatória independente, mesmo nos casos em que um tratado internacional codificou posteriormente o conteúdo de uma determinada declaração.

As regras do Direito Internacional consuetudinário mantêm uma existência e aplicabilidade autônoma em relação às do Direito Internacional convencional, mesmo quando as duas categorias de direito têm um conteúdo idêntico.¹⁹

A jurisprudência da Corte IDH utilizou o artigo 29 da CADH em quatro âmbitos diferentes. Primeiro, para esclarecer o conteúdo de certas disposições da CADH. Nesse sentido, à luz das regras de interpretação do artigo 29, a Corte IDH recorreu a tratados internacionais que não a CADH para interpretar certas disposições da mesma.²⁰

Segundo, usou o disposto no artigo 29, “a” para delimitar o alcance das restrições às garantias estabelecidas na CADH. Nesse sentido, a Corte IDH determinou que as responsabilidades subsequentes que poderiam restringir o direito à liberdade de expressão devem ser não apenas “necessárias”, como estabelecido no artigo 13, mas, especificamente, “necessárias em uma sociedade democrática”.²¹

Terceiro, o artigo 29, “b” foi usado para interpretar as garantias da CADH à luz de padrões estabelecidos em outros instrumentos internacionais, como a inclusão de propriedades comunais de comunidades indígenas no direito à propriedade privada,²² e em normas de direito interno, como a exigência de proteção específica de direitos políticos para membros de comunidades indígenas e étnicas.²³

Quarto, usou a forma literal da alínea “c” para interpretar os direitos convencionais à luz dos direitos que derivam da forma democrática de governo. A Corte IDH utilizou o referido artigo para estabelecer critérios de interpretação, como o princípio da “interpretação evolutiva” dos tratados de Direitos

16 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85, *op. cit.*, par. 44.

17 A natureza vinculante da DADDH emerge de duas situações: primeiro, foi incorporada à carta da OEA e, segundo, constitui uma prática costumeira dentro da OEA nos termos do artigo 38.1 b) do Estatuto da CIJ.

18 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-10/89. *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no âmbito do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1989, par. 46 e 47.

19 CIJ. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, par. 177.

20 Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 154 e 157.

21 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85, *op. cit.*, par. 41-44.

22 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, par. 147, 148 e 153.

23 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPFRC. 2005, par. 203-205.

Humanos, o princípio *pro persona* e a proibição de privar os direitos de seu conteúdo essencial. Também utilizou o artigo 29 para determinar o alcance de sua competência consultiva. Nesse sentido, determinou que, no uso de sua competência consultiva, a interpretação da DADDH pode ser necessária.²⁴

24 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) vs. *Venezuela*. EPFRC. 2008, par. 217-220.

Artigo 30. Alcance das restrições

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

Bibliografia

Corte IDH de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C n.º 73. Doravante: Corte IDH. *Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C n.º 107. Doravante: Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPMRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C n.º 111. Doravante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. MRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. Exceção Preliminar e Mérito. Sentença de 6 de maio de 2008. Série C n.º 179. Doravante: Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPF. 2008.

Pareceres Consultivos

Corte IDH. O registro profissional obrigatório de jornalistas (*Arts. 13 e 29 Convenção Americana sobre Direitos Humanos*). Parecer Consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A n.º 5. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. O registro profissional obrigatório de jornalistas. 1985.

Corte IDH. *A expressão "Leis" no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A n.º 6. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. *A expressão "Leis" no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1986.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TEDH. *Caso Sunday Times vs. Reino Unido*, Sentença def 26 de abril de 1979, Série A n.º 30.

TEDH. *Case Barthold vs. Alemanha*, Sentença de 25 de março de 1985, Série A n.º 90.

Documentos adotados por organizações internacionais

Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 25. *Direito de participar nos assuntos públicos, direito a votar e direito ao acesso, em condições de igualdade às funções públicas*, 1996.

Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 27. *Liberdade de circulação*, 1999.

Sumário

1. Introdução.....	864
2. Restrições permitidas pela CADH	864
3. Restrições estabelecidas na lei	865
4. Restrições estabelecidas por razões de interesse geral.....	866

1. Introdução

Os Direitos Humanos podem ser limitados para harmonizar seu exercício com os demais direitos e com o interesse geral da comunidade. Os tratados de Direitos Humanos não apenas indicam quais são os direitos das pessoas, mas também sua possível restrição por parte dos Estados.

As restrições se referem às limitações normais que a autoridade pública pode impor aos direitos dos indivíduos, devido ao interesse público ou ao bem comum, pois não existem direitos absolutos.

Embora se possa afirmar que não existem Direitos Humanos absolutos, as restrições devem ser necessárias e proporcionais, de acordo com as disposições dos estados democráticos. Uma primeira restrição ao exercício de direitos serão os direitos dos demais; o Direito Internacional permite restringir os direitos das pessoas, a fim de harmonizá-las com os direitos dos demais. O poder de restringir os Direitos Humanos contemplados em tratados, pelo Estado, não é discricionário, mas é limitado e requer o cumprimento de determinadas condições.

As restrições, portanto, não podem ser indiscriminadas, apenas são permitidas as que respondem a razões especificamente enumeradas em tratados internacionais. De tal maneira que o artigo 30 da CADH não pode ser interpretado como uma espécie de autorização geral para estabelecer novas restrições aos direitos por ela protegidos, que se agregaria às limitações permitidas na regulamentação específica de cada um desses direitos. Pelo contrário, o que o artigo tenta é impor uma condição adicional para que as restrições, singularmente autorizadas, sejam legítimas.¹

2. Restrições permitidas pela CADH

Ao longo do texto, podemos constatar que a CADH estabelece várias disposições sobre a aplicação de restrições aos direitos que o próprio texto convencional contempla:

[Liberdade de consciência e de religião] Artigo 12.3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.²

[...]

[Liberdade de pensamento e expressão] Artigo 13.2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia,³ mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. [...] Artigo 13.4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência [...].⁴

[...]

[Direito à propriedade privada] Artigo 21.1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.⁵

1 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. *A expressão "Leis" no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1986, par. 17.

2 Sobre limitações das liberdades de consciência e religião, ver o comentário ao artigo 12 de Huaco.

3 Sobre a proibição de censura prévia, ver o comentário ao artigo 13 de Zelada e Salazar.

4 Cfr: Corte IDH. *Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. MRC. 2001.

5 Cfr: Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPF. 2008. Sobre privações e restrições ao direito de propriedade, consulte o comentário ao artigo 21 de Gonza.

[...]

[Direitos políticos] Artigo 23.2. [...] 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 penal⁶

[...]

[Correlação entre deveres e direitos] Artigo 32.2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.⁷

[...]

Sobre a liberdade de associação, a CADH autoriza restrições a esse direito, desde que previstos por lei e necessários em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde pública, a moral pública ou os direitos e liberdades dos demais, podendo chegar à privação desses direitos aos membros das forças armadas e da polícia (artigo 16.3.).⁸

Quanto ao direito de circulação e residência (artigo 22 da CADH), pode ser restringido por lei na medida em que seja essencial em uma sociedade democrática, para impedir delitos ou para proteger a segurança nacional, a segurança e a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas ou os direitos e liberdades dos demais. Também podem ser restringidos por lei, em certas áreas, por razões de interesse público.⁹

Todos os fundamentos contemplados na CADH são conceitos indeterminados, que pouco a pouco serão delimitados pelos órgãos que o interpretam e pelos juízes e legisladores nacionais, levando em consideração as regras de interpretação da CVDT, principalmente o princípio da boa-fé e o objeto e finalidade do tratado. Lembremos que a CADH, como tratado de Direitos Humanos, busca a proteção dos Direitos Humanos dos indivíduos, tanto por seu Estado como pelos demais Estados partes.

As restrições permitidas pelo Pacto de San José são aquelas que estão expressamente estabelecidas no tratado, não há restrições implícitas; a função do artigo 30 é então submetê-las a certos requisitos gerais, para que sejam legais à luz da CADH.

3. Restrições estabelecidas na lei

O segundo limite de qualquer restrição de direitos é que deve estar prevista por lei. Conforme estabelecido no artigo 30 da CADH, as restrições permitidas não podem ser aplicadas, exceto de acordo com as leis emitidas por razões de interesse geral. A Corte IDH interpretou o conceito de “lei” em um sentido formal:

6 No que diz respeito às limitações do direito de ser eleito, o Comitê DHONU declarou que: “[o] direito dos indivíduos de se candidatarem à eleição não deve ser indevidamente limitado pelo requisito de que os candidatos sejam membros do partido ou pertençam a determinados partidos. Qualquer exigência de que os candidatos tenham um mínimo de apoiadores [para apresentar sua candidatura] deve ser razoável e não constituir um obstáculo para essa candidatura.” Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 25. *Direito de participar nos assuntos públicos, direito a votar e direito ao acesso, em condições de igualdade às funções públicas*, 1996, par. 17. Sobre a regulação dos direitos políticos, ver o comentário ao artigo 23 de Caballero, Rábago e García.

7 Sobre a correlação entre direitos e deveres, veja o comentário ao artigo 32 de Ferrer e Pelayo.

8 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. *O registro profissional obrigatório de jornalistas*. 1985. Sobre as limitações à liberdade de associação, veja os comentários nos artigos 15 e 16 de Mujica.

9 Sobre restrições legítimas e de fato ao direito de circulação e residência, ver o comentário ao artigo 22 de Uprimny e Sánchez.

[...] Não é possível interpretar a expressão leis, utilizada no artigo 30, como sinônimo de qualquer norma legal, uma vez que isso equivaleria a admitir que os direitos fundamentais podem ser restringidos pela simples determinação do poder público [...]. A Corte concluiu que a expressão leis não pode ter outro significado senão o de uma lei formal, ou seja, uma norma jurídica adotada pelo órgão legislativo e promulgada pelo Poder Executivo [...].¹⁰

Ao estabelecer limitações aos direitos por meio de uma lei em sentido formal e submeter essa restrição ao processo legislativo, as minorias podem expressar sua desconformidade ou desacordo, que consegue impedir que a maioria aja arbitrariamente. Os princípios de legalidade e de reserva da lei constituem um grande obstáculo ao exercício arbitrário do poder.

O requisito de que as restrições sejam estabelecidas em lei procura evitar a imposição além de decretos legislativos que pressupõem a exigência de generalidade.

4. Restrições estabelecidas por razões de interesse geral

As restrições estabelecidas por razões de interesse geral devem ser necessárias em uma sociedade democrática, ou seja, deve haver uma necessidade social urgente. As razões de utilidade pública e interesse social a que a CADH se refere incluem todos os bens que, devido ao uso a que serão destinados, permitem o melhor desenvolvimento de uma sociedade democrática.¹¹

A restrição dos direitos consagrados na CADH deve ser proporcional ao interesse da justiça e ajustar-se estreitamente à consecução desse objetivo, interferindo o mínimo possível no exercício efetivo de um direito.¹²

Os conceitos de ordem pública ou bem comum, derivados do interesse geral, quando invocados como motivo para impor uma limitação, devem estar sujeitos a uma interpretação estritamente limitada às “demandas justas” de “uma sociedade democrática” que levem em conta o equilíbrio entre os vários interesses em jogo e a necessidade de preservar o objeto e a finalidade da CADH.¹³ A Corte IDH interpretou o alcance das razões de interesse geral,¹⁴ no sentido de que as leis devem ser adotadas com base no bem comum, conceito que deve ser interpretado como elemento integrante da ordem pública do Estado democrático.¹⁵

Da mesma forma, a restrição deve estar prevista em uma lei, não ser discriminatória, basear-se em critérios razoáveis, atender a um objetivo útil e oportuno que torne necessário satisfazer um interesse público imperativo e seja proporcional a esse objetivo. Quando existem várias opções para atingir esse fim, deve-se escolher a que menos restringe o direito protegido e que seja mais proporcional ao propósito perseguido.¹⁶

10 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86, *op. cit.*, par. 26 e 27. A Corte IDH estabelece que o requisito de lei, em sentido formal, não se contradiz com a possibilidade de delegações legislativas na matéria sempre que tais delegações estejam autorizadas pela Constituição, *ibidem*, par. 36.

11 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPM. 2008, par. 73.

12 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPMRC. 2004, par. 123.

13 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85, *op. cit.*, par. 66 e 67.

14 Sobre o desenvolvimento do conceito de interesse geral, veja os comentários no artigo 13 de Zelada e Salazar, artigos 15 e 16 de Mujica e artigo 21 de Gonza.

15 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86, *op. cit.*, par. 29.

16 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. MRC. 2004, par. 96 e 133. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, par. 121 e 123. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85, *op. cit.*, par. 46. Também *Cfr.* TEDH. *Caso Barthold vs. Alemanha*, Sentença de 25 de março de 1985, Séries A n.º 90, para. 58. TEDH. *Caso Sunday Times vs. Reino Unido*, Sentença de 26 de abril de 1979, Séries A n.º 30, para. 59. Comitê DHONU. Comentário Geral n.º 27. *Liberdade de circulação*, 1999, par. 14 e 15. Comitê DHONU, Comentário Geral n.º 25, *op. cit.*, par. 11, 14, 15 e 16.

Artigo 31. Reconhecimento de outros direitos

Poderão ser incluídos no regime de proteção desta Convenção outros direitos e liberdades que forem reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos artigos 76 e 77.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Pareceres consultivos

“Outros Tratados” Objeto da Função Consultiva da Corte (art. 64 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1.

Corte IDH. *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-10/89 de 14 de julho de 1989. Série A n.º 10.

Referências acadêmicas

AUST, A. *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge University Press, Reino Unido, 2000.

GUTIÉRREZ BAYLÓN, J. *Derecho de los Tratados*. Porrúa, México, 2010.

Sumário

1. Introdução	867
2. Emendas	868
3. Protocolos adicionais	868
4. Protocolos adicionais da CADH	869

1. Introdução

O artigo em questão permite a inclusão de outros direitos e liberdades não contemplados na CADH no regime interamericano de proteção dos Direitos Humanos, a fim de alcançar uma proteção progressiva dos Direitos Humanos.

Isso é possível através de dois mecanismos: primeiro, através de emendas à própria CADH (art. 76) e, segundo, através de protocolos adicionais à CADH (art. 77). Esses dois mecanismos, característicos do direito dos tratados, permitem modificar ou expandir alguns aspectos de um tratado internacional. No caso em apreço, expandir a proteção internacional de alguns Direitos Humanos, não contemplados inicialmente na CADH ou tratados de maneira muito geral, como os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Vamos agora analisar cada um desses mecanismos.

2. Emendas

O processo de alteração dos tratados está contemplado nos artigos 39 e 40 da CVDT.

Conforme o princípio de autonomia das partes, os tratados multilaterais podem ser modificados por acordo entre as partes. A emenda envolve a revisão do tratado multilateral em relação a todos os Estados contratantes.

O acordo entre as partes é o princípio que rege sua modificação, que recebe vários nomes: modificação, reforma, emenda ou revisão de tratados. Em relação à figura da emenda, as regras da CVDT operam de forma subsidiária, primeiro há que se aplicar a regra do tratado específico que se destina a ser submetido ao processo de emenda.

A CADH estabelece no artigo 76 a regra aplicável à própria Convenção, bem como o seu processo. Primeiro, a emenda proposta é apresentada à Assembleia Geral da OEA, que pode ser apresentada diretamente por um Estado Parte, pela CIDH ou pela Corte IDH por meio do Secretário-Geral da OEA. Posteriormente, uma vez aceita a emenda, estas entrarão em vigor, com relação aos Estados firmantes, quando for depositado o instrumento de ratificação correspondente a dois terços dos Estados Partes na CADH. Em relação aos outros Estados, elas entrarão em vigor quando ratificarem as emendas.

De acordo com o esquema clássico da CVDT, uma vez que os Estados assumem as obrigações estabelecidas na CADH, entende-se que eles são os que, em princípio, têm o direito de propor emendas; no entanto, ao criar-se o SIDH, essa possibilidade foi estendida a outros órgãos, uma vez que a CIDH e a Corte IDH são reconhecidas como intérpretes do texto convencional, além do fato de que essas organizações desenvolvem o princípio de progressividade na proteção de direitos humano.

É importante notar que até hoje a CADH não sofreu nenhuma alteração.

3. Protocolos adicionais

Outra maneira de estender a proteção de outros direitos e liberdades é através da celebração de protocolos adicionais à CADH. Os protocolos adicionais são tratados secundários derivados de um tratado principal e buscam estender certos aspectos daquele. Embora, nesse sentido, possam ser considerados ‘dependentes’ do tratado principal, os protocolos são tratados independentes quanto ao processo de celebração, entrada em vigor e ratificação. Portanto, eles apenas vinculam os Estados que aderem a ele.

Nos sistemas internacionais de Direitos Humanos, protocolos adicionais têm sido muito comuns,¹ sendo o instrumento mais utilizado para expandir os direitos consagrados nos principais tratados. Além disso, esse processo parece ser muito mais “amistosa” do que as emendas.

Embora o primeiro tratado não seja alterado, o protocolo adicional pode ser usado para interpretar os direitos consagrados no tratado principal.

Finalmente, no caso de protocolos adicionais à CADH, a Corte IDH poderá, no exercício de seus poderes decorrentes do artigo 64 da Convenção, emitir um parecer consultivo sobre os referidos tratados ou opinar sobre a compatibilidade entre qualquer uma das leis internas de um Estado e os protocolos adicionais.

4. Protocolos adicionais da CADH

A proteção dos Direitos Humanos nas Américas foi sendo ampliada por meio de dois protocolos adicionais à CADH: 1. Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos sobre a Abolição da Pena de Morte e 2. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos na área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”.

1 É o caso dos protocolos adicionais dos seguintes instrumentos: PIDCP, CEDH, Convenção sobre os Direitos da Criança, Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 e CEDAW.

O Protocolo sobre a abolição da pena de morte foi aprovado pela Assembleia Geral da OEA em 8 de junho de 1990 e entrou em vigor em 28 de agosto de 1991. Conforme estabelecido em seu preâmbulo, este protocolo busca alcançar acordo internacional que significa um desenvolvimento progressivo da CADH, que reconhece o direito à vida e restringe a aplicação da pena de morte.

O Protocolo de San Salvador, assinado em 17 de novembro de 1988, com vigência a partir de novembro de 1999, busca reconhecer a interdependência e a universalidade dos direitos econômicos, sociais e culturais. É de vital importância que esses direitos sejam reafirmados, desenvolvidos, aperfeiçoados e protegidos para consolidar o regime democrático, representativo de governo na América, com base no respeito abrangente aos direitos da pessoa.

CAPÍTULO V - DEVERES DAS PESSOAS

Artigo 32. Correlação entre deveres e direitos

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.
2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos Contenciosos

Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. Mérito. Sentença de 11 de novembro de 1999. Série C n.º 58. 1999. Doravante: Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. M. 1999.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C n.º 70. Doravante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. M. 2000.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C n.º 127. Doravante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPMRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C n.º 135. Doravante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. Série C n.º 141. Doravante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C n.º 151. Doravante: Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C n.º 153. Doravante: Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C n.º 154. Doravante: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C n.º 170. Doravante: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPMRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C n.º 171. Doravante: Corte IDH. *Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de maio de 2008. Série C n.º 177. Doravante: Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. MRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de agosto de 2008. Série C n.º 184. Doravante: Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPMRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Ticona Estrada e outros vs. Bolívia*. Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de julho de 2009. Série C n.º 199. Doravante: Corte IDH. *Caso Ticona Estrada e outros vs. Bolívia*. Interpretação da Sentença de MRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C n.º 202. Doravante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C n.º 205. Doravante: Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C n.º 209. Doravante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C n.º 211. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*.

EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C n.º 219. Doravante: Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C n.º 239. Doravante: Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C n.º 242. Doravante: Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2015. Série C n.º 300. Doravante: Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. MRC. 2015.

Pareceres Consultivos

Corte IDH. O registro profissional obrigatório de jornalistas (*Arts. 13 e 29 Convenção Americana sobre Direitos Humanos*). Parecer Consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A n.º 5. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. O registro profissional obrigatório de jornalistas. 1985.

Corte IDH. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A n.º 6. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1986.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. Relatório Anual 1992-1993. *Documentos Preparatórios do Projeto da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Documento 5. Relatório sobre a primeira fase de consultas sobre o futuro instrumento jurídico interamericano sobre o direito das populações indígenas.

Documentos adotados por organizações internacionais

Organização dos Estados Americanos

OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, São José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Referências acadêmicas

EISSEN, M. “The European Convention on Human Rights and the Duties of the Individual”, em *Nordisk Tidsskrift Ret*, n.º 32, 1962.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3ª. ed., IIDH, San José, 2004.

FERRER MAC-GREGOR, E., e SILVA GARCÍA, F. *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte IDH de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero*. Porrúa-UNAM, México, 2011.

GARCÍA ROCA, J. “Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia”, em GARCÍA ROCA, J. y SANTO-LAYA, P. (coords.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2ª ed., Madrid, CEPC, 2009.

PAUST, J. J. “The other side of Right: Private Duties under Human Rights Law”, em *Harvard Human Rights Journal*, n.º 5, 1992.

SAUL, B. “In the Shadow of Human Rights: Human Duties, Obligations, and Responsibilities”, em *Columbia Human Rights Law Review*, n.º 32, 2000-2001.

Outras referências não acadêmicas

Anistia Internacional. *Muddying the waters. The Draft “Universal Declaration of Human Responsibilities”: No complement to human rights*. 1998. Disponível em: <http://www.amnesty.org/es/library/info/IOR40/002/1998/en> (data do último acesso 18 de abril de 2017).

Sumário

1. Introdução.....	872
2. A correlação entre direitos e deveres na CADH	873
2.1. A correlação entre direitos e deveres no Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua problemática	873
2.2. O status das disposições do artigo 32 da CADH	875
3. Os direitos de cada pessoa estão limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas demandas pelo bem comum, em uma sociedade democrática.....	877
3.1. Os “direitos dos demais” e a “segurança de todos” como limitadores dos direitos	877
3.2. A consideração das demandas justas pelo bem comum, em uma sociedade democrática	878
3.3. O artigo 32 da CADH como a origem do teste de proporcionalidade no SIDH.....	879

1. Introdução

No capítulo V da CADH sobre os deveres das pessoas, o artigo 32 estabelece a existência de uma correlação entre deveres e direitos. Durante os trabalhos preparatórios do Pacto de San José, embora a discussão tenha se concentrado principalmente na configuração dos direitos das pessoas, nas obrigações estatais delas derivadas e na conformação institucional dos órgãos do SIDH, também foram abordadas e, eventualmente, foram aprovadas, disposições tendentes a equilibrar o novo instrumento internacional, como a correlação existente entre direitos e deveres.

Uma primeira abordagem sobre o assunto veio do professor René Cassin, convidado especial da Conferência Especializada que deu origem à Convenção Americana. Em sua participação na sessão inaugural dos trabalhos, ele mencionou que “o universalismo é a base de todos os trabalhos e ações que tendem a proteger e promover os Direitos Humanos e seus deveres”.¹

A iniciativa para que uma cláusula que contemplasse a correlação entre direitos e deveres fosse incluída foi apresentada pela delegação brasileira, em 10 de novembro de 1969, porque consideravam que “o projeto de convenção havia omitido os princípios importantes consagrados no artigo XXXVIII da DADDH e no artigo XXIX da Declaração Universal, os quais estão ausentes na futura Convenção para afirmar a regra jurídica de que não há direitos sem deveres”.² A iniciativa brasileira acabou sendo aprovada com uma mudança mínima.³

No relatório do relator da CIDH – órgão consultivo técnico da Conferência – de 19 de novembro de 1969, foi mencionado que “se quis consagrar o princípio de que o exercício e o gozo de direitos envolvem deveres na sociedade humana. Esta disposição foi aprovada sob proposta do Delegado do Brasil. O conceito expresso no segundo parágrafo deste artigo aparece no artigo XXVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem”.⁴

Como nos trabalhos preparatórios da CADH, a correlação entre deveres e direitos e as limitações de direitos em uma sociedade democrática foram discutidas nos documentos preparatórios do Projeto

1 OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, São José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2. p. 432.

2 OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, *op cit.*, pp. 125-126.

3 *Idem.*, p. 278.

4 *Idem.*, p. 306.

de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Nesse sentido, as delegações de Colômbia, Peru e México mencionaram a relevância desse tipo de cláusula.

Nos trabalhos preparatórios, Chile e Canadá também participaram da discussão sobre esse tópico. Por sua vez, as organizações indígenas concordaram que essa correlação deveria ser incluída não apenas na relação entre Estados e populações indígenas, mas também com relação a outras populações e dentro delas mesmas, respeitando o marco dos valores culturais de cada povo. Da mesma forma, eles afirmaram que “todo conceito paternalista e etnocida que sustente o oposto em relação ao livre crescimento das populações indígenas” deve ser rejeitado.⁵

Como é possível apreciar, os trabalhos preparatórios da CADH, bem como outros exercícios subsequentes, não esclarecem muito o papel desse preceito em relação aos outros direitos específicos consagrados na Convenção, no momento em que a Corte IDH interpretou e aplicou as disposições deste artigo em várias ocasiões no âmbito de sua jurisdição consultiva e contenciosa.

No presente comentário, uma primeira seção explicará como os indivíduos têm deveres sob o Direito Internacional dos Direitos Humanos e como esses deveres estão intimamente relacionados aos Direitos Humanos de todos. Posteriormente, em uma segunda seção, serão abordados os limites impostos pela Convenção ao exercício de direitos e como, com base nesses elementos propostos no artigo 32 da CADH, a Corte IDH interpretou o alcance das restrições em diferentes ocasiões impostas aos direitos pelos Estados partes.

2. A correlação entre direitos e deveres na CADH

O inciso 1 do artigo 32 estabelece que “toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade”. Nesta seção, será analisada a correlação existente entre direitos e deveres no Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como o status dessas disposições com base na natureza do SIDH.

2.1. A correlação entre direitos e deveres no Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua problemática

Para alguns autores, atualmente, não há dúvida de que os indivíduos têm deveres emanados dos tratados e do Direito Internacional, e que esses deveres podem estar relacionados aos Direitos Humanos.⁶ Assim, os Direitos Humanos podem implicar deveres para os indivíduos e grupos, ou apenas para os Estados.⁷

Portanto, a questão a ser analisada não é se os tratados podem vincular os indivíduos, mas se esses deveres podem resultar da linguagem de um tratado em particular, mesmo quando não há menção expressa a eles.⁸ Os tratados de Direitos Humanos demonstram que existem deveres que afirmam explicitamente, ou pelo menos desejam expressar implicitamente, que indivíduos podem ter deveres e direitos, que podem ser executáveis contra certas ações de indivíduos.⁹

A existência desses deveres é evidente na DUDH, tanto no preâmbulo quanto nos artigos 28 e 29; Em relação a este último artigo, afirma-se que “todo ser humano tem deveres para com a comunidade,

5 CIDH. Relatório Anual 1992-1993. *Documentos Preparatórios do Projeto da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Documento 5. Relatório sobre a primeira fase de consultas sobre o futuro instrumento legal interamericano sobre direito das populações indígenas.

6 Paust, J. J. “The other side of Right: Private Duties under Human Rights Law”, *Harvard Human Rights Journal*, n.º 5, 1992, p. 51.

7 *Idem*.

8 Paust, J. J. “The other side of Right: Private Duties under Human Rights Law”, *op. cit.*, pp. 51-52.

9 *Ibidem*, p. 52.

na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”. Da mesma forma, assinala que “No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”.

A DADDH – um instrumento anterior à CADH – coloca ênfase especial na correlação entre deveres e direitos, observando em seu preâmbulo que “O cumprimento do dever de cada um é exigência do direito de todos. Direitos e deveres integram-se correlativamente em toda a atividade social e política do homem. Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade.” Da mesma forma, estabelece nos artigos de seu segundo capítulo um amplo catálogo de deveres do indivíduo perante a sociedade, filhos e pais, sufrágio, obediência à lei, serviço à comunidade, pagamento de impostos, trabalho, entre outros.

Como esses instrumentos, o PIDCP contém deveres aos indivíduos. Em seu preâmbulo, menciona que os indivíduos “por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto, [...]”. Da mesma forma, o Artigo 5.1 estabelece que “Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas”.

A Convenção Europeia estabelece em seu artigo 17 (Proibição de Abuso de Direito) que “Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a actividade ou praticar actos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção”.¹⁰

No sistema africano, a Carta de Banjul reconhece certos deveres que as pessoas devem cumprir. O Artigo 27 declara que “Cada indivíduo tem deveres para com a família e a sociedade, para com o Estado e outras coletividades legalmente reconhecidas, e para com a comunidade internacional”. Além disso, afirma que “Os direitos e as liberdades de cada pessoa exercem-se no respeito dos direitos de outrem, da segurança coletiva, da moral e do interesse comum.” O artigo 28 do mesmo instrumento estabelece que “Cada indivíduo tem o dever de respeitar e de considerar os seus semelhantes sem nenhuma discriminação e de manter com eles relações que permitam promover, salvaguardar e reforçar o respeito e a tolerância recíprocos”. O artigo 29 estipula uma série de deveres a cargo do indivíduo, entre os quais: “preservar o desenvolvimento harmonioso da família”, “servir a sua comunidade nacional pondo as suas capacidades físicas e intelectuais a seu serviço”, “não comprometer a segurança do Estado de que é nacional ou residente”, “De trabalhar, na medida das suas capacidades e possibilidades, e de desobrigar-se das contribuições fixadas pela lei para a salvaguarda dos interesses fundamentais da sociedade”, “preservação e reforço dos valores culturais africanos positivos”, entre outros.

Da mesma forma, outros tratados internacionais de Direitos Humanos, tanto do sistema universal como dos diferentes sistemas regionais, estabelecem diferentes tipos de deveres destinados às pessoas.

Ainda assim, os múltiplos estatutos que criam e dão origem a tribunais internacionais para processar os crimes contra a humanidade, como os tribunais ad hoc da ex-Iugoslávia e Ruanda e o próprio Estatuto do Tribunal Penal Internacional, reafirmam a ideia de que existem deveres individuais em relação aos Direitos Humanos no cenário internacional.¹¹

10 Sobre a aplicação desse preceito pelo TEDH, ver García Roca, J. “Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia”, em García Roca, J. e Santolaya, P. (coords.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2ª ed., Madri, CEPC, 2009, pp. 27-28.

11 Paust, J. J. “The other side of Right: Private Duties under Human Rights Law”, *op cit.*, pp. 56-59.

Embora os indivíduos não sejam partes signatárias dos instrumentos internacionais mencionados nos parágrafos anteriores, estes emanam direitos e obrigações gerais que relacionam indivíduos a tratados e entre si.¹² Os deveres implícitos dos indivíduos também se refletem nos mandatos que visam classificar certos tipos de conduta como criminosas.¹³

Nos últimos anos, analisou-se no DIDH o surgimento de novos deveres, como os derivados das atividades de grandes corporações transnacionais ou da proteção dos direitos ambientais, que podem afetar a terceiros. Da mesma forma, em relação às violações passadas, um tipo de responsabilidade coletiva foi reconhecido, como aconteceu com as vítimas do Holocausto ou da Segunda Guerra Mundial, bem como as vítimas de escravidão ou colonização e com relação aos povos e comunidades indígenas.¹⁴

Em 1997, um grupo de notáveis fez uma tentativa de redigir o esboço de uma “Declaração Universal de Responsabilidades das Pessoas”, que complementaria a DUDH em seu quinquagésimo aniversário. No entanto, esse instrumento, longe de oferecer clareza na discussão, emergiu como um manifesto ético, mais do que um instrumento jurídico,¹⁵ com pouco apoio e atenção internacional,¹⁶ e até mais, dito documento foi fortemente criticado pelas organizações de Direitos Humanos.¹⁷

A resistência das organizações de Direitos Humanos a esse tipo de exercício e, em geral, à expansão do regime de obrigações e deveres além do que já está estabelecido em tratados internacionais não é gratuita, especialmente se considerarmos que os Direitos Humanos surgiram progressivamente como uma resposta aos abusos mais atrozes da noção de “obrigação” e “dever”.¹⁸ Nesse sentido, deve-se lembrar que, na tradição ocidental, na Idade Média, os indivíduos eram apenas portadores de obrigações e deveres para com o senhor feudal, ao monarca e à igreja. Os Direitos Humanos, portanto, começaram a emergir incipientemente como prerrogativas contra esses poderes absolutos. Por sua vez, o atual movimento internacional de Direitos Humanos surge em meados do século XX como uma resposta ao senso de “dever” inspirado no nacionalismo mais exacerbado e, finalmente, no imperialismo, que atingiu sua apoteose durante o regime nazista.¹⁹

Apesar desse panorama, não podemos ignorar que, como indicado pela CADH, existe uma correlação entre direitos e deveres. A questão é, a partir do Direito Internacional, encontrar a maneira através da qual esses deveres são articulados em relação aos direitos nas sociedades democráticas, onde os Direitos Humanos são respeitados.

2.2. O status das disposições do artigo 32 da CADH

Nos casos em que agentes do Estado e até indivíduos violam os Direitos Humanos, o Estado tem a obrigação de investigar, punir e impedir tal conduta, inclusive cuidando particularmente de pessoas que estão em risco individual ou coletivo.

Essa estrutura normativa internacional impõe aos indivíduos a obrigação de respeitar os direitos. Além disso, o Estado, por sua vez, além da obrigação de respeito, tem a obrigação de adotar as normas necessárias e os procedimentos apropriados para cumprir sua obrigação como garante, de acordo com as normas dos artigos 1 e 2 da Convenção.

12 Eissen, M. “The European Convention on Human Rights and the Duties of the Individual”, em *Nordisk Tidsskrift Ret* n.º 32, 1962, p. 233.

13 Tal como estipulam a CIPST ou a CIDFP. A este respeito, ver o comentário ao artigo 2 de Ferrer e Pelayo.

14 Saul, B. “In the Shadow of Human Rights: Human Duties, Obligations, and Responsibilities”, em *Columbia Human Rights Law Review*, n.º 32, 2000-2001, pp. 596-600.

15 *Idem.*, p. 575.

16 *Idem.*, p. 578.

17 Anistia Internacional. *Muddying the waters. The Draft “Universal Declaration of Human Responsibilities”: No complement to human rights*. 1998. Disponível em: <http://www.amnesty.org/es/library/info/IOR40/002/1998/en> (data do último acesso 18 de abril de 2017).

18 Saul, B. “In the Shadow of Human Rights: Human Duties, Obligations, and Responsibilities”, *op cit.*, pp. 608-609.

19 *Idem.* p. 613.

A “horizontalidade” dos direitos permitiu à Corte IDH determinar em vários casos a responsabilidade internacional do Estado por violações de Direitos Humanos por não impedir, investigar e punir efetivamente os responsáveis por violações de Direitos Humanos, ainda que fossem indivíduos particulares ou, na sua falta, não tenha sido estabelecido se eram agentes estatais ou não.²⁰

Dada a natureza jurídica da CADH e o fato de que seu objetivo é estabelecer um sistema de direitos e garantias para aplicá-los e que as principais instituições obrigadas a respeitar e garantir os direitos são os Estados partes, é possível concluir o estipulado no artigo 32 é uma disposição de natureza diferente dos direitos consagrados no mesmo instrumento internacional

Se olharmos para a CADH, nos artigos 1 a 26, encontraremos normas que estabelecem direitos, enquanto o alcance e o conteúdo das restrições a eles – desejáveis e necessários para a coexistência coletiva –, devem observar o disposto nos artigos 30 e 32 da mesma Convenção.

Assim, por exemplo, o artigo 30 (alcance das restrições) estabelece literalmente que “as restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas”.

Por outro lado, o reconhecimento dessa realidade em relação à correlação entre direitos e deveres levou a Corte IDH, em sua constante jurisprudência, a considerar os elementos do artigo 32 como padrões para avaliar se as restrições estão de acordo com a Convenção Americana, e decida se existe ou não responsabilidade internacional quando os Estados definem o exercício de um direito.

Assim, qualquer limitação aos direitos, quando não explícita na CADH, deverá ser subordinada ao disposto nos artigos 30 e 32, caso contrário, a Corte IDH poderá determinar que a restrição não é legítima e, portanto, viola este tratado internacional. Limitar ou restringir direitos adequadamente, em última análise, é mais uma face da obrigação de garantia, consagrada nos artigos 1 e 2 da CADH.

Da mesma forma, deve-se dizer que as disposições do artigo 32 da CADH são de alguma forma complementadas pelas restrições ao exercício dos direitos previstas em outras disposições específicas do mesmo instrumento. Assim, por exemplo, os artigos que estipulam modalidades por meio das quais o exercício de direitos pode ser restringido ou regulado pelo Estado. Um dos casos pode ser o artigo 13, referente à liberdade de pensamento e expressão.²¹

Em todo caso, os mandatos que contemplam a cláusula do artigo 32 não podem implicar a anulação ou mesmo a redução dos direitos consagrados nos demais artigos da Convenção, mas são uma maneira de determinar se uma medida restritiva aplicada por um Estado é válida ou não segundo os padrões da jurisprudência internacional, isto é, se limita o direito impondo um dever legítimo.

Da mesma forma, deve-se notar que, como alguns autores apontam, nenhuma interpretação do artigo 32 pode sugerir que o exercício dos direitos consagrados na CADH depende do exercício dos deveres de cada pessoa.²²

20 Sem dúvida, um exemplo claro é o caso *Campo Algodonero*, onde não foi possível determinar quem haviam sido os autores dos assassinatos, nem foi possível determinar se eles tiveram apoio do Estado. Ver Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPMRC. 2009. Também ver Ferrer Mac-Gregor, E., e Silva García, F. *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte IDH de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero*. Porrúa-UNAM, México, 2011.

21 O artigo 13 da CADH sobre a liberdade de pensamento e de expressão dispõe: [...] 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas [...] 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

22 Faúndez Ledesma, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3ª. ed., IIDH, San José, 2004, p. 88.

3. Os direitos de cada pessoa estão limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas demandas pelo bem comum, em uma sociedade democrática

O artigo 32.2 da CADH estabelece que “Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática”. Dessa maneira, os limites que parecem existir aos direitos são: os direitos dos outros, a segurança de todos, as justas demandas pelo bem comum e, finalmente, as justas demandas de uma sociedade democrática.

As restrições estabelecidas aos direitos devem ser descritas pelos Estados em seu direito interno. Essas limitações ou restrições podem eventualmente ser avaliadas pelo SIDH por meio de um teste de proporcionalidade, no qual se analisa se as restrições aos direitos, regidas, conforme explicado, pelos artigos 30 e 32 da Convenção, são legítimas. Esta é a aplicação que o artigo 32 possui na jurisprudência da Corte IDH e que será analisada abaixo.

3.1. Os “direitos dos demais” e a “segurança de todos” como limitadores dos direitos

Na jurisprudência da Corte IDH, a aplicação do artigo 32 foi realizada juntamente com o Artigo 30 (alcance das restrições) do mesmo instrumento internacional.

Além do requisito fundamental de que as restrições sejam aplicadas de acordo com as leis emitidas por razões de interesse geral e com o propósito para o qual foram estabelecidas, a Corte IDH mencionou que as restrições indicadas por lei devem responder a um objetivo permitido pela Convenção Americana. Nesse sentido, a Convenção permite que sejam feitas as restrições necessárias para garantir “o respeito pelos direitos ou reputações de terceiros” ou “a proteção da segurança nacional, da ordem pública ou da saúde ou moral pública”.²³ Estes são, de acordo com a Corte IDH, propósitos legítimos.

Quanto à disposição que afirma que as restrições devem garantir “respeito pelos direitos ou reputação de terceiros”, pode-se dizer que, devido à natureza das controvérsias conhecidas pelo SIDH, a possibilidade de chegar a disputas entre os direitos de particulares, diretamente, não é possível, pois, como mencionado, os direitos da CADH são processualmente aplicáveis apenas aos Estados partes neste instrumento.

Não obstante o exposto, a Corte IDH passou a conhecer em seus casos de jurisprudência mais recentes que tratam de conflitos de direitos entre indivíduos. Nessas ocasiões, as ações do Estado em relação a eles têm sido os antecedentes diretos da controvérsia perante essa instância internacional.

Nesse ponto, é importante destacar os casos *Kimel*,²⁴ relacionado à liberdade de expressão; *Atala Riffo e crianças*, em relação a uma disputa de guarda dos filhos entre dois pais;²⁵ o caso *Albán Cornejo*, relacionado à negligência médica cometida em um hospital privado no Equador,²⁶ ou o caso *Fornerón* e filha, referente a um processo de adoção.²⁷

No tocante ao requisito indicado no artigo 32 da Convenção Americana, de que as restrições se baseiem na “segurança de todos”, é pertinente mencionar que em vários casos, a Corte IDH já ouviu falar de violações de Direitos Humanos no contexto de operações de segurança pública e de atos perpetrados segundo uma determinada política de segurança nacional. Na maioria dos casos, a Corte IDH constatou que não apenas os direitos inderrogáveis foram injustificadamente limitados, mas que graves violações

23 Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. MRC. 2006.

24 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. MRC. 2008.

25 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012.

26 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador*. MRC. 2007.

27 Corte IDH. *Caso Fornerón e filha vs. Argentina*. MRC. 2012.

dos Direitos Humanos das vítimas foram perpetradas. Nesse sentido, a Corte IDH documentou graves violações de Direitos Humanos cometidas em conexão com conflitos armados internos na região em países como Brasil,²⁸ Bolívia,²⁹ Chile,³⁰ Guatemala,³¹ México,³² Paraguai,³³ Peru,³⁴ Venezuela,³⁵ entre outros. Nesses casos, foi estabelecido que a necessidade de salvaguardar a segurança não pode levar o Estado a violar os Direitos Humanos. Assim, a Corte IDH indicou que “embora o Estado tenha o direito e a obrigação de garantir sua segurança e manter a ordem pública, seu poder não é ilimitado, uma vez que tem o dever, a todo o momento, de aplicar procedimentos em conformidade com a lei e em respeito aos direitos fundamentais, a todo indivíduo que esteja sob sua jurisdição”.³⁶

Destas considerações, pode-se concluir que, no âmbito jurisprudencial da Corte IDH, a proteção da “segurança de todos” não pode, em nenhuma circunstância, levar a violações dos Direitos Humanos, como casos de desaparecimento forçado de pessoas, execuções extrajudiciais, tortura, violações ao devido processo, negação de acesso à justiça, entre muitas outras. Desse modo, deve ser esclarecido que a “autorização” do artigo 32 não permite a violação de direitos, mas sim a impõe uma limitação a um objetivo legítimo.

3.2. A consideração das demandas justas pelo bem comum, em uma sociedade democrática

No parecer consultivo sobre o registro obrigatório de jornalistas, a Corte IDH considerou que:

o exercício dos direitos garantidos pela Convenção deve se harmonizar ao bem comum. Isso não indica, entretanto, que, a critério da Corte, o artigo 32.2 seja aplicável de forma automática e idêntica a todos os direitos protegidos pela Convenção, sobretudo nos casos em que se especificam taxativamente as causas legítimas que podem fundamentar as restrições ou limitações para um direito determinado. O artigo 32.2 contém um enunciado geral que opera, em especial, naqueles casos em que a Convenção, ao proclamar um direito, não dispõe nada em concreto sobre suas possíveis restrições legítimas.³⁷

A Corte IDH entende o conceito de “bem comum”, dentro do contexto da Convenção, como um padrão “referindo-se às condições da vida social que permitem aos membros da sociedade alcançarem o mais alto grau de desenvolvimento pessoal e a mais alta validade de valores democráticos”. Assim, a Corte IDH considerou que a organização da vida social pode ser considerada um imperativo para o bem comum, a fim de fortalecer o funcionamento das instituições democráticas e preservar e promover a plena realização dos direitos da pessoa humana.³⁸ No entanto, a Corte IDH não ignorou a dificuldade de especificar de maneira unívoca os conceitos de “ordem pública” e “bem comum”, nem que ambos possam ser utilizados para afirmar os direitos da pessoa perante o poder público e justificar limitações a esses direitos em nome de interesses coletivos.³⁹

A Corte IDH assinalou que “ordem pública” ou “bem comum” não poderiam ser invocados de forma alguma para suprimir um direito garantido pela CADH ou para distorcê-lo ou privá-lo de conteúdo real, conforme estabelecido no artigo 29.a deste instrumento. Esses conceitos, assim que invocados como base de limitações aos Direitos Humanos, devem ser objeto de uma interpretação estritamente

28 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010.

29 Corte IDH. *Caso Ticona Estrada e outros vs. Bolívia*. Interpretação da Sentença de MRC. 2009.

30 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPMRC. 2006.

31 Corte IDH. *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009.

32 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009.

33 Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. MRC. 2006.

34 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPMRC. 2009.

35 Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. M. 1999.

36 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. M. 2000.

37 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. *O registro profissional obrigatório de jornalistas*. 1985. par. 65.

38 *Ibidem*, par. 66.

39 *Ibidem*, par. 67.

limitada à Corte IDH, às “justas demandas” de uma “sociedade democrática” que leve em consideração o equilíbrio entre os diferentes interesses em risco e a necessidade de preservar o objeto e a finalidade da Convenção.⁴⁰

Com base nessas considerações, a Corte concluiu que o registro obrigatório dos jornalistas constituía uma restrição à liberdade de expressão que, longe de cuidar do bem comum, violava a natureza radical e primária desse direito como inerente a cada ser humano, violando o direito à informação que a sociedade possui.⁴¹

Posteriormente, a Corte IDH desenvolveu o conceito de “bem comum”, usando-o como elemento na definição do que é “lei”. Assim, a Corte IDH define que uma lei é uma “norma jurídica de natureza geral, que visa o bem comum, proveniente dos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e eleitos democraticamente, e elaborada de acordo com o procedimento estabelecido pelas Constituições dos Estados Partes para a sua formação.⁴² A exigência de que as leis sejam elaboradas por razões de interesse geral significa que elas devem ter sido adotadas com base no “bem comum”, um conceito que deve ser interpretado como um elemento integrante da ordem pública do Estado democrático.⁴³ Por conseguinte, o conceito descrito no artigo 32 foi amplamente utilizado pela Corte IDH como parâmetro de interpretação e a pedra de toque para o desenvolvimento dos princípios orientadores de sua jurisprudência.

Da mesma forma, no que se refere à correlação entre direitos e deveres em uma sociedade democrática, a Corte IDH estabeleceu que “em uma sociedade democrática, os direitos e liberdades inerentes à pessoa, suas garantias e o estado de direito constituem uma tríade, na qual cada componente é definido, completado e faz sentido com base nos outros”.⁴⁴ Da mesma forma, estabeleceu que “a democracia representativa é decisiva em todo o sistema do qual a Convenção faz parte [...] e constitui um ‘princípio’ reafirmado pelos Estados americanos na Carta da OEA, instrumento fundamental do Sistema Interamericano”.⁴⁵

A Corte IDH reiterou que as restrições impostas devem ser necessárias em uma sociedade democrática, devendo visar a satisfazer um interesse público imperativo. Entre várias opções para atingir esse objetivo, deve-se escolher uma que restrinja o direito protegido em menor escala. Em outras palavras, a restrição deve ser proporcional ao interesse que a justifica e deve conduzir ao alcance desse objetivo legítimo, interferindo o mínimo possível no exercício efetivo do direito.⁴⁶

3.3. O artigo 32 da CADH como a origem do teste de proporcionalidade no SIDH

Para avaliar uma restrição de direitos, a Corte IDH – atendendo a várias nuances e formulações de acordo com o assunto a ser tratado – desenvolveu um teste, baseado na interpretação dos artigos 30 e 32 da CADH. Em termos gerais, a Corte IDH considerou que as restrições são legítimas quando: (i) são previstas em lei, com base no disposto no artigo 30 da Convenção; (ii) respondem a um objetivo legítimo permitido pela CADH, de acordo com o Artigo 32, para garantir “o respeito pelos direitos ou reputações de terceiros” ou “a proteção da segurança nacional, ordem ou saúde pública ou moral pública” ou outros fins perseguidos por disposições específicas da Convenção em relação a cada direito (como as restrições contempladas em termos de liberdade de expressão ou liberdade pessoal). (iii) Finalmente,

40 *Idem*.

41 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. *O registro profissional obrigatório de jornalistas*. 1985. par. 77.

42 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1986. par. 38.

43 *Ibidem*, par. 26-29.

44 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPMRC. 2005. par. 191.

45 *Ibidem*, par. 192.

46 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. MRC. 2005. par. 85.

as restrições devem ser necessárias e proporcionais em uma sociedade democrática, o que depende de estarem orientadas a satisfazer um interesse público imperativo.

Deve-se notar que a Corte IDH geralmente divide os elementos indicados anteriormente em várias etapas,⁴⁷ e algumas vezes os desenvolve mais extensivamente em certos casos.⁴⁸

Em princípio, pode-se pensar que o artigo 30 da CADH – estabelecendo como requisito para as restrições que são estabelecidas por lei – concede um mero requisito formal. No entanto, esse requisito, em princípio, meramente formal, é complementado pela definição de lei feita pela Corte IDH em que o “bem comum” é considerado como um elemento integrante substancial. Por sua vez, no teste de proporcionalidade da Corte IDH, os outros elementos ou princípios em jogo emanam diretamente do artigo 32 sobre a correlação de deveres e direitos. Em sua jurisprudência mais recente, a origem do teste de proporcionalidade, com base no disposto no artigo 32, raramente é mencionada pela Corte IDH.

A Corte IDH aplicou esta norma em vários casos para, por um lado, rejeitar restrições aos Direitos Humanos que não cumprem as normas convencionais⁴⁹ ou reafirmar restrições legítimas.⁵⁰ Da mesma forma, deve-se especificar que, dependendo dos direitos envolvidos no caso específico, o teste utilizado pela Corte IDH pode ter várias nuances justificáveis.⁵¹

47 Por exemplo, no caso *Kimel*, a Corte IDH considerou analisar: (i) se a tipificação dos delitos de calúnia e difamação afetou a estrita legalidade que deve ser observada ao restringir a liberdade de expressão por meio do direito penal; (ii) se a proteção da reputação dos juizes serve a um propósito legítimo, de acordo com a Convenção e, se for o caso, a idoneidade da medida para alcançar a finalidade perseguida; (iii) a necessidade de tal medida; e (iv) a estrita proporcionalidade da mesma. Ver Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. MRC. 2008. par.58.

48 No caso *Castañeda Gutman*, a Corte considerou examinar: (i) a legalidade da medida, (ii) o objetivo da medida, (iii) sua necessidade em uma sociedade democrática e (iv) proporcionalidade da medida restritiva, a qual por sua vez se divide em: a) existência de uma necessidade social imperiosa - interesse público imperativo, b) exclusividade na nomeação e os meios adequados menos restritivos para regular o direito de ser votado, e c) proporcionalidade em relação ao interesse que se justifica e adequação à consecução do objetivo legítimo. Ver Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008. par. 174 a 205.

49 Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. MRC. 2006. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPMRC. 2005. Corte IDH. *Caso López Alvarez vs. Honduras*. MRC. 2006.

50 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008. par. 175-205. Também, no Chile, a Comissão de Nacional sobre Prisão Política e Tortura, também conhecida como ‘Comissão Valech’, estabelece a reserva dos documentos, testemunhos e informações básicas fornecidas pelas vítimas perante essa instância. Nesse caso particular, a Corte Interamericana determinou que a restrição de acesso às informações contidas no arquivo da Comissão Valech estava em conformidade com a CADH, uma vez que cumpria os padrões de legalidade, finalidade legítima, necessidade e proporcionalidade estrita. Ver Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros vs. Chile*. FRC. 2015. par. 87 a 102.

51 *Ver as nuances entre os testes de proporcionalidade dos seguintes casos decididos pela Corte Interamericana em 2007 e 2008*: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñiiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007. par. 93. (referente às restrições à liberdade pessoal), Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. MRC. 2008. par. 58 e ss. (referente às restrições à liberdade de expressão). Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPMRC. 2008. par. 174- 205. (referente às restrições ao exercício de direitos políticos).

PARTE II
MEIOS DA PROTEÇÃO

CAPÍTULO VI- ÓRGÃOS COMPETENTES

Artigo 33

São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção:

- a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão, e
- b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

CAPÍTULO VII- COMISSÃO INTERAMERICANA
DE Direitos Humanos

Seção 1. Organização

Artigo 34

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos compor-se-á de sete membros, que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de Direitos Humanos.

Artigo 35

A Comissão representa todos os membros da Organização dos Estados Americanos.

Artigo 36

1. Os membros da Comissão serão eleitos a título pessoal, pela Assembleia Geral da Organização, de uma lista de candidatos propostos pelos governos dos Estados membros.
2. Cada um dos referidos governos pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado membro da Organização dos Estados Americanos. Quando for proposta uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente.

Artigo 37

1. Os membros da Comissão serão eleitos por quatro anos e só poderão ser reeleitos uma vez, porém o mandato de três dos membros designados na primeira eleição expirará ao cabo de dois anos. Logo depois da referida eleição, serão determinados por sorteio, na Assembleia Geral, os nomes desses três membros.
2. Não pode fazer parte da Comissão mais de um nacional de um mesmo Estado.

Artigo 38

As vagas que ocorrerem na Comissão, que não se devam à expiração normal do mandato, serão preenchidas pelo Conselho Permanente da Organização, de acordo com o que dispuser o Estatuto da Comissão.

Artigo 39

A Comissão elaborará seu estatuto e submetê-lo-á à aprovação da Assembleia Geral e expedirá seu próprio regulamento.

Artigo 40

Os serviços de secretaria da Comissão devem ser desempenhados pela unidade funcional especializada que faz parte da Secretaria-Geral da Organização e devem dispor dos recursos necessários para cumprir as tarefas que lhe forem confiadas pela Comissão.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C n.º 4. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988.

Referências acadêmicas

RODRÍGUEZ-PINZÓN, D. “La Comisión Interamericana de Petrechos Humanos”, em AYALA CORAO, C., MARTIN, C. y RODRÍGUEZ-PINZÓN, D. (Comp.) *Manual sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Teoría y Práctica*. Ed. Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela (no prelo).

Outras referências

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia). *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*. 2015, disponível em: <http://www.dejusticia.org/#!/actividad/2745>.

Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Aportes para el proceso de selección de miembros de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Documento de coyuntura n.º 1. San José, Costa Rica, Cejil, 2005.

Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Documento de coyuntura n.º 5. Buenos Aires, Argentina, Cejil, 2008.

Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Los debates sobre el rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Democracia*. Documento de Coyuntura n.º 9, Memoria Histórica del Proceso de Reflexión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos 2011/2014, disponível em: <https://cejil.org/es/documento-coyuntura-no-9-debates-rol-comision-interamericana-derechos-humanos-democracia-memoria>.

Due Process of Law Foundation. *Reflexiones para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Aportes n.º 16, 2012, disponível em: <http://dplf.org/sites/default/files/1332509827.pdf>.

Due Process of Law Foundation. *La reforma de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Aportes n.º 19, 2014, disponível em: <http://dplf.org/es/resources/19-la-reforma-de-la-comision-interamericana-de-derechos-humanos>.

Sumário

1. Composição e estrutura	883
--	------------

1.1. Incompatibilidades.....	884
1.2. Deveres, imunidades e privilégios dos membros da CIDH.....	884
1.3. Diretoria da CIDH.....	885
2. Eleição de membros e sua diretoria.....	886
3. Funcionamento.....	888
3.1. Estatuto e Regulamento.....	888
3.2. Sede e sessões.....	889
3.3. Secretaria Executiva.....	889
3.4. Relatorias e grupos de trabalho.....	891
3.5. Discussões, quórum e votações.....	892

1. Composição e estrutura

Os redatores da CADH estabeleceram que dois órgãos seriam competentes para conhecer as obrigações contratadas pelos Estados partes no instrumento regional: a CIDH e a Corte IDH. Neste comentário, abordaremos as disposições convencionais que regulam a função do primeiro deles.⁵²

A CIDH (ou “a Comissão” a seguir para os fins deste comentário) é o principal órgão autônomo da OEA, que tem como principal função promover a observância e defesa dos Direitos Humanos e servir como órgão consultivo da Organização nesta matéria. Isso é definido no artigo 106 da Carta da OEA e nos primeiros artigos do Estatuto e Regulamento da mesma Comissão.⁵³

A CIDH foi criada em 1959, durante a Quinta Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, celebrada em Santiago, Chile; sua existência é anterior à adoção da CADH, que a incorpora em seu texto como um dos órgãos de proteção do SIDH, juntamente com a Corte IDH. Após a entrada em vigor da CADH, a CIDH adaptou seu Estatuto e Regulamento com base em seu papel convencional. De tal maneira que, para entender completamente suas funções, é imperativo levar em consideração os três instrumentos.

A Comissão é composta por sete comissários que atuam a título pessoal e representam a todos os Estados membros da OEA. Diferentemente da Corte IDH, neste caso, não é essencial que os comissários sejam juristas (art. 52 da CADH). Os comissários devem ser “pessoas de alta autoridade moral e conhecimento reconhecido em matéria dos Direitos Humanos.”⁵⁴ Embora esses requisitos não sejam formalmente definidos, a sociedade civil fez contribuições que permitem estabelecer certas diretrizes para interpretação. Por exemplo, o Centro pela Justiça e Direito Internacional (Cejil, na sigla em inglês), estabeleceu que:

1. A mais alta autoridade moral. Refere-se ao reconhecimento público de uma trajetória pessoal e reflexão profissional impecável e exemplar das qualidades humanas, tais como o compromisso com a efetiva observância dos Direitos Humanos, uma apreciação determinada e inequívoca da dignidade humana e profundo respeito pela liberdade e igualdade das pessoas. Também existe um padrão mínimo em relação à ofensa que implica ter participado de governos autoritários ou ditatoriais, [...] [na perpetração] de violações de Direitos Humanos, [...] ter mantido posições ideológicas incompatíveis com a promoção da dignidade ou proteção humana Direitos Humanos internacionais, etc.
2. Competência reconhecida no campo dos Direitos Humanos. Em relação à competência, a experiência neste campo não se limita à formação acadêmica, mas também ao exercício profissional nessa área, a capacidade intelectual de traduzir os fatos e argumentos em sólida análise

52 Para conhecer o trabalho da Corte Interamericana, consulte o comentário do Capítulo VIII sobre as disposições comuns da Corte IDH, de Alejandra Nuño.

53 Artigo 106 da Carta da OEA, artigo 1 do Estatuto e artigo 1 do Regulamento.

54 Artigos 34 e 35 da CADH, artigo 2 do Estatuto da CIDH e artigo 1 do Regulamento.

jurídica e política, a capacidade de abordar várias áreas fundamentais para o desenvolvimento das funções do órgão: especialidades jurídicas (por exemplo, direito dos refugiados), temáticas (por exemplo, gênero), habilidades técnicas (por exemplo, documentação ou implementação de políticas públicas sobre Direitos Humanos), entre outros. Neste exercício, as qualidades jurídicas, profissionais e humanas dos candidatos devem prevalecer sobre os vínculos e lealdades políticas.⁵⁵

Os membros da CIDH são eleitos por quatro anos, e não mais de um nacional do mesmo Estado pode fazer parte da CIDH ao mesmo tempo.⁵⁶ Por questões de gênero, desde a primeira formação da CIDH em 1960 até 2016, 67 membros já foram eleitos, dos quais, 57 eram homens e apenas 10 mulheres.⁵⁷

1.1. Incompatibilidades

O artigo 8 do Estatuto e o artigo 4 do Regulamento da CIDH indicam a existência de certas incompatibilidades em relação ao exercício da posição de Comissário e definem o procedimento a ser seguido na consideração e resolução de um caso.

Nesse contexto, estabelece-se que a posição de membro da CIDH é incompatível com o exercício de atividades que possam afetar sua independência, imparcialidade ou dignidade ou prestígio do cargo. No momento de assumir suas funções, os membros se comprometerão a não representar as vítimas ou seus familiares ou Estados, em medidas cautelares, petições e casos individuais perante a CIDH, por um período de dois anos, contados da cessação de seu mandato como membros do órgão.

No caso de uma possível situação de incompatibilidade, isso será resolvido pela própria CIDH com o voto afirmativo de pelo menos cinco de seus membros. A pessoa questionada terá a oportunidade de ser ouvida antes da decisão ser tomada. Se a existência da incompatibilidade for declarada, a Comissão enviará o caso com seus registros por meio do Secretário-Geral à Assembleia Geral da OEA, que decidirá sobre o assunto. A declaração de incompatibilidade pela Assembleia Geral será adotada por maioria de dois terços dos Estados membros da Organização e causará a imediata remoção do cargo de membro da Comissão, mas não invalidará as ações em tenha intervindo.

1.2. Deveres, imunidades e privilégios dos membros da CIDH

O artigo 9 do Estatuto estabelece que os deveres dos comissários são:

1. Assistir, salvo impedimento justificado, às reuniões ordinárias e extraordinárias da Comissão, que se realizarem em sua sede permanente ou na sede à qual houver acordado trasladar-se provisoriamente.
2. Fazer parte, salvo impedimento justificado, das comissões especiais que a Comissão decidir constituir para a realização de observações in loco ou para cumprir quaisquer outros deveres de que forem incumbidos.
3. Guardar absoluta reserva sobre os assuntos que a Comissão considerar confidenciais.

55 Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Aportes para el proceso de selección de miembros de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Documento de coyuntura n.º 1. San José, Costa Rica, Cejil, 2005.

56 Artigo 37.1 da CADH e artigo 7 do Estatuto da Comissão.

57 Na Assembleia Geral da OEA, realizada na cidade de Washington DC, Estados Unidos, em junho de 2015, foram eleitos como comissários: Enrique Gil Botero (cidadão da Colômbia), Francisco Eguiguren Praelli (cidadão do Peru) e como comissárias: Margarette May Macaulay (cidadã da Jamaica e ex-juíza da Corte Interamericana) e Esmeralda Arosena de Troitño (cidadã do Panamá). Enrique Gil Botero renunciou ao cargo de comissário em fevereiro de 2017. Este cargo foi ocupado por Luis Ernesto Vargas em maio de 2017. Esses mandatos começaram a vigorar em 1º de janeiro de 2016. A integração da CIDH foi concluída pelo brasileiro Paulo Vannuchi, o americano James Cavallaro e o mexicano José de Jesús Orozco Henríquez, cujos mandatos terminaram em 2017. Em junho do mesmo ano, Joel Hernández García, do México, Flavia Cristina Piovesan, do Brasil, e Antonia Urrejola Noguera, do Chile, foram eleitos como novos comissários.

4. Manter, nas atividades de sua vida pública e privada, comportamento acorde com a elevada autoridade moral de seu cargo e a importância da missão confiada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Por sua vez, o artigo 10 do mesmo instrumento enfatiza que, em caso de violação grave de qualquer dever de um(a) comissário(a), depois de ouvir seu testemunho, com o voto de cinco de seus membros, a CIDH submeterá o caso à Assembleia Geral da OEA, que decidirá se é apropriado removê-lo(a) do cargo.

Em relação às imunidades e privilégios que os comissários desfrutam desde o momento de sua escolha e enquanto durar o mandato, o artigo 12 do Estatuto distingue os que lhes correspondem no território dos Estados membros da OEA que fazem parte da CADH e os que não o fazem. No primeiro, “as imunidades reconhecidas pelo direito internacional aos agentes diplomáticos. Gozam também, no exercício de seus cargos, dos privilégios diplomáticos necessários ao desempenho de suas funções os privilégios e imunidades pertinentes aos seus cargos, necessários para desempenhar suas funções com independência” (subseção 2). Por fim, destaca-se que o regime de imunidades e privilégios pode ser regulamentado ou complementado por meio de acordos multilaterais ou bilaterais entre a Organização e os Estados membros (subseção 3).

1.3. Diretoria da CIDH

O artigo 14 do Estatuto e o artigo 6 do Regulamento estabelecem que a diretoria da CIDH é composta por um(a) presidente(a), um(a) primeiro(a) vice-presidente(a) e um(a) segundo(a) vice-presidente(a), que serão eleito(a)s por maioria absoluta de seus membros.

Os artigos 8, 9 e 10 do Regulamento da CIDH definem os poderes da Presidência, bem como o período de tempo em cargos diretivos e como proceder em casos de renúncia, vacância e substituição.

Os membros da diretiva têm mandato de um ano e podem ser reeleitos apenas uma vez em cada período de quatro anos. No caso de um membro da diretoria renunciar ao cargo ou deixar de ser membro da CIDH, esta preencherá o posto na sessão imediatamente posterior, pelo restante do mandato (art. 9, parágrafo 1). Enquanto isso, a substituição ocorrerá por ordem de hierarquia – também nos casos em que alguém seja impedido de executar temporariamente suas funções. Assim, o primeiro vice-presidente substituirá o presidente e o segundo vice-presidente substituirá o primeiro vice-presidente. No caso de vacância, ausência ou impedimento do segundo vice-presidente, o membro mais antigo ou de maior idade o sucederá, de acordo com a ordem de precedência prevista no artigo 3 do Regulamento.

Por sua parte, o presidente tem os seguintes poderes: (a) representar a Comissão perante os demais órgãos da OEA e outras instituições; b) convocar reuniões da Comissão, de acordo com o Estatuto e o Regulamento; (c) presidir as sessões da Comissão e submeter a consideração os assuntos que constam da agenda do programa de trabalho aprovado para a sessão correspondente; decidir os pontos de ordem que surgem durante as deliberações; e colocar as questões em votação de acordo com as disposições pertinente do regulamento; (d) conceder a palavra aos membros na ordem em que houver solicitado; (e) promover o trabalho da Comissão e garantir o cumprimento do seu orçamento-programa; f) Apresentar um relatório escrito à Comissão, no início de suas sessões, sobre as atividades realizadas durante os intervalos, em cumprimento das funções que lhe são conferidas pelo Estatuto e Regulamento; (g) garantir o cumprimento das decisões da Comissão; h) comparecer às reuniões da Assembleia Geral da OEA e a outras atividades relacionadas à promoção e proteção dos Direitos Humanos; (i) trasladar-se para a sede da Comissão e permanecer lá pelo tempo que considerar necessário para o desempenho de suas funções; (j) designar comissões especiais, comissões ad hoc e subcomissões compostas por vários membros, a fim de cumprir qualquer mandato relacionado à sua competência; e (k) exercer quaisquer outros poderes conferidos pelo Regulamento ou outras tarefas que lhe sejam confiadas pela Comissão.

O(a) presidente pode delegar em um(a) do(a)s vice-presidentes ou em outro membro da CIDH os poderes especificados nos incisos a, h e k.

2. Eleição de membros e sua diretoria

Em relação ao artigo 36 da CADH, os artigos 3 a 6 do Estatuto da Comissão definem o processo de seleção de comissários.

Os membros da Comissão são eleitos pessoalmente pela Assembleia Geral da OEA, de uma lista de candidatos proposta pelos governos dos Estados membros; diferentemente da eleição dos juizes da Corte IDH, na qual somente os Estados partes da CADH participam (art. 53). Cada governo pode propor um máximo de três candidatos(as) que podem ser nacionais do Estado proponente ou de qualquer outro Estado membro da Organização. Quando uma lista tríplex é proposta, pelo menos um dos candidatos deve ser nacional de um Estado que não seja o proponente. Os comissários serão eleitos por quatro anos e só poderão ser reeleitos uma única vez.

Seis meses antes do período ordinário de sessões da Assembleia Geral da OEA, antes do final do mandato para o qual os membros da Comissão serão eleitos, O Secretário-Geral da OEA deve solicitar a cada Estado membro da Organização que envie por escrito seus candidatos dentro de noventa dias. Posteriormente, o secretário geral prepara, em ordem alfabética, uma lista dos(as) candidatos(as) apresentados(as), transmitindo-a aos Estados membros da Organização pelo menos trinta dias antes da realização da Assembleia Geral.

A eleição dos membros da Comissão é feita com base nessa lista por escrutínio secreto da Assembleia Geral, e os candidatos com o maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos Estados membros serão eleitos. No caso de ser necessário realizar várias votações para eleger os membros, os candidatos que receberem o menor número de votos serão eliminados sucessivamente, da maneira determinada pela própria Assembleia Geral.

Em resposta às demandas da sociedade civil por um processo público, transparente e inclusivo de seleção de comissários(as) e juizes(as),⁵⁸ em 2005 a Assembleia Geral da OEA incorporou uma prática com essas características solicitando que, ao apresentar uma candidatura para ingressar na Comissão ou na Corte IDH, publique os respectivos curriculum vitae dos(as) candidatos(as) no site da Organização, para que os Estados Membros e a sociedade civil em geral sejam adequadamente informados sobre o perfil do(a) candidato(a).

Da mesma forma, dentro dessa estrutura, a Secretaria-Geral deve emitir um comunicado de imprensa notificando a publicação dessas informações. Além disso, a Assembleia Geral convidou os Estados membros a considerar a possibilidade de conhecer os pontos de vista das organizações da sociedade civil, a fim de apresentar os melhores candidatos para o preenchimento desses cargos.⁵⁹

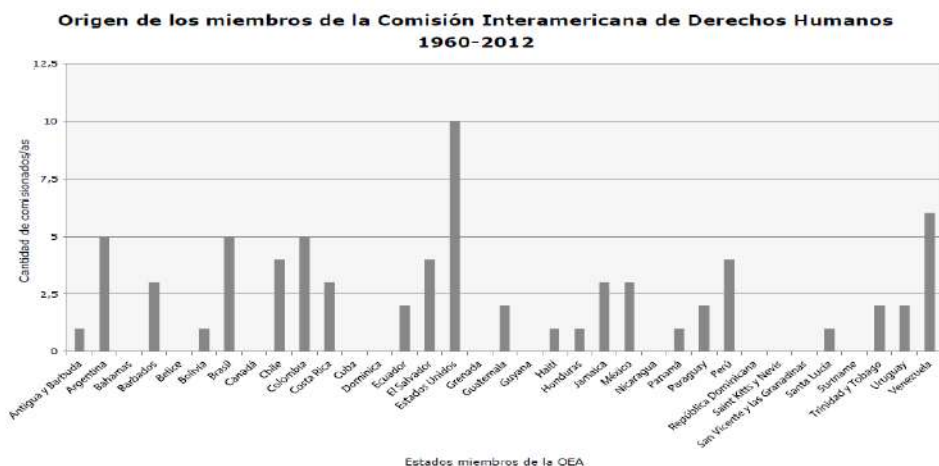
O gráfico a seguir mostra o número de comissários de acordo com o país de origem, desde 1960 até hoje.⁶⁰

Origem dos membros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 1960-2012

58 Ver Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Aportes para el proceso de selección de miembros de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Documento de coyuntura n.º 1. San José, Costa Rica, Cejil, 2005.

59 Ver OEA. AG/RES. 2120 (XXXV-O/05) y OEA. AG/RES. 2166 (XXXVI-O/06).

60 A Resolução VI, adotada em 31 de janeiro de 1962 na Oitava Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, excluiu o Governo de Cuba de sua participação no SIDH. Isso foi nulo de acordo com a resolução AG / RES.2438 (XXXIX-O / 09), aprovada em San Pedro Sula, Honduras, em 9 de junho de 2009, no 39º período ordinário de sessões. Da mesma forma, a referida resolução estabeleceu que a participação de Cuba na OEA será o resultado de um processo de diálogo iniciado a pedido do Governo desse Estado e de acordo com as práticas, propósitos e princípios da OEA.



Como observado, Estados Unidos, Venezuela e Argentina são os países que têm o maior número de comissários de sua nacionalidade. Há uma baixa taxa de representação de comissários dos pequenos Estados insulares do Caribe, e doze Estados nunca tiveram um nacional como membro da CIDH.

Por outro lado, a renúncia de um membro da Comissão deve ser apresentada por escrito ao(a) Presidente da CIDH.⁶¹ Em caso de emergência, o artigo 11 do Estatuto da Comissão estabelece, em conformidade com o disposto no artigo 38 da CADH, que, quando ocorrer uma vacância não surgida pelo término normal do mandato, o(a) Presidente da Comissão notificará imediatamente o Secretário-Geral da OEA, que informará os Estados membros da Organização. Para preencher a vaga, cada governo pode apresentar um candidato dentro de trinta dias a partir da data de recebimento da comunicação do Secretário-Geral. Este preparará uma lista em ordem alfabética das pessoas propostas e a comunicará ao Conselho Permanente da Organização, que preencherá a vaga. Quando o mandato expirar dentro de seis meses a partir da data em que a vaga ocorrer, ele não será preenchido.

Por fim, com relação às eleições diretoria da CIDH, o artigo 7 do Regulamento observa que:

1. Na eleição para cada um dos cargos [de presidente, primeiro(a) e segundo(a) vice-presidente] participarão exclusivamente os membros que estiverem presentes.
2. A eleição será secreta. Entretanto, mediante acordo unânime dos membros presentes, a Comissão poderá estabelecer outro procedimento.
3. Para a eleição para qualquer dos cargos [...], requerer-se-á o voto favorável da maioria absoluta dos membros da Comissão.
4. Se, para eleição para algum desses cargos for necessário realizar mais de uma votação, serão eliminados sucessivamente os nomes que receberem menor número de votos.
5. A eleição será realizada no primeiro dia do primeiro período de sessões da Comissão no ano civil.

3. Funcionamento

3.1. Estatuto e Regulamento

O Estatuto e o Regulamento da CIDH são os instrumentos que delineiam e definem as questões processuais para o seu funcionamento.

61 Artigo 5 do Regulamento.

O artigo 22 do Estatuto determina que ele pode ser modificado pela Assembleia Geral e que a CIDH formulará e adotará seu próprio regulamento que, de acordo com o disposto no artigo 79, poderá ser modificado pela maioria absoluta dos membros da Comissão. O artigo 78 do Regulamento estabelece que qualquer dúvida que surgir sobre sua interpretação deve ser resolvida pela maioria absoluta dos membros da CIDH.

3.1.1. Antecedentes

Como mencionado anteriormente, a Comissão foi criada em agosto de 1959 por meio da Resolução nº VIII da Quinta Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, realizada em Santiago, Chile. Como a existência da CIDH era anterior à adoção da CADH em 1969, seus primeiros Estatutos e Regulamentos datam de anos anteriores.

Seu primeiro Estatuto foi aprovado pelo Conselho da Organização nas resoluções de 25 de maio e 8 de junho de 1960. Durante a primeira sessão da CIDH, após analisar diferentes projetos, em 24 de outubro de 1960 finalmente aprovou a versão definitiva de seu primeiro regulamento.⁶² Este instrumento que regula os procedimentos antes da CIDH foi alterado três vezes, durante as sessões correspondentes a 1961, 1962 e 1966. O Estatuto, por sua vez, foi modificado em abril de 1966, durante a décima terceira sessão da CIDH na Cidade do México, que incorporou as emendas introduzidas pela Resolução nº XXII da Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, realizada no Rio de Janeiro, Brasil, em novembro 1965.

Com a entrada em vigor do Protocolo de Buenos Aires em 1970 e da CADH em 1978, a Comissão teve que adaptar os instrumentos que regulavam sua operação a uma nova realidade.

3.1.2. Relação com a Corte IDH

A reforma da Carta da OEA elevou seu status ao de “principal órgão da Organização”⁶³ e a CADH criou um sistema regional de proteção dos Direitos Humanos, composto pela Comissão e pela nova Corte IDH. Assim, algumas das funções da CIDH estavam intimamente relacionadas às da Corte IDH, razão pela qual se tornou imperativa uma mudança em seu Estatuto e Regulamento.

Em outubro de 1979, no nono período ordinário de sessões realizado em La Paz, Bolívia, a Assembleia Geral da OEA aprovou, por meio da Resolução nº 447, um novo Estatuto da CIDH,⁶⁴ que continua vigente até hoje.⁶⁵

Em abril de 1980 – ano em que a Corte IDH iniciou seus trabalhos – durante seu quadragésimo nono período de sessões, a CIDH aprovou um novo regulamento que incluía um capítulo que rege as ‘Relações com a Corte Interamericana de Direitos Humanos’. Nos anos 1980, devido ao pequeno número de países que reconheceram sua jurisdição contenciosa, a Corte IDH exerceu especialmente suas funções consultivas. Em 1988, proferiu seu primeiro julgamento de mérito,⁶⁶ marcando o início do desenvolvimento substantivo de padrões regionais.

3.1.3. Processo de fortalecimento do SIDH

No início do século XXI, o SIDH entrou em um profundo processo de reflexão que continua até hoje. Nesse contexto, o Regulamento da Comissão e da Corte Interamericana foram alterados

62 OEA. Doc. OEA/Ser.L/V/I.2, Rev. 2.

63 Note-se que no sistema universal não existe um órgão principal dentro da ONU que lide com a promoção, proteção e defesa dos Direitos Humanos. A extinta Comissão de Direitos Humanos operava sob a órbita do Conselho Econômico e Social, e o atual Conselho de Direitos Humanos o faz no âmbito da Assembleia Geral da ONU.

64 Ademais, nessa ocasião, por meio da Resolução nº 448, a Assembleia Geral da OEA adotou o Primeiro Estatuto da Corte IDH.

65 Como pano de fundo deste documento está a resolução CP / RES. 253 (343/78), intitulada “transição entre a atual Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, adotada pelo Conselho Permanente da OEA em 20 de setembro de 1978.

66 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988.

repetidamente na primeira década do novo século.⁶⁷ As reformas do Regulamento de ambos os órgãos têm reconhecido progressivamente o papel central das vítimas no litígio internacional. É importante destacar que, apesar de a Comissão e a Corte Interamericana poderem fazer essas modificações, os dois órgãos abriram suas propostas de reformas à consulta. Em todo esse processo, apesar das limitações dos mecanismos institucionais, a participação e incidência da sociedade civil nas discussões foram de vital importância.⁶⁸

3.2. Sede e sessões

O artigo 16 do Estatuto estabelece que a CIDH terá sede em Washington, D.C., Estados Unidos, e terá o poder de se trasladar e de se reunir no território de qualquer Estado do continente americano quando decidir por maioria absoluta de votos e com o consentimento ou convite do respectivo governo.

O mesmo artigo estabelece que a CIDH se reúna em sessões ordinárias e extraordinárias, de acordo com seu Regulamento, que dispõe em seu artigo 14 o seguinte:

1. A Comissão realizará pelo menos dois períodos ordinários de sessões por ano, no lapso que haja determinado previamente, bem como tantas sessões extraordinárias quantas considerem necessárias. Antes do término do período de sessões, a Comissão determinará a data e o lugar do período de sessões seguinte.
2. As sessões da Comissão serão realizadas em sua sede. Entretanto, a Comissão, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, poderá decidir reunir-se em outro lugar, com a anuência ou a convite do respectivo Estado.
3. Cada período compor-se-á das sessões que sejam necessárias para o desenvolvimento de suas atividades. As sessões serão privadas, a menos que a Comissão determine o contrário.
4. O membro que, por doença ou por qualquer motivo grave, se vir impedido de assistir, no todo ou em parte, a qualquer período de sessões ou reunião da Comissão, ou de desempenhar qualquer outra função, deverá notificá-lo, com a brevidade possível, ao Secretário Executivo, que informará o Presidente e fará constar essa notificação em ata.

Ocasionalmente, nos últimos anos, a CIDH fez uso da faculdade de realizar sessões fora de sua sede, a fim de divulgar e promover o SIDH e disseminar seu trabalho.

3.3. Secretaria Executiva

O artigo 40 da CADH estabelece que a CIDH dispõe dos serviços de uma Secretaria, os quais deverão ser executados por uma unidade funcional especializada, parte da Secretaria-Geral da OEA. De acordo com o artigo 21 do Estatuto, o Secretariado é responsável por uma unidade administrativa especializada, sob a direção de um secretário executivo. Além disso, o artigo 11.1 do Regulamento⁶⁹ es-

67 No caso da Comissão Interamericana, o Regulamento de 1980 foi alterado pela própria Comissão em 2000, durante a 109ª sessão extraordinária, realizada de 4 a 8 de dezembro, posteriormente em sua 116ª Período Ordinário de Sessões, realizado de 7 a 25 de outubro de 2002, em seu 118º Período Ordinário de Sessões, de 6 a 24 de outubro de 2003, em seu 126º período ordinário de sessões, de 16 a 27 de outubro de 2003, 2006, em seu 132º Período Ordinário de Sessões, realizado de 17 a 25 de julho de 2008, e em seu 137º Período Ordinário de Sessões, realizado entre 28 de outubro a 13 de novembro de 2009.

68 Ver aportes da sociedade civil em CP/CAJP-1813/01 de 15 de maio de 2001, y CP/CAJP-2717/09 de 27 de março de 2009; assim como no momento da última reforma do artigo 11 do Regulamento da CIDH ver: <http://www.oas.org/council/sp/grupostrabajo/Reflexion%20sobre%20Fortalecimiento.asp#Orga%20Sociedad%20Civil>.

69 Em março de 2011, durante seu 141º Período Ordinário de Sessões, a Comissão Interamericana aprovou um projeto de reforma do artigo 11 de seu Regulamento e o abriu para consulta e comentários dos Estados e da sociedade civil. Após várias discussões, a versão final foi aprovada em 2 de setembro de 2011 e seu conteúdo final é refletido nesta seção. Para uma visão geral desse processo, consulte: Due Process of Law Foundation. *Reflexiones para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aportes n.º 16*, 2012, Disponível em: <http://dplf.org/sites/default/files/1332509827.pdf>. Due Process of Law Foundation. *La reforma de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aportes n.º 19*, 2014, Disponível em: <http://dplf.org/es/resources/19-la-reforma-de-la-comision-interamericana-de-derechos-humanos>. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia). *Desafíos del Sistema*

pecífica que o Secretariado Executivo será composto por um(a) secretário(a) executivo(a) e pelo menos um(a) secretário(a) executivo(a) adjunto(a), bem como o pessoal profissional, técnico e administrativo necessário para executar suas tarefas. O artigo 12 do Regulamento estabelece que, em casos de ausência ou impedimento, o secretário executivo será substituído pelo vice e, na ausência de ambos, nomeará temporariamente um dos especialistas da Secretaria Executiva para substituí-los.

De acordo com o artigo 40 da CADH, o artigo 21 do Estatuto indica que a Secretaria da Comissão deve dispor dos recursos e pessoal necessários para realizar as tarefas que a Comissão lhe confia. Na mesma estrutura, é necessário que, como os membros da Comissão, o secretário executivo seja uma pessoa de alta autoridade moral e conhecimento reconhecido dos Direitos Humanos. O artigo 11.2 do regulamento acrescenta que deve ser alguém com experiência anterior e independente.

O artigo 11.4 do regulamento prevê que, antes de iniciar o seu mandato e durante o mesmo, o secretário executivo e seu vice revelarão à Comissão qualquer interesse que possa ser considerado em conflito com o exercício de suas funções. De acordo com o artigo 12 do Regulamento, no momento de assumir suas funções, o Secretário Executivo comprometer-se-á a não representar a vítimas ou seus familiares ou Estados em medidas cautelares, petições e casos individuais perante a CIDH, por um período de dois anos, contados da cessação de suas funções.

O(A) Secretário(a) Executivo(a) será responsável pelas atividades da Secretaria e auxiliará a Comissão no exercício de suas funções. O artigo 13 do Regulamento estabelece que “a Secretaria Executiva preparará os projetos de relatórios, resoluções, estudos e outros trabalhos que seja encarregada pela Comissão ou o Presidente [,] [...] receberá e fará tramitar a correspondência e as petições e comunicações dirigidas à Comissão [e] também poderá solicitar às partes interessadas a informação que considere pertinente [...]”. Nesse contexto, o artigo 12 destaca que todo o pessoal da Secretaria Executiva tem o dever de manter a reserva mais absoluta em todos os assuntos que a CIDH considere confidenciais.

O artigo 12 do Regulamento define as seguintes atribuições do secretário executivo: a) dirigir, planejar e coordenar o trabalho da Secretaria Executiva; b) preparar, em consulta com o Presidente, o projeto de orçamento-programa da Comissão, que se regerá pelas normas orçamentárias vigentes para a OEA, do qual dará conta à Comissão; c) preparar, em consulta com o Presidente, o projeto de programa de trabalho para cada período de sessões; d) assessorar o Presidente e os membros da Comissão no desempenho de suas funções; e) apresentar um relatório escrito à Comissão, ao iniciar-se cada período de sessões, sobre os trabalhos realizados pela Secretaria desde o período de sessões anterior, bem como sobre os assuntos de caráter geral que possam ser do interesse da Comissão; e f) executar as decisões de que seja encarregado pela Comissão ou pelo Presidente.

Artigo 21 do Estatuto e 11.3. do Regulamento definem o processo de seleção da pessoa encarregada da Secretaria Executiva, que será designada pelo Secretário-Geral da OEA em consulta com a CIDH.

A Comissão realizará o seguinte procedimento interno para identificar a candidata mais qualificada e enviar seu nome ao Secretário-Geral, propondo sua nomeação por um período de quatro anos que poderá ser renovado uma vez:

1. Realizará um concurso público para preenchimento da vaga e publicará os critérios e as qualificações para o cargo, bem como a descrição das tarefas a serem desempenhadas.
2. Examinará as inscrições recebidas e selecionará de três a cinco finalistas, os quais serão entrevistados para o cargo.
3. Os currículos dos/das finalistas serão publicados, inclusive no endereço eletrônico da Comissão, um mês antes da seleção final, para que sejam recebidos comentários sobre os/as candidatos(as).

Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos. 2015, Disponível em: <http://www.dejusticia.org/#!/actividad/2745>.

4. Determinará o/a candidato(a) mais qualificado(a), levando em conta os comentários, por maioria absoluta dos seus membros.

Finalmente, para que o secretário geral possa proceder à destituição do secretário o executivo da CIDH deve consultar sua decisão com a Comissão e informá-la dos motivos nos quais se fundamenta.

3.4. Relatorias e grupos de trabalho

A CIDH possui uma divisão interna de trabalho que visa garantir o melhor desempenho e cumprimento de suas funções. O artigo 15 do Regulamento define o quadro operacional para relatorias e grupos de trabalho.

A Comissão pode atribuir tarefas ou mandatos específicos a alguém ou a um grupo de seus membros em preparação de suas sessões ou para a execução de programas, estudos ou projetos especiais. Da mesma forma, pode designar seus membros como relatores de países, caso em que garantirá que cada Estado membro da OEA tenha um relator; quem exercerá as responsabilidades de acompanhamento atribuídas pela Comissão e, pelo menos uma vez por ano, reportará ao plenário as atividades realizadas.⁷⁰ Da mesma forma, poderá criar relatorias temáticas ou especiais com mandatos vinculados ao cumprimento de suas funções promocionais e proteção dos Direitos Humanos no continente em relação a áreas de interesse especial. Os mandatos serão avaliados periodicamente e estão sujeitos à revisão, renovação ou conclusão pelo menos a cada três anos. O inciso 3 do artigo 15 estabelece que os fundamentos da decisão de criar esse tipo de relatoria serão refletidos em uma resolução adotada por maioria absoluta de votos dos membros da Comissão, que registrará a definição do mandato conferido. – Incluindo suas funções e escopo – e a descrição das atividades a serem realizadas, bem como os métodos de financiamento projetados para cobri-las.

Os responsáveis pelas relatorias temáticas e especiais realizarão suas atividades em coordenação com os responsáveis pelos relatores de país. Os relatores apresentarão seus planos de trabalho para aprovação da sessão plenária da CIDH e, pelo menos uma vez por ano, apresentarão um relatório escrito sobre o trabalho realizado. Da mesma forma, espera-se que chame a atenção da sessão plenária do Comissão sobre questões que, tendo chegado ao seu conhecimento, possam ser consideradas matéria de controvérsia, séria preocupação ou interesse especial da Comissão.

As relatorias temáticas serão responsáveis por um membro da CIDH, designado pelo mesmo órgão durante suas sessões. As relatorias especiais serão encarregadas de outras pessoas, escolhidas por meio de um processo de seleção definido no inciso 4 do artigo 15 que prevê que elas serão nomeadas pela Comissão de acordo com os seguintes parâmetros: a) chamado a concurso aberto para a ocupação de cargo, com publicidade dos critérios a serem utilizados na seleção dos postulantes, dos seus antecedentes de idoneidade para o cargo, e da resolução da CIDH aplicável ao processo de seleção; b) eleição por voto favorável da maioria absoluta dos membros da CIDH e publicidade dos fundamentos da decisão.

Os relatores especiais exercerão suas funções em coordenação com a Secretaria Executiva, que poderá delegar a preparação de relatórios sobre petições e casos. O exercício do cargo será de três anos, renovável uma vez, a menos que o mandato do relator conclua antes do término desse prazo. A CIDH, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá decidir substituir um relator especial, por causa razoável. Espera-se que, antes do processo de nomeação, e durante o exercício de seu cargo, eles revelem à Comissão qualquer interesse que possa estar em conflito com o mandato de relator.

Atualmente, a Comissão IDH possui nove relatorias temáticas sobre: Povos Indígenas, criada em 1990; Mulheres, criada em 1994; Migrantes, criada em 1996;⁷¹ Crianças e adolescentes, criada em

70 Embora o Regulamento não se pronuncie a este respeito, nenhum membro da Comissão pode ser designado relator do seu país de origem.

71 Originalmente criada como Relatoria de Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias. 30 de março 2012, no

1998; Pessoas privadas de liberdade, criada em 2004; Afrodescendentes e contra a discriminação racial, criada em 2005; Defensores de Direitos Humanos e direitos de lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexuais (LGTBI), ambas criados em 2011,⁷² e direitos econômicos, sociais e culturais.⁷³

Além disso, existe um relator especial sobre liberdade de expressão, criado em 1997, que apresenta diferentes relatórios temáticos, anuais e por país. Finalmente, há também uma unidade especializada em Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, criada em 2012, a mesma a quem foi solicitado em abril de 2014 iniciar um processo de criação de uma relatoria especial tão logo os fundos necessários estiverem disponíveis.

3.5. Discussões, quórum e votações

O artigo 17 do Regulamento da CIDH estabelece que seus membros não podem participar da discussão, investigação, deliberação ou decisão de um assunto submetido à consideração da Comissão nos seguintes casos: a. se forem cidadãos do Estado objeto da consideração geral ou específica da Comissão, ou se estiverem acreditados ou cumprindo missão especial como diplomatas perante esse Estado; ou b. se houverem participado previamente, a qualquer título, de alguma decisão sobre os mesmos fatos em que se fundamenta o assunto ou se houveram atuado como conselheiros ou representantes de uma das partes interessadas na decisão.

Caso um membro considere que deveria se abster de participar do exame ou decisão sobre um assunto, notificará a CIDH, que decidirá se a inibição é apropriada. Da mesma forma, qualquer membro pode provocar a inibição de outro membro, com base nos motivos acima mencionados.

Quando a CIDH não se reúne em sessões ordinárias ou extraordinárias, os membros podem deliberar e decidir questões de sua competência através dos meios que considerem adequados.

O artigo 17 do Estatuto estabelece que a maioria absoluta dos membros da CIDH constitui o quórum e indica uma diferença nos parágrafos 2 e 3. Em relação aos Estados que são partes no Convenção, as decisões serão tomadas por maioria absoluta dos votos dos membros da Comissão, nos casos em que a CADH e o Estatuto o estabeleçam. Em todos os outros casos, será necessária a maioria absoluta dos membros presentes. Em relação aos Estados que não são parte da CADH, as decisões serão tomadas por maioria absoluta de votos dos membros da Comissão, exceto no caso de questões processuais, caso em que as decisões serão tomadas por maioria simples.

Os artigos 16 e 18 do Regulamento preveem a necessidade da maioria absoluta dos membros da Comissão a se reunir, decidir e resolver uma série de questões especiais, como:

- a) Eleição dos membros da Diretoria da Comissão;
- b) Interpretação do [...] Regulamento;
- c) Aprovação de relatório sobre a situação dos Direitos Humanos em determinado Estado; e
- d) Quando essa maioria estiver prevista na Convenção Americana, no Estatuto ou no presente Regulamento.

Em relação a outros assuntos, o voto da maioria dos membros presentes será suficiente.

Por fim, o artigo 19 do Regulamento reconhece que os membros da Comissão, de acordo ou não com as decisões adotadas pela maioria, terão o direito de apresentar seu voto fundamentado, o qual poderá ser incluído na decisão. Os votos fundamentados devem ser apresentados por escrito junto à

âmbito de seu 144º período de sessões, a CIDH decidiu modificar seu mandato, conforme declarado: “Em resposta à multiplicidade de desafios colocados pela mobilidade humana na região, o novo mandato é focado no respeito e garantia dos direitos dos migrantes e suas famílias, requerentes de asilo, refugiados, apátridas, vítimas de tráfico de pessoas, pessoas deslocadas internamente, bem como outros grupos de pessoas vulneráveis no contexto de mobilidade humana”.

72 Estas duas últimas Relatorias elevaram seu *status*, já que originalmente haviam sido criadas como Unidades.

73 Esta Relatoria temática adquiriu esse *status* em julho de 2017, através da seleção de Soledad García Muñoz como relatora especial.

Secretaria no prazo de 30 dias após a sessão em que foi adotada a respectiva decisão. Em casos urgentes, a maioria absoluta dos membros pode estipular um prazo mais curto. Uma vez que o referido mandato expire sem um voto fundamentado, desde que considerado, o respectivo membro renunciou ao seu direito de apresentá-lo, sem prejuízo para registrar sua dissidência.

Seção 2. Funções

Artigo 41

A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos Direitos Humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

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

Artigo 42

Os Estados Partes devem remeter à Comissão cópia dos relatórios e estudos que, em seus respectivos campos, submetem anualmente às Comissões Executivas do Conselho Interamericano Econômico e Social e do Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura, a fim de que aquela vele por que se promovam os direitos decorrentes das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

Artigo 43

Os Estados Partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção.

Bibliografia

Normas relevantes

Carta OEA - Carta da Organização dos Estados Americanos. Adotada em 30 de março de 1948, entrada em vigor em 13 de dezembro de 1951.

CIDFP - Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Adotada em 9 de junho de 1994, entrada em vigor em 28 de março de 1996.

DADDH – DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. Aprovada em 1948.

Estatuto da CIDH. Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Aprovado em 1979.

Regulamento da CIDH - Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Aprovado em 2009. Última modificação março de 2013, entrada em vigor em 1 de agosto de 2013.

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Resoluções e Decisões

Corte IDH. *Assunto Internado Judicial de Monagas (“La Pica”); Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare); Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana), e Internado Judicial Capital El Rodeo I y el Rodeo II*. Solicitação de medidas provisórias em relação à Venezuela. Resolução de 8 de fevereiro de 2008.

Corte IDH. *Assunto Quatro Comunidades Indígenas Ngöbe e seus membros*. Medidas Provisórias em relação ao Panamá. Resolução de 28 de maio de 2010.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. MC 260/07. *Comunidades do Povo Maya (Sipakepense y Mam) dos municípios de Sipacapa e San Miguel Ixtahuacán no Departamento de San Marcos, Guatemala*. Medidas cautelares outorgadas em 20 de maio de 2010.

CIDH. MC 340/10. *Mulheres e meninas residentes em 22 campos para deslocados internos em Porto Príncipe, Haiti*. Medidas cautelares outorgadas em 22 de dezembro de 2010.

CIDH. *Segundo Relatório sobre a Situação das Defensoras e Defensores de Direitos Humanos nas Américas*. 2011.

Referências acadêmicas

FAÚNDEZ LEDESMA, H. “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Teorías y realidades)”, em *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 46, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, 1993.

GONZÁLEZ MORALES, F. “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, em *Anuario del Centro de Derechos Humanos*, n.º 5, Universidad de Chile. Santiago, Chile, julho de 2009.

Sumário

1. Funções da CIDH.....	895
2. Resenha histórica	896
3. Alcance das funções da CIDH	899
4. Funções políticas	900
5. Funções judiciais	903
6. Medidas cautelares	903
7. Relatório Anual	905

1. Funções da CIDH

No âmbito do artigo 41 da CADH, a CIDH tem como principal função promover a observância e defesa dos Direitos Humanos. Para atingir esses objetivos, a Comissão possui uma série de poderes listados no mesmo artigo e elaborados nos artigos 18, 19 e 20 de seu Estatuto.

O artigo 1 do Estatuto reforça a natureza da CIDH como órgão da OEA criado para promover a observância e defesa dos Direitos Humanos e servir como órgão consultivo da Organização nesta matéria; a subseção 2 do mesmo artigo especifica que o termo “Direitos Humanos” inclui tanto os direitos definidos na CADH em relação aos Estados partes, como os direitos consagrados na DADDH em relação aos outros Estados membros.

As funções da CIDH foram progressivamente ampliadas desde a sua criação. Entre estas

funções podem ser claramente diferenciadas aquelas de natureza judicial, também chamadas de ‘quase-judiciais’ e outras de natureza política. As primeiras são exercidas de maneira diferente entre os Estados que fazem parte da CADH e aqueles que não, enquanto os últimos afetam igualmente todos os Estados membros da OEA.

No cumprimento de seu mandato, a CIDH utiliza uma ampla variedade de meios que estão ao seu alcance e são definidos especificamente em seu Estatuto e Regulamento; esses meios permitem a produção de relatórios.

2. Resenha histórica

A OEA foi criada durante a Nona Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, Colômbia, entre abril e maio de 1948. O conteúdo original da Carta da OEA incluía poucas, porém claras, disposições em relação aos Direitos Humanos, referindo-se a elas como “Direitos Humanos essenciais” (Preâmbulo) ou como “direitos fundamentais da pessoa humana” (art. 5). Na mesma conferência, a DADDH foi adotada, no entanto, a Carta da OEA não contemplou a existência de um órgão responsável pela promoção ou proteção dos direitos reconhecidos no referido instrumento, antes dos quais o Comitê Jurídico Interamericano foi encarregado de elaboração de um projeto de estatuto para um tribunal internacional para esses fins.¹

O assunto foi adiado para a Quinta Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, realizada em Santiago, Chile, em agosto de 1959. O clima político no Caribe foi propício ao posicionamento de questões de Direitos Humanos na agenda regional. A Resolução VIII solicitou ao Conselho Interamericano de Juristas a elaboração de um projeto de convenção sobre Direitos Humanos e criou uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos “encarregada de promover o respeito por esses direitos, que será organizada pelo [...] Conselho [do OEA] e [com] os poderes específicos que [o próprio Conselho] lhe indica”.

Em junho de 1960, o Conselho da Organização aprovou o Estatuto da CIDH, que continha

disposições sobre sua composição, eleição de seus membros e do Secretariado, competência, reuniões e votação. As funções e poderes listados no artigo 9 desse primeiro Estatuto habilitaram a Comissão a: (a) estimular a conscientização dos Direitos Humanos nos povos da América; (b) formular recomendações, se for o caso, aos governos dos Estados membros em geral, para que adotem medidas progressivas em favor dos Direitos Humanos em sua legislação interna e, de acordo com seus preceitos constitucionais, medidas apropriadas para promover a fiel observância desses direitos; (c) elaborar os estudos e relatórios que julgar apropriados no desempenho de suas funções; (d) instar os governos dos Estados membros a fornecer informações sobre as medidas adotadas no campo dos Direitos Humanos; e (e) servir como órgão consultivo da OEA em Direitos Humanos.²

É importante destacar que, como afirma Faúndez Ledesma, “de acordo com os termos do Estatuto então aprovado, a Comissão era uma entidade autônoma da Organização dos Estados Americanos – de natureza não convencional – cujo mandato era promover o respeito pelos Direitos Humanos”.³ Isso se refletiu claramente na recusa dos Estados em conceder ao novo órgão a competência para ouvir denúncias de indivíduos sobre violações de Direitos Humanos por eles cometidas. No entanto, o influxo de reclamações semelhantes era inevitável.

Como resultado de sua criação, a CIDH começou a receber um grande número de comunicações de vítimas de violações dos Direitos Humanos em todo o continente, clamando por uma reação de sua

1 Faúndez Ledesma, H. “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Teorías y realidades)”, em *Revista de la Facultad de Derecho*. n.º 46, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, 1993.

2 Neste marco, a CIDH devia entender por ‘Direitos Humanos’ àqueles direitos reconhecidos na DADDH.

3 Faúndez Ledesma, H., *op. cit.*, p. 61.

parte, depositando esperanças de encontrar proteção e justiça em nível internacional. No entanto, não havia um mandato expresso para processar essas reclamações.

Em outubro de 1960, a CIDH estabeleceu formalmente sua sede na cidade de Washington D.C, Estados Unidos. Durante sua primeira sessão, após analisar diferentes projetos, em 24 de outubro, aprovou a versão final de seu primeiro Regulamento.⁴

Da mesma forma, no contexto descrito, os(as) próprios(as) Comissários(as) estavam preocupados(as) com as limitações das funções da CIDH. Em um relatório apresentado na Décima Primeira Conferência Interamericana, chamou a atenção para o fato de que seus poderes “não lhe permitiriam cumprir a missão que os povos da América podiam esperar dela em defesa dos Direitos Humanos, [considerando que] seu dever não deveria limitar-se a simples promoção do respeito por esses direitos, mas que estava obrigada a cuidar [...] que os mesmos não fossem violados”.⁵ Ao mesmo tempo, outros atores do sistema também reconheceram o dever de proteger os Direitos Humanos que correspondiam à Comissão.⁶

Na ocasião, o Sr. Rómulo Gallegos, então Presidente da CIDH, apresentou um projeto de reforma do Estatuto elaborado pela própria Comissão, a fim de alterar o artigo 9, adicionando duas novas subseções para expandir seus poderes e examinar as comunicações ou reivindicações dirigidas a ela por qualquer pessoa ou grupo de pessoas ou por associações e preparar relatórios relacionados a essas reivindicações.

No entanto, ciente de que essa expansão de poderes levaria tempo, a CIDH optou por não rejeitar as comunicações recebidas e aproveitou a oportunidade para usá-las como insumo nos relatórios de seus países. Após várias discussões, realizou uma ampla interpretação de suas funções estatutárias e terminou entendendo que “a seção b) do artigo 9 do Estatuto [permitia], caso julgasse apropriado, fazer recomendações gerais a todos os Estados Membros, assim como a cada um deles”.

Ao longo dos anos, a CIDH continuou insistindo na necessidade de expandir seus poderes.

Por fim, na Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, realizada no Rio de Janeiro, Brasil, em novembro de 1965, os Estados aprovaram a Resolução XXII “Ampliação das funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos”. Reafirmou-se assim seu dever de supervisionar a observância dos Direitos Humanos em todos os Estados membros, com atenção especial aos direitos civis e políticos estabelecidos nos artigos I, II, III, IV, XVIII, XXV e XXVI da DADDH, e solicitou-se que enviasse um relatório anual de atividades aos órgãos políticos da OEA. Além disso, e de acordo com uma resolução da própria CIDH na qual interpretou o alcance do seu mandato, foi autorizada a lidar com as queixas individuais recebidas, bem como solicitar informações aos Estados e fazer recomendações em relação a elas.⁷ Posteriormente, em sua décima terceira sessão, em abril de 1966, na Cidade do México, a CIDH atualizou seu Estatuto com base nos novos poderes que lhe foram conferidos, transformando-os no artigo 9 bis que a autorizou:

examinar as comunicações que lhe forem dirigidas e qualquer informação disponível; dirigir-se ao Governo de qualquer dos Estados membros não Partes da Convenção a fim de obter as informações que considerar pertinentes; e formular recomendações, quando julgar apropriado, a fim de tornar mais efetiva a observância dos Direitos Humanos fundamentais

Da mesma forma, alterou seu Regulamento e estabeleceu um procedimento especial de acordo com suas novas funções.

4 OEA/Ser.L/V/I.2, Rev. 2.

5 OEA/Ser. L./V/II. 1 Doc. 32, 14 de março de 1961.

6 Por exemplo, em uma sessão de protocolo do Conselho da OEA realizada em 13 de outubro de 1960, o Embaixador Vicente Sánchez Gavito, que atuava como Presidente do Conselho na época, identificou a Comissão como a “Único órgão do Sistema responsável pela proteção dos Direitos Humanos”.

7 A história da expansão progressiva das funções da CIDH apresenta algumas semelhanças com a do procedimento 1503 perante a Comissão de Direitos Humanos da ONU.

Em fevereiro de 1967, os Estados do continente se reuniram na Terceira Conferência Interamericana Extraordinária, realizada em Buenos Aires, Argentina, para examinar a Carta da OEA e aprovar um Protocolo de Reforma. Entre outras coisas, o status da Comissão foi elevado a “principal órgão da Organização”, cuja principal função seria “promover a observância e defesa dos Direitos Humanos e servir como órgão consultivo da Organização nesta matéria”.⁸

O mencionado Protocolo de Buenos Aires entrou em vigor em fevereiro de 1970. Alguns meses antes, em novembro de 1969, a Conferência Especializada em Direitos Humanos foi realizada em San José, Costa Rica, durante a qual a CADH foi finalmente adotada. Com a entrada em vigor da CADH em julho de 1978, a CIDH tornou-se oficialmente um órgão convencional, principal e autônomo da OEA.

Abril-mayo 1948	Carta de la Organización de los Estados Americanos Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre	Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia
Agosto 1959	Resolución VIII - crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago, Chile
Junio 1960	Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobado por el Consejo de la Organización de Estados Americanos	Washington D.C., Estados Unidos
Octubre 1960	Instalación formal e inicio de actividades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	
Noviembre 1965	Resolución XXII "Expansión de las funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos"	Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, Río de Janeiro, Brasil
Abril 1960	Se incorpora el artículo 9 bis al Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	Tercer Periodo de Sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Ciudad de México, México
Febrero 1967	Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de Estados Americanos - Comisión Interamericana de Derechos Humanos como órgano principal de la Organización	Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, Buenos Aires, Argentina
Noviembre 1969	Adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica
Febrero 1970	Entrada en vigor del Protocolo de Buenos Aires	
Julio 1978	Entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	
Octubre 1979	Resolución 447 Reforma al Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - se adapta a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	Noveno Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, La Paz, Bolivia

Finalmente, esse cenário levou necessariamente a uma nova adaptação e reforma do Estatuto da CIDH mediante a Resolução 447 aprovada no Nono Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da OEA, realizada em outubro de 1979 em La Paz, Bolívia.

8 Cf. o então artigo 112 da Carta da OEA, atualmente artigo 106.

Na página anterior, há uma revisão histórica do desenvolvimento da CIDH de 1948 a 1978. Esta revisão fornece uma melhor compreensão de como as funções da CIDH listadas no artigo 41 da CADH estão alinhadas com uma expansão que estava ocorrendo gradualmente durante a década anterior à adoção deste instrumento.

3. Alcance das funções da CIDH

A natureza da CIDH como órgão principal da OEA, por um lado, e como órgão da CADH, por outro lado, afeta o alcance de suas competências. Nesse sentido, os artigos 18, 19 e 20 de seu Estatuto definem esses poderes com mais precisão, distinguindo entre os Estados membros da OEA e os que fazem parte da CADH:

Artigo 18

A Comissão tem as seguintes atribuições com relação aos Estados membros da Organização:

- a. estimular a consciência dos Direitos Humanos nos povos da América;
- b. formular recomendações aos Governos dos Estados no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos Direitos Humanos, no âmbito de sua legislação, de seus preceitos constitucionais e de seus compromissos internacionais, bem como disposições apropriadas para promover o respeito a esses direitos;
- c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d. solicitar aos Governos dos Estados que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de Direitos Humanos;
- e. atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os Direitos Humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar assessoramento que eles lhe solicitarem;
- f. apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização no qual se levará na devida conta o regime jurídico aplicável aos Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e aos Estados que não o são;
- g. fazer observações in loco em um Estado, com a anuência ou a convite do Governo respectivo;
- e
- h. apresentar ao Secretário-Geral o orçamento-programa da Comissão, para que o submeta à Assembleia Geral.

Artigo 19

Com relação aos Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Comissão exercerá suas funções de conformidade com as atribuições previstas na Convenção e neste Estatuto e, além das atribuições estipuladas no artigo 18, terá as seguintes:

- a. atuar com respeito às petições e outras comunicações de conformidade com os artigos 44 a 51 da Convenção;
- b. comparecer perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos previstos na Convenção;
- c. solicitar à Corte Interamericana de Direitos Humanos que tome as medidas provisórias que considerar pertinente sobre assuntos graves e urgentes que ainda não tenham sido submetidos a seu conhecimento, quando se tornar necessário a fim de evitar danos irreparáveis às pessoas;
- d. consultar a Corte a respeito da interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou de outros tratados concernentes à proteção dos Direitos Humanos dos Estados americanos;

- e. submeter à Assembleia Geral projetos de protocolos adicionais à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com a finalidade de incluir progressivamente no regime de proteção da referida Convenção outros direitos e liberdades; e
- f. submeter à Assembleia Geral para o que considerar conveniente, por intermédio do Secretário-Geral, propostas de emenda à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Artigo 20

Com relação aos Estados membros da Organização que não são Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Comissão terá, além das atribuições assinaladas no artigo 18, as seguintes:

- a. dispensar especial atenção à tarefa da observância dos Direitos Humanos mencionados nos artigos I, II, III, IV, XVIII, XXV e XXVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem;
- b. examinar as comunicações que lhe forem dirigidas e qualquer informação disponível; dirigir-se ao Governo de qualquer dos Estados membros não Partes da Convenção a fim de obter as informações que considerar pertinentes; e formular recomendações, quando julgar apropriado, a fim de tornar mais efetiva a observância dos Direitos Humanos fundamentais; e
- c. verificar, como medida prévia ao exercício da atribuição da alínea b, anterior, se os processos e recursos internos de cada Estado membro não Parte da Convenção foram devidamente aplicados e esgotados.

Como pode ser visto, os poderes estabelecidos no artigo 18 que afetam todos os Estados membros da OEA igualmente, são aqueles que correspondem às funções políticas da CIDH, enquanto os que têm um alcance diferenciado entre os Estados Partes da Convenção e os que não o são, conforme estabelecido nos artigos 19 e 20, correspondem às suas funções quase-judiciais.

Além disso, em relação às subseções b. e c. do artigo 19, cabe assinalar que, no procedimento do sistema de petições individuais, a Comissão pode encaminhar casos à Corte Interamericana ou solicitar a adoção de medidas provisórias, somente em relação aos Estados que reconheceram a jurisdição contenciosa da Corte IDH.

4. Funções políticas

As funções políticas da CIDH são estabelecidas nos cinco primeiros incisos do artigo 41 da CADH. Como já mencionamos, em conformidade com o fato de a Comissão ser um dos principais órgãos da OEA, esse tipo de autoridade se estende igualmente a todos os Estados membros da Organização.

Desde o início de seus trabalhos, a Comissão vem acompanhando e decidindo sobre a situação de Direitos Humanos no continente em geral e em certos Estados em particular. Da mesma forma, nas últimas duas décadas, tratou de alguns tópicos específicos, verificando o status dos grupos em uma situação particularmente vulnerável e revelando questões de relevância conjuntural. Para tanto, a Comissão dispõe de uma série de ferramentas.

A Comissão pode realizar visitas *in loco* para fazer observações no território de um Estado

Americano. De acordo com o disposto no artigo 18 acima mencionado, deve-se ter a anuência ou o convite do respectivo governo para realizar a respectiva visita. Além disso, os artigos 53 a 57 do Regulamento estabelecem o marco no qual essa prática ocorre. O Estado que convida a Comissão ou dá seu consentimento, “comprometer-se-á a não adotar represálias de qualquer natureza contra as pessoas ou entidades que hajam cooperado com a Comissão, prestando-lhe informações ou testemunhos” (art. 56). Além disso, é listada uma série de normas segundo as quais devem ser fornecidas todas as garantias e facilidades necessárias para que a Comissão cumpra sua missão (art. 57).

Está prevista a criação de uma Comissão Especial para cada caso designado para esse fim (art. 53), da qual, aquele membro da Comissão que seja nacional ou resida no território do Estado em questão não poderá participar (art. 54). As delegações são geralmente compostas pelo Comissário Relator do país ou da temática mais preocupante nesse Estado e por advogados da Secretaria Executiva. Às vezes, o próprio secretário executivo também acompanha. A equipe designada organiza seu próprio plano de trabalho (art. 55).

As atividades normalmente incluem reuniões com representantes do governo e da sociedade civil, visitas a instituições estatais e organizações internacionais, bem como supostas vítimas de violações de Direitos Humanos. As visitas in loco servem para coletar informações sobre casos individuais e preparar relatórios. Da mesma forma, devido à sua difusão, ajudam a promover o debate sobre a situação dos Direitos Humanos no país, a fortalecer as demandas da sociedade civil e a tornar visível o trabalho da Comissão no continente.⁹

Os artigos 61 a 69 do Regulamento da CIDH estabelecem e regulam seu poder de realizar audiências por iniciativa própria ou a pedido de uma parte interessada. O objetivo dessas audiências será “receber informações das partes sobre qualquer petição, caso pendente na Comissão, acompanhamento de recomendações, medidas cautelares ou informações de natureza geral ou particular relacionadas aos Direitos Humanos em um ou mais Estados membros da OEA” (art. 62).

Com relação às audiências de caráter geral, o artigo 66 dispõe o seguinte:

1. Os interessados em apresentar à Comissão depoimentos ou informações sobre a situação dos Direitos Humanos em um ou mais Estados, ou sobre assuntos de interesse geral, deverão solicitar audiência à Secretaria Executiva, por escrito, com antecedência não inferior a 50 dias do início do respectivo período de sessões da Comissão.
2. O solicitante deverá indicar o objeto do comparecimento, apresentar uma síntese das matérias que serão expostas e informar o tempo aproximado que considera necessário para tal fim, bem como a identidade dos participantes.
3. Quando a Comissão aceder a pedidos de audiência sobre a situação dos Direitos Humanos em um país, convocará o Estado interessado, a menos que decida realizar uma audiência privada conforme o artigo 68.
4. Se considerar adequado, a Comissão poderá convocar outros interessados a participar das audiências sobre a situação de Direitos Humanos em um ou mais Estados, ou sobre assuntos de interesse geral.
5. A Secretaria Executiva informará a data, lugar e horário da audiência, com antecedência não inferior a um mês da sua realização. Não obstante, em circunstâncias excepcionais, tal prazo poderá ser menor.

Em conformidade com os artigos 68 e 70, quando for decidida a privacidade de uma audiência, a CIDH decidirá quem poderá comparecer a ela e a ata será lavrada nos mesmos termos previstos para as audiências públicas. Em todos os casos, a Comissão registrará os testemunhos e poderá disponibilizá-los às partes que os solicitarem.

No âmbito de seu mandato, a CIDH pode preparar os estudos e relatórios que julgar apropriados para o desempenho de suas funções (art. 41.c. CADH) e, nesse sentido, o artigo 58 do Regulamento estabelece o seguinte:

A Comissão apresentará um relatório anual à Assembleia Geral da Organização. Ademais, a Comissão preparará os estudos e relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções e os publicará conforme considerar oportuno. Aprovada a sua publicação, a Comissão os transmitirá por meio da Secretaria-Geral aos Estados membros da Organização e aos seus órgãos pertinentes...

9 Ver González Morales, F. “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, em *Anuario del Centro de Derechos Humanos*, n.º 5, Universidad de Chile. Santiago, Chile, julho de 2009.

O uso dessas ferramentas gera relatórios gerais e especiais sobre a situação dos Direitos Humanos de um país.

Os relatórios de países concentram-se em alguns dos estados da região, e podem ter maior ou menor amplitude temática. Nesse tipo de relatório, a CIDH transmite ao Estado sua minuta preliminar para receber suas observações, que são avaliadas e incorporadas na medida em que sejam pertinentes.¹⁰

A Comissão também publica relatórios temáticos que abordam uma variedade de questões particularmente relevantes devido à situação ou à preocupação que eles suscitam em toda a região ou entre os comissários.¹¹

Em conformidade com o artigo 59.3 do Regulamento da Comissão, está estabelecido que o relatório anual publicado incorporará em seu segundo volume os relatórios do país, temáticos ou regionais, produzidos ou publicados durante o ano, inclusive os das Relatorias, Relatorias Especiais e Unidades Temáticas.

Para a elaboração desses relatórios, a CIDH sistematiza e analisa as informações recebidas no país ou sobre o assunto em anos anteriores, as informações coletadas por ocasião de visitas in loco, se houver, e leva em consideração as informações registradas pelas Relatorias temáticas, contribuições de audiências públicas, respostas a questionários ad hoc,¹² pedidos de informações processados nos termos do artigo 41 da CADH, decisões e recomendações de organizações internacionais, notas jornalísticas, entre outros.

Os comunicados de imprensa informam sobre suas atividades e posição sobre questões políticas relevantes, são também um meio através do qual a Comissão abre alguns processos para consultas e comentários. Os comunicados se tornaram muito importantes nos últimos anos porque seu conteúdo se tornou mais substantivo e também devido ao número de acessos on-line, pois são recebidos ao mesmo tempo por milhares de pessoas interessadas em conhecer suas notícias. Da mesma forma, quando a CIDH visita um Estado, emite uma declaração que, de certa forma, é uma prévia do relatório a ser publicado.

Por fim, a Comissão realiza atividades de divulgação e promoção dos Direitos Humanos através de conferências, seminários, estágios e publicações. Nesse sentido, e como mencionado anteriormente, as sessões fora de sua sede são uma ferramenta muito útil.

As funções políticas foram as primeiras atribuídas à CIDH, razão pela qual foram as que mais funcionaram historicamente. Desde que seus poderes foram ampliados para permitir que lidasse com o sistema de casos individuais, e especialmente desde que a Corte IDH começou a operar, as funções judiciais se tornaram sua prioridade. Ainda assim, as funções políticas não devem ser subestimadas, uma vez que historicamente foram e continuam a ser de extrema importância no avanço da proteção dos Direitos Humanos na região e porque são um complemento necessário às funções judiciais.

10 Em 2015, a CIDH aprovou relatórios sobre a situação dos Direitos Humanos no México, Honduras, República Dominicana e Guatemala, este último intitulado “Guatemala: Diversidade, Desigualdade e Exclusão”.

11 Em 2015, a Comissão publicou os seguintes relatórios: criminalização dos defensores dos Direitos Humanos; povos indígenas, comunidades afrodescendentes, indústrias extrativas; violência, infância e crime organizado; violência contra pessoas LGBTI; acesso à informação, violência contra a mulher e administração da justiça; universalização do SIDH; padrões legais: igualdade de gênero e direitos da mulher; refugiados e migrantes nos Estados Unidos: famílias e crianças desacompanhadas; em direção ao fechamento de Guantánamo; e mulheres indígenas desaparecidas e assassinadas na Colúmbia Britânica, Canadá.

12 Os questionários de consulta elaborados pela CIDH e suas Relatorias estão disponíveis no seguinte *site*: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/cuestionarios.asp>.

5. Funções judiciais

O artigo 41.f da CADH estabelece que a CIDH deve atuar com respeito às petições e outras comunicações no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 do mesmo instrumento.

Embora não seja um Tribunal Internacional, é o primeiro órgão ao qual se dirigem os habitantes do continente que esperam encontrar no SIDH a justiça que não alcançaram em seus países. A CIDH cumpre um papel quase-judicial sempre que se engaja em casos particulares em que um Estado é denunciado por algum tipo de violação dos Direitos Humanos; recebe e processa as comunicações, avalia o mérito da questão para verificar se houve ou não uma violação e faz as recomendações correspondentes.

Como mencionamos anteriormente, embora se possa colocar em prática suas funções judiciais em todos os Estados do continente americano, o fazem com uma competência diferenciada entre os que fazem parte da CADH e os que não fazem. Para os Estados membros da OEA que não são parte da Convenção, a CIDH opera no âmbito da DADDH.¹³

Finalmente, conforme estabelecido no artigo 41, alínea “f”, as funções quase-judiciais da Comissão está intimamente relacionadas ao disposto nos artigos 44 a 51 da CADH.¹⁴

6. Medidas cautelares

Em situações de gravidade e urgência, a CIDH pode solicitar que um Estado adote medidas cautelares, a fim de evitar danos irreparáveis às pessoas sob sua jurisdição, independentemente de qualquer petição ou caso, ou ao objeto do processo em conexão com uma petição ou caso pendente.

Embora a CADH apenas mencione o poder da Corte IDH de adotar medidas provisórias,¹⁵ a Comissão as adota com base nos amplos poderes que o artigo 41 do referido instrumento concede para a proteção dos Direitos Humanos, bem como no mandato de “promover a observância e defesa dos Direitos Humanos” a ela confiada pelo artigo 106 da Carta da OEA. Nesse sentido, a Comissão indicou que as medidas cautelares visam “preservar uma situação jurídica contra o exercício da jurisdição pela [própria] Comissão e proteger no sentido de preservar o exercício dos Direitos Humanos fundamentais consagrados nas normas do SIDH, evitando danos irreparáveis às pessoas”.¹⁶

O atual artigo 25 do Regulamento da CIDH estabelece as diretrizes que definem as condições e o alcance das medidas cautelares. Este artigo inclui uma prática já consolidada que remonta ao Regulamento aprovado em 1980 e que está intimamente relacionada à implementação da Corte IDH, que, como já indicado, considera a aplicação de medidas cautelares entre suas atribuições.¹⁷

O processo de solicitação de medidas cautelares pode ser iniciado a pedido de uma parte ou pode ocorrer de ofício. O quarto inciso do artigo 25 do Regulamento da CIDH estabelece uma série de

13 Nesse sentido, se algum Estado membro da OEA desejar se desassociar da CIDH, deverá denunciar a Carta da OEA, o que durante a redação desse comentário não havia acontecido.

14 No comentário aos artigos 44 a 51 da CADH, nas seções seguintes, abordaremos o aspecto processual em questão e mencionaremos os meios disponíveis para a Comissão cumprir essas funções, bem como os diferentes tipos de relatórios que publica.

15 CADH. Artigo 63.2.

16 CIDH. *Segundo Relatório sobre a Situação das Defensoras e Defensores de Direitos Humanos nas Américas*. 2011, par. 419. A discussão sobre a relevância e legitimidade, bem como o alcance e a natureza obrigatória das medidas cautelares, foi um dos pontos críticos da discussão no Processo de Fortalecimento do SIDH.

17 A institucionalização de medidas cautelares também se encontra no artigo XIII da CIDFP, que estabelece o seguinte: “Para os fins desta Convenção, o processamento de petições ou comunicações apresentadas perante a Comissão [IDH], alegando o desaparecimento forçado de pessoas, estará sujeito ao processo estabelecido na C [ADH] e nos Estatutos e Regulamentos da Comissão e da Corte [IDH], incluindo as normas relativa a medidas cautelares”.

elementos que serão levados em consideração na decisão de sua concessão, a saber: a seriedade e a urgência da situação, o contexto dos fatos que motivam o pedido, a iminência do dano e que a situação de risco tenha sido relatada às autoridades relevantes ou os motivos que impediram que isso acontecesse. Também afirma claramente que: “a concessão dessas medidas e sua adoção pelo Estado não constituirão prejulgamento de qualquer violação dos direitos protegidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou em outros instrumentos aplicáveis”.

No segundo relatório sobre a situação dos defensores dos Direitos Humanos nas Américas, publicado em 2011, a CIDH indicou o alcance da interpretação que fez de tais critérios para casos que envolvam defensores de Direitos Humanos. Por exemplo, para avaliar a gravidade, a Comissão levou em consideração aspectos contextuais, como:

a) o teor das ameaças recebidas (mensagens verbais, escritas, simbólicas etc.); b) a história de atos de agressão contra pessoas em situação semelhante; c) atos de agressão direta que foram perpetrados contra o possível beneficiário; d) o aumento de ameaças que demonstra a necessidade de agir preventivamente; e e) elementos como a apologia e incitação à violência contra uma pessoa ou grupo de pessoas.¹⁸

Da mesma forma, no que diz respeito à natureza de urgência, a Comissão indicou que “o risco ou a ameaça envolvida deve ser iminente, o que exige que a resposta para remediá-lo seja imediata, de modo que, na análise desse aspecto, será necessário avaliar a oportunidade e a temporalidade da intervenção cautelar ou de tutela solicitada”.¹⁹

Por último, quanto à irreparabilidade do dano, a CIDH determinou que “é necessário que os fatos nos quais a solicitação se baseia demonstrem uma probabilidade razoável de que ela se concretize e o dano não deve recair sobre bens ou interesses jurídicos que possam ser reparados”.²⁰

Em relação aos potenciais beneficiários de proteção cautelar, é estabelecido que, quando o pedido é apresentado por terceiros, deve incluir o acordo expresso dos potenciais beneficiários ou, na sua falta, justificar a ausência de consentimento. O artigo refere-se especificamente ao caso de medidas de natureza coletiva, especificando uma prática que já existia e exigindo a ‘determinação’ do grupo. Em resposta à queixa de um padrão de violência sexual e uma série de atos de violência contra mulheres e meninas, a Comissão concedeu medidas cautelares para todas as mulheres e meninas em 22 acampamentos de deslocados internos em Porto Príncipe, Haiti, como resultado do terremoto ocorrido em 12 de janeiro de 2010. Entre outras medidas, solicitou ao Estado assegurar a disponibilidade de serviços médicos e psicológicos adequados para vítimas de violência sexual em locais acessíveis aos solicitantes; fornecer segurança adequada nos acampamentos de deslocados internos, incluindo iluminação pública, patrulhamento adequado nos locais e nos arredores e aumento de policiais femininas em patrulha e nas delegacias próximas, além de garantir que os grupos de base de mulheres tenham total participação e liderança no planejamento e execução de políticas e práticas destinadas a combater e prevenir o estupro e outras formas de violência sexual nos acampamentos.²¹

Da mesma forma, a Comissão ordenou medidas coletivas em favor dos membros de 18 comunidades de um povo indígena maia na Guatemala; essas comunidades foram identificadas pelo nome e com relação às quais foi alegado que estavam sendo afetadas pelo início da exploração de concessão

18 CIDH. *Segundo Relatório sobre a Situação das Defensoras e Defensores de Direitos Humanos nas Américas*. 2011, par. 390.

19 Corte IDH. *Assunto Quatro Comunidades Indígenas Ngöbe e seus membros*. Medidas Cautelares em relação ao Panamá. Resolução de 28 de maio de 2010. Considerando nono.

20 Corte IDH. *Assunto Internado Judicial de Monagas (“La Pica”); Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare); Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana), e Internado Judicial Capital El Rodeo I y el Rodeo II*. Solicitação de medidas cautelares em relação à Venezuela. Resolução de 8 de fevereiro de 2008. Considerando terceiro.

21 CIDH. MC 340/10. *Mulheres e meninas residentes em 22 campos para deslocados internos em Porto Príncipe, Haiti*. Medidas cautelares outorgadas em 22 de dezembro de 2010.

mineira, sem consulta prévia, completa, gratuita e informada, com sérias consequências para a vida, integridade pessoal, meio ambiente e propriedade dos povos indígenas afetados.²²

Durante o processo, a Comissão pode solicitar informações relevantes às partes e avalia periodicamente a situação que motivou a concessão de medidas cautelares, a fim de decidir sobre sua vigência.

7. Relatório Anual

O artigo 41.g da CADH estabelece que a CIDH tem entre suas funções a apresentação de um relatório Anual à Assembleia Geral da OEA. Esta função, em princípio convencional, foi posteriormente incorporada no Estatuto da Comissão de 1979 e pela primeira vez estabelecida no Regulamento de 1980. Da mesma forma, o artigo 19.f do Estatuto da Comissão acrescenta que deve-se levar em consideração o regime jurídico aplicável aos Estados partes na CADH e àqueles que não o são.

Por outro lado, o artigo 59 do Regulamento da Comissão, que entrou em vigor em agosto de 2013, estabeleceu novas diretrizes a serem seguidas para a elaboração do Relatório Anual, modificando substancialmente o formato anterior.

Atualmente, o relatório é composto por dois volumes. O primeiro volume, com seis capítulos, está estruturado com base em uma introdução que deve incluir informações sobre o progresso alcançado em relação aos objetivos dos instrumentos interamericanos no campo dos Direitos Humanos, o status de suas ratificações e mandatos conferidos à Comissão pelos instrumentos e por outros órgãos competentes (art. 59.2.a do Regulamento). O segundo volume incorpora os relatórios nacionais, temáticos ou regionais produzidos ou publicados durante o ano-relatório, incluindo aqueles que correspondem a Relatorias, Relatorias Especiais e Unidades Temáticas.

Em particular, as informações nos seis capítulos do volume I estão estruturadas de acordo com o artigo 59.2 do Regulamento. O capítulo I estabelece informações sobre as sessões e outras ações realizadas pela Comissão durante o período coberto pelo relatório e sobre as atividades realizadas com a Corte IDH e outros órgãos regionais e universais com mandatos semelhantes. O capítulo II enfoca o sistema de petições e casos, incluindo dados sobre relatórios e decisões tomadas, bem como o status de cumprimento das recomendações em casos individuais. O Capítulo III registra informações sobre as atividades das Relatorias, Relatorias Especiais e Unidades Temáticas. O capítulo IV é dividido em duas seções, a seção A traça “um panorama atual da situação dos Direitos Humanos no hemisfério, derivado do trabalho de monitoramento da Comissão, destacando as principais tendências, problemas, desafios, avanços e boas práticas relacionadas a direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais”; e a seção B inclui os relatórios especiais sobre a situação dos Direitos Humanos nos Estados membros que a Comissão considere necessário. O capítulo V é dedicado a relatórios de acompanhamento que incluem os progressos realizados e as dificuldades enfrentadas na observância dos Direitos Humanos. O capítulo VI analisa as atividades de desenvolvimento institucional, incluindo informações sobre a situação financeira e orçamentária.

Mais especificamente, o Regulamento estabelece critérios, metodologias e procedimentos que devem ser aplicados para a elaboração dos capítulos IV e V. No inciso 5, do parágrafo 2 do artigo 59, são indicadas as fontes das quais a Comissão deve obter “informações confiáveis e convincentes”.

Os incisos 6, 7 e 8 indicam os critérios e o procedimento para a incorporação de um Estado-Membro no capítulo IV.B. Em relação aos critérios, estabelece:

22 CIDH. MC 260/07. *Comunidades do Povo Maya (Sipakepense y Mam) dos municípios de Sipacapa e San Miguel Ixtahuacán no Departamento de San Marcos, Guatemala*. Medidas cautelares outorgadas em 20 de maio de 2010.

A existência de uma violação grave dos elementos e instituições fundamentais da democracia representativa prevista na Carta Democrática Interamericana, como acesso discriminatório ou exercício abusivo de poder contrário ao Estado de Direito, a violação sistemática da independência do Judiciário ou da falta de subordinação de Instituições estatais à autoridade civil legalmente constituída; ou uma alteração da ordem constitucional que afeta seriamente a ordem democrática; ou a derrubada pela força de um governo constituído democraticamente ou que o governo atual chegou ao poder por outros meios que não eleições livres, justas e universais e secretas por sufrágio, de acordo com os princípios contidos na Carta Democrática Interamericana;

A suspensão ilegal, total ou parcial, do livre exercício dos direitos garantidos na DADDH ou na CADH devido a medidas excepcionais, como declaração de estados de emergência, estado de sítio, suspensão de garantias ou medidas excepcionais de segurança;

Violações massivas, graves e sistemáticas dos Direitos Humanos;

Situações estruturais que afetam seriamente o gozo de direitos, como graves crises institucionais, descumprimento sistemático do Estado em combater a impunidade atribuível a uma manifesta falta de vontade, omissões graves na adoção de medidas necessárias para efetivar os direitos fundamentais ou cumprir as decisões da Comissão e da Corte IDH e violações sistemáticas dos Direitos Humanos por parte do Estado no âmbito do conflito armado interno.

De acordo com os incisos 7 e 8 do artigo 59 do Regulamento, uma vez cumpridos alguns desses critérios, a decisão de incluir o Estado deve ser tomada pela Comissão por quórum especial, ou seja, a maioria absoluta de seus membros (art. 18 do Regulamento). A inclusão do Estado no capítulo IV.B do Relatório Anual não gerará uma presunção sobre sua inclusão no ano seguinte.

No caso de a Comissão ter realizado uma visita in loco ao país, pode não ser incorporado no capítulo IV. B no mesmo ano, uma vez que o monitoramento da situação de Direitos Humanos daquele período será realizado por meio do relatório da visita e das respectivas recomendações incluídas no Capítulo V do Relatório Anual.

Por fim, o Regulamento estabelece que, antes da publicação dos Capítulos IV e V do Relatório Anual, a Comissão deve transmitir uma cópia ao Estado, que pode enviar sua resposta dentro de um mês, a qual deve ser publicada através de um link no site da Comissão.

Seção 3. Competência

Artigo 44

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.

Artigo 45

1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue haver outro Estado Parte incorrido em violações dos Direitos Humanos estabelecidos nesta Convenção.
2. As comunicações feitas em virtude deste artigo só podem ser admitidas e examinadas se forem apresentadas por um Estado Parte que haja feito uma declaração pela qual reconheça a referida competência da Comissão. A Comissão não admitirá nenhuma comunicação contra um Estado Parte que não haja feito tal declaração.
3. As declarações sobre reconhecimento de competência podem ser feitas para que esta vigore por tempo indefinido, por período determinado ou para casos específicos.
4. As declarações serão depositadas na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, a qual encaminhará cópia das mesmas aos Estados membros da referida Organização.

Artigo 46

1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:
 - a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;
 - b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
 - c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional, e
 - d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.
2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:
 - a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
 - b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los, e
 - c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Artigo 47

A Comissão declarará inadmissível toda petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 quando:

- a) não preencher algum dos requisitos estabelecidos no artigo 46;
- b) não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção;
- c) pela exposição do próprio peticionário ou do Estado, for manifestamente infundada a petição ou comunicação ou for evidente sua total improcedência; ou
- d) for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional.

Bibliografia

Normas relevantes

Carta OEA - Carta da Organização dos Estados Americanos. Adotada em 30 de março de 1948, entrada em vigor em 13 de dezembro de 1951.

DADDH – DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. Aprovada em 1948.

Estatuto da CIDH. Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Aprovado em 1979.

Protocolo de San Salvador - Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotado em 17 de novembro de 1988, entrada em vigor a 16 de novembro de 1999.

Regulamento da CIDH - Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Aprovado em 2009. Última modificação março de 2013, entrada em vigor em 1 de agosto de 2013.

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Exceções Preliminares. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C n.º 1. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987.

Corte IDH. *Caso Fairén Garbí e Solís Corrales vs. Honduras*. Exceções Preliminares. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C n.º 2. Doravante: Corte IDH. *Caso Fairén Garbí e Solís Corrales vs. Honduras*. Exceções Preliminares. 1987.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C n.º 4. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. 1988.

Corte IDH. *Caso Cayara vs. Peru*. Exceções Preliminares. Sentença de 3 de fevereiro de 1993. Série C n.º 14. Doravante: Corte IDH. *Caso Cayara vs. Peru*. Exceções Preliminares. 1993.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares. Sentença de 4 de setembro de 1998. Série C n.º 41. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares. 1998.

Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. Exceções Preliminares. Sentença de 28 de maio de 1999. Série C n.º 50. Doravante: Corte IDH. *Caso Durand e/ Ugarte vs. Peru*. Exceções Preliminares. 1999.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Exceções Preliminares. Sentença de 18 de novembro de 1999. Série C n.º 61. Doravante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. EP. 1999.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C n.º 79. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Exceções Preliminares. Sentença de 7 de setembro de 2001. Série C n.º 85. Em diante : Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Exceções Preliminares. 2001.

Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. Exceções Preliminares. Sentença 7 de março 2005. Série C n.º 122. Doravante: Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. EP. 2005.

Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. Sentença de 1 de julho de 2006. Série C n.º 148. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006.

Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de julho de 2006. Série C n.º 150. Doravante: Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPMRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito,

Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C n.º 158. Doravante: Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. EPMRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C n.º 186. Doravante: Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPMRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C n.º 213. Doravante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C n.º 218. Doravante: Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C n.º 239. Doravante: Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. Mérito e Reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C n.º 245. Doravante: Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C n.º 246. Doravante: Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de agosto de 2013. Série C n.º 265. Doravante: Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2013. Série C n.º 274. Doravante: Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2013. Série C n.º 275. Doravante: Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. Exceções Preliminares. Sentença de 26 de maio de 2014. Série C n.º 278. Doravante: Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014.

Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de abril de 2015. Série C n.º 292. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de junho de 2015. Série C n.º 293. Doravante: Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de junho de 2015. Série C n.º 297. Doravante: Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C n.º 299. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de outubro de 2015. Série C n.º 301. Doravante: Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C n.º 302. Doravante: Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de outubro de 2015. Série C n.º 304. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2015. Série C n.º 308. Doravante: Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de fevereiro de 2016. Série C n.º 310. Doravante: Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPMRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de fevereiro de 2016. Série C n.º 312. Doravante: Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPMRC. 2016.

Pareceres Consultivos

“Outros Tratados” Objeto da Função Consultiva da Corte (art. 64 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A N.º 1.

Corte IDH. Exceções ao esgotamento *dos recursos internos* (Art. 46.1., 46.2.a e 46.2.b Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Série A n.º 11. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90. Exceções ao esgotamento *dos recursos internos*. 1990.

Corte IDH. Controle da Legalidade no Exercício das Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (art. 41 e 44 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-19/05 de 28 de novembro de 2005.

Série A n.º 19. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-19/05. *Controle da Legalidade no Exercício das Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (art. 41 e 44 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. 2005.

Corte IDH. *Artigo 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer consultivo OC-20/09 de 29 de setembro de 2009. Série A n.º 20. Doravante: Corte IDH. Parecer consultivo OC-20/09. *Artigo 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2009.

Corte IDH. *Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de Direitos Humanos. (Interpretação e alcance do artigo 1.2, em relação com os artigos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, e 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como do artigo 8.1 A e B do Protocolo de San Salvador)*. Parecer consultivo OC-22/16 de 26 de fevereiro de 2016. Série A n.º 22. Doravante: Corte IDH. Parecer consultivo OC-22/16. *Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de Direitos Humanos*. 2016.

Resoluções e decisões

Corte IDH. *Assunto de Viviana Gallardo e outras*. Série A n.º 101. Doravante: Corte IDH. *Assunto de Viviana Gallardo e outras*. Resolução 1981.

Corte IDH. *Caso Gómez Paquiyauri*. Peru. Resolução de 18 de novembro de 2002.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. Resolução n.º 59/81. Caso 1.954. Uruguai. 16 de outubro de 1981.

CIDH. Resolução n.º 29/88. Caso 9260. Jamaica. 14 de setembro de 1988.

CIDH. Relatório n.º 10/91. Caso 10.169. *Banco de Lima*. Inadmissibilidade. Peru. 22 de fevereiro de 1991.

CIDH. Relatório n.º 39/96. Caso 11.673. *Santiago Marzióni*. Argentina. 15 de outubro de 1996.

CIDH. Relatório n.º 48/96. Caso 11.553. *Emérta Montoya González*. Costa Rica. 16 de outubro de 1996.

CIDH. Relatório n.º 51/96. Caso 10.675. *Pessoas haitianas*. Estados Unidos. 13 de março de 1997.

CIDH. Relatório n.º 47/97. *Tabacalera Boquerón S.A.* Paraguai. 16 de outubro de 1997.

CIDH. Relatório n.º 8/98. Caso 11.671. *Carlos García Saccone*. Argentina. 2 de março de 1998.

CIDH. Relatório n.º 28/98. Caso 11.625. *María Eugenia Morales de Sierra*. Guatemala. 6 de março de 1998.

CIDH. Relatório n.º 39/99. *Petição MEVOPAL S.A.* Argentina. 11 de março de 1999.

CIDH. Relatório n.º 60/99. Caso 11.516. *Ovelário Tames*. Brasil. 13 de abril de 1999.

CIDH. Relatório n.º 86/99. Caso 11.589. *Armando Alejandro Jr e outros*. Cuba. 13 de abril de 1999.

CIDH. Relatório n.º 03/01. Caso 11.670. *Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride e outros*. Argentina. 19 de janeiro de 2001.

CIDH. Relatório n.º 51/02. Caso 12.404. *Janet Espinoza Feria e outras*. Peru. 10 de outubro de 2002.

CIDH. Relatório n.º 11/07. Caso interestatal 01/06 *Nicarágua vs. Costa Rica* (PI-01). 8 de março de 2007.

CIDH. Relatório n.º 12/08. Petição 12.305. Inadmissibilidade. *Julio César Recabarren y María Lidia Callejos*. Argentina. 31 de outubro de 2008.

CIDH. Relatório n.º 40/08. Petição 270-07. Admissibilidade. *I.V.* Bolívia. 23 de julho de 2008.

CIDH. Relatório n.º 48/08. Petição 515-01. Admissibilidade. *Mirey Trueba Arciniega*. México. 24 de julho de 2008.

CIDH. Caso 11.681. *Massacre de las Dos Erres*. Guatemala. Posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a figura do Juiz *ad hoc*. 30 de julho de 2008.

CIDH. Relatório n.º 92/08. Petição 12.305. Inadmissibilidade. *Julio César Recabarren y María Lidia Callejos*. Argentina. 31 de outubro de 2008.

CIDH. Relatório n.º 20/09. Petição 235-00. Admissibilidade. *Agustín Zegarra Marín*. Peru de 19 de março de 2009.

CIDH. Relatório n.º 76/09. Petição 1473-06. Admissibilidade. *Comunidade de la Oroya*. Peru. 5 de agosto de 2009.

CIDH. Relatório n.º 12/10. Caso 12.106. Admissibilidade. *Enrique Hermann Pfister Frías y Lucrecia Pfister Frías*. Argentina. 16 de março de 2010.

CIDH. Relatório n.º 47/10. Petição 1325-05. Admissibilidade. *Massacre Estadero “El Aracatazzo”*. Colômbia. 18 de março de 2010.

CIDH. Relatório n.º 70/10. Petição 11.587. Admissibilidade. *César Gustavo Garzón Guzmán*. Equador. 12 de julho de 2010.

CIDH. Relatório n.º 112/10. Petição interestatal. Admissibilidade. *Franklin Guillermo Aisalla Molina. Equador vs. Colômbia* (PI-02). 21 de outubro de 2010.

CIDH. Relatório n.º 146/10. Petição 212-05. Admissibilidade. *Manuel Santiz Culebra e outros (Masacre de Acteal)*. México. 1 de novembro de 2010.

Referências acadêmicas

FAÚNDEZ LEDESMA, H. “La Independencia e Imparcialidad de los Miembros de la Comisión y la Corte: Paradojas y Desafíos”, em *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 1998.

Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Documento de conjuntura n.º 5. Buenos Aires, Argentina, Cejil, 2008.

Sumário

1. O acesso ao sistema de petições individuais	911
1.1. Introdução	911
1.2. Competência <i>ratione personae</i>	912
1.3. Competência <i>ratione materiae</i>	917
1.4. Competência <i>ratione temporis</i>	917
1.5. Competência <i>ratione loci</i>	918
1.6. Fundo de Assistência Jurídica do SIDH	918
2. Comunicações interestatais	919
2.1. Formalidades	919
2.2. Casos	919
2.3. A designação de juízes/juízas <i>ad hoc</i> no SIDH	921
3. Admissibilidade das petições	922
3.1. Regra geral do prévio esgotamento dos recursos internos e suas exceções	922
3.2. Prazo para a apresentação	932
3.3. Litispendência internacional: artigo 46.1.c)	933
3.4. Requisitos formais: artigo 46.1.d) da CADH	934
3.5. Caracterização dos fatos alegados: artigo 47 da CADH	934

1. O acesso ao sistema de petições individuais

1.1. Introdução

O artigo 44 da CADH estabelece as bases sobre as quais o sistema de petições individuais foi moldado; seu cumprimento é essencial para garantir o exercício dos demais direitos protegidos pela Convenção. Fica claro, portanto, que o sistema de petições individuais tem uma relevância central na proteção interamericana dos Direitos Humanos, gerando-se ao Estado a obrigação de permitir o exercício desse direito sem obstaculizá-lo.¹

A CIDH é a porta de entrada para indivíduos que buscam proteção e justiça no sistema regional, sendo o primeiro órgão ao qual deve ser dirigida uma reclamação de violação dos direitos estabelecidos na CADH. No âmbito das diretrizes definidas pelo artigo 44 e dos princípios do Direito Internacional, a Comissão analisa os diferentes aspectos de sua competência para conhecer uma petição.

1 Cf. Faúndez Ledesma, H. “La Independencia e Imparcialidad de los Miembros de la Comisión y la Corte: Paradojas y Desafíos”, em *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica. 1998, p. 232.

1.2. Competência *ratione personae*

1.2.1. Em relação a quem apresenta a petição

A CADH legitima qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental reconhecida legalmente em pelo menos um Estado membro da OEA, a apresentar denúncias à Comissão. Essa amplitude do *locus standi* é uma característica positivamente distintiva do SIDH e, de acordo com o ex-presidente da Corte IDH, Antonio A. Cançado Trindade, representa um dos grandes avanços alcançados pela CADH “nos níveis conceitual, regulatório e operacional”.²

Aqueles com poderes para apresentar petições individuais podem fazê-lo em nome próprio, bem como em nome de terceiros, enquanto, por exemplo, o SEDH e o Comitê de Direitos Humanos apenas reconhecem o acesso às vítimas ou a seus representantes.³ O texto convencional também não exige que quem peticione à Comissão o faça em nome da vítima ou com o seu consentimento. Em outras palavras, não é necessária a existência de um vínculo entre o peticionário e a vítima.⁴

Por outro lado, o artigo 24 do Regulamento da CIDH também reconhece a possibilidade de que o órgão inicie *motu proprio* o processamento de uma petição se considerar que uma situação que chegou ao seu conhecimento atende aos requisitos necessários para isso; no entanto, não é usual que exerça essa faculdade.

Em relação à palavra “entidade”, nos termos do artigo 44 da CADH,⁵ a CIDH adotou critérios interpretativos amplos. No caso em que uma empresa incorporada legalmente na Argentina apresentou uma petição contra esse país, foi considerada habilitado a dirigir comunicações, porque poderia ser assimilado à noção de “entidade não governamental reconhecida legalmente” mencionada no texto convencional.⁶ Em outras ocasiões, a Comissão superou possíveis dificuldades na verificação da existência formal de uma entidade, considerando que sua apresentação satisfaz a exigência de um ‘grupo de pessoas’ incluído no mesmo artigo. Nesse sentido, a Corte IDH indicou o seguinte:

Está claro que o artigo 44 da Convenção permite que qualquer grupo de pessoas faça denúncias ou reclamações por violação dos direitos consagrados na Convenção. Essa ampla faculdade de denúncia é uma característica do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos. No caso em apreço, os promotores são um “grupo de pessoas” e, portanto, atendem a uma

2 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. EP. 1998. Voto individual do juiz A. A. Cançado Trindade, par. 26.

3 Conforme indicado pelo ex-juiz da Corte Interamericana Antonio A. Cançado Trindade, “[a] deve-se ter presente sempre a autonomia do direito de petição individual em relação ao direito interno dos Estados. Sua relevância não pode ser minimizada, pois pode acontecer que, em um determinado sistema jurídico interno, um indivíduo é incapaz, devido às circunstâncias de uma situação jurídica, de tomar medidas judiciais por si mesmo. Isso não significa que ele seria privado de fazê-lo no exercício do direito de petição individual sob a Convenção Americana ou outro tratado de Direitos Humanos. [...] A legitimação *ad causam* [estabelecida na CADH], que se estende a todos e a qualquer peticionário, ainda pode prescindir de qualquer manifestação da própria vítima. O direito de petição individual, assim amplamente concebido, tem como efeito imediato ampliar o alcance da proteção, especialmente nos casos em que as vítimas (por exemplo, detidos incomunicáveis, desaparecidos, entre outras situações) são incapazes de agir por conta própria e precisam da iniciativa de terceiros como peticionário em sua defesa”. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru* EP. 1998. Voto individual do juiz A. A. Cançado Trindade, par. 27 e 28.

4 Ver CIDH. Resolução n.º 59/81. Caso 1954. Uruguai. 16 de outubro de 1981. Considerando 2.

5 A legitimação ativa para grupos de pessoas ou entidades governamentais reconhecidas no mesmo preceito não deve confundida com a possibilidade de serem consideradas supostas vítimas, uma vez que, com as exceções indicadas na seção correspondente deste comentário, as vítimas no SIDH só podem ser as pessoas físicas. Segundo a Corte Interamericana: “[...] a referência feita no artigo 44 à organização não governamental ou grupo de indivíduos [...], não é possível inferir uma autorização para presumir que pessoas jurídicas possam ser vítimas, mas refere-se à sua legitimação ativa, no sentido de que organizações não-governamentais ou grupo de indivíduos tem a faculdade de apresentar petições individuais perante a [Comissão] Comissão Interamericana, mesmo nos casos em que não têm o seu consentimento”. Corte IDH. Parecer consultivo OC-22/16. *Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de Direitos Humanos*. 2016, par. 56. (notas de rodapé omitidas)

6 CIDH. Relatório n.º 39/99. *Petição MEVOPAL S.A. Argentina*. 11 de março de 1999, par. 12.

das hipóteses previstas, para fins de legitimação, no citado artigo 44. O evidente credenciamento dessa circunstância torna desnecessário analisar o registro da Fasic e a relação que essa fundação tem ou alegam manter aqueles que se colocam como seus representantes. Essa consideração é reforçada ao recordar-se que, como a Corte já declarou em outras ocasiões, as formalidades características de certos ramos do direito interno não se aplicam ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujo principal e determinante cuidado é a devida e completa proteção a esses direitos.⁷

1.2.2. Em relação a quem é identificado como suposta vítima

O sistema de petições não exige que o peticionário também tenha o *status* de vítima de uma violação, no entanto, isso não significa a possibilidade de admitir petições em abstrato. Nesse sentido, a CIDH indicou que:

Um indivíduo não pode instituir uma *actio popularis* e contestar uma lei sem estabelecer certa legitimação ativa que justifique seu apelo à Comissão. O peticionário deve apresentar-se como vítima de uma violação da Convenção ou deve comparecer perante a Comissão como representante de uma suposta vítima de uma violação da Convenção por um Estado Parte.

Não basta que uma peticionária sustente que a mera existência de uma lei viola direitos concedido pela Convenção Americana, mas é necessário que a referida lei tenha sido aplicada em seu prejuízo. Se a peticionária não estabelecer legitimação ativa, a Comissão deverá declarar sua incompetência *ratione personae* para conhecer do assunto.⁸

1.2.2.1. As supostas vítimas devem ser pessoas físicas

O artigo 1º da CADH estabelece a obrigação dos Estados de respeitar e garantir os direitos e liberdades de “toda pessoa sujeita à sua jurisdição” e define o termo pessoa como todo ser humano. Portanto, quem é identificado como suposta vítima em uma petição deve ser uma pessoa natural.⁹ A jurisprudência marcou algumas linhas de interpretação em relação a esse requisito.

Em uma denúncia contra o Peru, a Comissão declarou inadmissível uma petição apresentada por 105 acionistas do Banco de Lima, os quais, embora tenham sido identificados individualmente, alegaram que os atos denunciados afetavam os direitos do Banco e não os direitos individuais de propriedade. A Comissão estabeleceu que, de acordo com o preâmbulo da CADH e a definição de pessoa estabelecida no artigo 1.2 do mesmo instrumento, o SIDH se limita à proteção de pessoas físicas, excluindo, com algumas exceções, as pessoas jurídicas.¹⁰

Nos casos em que foi estabelecida uma associação de pessoas para realizar uma finalidade, deverá comprovar-se a afetação direta a um direito humano dos indivíduos que a compõem.

Em relação a uma suposta violação do direito de propriedade no contexto de uma disputa sobre o direito de usar uma marca comercial, a Comissão estabeleceu que:

A proteção concedida pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos se limita apenas a pessoas naturais, deixando de fora as pessoas jurídicas, então a Tabacalera Boquerón S.A., como pessoa jurídica, não pode ser uma “vítima” de violações de Direitos Humanos no Sistema Interamericano, uma vez que aquelas não estão protegidas pela Convenção.

[...]

7 Corte IDH. Caso *Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. EP. 1998, par. 77.

8 CIDH. Relatório n.º 48/96. Caso 11.553. *Sobre Admissibilidade*. Costa Rica. 16 de outubro de 1996, par. 28.

9 Conforme explicado abaixo, excepcionalmente comunidades indígenas e tribais, além de sindicatos, Federações e confederações - estas últimas de acordo com o Artigo 8.1.a do Protocolo de San Salvador - são titulares dos direitos protegidos na CADH.

10 CIDH. Relatório n.º 10/91. Caso 10.169. *Banco de Lima*. Inadmissibilidade. Peru. 22 de fevereiro de 1991.

Embora seja verdade que, no presente caso, não estamos lidando com uma instituição bancária, não é menos certo que ambas são empresas, ou seja, pessoas jurídicas e, no caso em questão, a pessoa diretamente afetada pelas decisões judiciais sempre foi Tabacalera Boquerón S.A., que sofreu um “prejuízo patrimonial”; no processo interno, os acionistas nunca foram apontados como vítimas de qualquer violação de seus direitos, nenhuma ação foi tomada para proteger seus direitos, então [...], o que está em discussão não são os direitos de propriedade individual dos acionistas, mas os direitos comerciais e “patrimoniais” da Tabacalera Boquerón S.A., o que não se encontra amparada pela jurisdição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.¹¹

Por sua vez, a Corte IDH teve a oportunidade de se pronunciar sobre este ponto em relação à apresentação de uma objeção preliminar apresentada pela Argentina no caso Cantos. O Estado sustentou que a CADH não era aplicável a pessoas jurídicas e, portanto, suas cláusulas não protegiam as empresas do senhor Cantos. Em sua decisão, a Corte IDH diferenciou os direitos dos acionistas de uma empresa daqueles da própria empresa:

Em geral, os direitos e obrigações atribuídos às pessoas jurídicas são resolvidos como direitos e obrigações das pessoas físicas que as constituem e que agem em seu nome ou representação. [...] Isso não restringe a possibilidade de que, sob certas condições, o indivíduo possa recorrer ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos para reivindicar seus direitos fundamentais, mesmo quando cobertos por uma figura ou ficção jurídica criada pelo mesmo sistema de Direito.¹²

No caso em questão, a Corte IDH deu prosseguimento à pretensão, verificando que os procedimentos legais e os recursos internos apresentados foram realizados pelo senhor Cantos em direito próprio e em nome de suas empresas.

No caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, a Corte IDH confirmou e aprofundou os critérios do caso Cantos. Ao submeter a disputa, a CIDH apontou a violação da liberdade de expressão de acionistas, gerentes e funcionários do meio de comunicação, devido à falta de renovação da concessão pelo Estado. A Corte IDH observou que:

[...] os meios de comunicação são, geralmente, associações de pessoas que se reuniram para exercer, de maneira continuada, sua liberdade de expressão, de maneira que é incomum na atualidade que um meio de comunicação não esteja em nome de uma pessoa jurídica, toda vez que a produção e distribuição do bem informativo requerem uma estrutura organizacional e financeira que responda às exigências da demanda informativa. De maneira semelhante, assim como os sindicatos são instrumentos para o exercício do direito de associação dos trabalhadores e os partidos políticos são veículos para o exercício dos direitos políticos dos cidadãos, os meios de comunicação são mecanismos que servem ao exercício do direito à liberdade de expressão daqueles que os utilizam como meio de difusão de suas ideias ou informações. [...] Portanto] considerou que as restrições à liberdade de expressão frequentemente se materializam através de ações estatais ou de particulares que afetam não apenas a pessoa jurídica que constitui um meio de comunicação, mas também a pluralidade de pessoas físicas, tais como seus acionistas ou os jornalistas que ali trabalham, que realizam atos de comunicação através da mesma e cujos direitos também podem ser violados. Igualmente, a Corte ressaltou que, para determinar se uma acabo estatal que afetou o meio de comunicação como pessoa jurídica também teve, por conexão, um impacto negativo, concreto e substantivo sobre a liberdade de expressão das pessoas físicas, deve-se analisar o papel cumprido pelas supostas vítimas dentro do respectivo meio de comunicação e, em particular, a forma em que contribuíam com a missão comunicativa do canal [...].¹³

11 CIDH. Relatório n.º 47/97. Tabacalera Boquerón S.A. Paraguai. 16 de outubro de 1997, par. 25 e 27.

12 Corte IDH. Caso Cantos vs. Argentina. EP. 2001, pp. 57 e 59.

13 Corte IDH. Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. EPMRC. 2015, par. 148 e 151. (grifo nosso e notas de rodapé omitidas). A Corte Interamericana se apoiou na sentença do TEDH no caso *Groppera Radio*

1.2.2.2. Comunidades indígenas e povos tribais

As comunidades indígenas e os povos tribais são uma das exceções ao requisito de que as supostas vítimas de violação sejam pessoas naturais. De acordo com a reiterada jurisprudência da Corte IDH, esses grupos podem ser considerados como supostas vítimas coletivamente,¹⁴ tal titularidade é uma consequência da atual evolução do Direito Internacional,¹⁵ de acordo com a Corte Interamericana:

dessa proteção conclui-se que, na medida em que o exercício de alguns [sic] direitos dos membros das comunidades indígenas e tribais é realizado em conjunto, a violação desses direitos tem uma dimensão coletiva e não pode ser limitada à afetação individual. Os efeitos acima mencionados terão consequências para todos os membros da comunidade e não apenas para certos indivíduos em uma situação específica. [...] Em conformidade com o exposto, a Corte conclui que, conforme previsto em vários instrumentos jurídicos internacionais dos quais são parte os Estados do Sistema Interamericano, e algumas de suas leis nacionais, as comunidades indígenas e tribais, por estarem em situação particular, devem ser consideradas titulares de certos Direitos Humanos. Além disso, isso é explicado em atenção o fato de que, no caso dos povos indígenas, sua identidade e certos direitos individuais, como o direito de propriedade ou ao seu território, só podem ser exercidos através da comunidade à qual pertencem.¹⁶

1.2.2.3. Sindicatos, federações e confederações

Outra exceção ao reconhecimento de pessoas não naturais como supostas vítimas de violações de Direitos Humanos são sindicatos, federações e confederações. Este reconhecimento baseia-se no texto do artigo 8.1.a do Segundo Protocolo da CADH sobre os DESC.¹⁷

Este instrumento permite a aplicação do sistema de petição individual regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da CADH.

Por ocasião de um parecer consultivo solicitado pelo Panamá, no qual o Estado solicitou à Corte IDH resposta a várias perguntas relacionadas à propriedade dos direitos das pessoas jurídicas no SIDH, a Corte IDH aplicou vários métodos de interpretação, incluindo o artigo 29 da CADH e os artigos 31 e 32 da CVDT, para concluir que os sindicatos, federações e confederações podem comparecer perante o SIDH em defesa de seus próprios direitos:

A Corte entende então que, quando o artigo declara que os Estados “permitirão”, o que a norma busca é que os Estados possibilitem o livre funcionamento dos sindicatos, federações e confederações, bem como se associem e formem federações e confederações nacionais e organizações sindicais internacionais. Esse livre funcionamento implica que essas organizações coletivas tenham capacidade, por exemplo, para criar seus próprios estatutos, eleger seus

AG e outros vs. Suíça, no qual o Tribunal Europeu declarou que: “[...] o acionista de uma estação de rádio, seus funcionários, em seu trabalho como jornalistas, e seus ouvintes tinham um interesse direto na continuidade do sinal dos meios de comunicação, para que sejam credenciados como supostas vítimas” e no Comitê DHONU, no caso *Singer vs. Canadá*. Ver par. 149 e 150 da Sentença *Granier e outros*.

14 Veja a seção especial sobre Povos Indígenas e a Corte Interamericana. Mérito e Reparações”, que faz parte do Comentário sobre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

15 Corte IDH. Parecer consultivo OC-22/16. *Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de Direitos Humanos*. 2016, par. 81.

16 Corte IDH. Parecer consultivo OC-22/16. *Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de Direitos Humanos*. 2016, par. 82 e 83. (notas de rodapé omitidas).

17 O artigo 8.1.a) do Protocolo de San Salvador estabelece o seguinte: “[a] artigo 8. Direitos sindicais. 1. Os Estados Partes garantirão: a. a. O direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e de filiar se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses. Como projeção desse direito, os Estados Partes permitirão aos sindicatos formar federações e confederações nacionais e associar se às já existentes, bem como formar organizações sindicais internacionais e associar se à de sua escolha. Os Estados Partes também permitirão que os sindicatos, federações e confederações funcionem livremente; b. O direito de greve.” É importante observar que, em conformidade com o disposto no artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador, a Corte Interamericana tem competência para decidir casos contenciosos relativos a direitos sindicais - artigo 8.1.a - e direito à educação - artigo 13.

representantes ou gerenciar suas finanças. Da mesma forma, associar e formar outras organizações coletivas também supõe que elas tenham capacidade para realizar esses atos. A capacidade de agir implica a existência da personalidade jurídica de sindicatos, federações e confederações. Isso leva a Corte a concluir que o uso do termo “permitir”, no âmbito do artigo 8 do Protocolo, pressupõe que sindicatos, federações e confederações constituam pessoas jurídicas diferentes das associadas com capacidades diferentes das próprias para contratar obrigações e adquirir e exercer direitos, tais como, o funcionamento livre. Além disso, as organizações sindicais teriam o direito de se associar e formar federações e confederações nacionais e organizações sindicais internacionais. [...] Somado a isso, quando o artigo 8.1.a indica que “como uma projeção” dos direitos dos trabalhadores, o Estado permitirá que sindicatos, federações e confederações ajam livremente, bem como aos sindicatos para associar e formar federações e Confederações nacionais e organizações sindicais internacionais, o que a norma faz é dar um alcance mais amplo aos direitos dos trabalhadores do que o mero fato de poder organizar sindicatos e ingressar no sindicato de sua escolha. Isso é alcançado especificando os meios mínimos através dos quais os Estados garantirão o exercício desse direito. Consequentemente, o direito que a norma estabelece em favor dos trabalhadores constitui uma estrutura através da qual direitos mais específicos são gerados por sindicatos, federações e confederações como sujeitos de direitos autônomos, cujo objetivo é permitir que eles sejam interlocutores de seus interesses associados, facilitando por meio dessa função uma proteção mais ampla e o gozo efetivo dos direitos dos trabalhadores.¹⁸

1.2.2.4. Crianças como supostas vítimas

As crianças podem ser consideradas supostas vítimas, desde que assim o tenham manifestado. Em um caso em que três crianças, com 12, 13 e 17 anos de idade na época do procedimento perante a Corte IDH, e no qual ambos os pais argumentaram estar atuar em seu nome perante essa instância, a Corte IDH determinou que era necessária uma declaração precisa sobre se, por um lado, elas concordavam com a representação que seus pais exerciam e se, por outro lado, desejavam ter a qualidade de supostas vítimas.¹⁹

A Corte IDH conduziu uma diligência com duas das crianças, levando em consideração os padrões internacionais sobre o direito das crianças de serem ouvidas. Após essa diligência, foi determinado que elas poderiam ter o status de supostas vítimas, uma vez que “a partir das declarações coletadas [...] e levando em consideração o desenvolvimento progressivo dos direitos de crianças, [...] observou-se que ambas expressaram livre e independentemente suas próprias opiniões e julgamentos sobre os fatos do caso que lhes dizia respeito, bem como algumas de suas expectativas e interesses na resolução do presente caso”.²⁰

1.2.3. Em relação ao Estado denunciado

Para entender o alcance da competência da Comissão em relação aos Estados que podem ser denunciados por violações de direitos protegidos pelo direito interamericano, é necessário vincular o texto do artigo às disposições do Estatuto da CIDH no artigo 20.b em relação aos Estados membros da OEA, mas que não são Estados Partes da CADH.

O Regulamento da CIDH trata sobre essa questão em seu artigo 23 e dedica o capítulo III às petições referindo-se a Estados que não são parte da Convenção, estabelecendo no artigo 51 a faculdade

18 Corte IDH. Parecer consultivo OC-22/16. *Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de Direitos Humanos*. 2016, par. 91 e 92.

19 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, par. 67.

20 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, par. 69 e 70. Em relação à terceira criança, que não pode participar da diligência por motivo de força maior, a Corte não encontrou elementos que considerassem que ela estava em uma condição diferente de suas irmãs, “no entanto, para os fins das reparações a autoridade nacional competente em matéria de infância deve verificar a opinião livre da criança V. para determinar se ela deseja [ser] considerada uma parte lesada”. *Ibidem*, par. 71.

da Comissão de receber e examinar petições que contenham denúncias de supostas violações de direitos consagrados na DADDH e, no artigo 52, a aplicação do procedimento geral, com exceção das normas que ordenam o encaminhamento de casos à Corte IDH.

1.3. Competência *ratione materiae*

A CIDH somente poderá examinar petições que contenham violações de Direitos Humanos protegidas pela CADH ou por qualquer outro instrumento interamericano em vigor. O artigo 23 do Regulamento da CIDH completa o alcance da jurisdição material, indicando cada um dos instrumentos do direito interamericano cuja violação permite a apresentação de petições perante a própria Comissão, nos termos em que o respectivo instrumento houver estabelecido e em conformidade com o Estatuto e o Regulamento, a saber: a DADDH, a CADH, o Protocolo de San Salvador, o Protocolo sobre a Abolição da Pena de Morte, a CIPST, a CIDFP e a Convenção de Belém do Pará. Nesse ponto é importante verificar se o Estado denunciado fez alguma reserva legítima relacionada ao direito cuja violação é denunciada. A CADH estabelece em seu artigo 75 que o regime aplicável às reservas será regido pelo disposto no artigo 29 do mesmo texto convencional e na CVDT.²¹

1.4. Competência *ratione temporis*

De acordo com o princípio da não retroatividade, a Comissão só pode conhecer os fatos ocorridos após o instrumento cuja violação é denunciada estiver em vigor no Estado. No mesmo sentido, o momento em que o Estado Parte denuncia à CADH marca o fim da competência da CIDH em relação às petições relacionadas a esse Estado.²²

A CIDH teve a oportunidade de resolver a aplicação consistente da DADDH e da CADH, em particular os seguintes termos:

41. A Comissão considera que, uma vez que a Convenção entrou em vigor no Estado, ela e não a declaração torna-se a principal fonte de direito aplicável pela Comissão, desde que a petição se refira à suposta violação de direitos idênticos nos dois instrumentos e não seja uma situação de violação continuada. [...]

42. No entanto, os direitos à saúde e bem-estar (art. XI) e à seguridade social em relação com o dever de trabalhar e contribuir para a seguridade social (arts. XVI, XXXV e XXXVII) contemplados na [Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem], não são protegidos especificamente pela [Convenção Americana sobre Direitos Humanos]. A Comissão considera que esta circunstância não exclui a sua competência em razão da matéria, uma vez que, de acordo com o artigo 29(d) da Convenção, “nenhuma disposição da Convenção pode [...] excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”. Por conseguinte, a Comissão examinará estas alegações dos peticionários por violações à Declaração.²³

Da mesma forma, a CIDH declarou ser competente para examinar petições alegando violações da CADH cujo princípio de execução é anterior à entrada em vigor do referido instrumento para o Estado Parte, mas que seja um crime continuado, por exemplo nos casos de desaparecimento forçado de pessoas ou negação de justiça. Nesse sentido, em um caso contra o Brasil no qual foram alegadas violações anteriores à ratificação da CADH por parte do Estado, a CIDH decidiu que tinha competência:

21 Sobre as reservas à CADH, ver comentário ao artigo 75 a cargo de Gabriela Rodríguez.

22 A CADH estabelece em seu artigo 78 algumas condições para a denúncia. No momento em que este comentário é redigido, apenas dois países denunciaram o instrumento convencional: Trinidad e Tobago, em 26 de maio de 1998, e Venezuela, em 10 de setembro de 2012.

23 CIDH. Relatório n.º 03/01. Caso 11.670. *Amilcar Menéndez, Juan Manuel Caride e outros*. Argentina. 19 de janeiro de 2001.

ratione temporis para ouvir e decidir sobre o [...] caso em conformidade com a Declaração, em relação às violações alegadamente ocorridas antes da ratificação da Convenção, bem como em conformidade com a Convenção sobre as ações e procedimentos realizados pela Justiça brasileira, na medida em que estas possam constituir uma violação contínua dos artigos 8 e 25 da Convenção, em relação ao artigo 1.1. da mesma.²⁴

1.5. Competência *ratione loci*

De acordo com o disposto no artigo 1.1 da Convenção, a CIDH só pode revisar alegações de violações à CADH que ocorreram na jurisdição de um Estado Parte.²⁵

A jurisdição *ratione loci* da CIDH se estende aos casos em que o Estado exerce sua jurisdição extraterritorial. Em um caso contra os Estados Unidos relacionado à interdição de balseiros haitianos em alto-mar e seu repatriamento subsequente ao Haiti sem a concessão de audiências para que eles pudessem reivindicar o status de refugiado, a CIDH estabeleceu a responsabilidade estatal pela prática descrita, à luz da DADDH e de instrumentos do Direito Internacional dos Refugiados.²⁶

Da mesma forma, como mencionaremos mais adiante na análise do artigo 45, a CIDH determinou sua competência *ratione loci* em relação às comunicações interestatais, em um caso em que o Equador denunciou a Colômbia.

1.6. Fundo de Assistência Jurídica do SIDH

Em junho de 2008 a Assembleia Geral da OEA²⁷ ordenou a criação do Fundo de Assistência Jurídica (FALSIDH), destinado a facilitar o acesso ao sistema interamericano para pessoas que não possuem os recursos necessários. Esse Fundo é composto de contribuições voluntárias dos Estados membros da OEA e é administrado com duas contas separadas: uma para a CIDH e a outra para a Corte IDH.

O Regulamento de funcionamento do Fundo foi aprovado um ano depois, em novembro 2009, na sessão plenária do Conselho Permanente da OEA.²⁸ Este regulamento inclui as diretrizes gerais dadas pela Assembleia Geral e estabelece que a aprovação da assistência jurídica será determinada pela Corte e pela Comissão, conforme o caso, de acordo com seus regulamentos próprios.

Em março de 2011, o Regulamento da CIDH sobre o FALSIDH passou a existir dentro desse órgão.²⁹ Conforme estipulado, a assistência pode ser concedida a denúncias com admissibilidade ou naquelas que se tenha decidido e comunicado a acumulação da análise da admissibilidade com o mérito do caso. Somente poderão solicitá-la as pessoas que demonstram falta de recursos suficientes para cobrir a totalidade ou parte das despesas (art. 3), para a coleta e envio de documentos probatórios, o comparecimento de vítimas, testemunhas ou peritos em audiências perante a Comissão e outras despesas que a Comissão considere pertinente para o processamento de uma petição ou caso (art. 4). A CIDH “incluירá nas recomendações do relatório sobre os méritos da petição [...] a estimativa das despesas incorridas com o Fundo de Assistência Jurídica, para que o Estado em questão disponha seu reembolso ao referido Fundo” (art. 9).

24 CIDH. Relatório n.º 60/99. Caso 11.516. *Ovelário Tames*. Brasil. 13 de abril de 1999, par. 28

25 Artigo 1.1 estabelece que: “[...] 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”.

26 CIDH. Relatório n.º 51/96. Caso 10.675. *Pessoas haitianas*. Estados Unidos. 13 de março de 1997.

27 OEA. Res. AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08).

28 OEA. Res. CP/RES. 963 (1728/09).

29 A Corte Interamericana aprovou seu Regulamento para a operação do FALSIDH em fevereiro de 2010, o qual entrou em vigor em 1º de junho do mesmo ano.

A decisão de conceder o benefício depende de um Conselho Diretor do Fundo, composto por um(a) representante da Comissão e outro(a) da Secretaria-Geral da OEA.

2. Comunicações interestatais

2.1. Formalidades

O artigo 45 da CADH estabelece a faculdade da CIDH para receber e examinar comunicações interestatais nas quais “um Estado Parte alega que outro Estado Parte cometeu violações dos Direitos Humanos estabelecidas na [Convenção]”. Os Estados interessados em reconhecer formalmente essa competência da Comissão devem fazê-lo mediante uma declaração a ser feita “no momento do depósito de seu instrumento de ratificação ou adesão à [Convenção], ou em qualquer momento posterior” (parágrafo 1). Na mesma declaração, os Estados podem optar por fazer o reconhecimento indefinidamente, ou limitá-lo a um determinado período, ou para casos específicos (parágrafo 3).

Como requisito exclusivo, a CIDH só pode aceitar comunicações interestatais em condições de reciprocidade, ou seja, nos casos em que ambos os Estados afetados tenham reconhecido explicitamente essa jurisdição. No entanto, o parágrafo 1 do artigo 50 de seu Regulamento estabelece que todos os Estados Partes devem ser denunciados:

A comunicação apresentada por um Estado parte na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos que haja aceito a competência da Comissão para receber e examinar comunicações contra outros Estados partes será transmitida ao Estado parte de que se trate, tenha este aceito ou não a competência da Comissão. Se não a aceitou, a comunicação será enviada para que esse Estado possa exercer a opção que lhe cabe nos termos do artigo 45, parágrafo 3, da Convenção, para reconhecer essa competência no caso específico a que se refira a comunicação.³⁰

2.2. Casos

Existem dois antecedentes para as comunicações interestatais apresentadas e examinadas pela Comissão.

No primeiro antecedente, em 6 de fevereiro de 2006, a Nicarágua apresentou uma comunicação alegando que a Costa Rica havia falhado em seu dever de fornecer as devidas garantias de proteção dos Direitos Humanos à população migrante nicaraguense sob sua jurisdição. Ao analisar sua competência *ratione personae*, a CIDH constatou que a comunicação interestatal apresentada contra a Costa Rica se referia não apenas a supostas vítimas, devidamente individualizadas, mas também a um conjunto de possíveis vítimas generalizadas como população migrante nicaraguense na Costa Rica em situação vulnerável.

A Comissão Interamericana lembrou que, de acordo com o artigo 44 da CADH “para que uma petição seja admissível, deve haver vítimas específicas, individualizadas e determinadas, ou que se refiram a um grupo específico e definido de vítimas, composto por indivíduos determináveis”³¹, analisando posteriormente se :

30 (grifo nosso). Hoje existem dez estados americanos capazes de enviar comunicações interestatais: Argentina, que fez uma declaração em 5 de setembro de 1984, Bolívia em 27 de julho de 1993, Chile em 21 de agosto de 1990, Colômbia em 21 de junho de 1985, Costa Rica em 2 de julho de 1980, Equador em 13 de agosto de 1984, Jamaica em 7 de agosto de 1978, Nicarágua em 6 de fevereiro de 2006), Peru (em 21 de janeiro de 1981) e Uruguai (em 19 de abril de 1985).

31 Sobre o desenvolvimento da Comissão Interamericana e da Corte sobre o conceito de vítima, ver: CIDH. Relatório 51/02. Processo 12.404. *Janet Espinoza Feria e outras*. Peru. 10 de outubro de 2002. CIDH. Relatório nº 48/96. Caso 11.553. *Emérita Montoya González*. Costa Rica. 16 de outubro de 1996. CIDH. Relatório nº 28/98. Processo 11.625. *María Eugenia Morales de Sierra*. Guatemala. 6 de março de 1998 e Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001.

194. [...] o artigo 45 da Convenção Americana poderia ser interpretado sob os mesmos critérios do artigo 44, ou seja, se as comunicações entre os Estados e as petições individuais devem individualizar as supostas vítimas de violação para que a comunicação seja admitida, ou se, pelo contrário, os Estados tiverem o poder de apresentar comunicações para garantir o cumprimento das obrigações convencionais erga omnes partes, como mecanismo de ação de garantia coletiva.

195. [...] A Comissão observou que a redação dos artigos 44 e 45 da Convenção é semelhante, mas não idêntica [...] para as petições apresentadas de acordo com o artigo 44, a Convenção se refere a “denúncias ou queixas de violação desta Convenção”, enquanto que, para as comunicações apresentadas em conformidade com o artigo 45 da Convenção, referem-se a alegações de “violações dos Direitos Humanos estabelecidos nesta Convenção” [que, de acordo com a Comissão], sugerem a intenção de que os Estados possam informar a Comissão não apenas sobre situações que afetaram vítimas individualizadas ou determináveis mas também situações generalizadas de violações massivas ou sistemáticas dos Direitos Humanos.

196. O exposto [de acordo com a CIDH] não significa que os Estados possam apresentar [...] casos abstratos que não se destinam a proteger os direitos e liberdades das pessoas protegidas pela Convenção; isso significa apenas que, se um Estado Parte considerar que outro Estado Parte cometeu violações gerais dos Direitos Humanos, poderá ir à Comissão, denunciando esta situação sem a necessidade de individualizar cada um dos vítimas.

[...]

200. [A CIDH declarou que] é chamada a interpretar o mecanismo previsto no artigo 45 da Convenção não como um direito de um Estado com o objetivo de exigir o cumprimento de seus direitos ou interesses particulares, mas com o objetivo de gerar a atuação da Comissão sobre possíveis violações da ordem pública regional [...] esta interpretação [...] permite a implementação do mecanismo de garantia coletiva previsto no artigo 45.

Por outro lado, ao avaliar sua competência *ratione temporis*, a CIDH indicou que para garantir o cumprimento do requisito de reciprocidade nas comunicações entre Estados, sua competência surge a partir do momento em que os dois Estados partes na comunicação realizaram o ato de reconhecimento por meio da declaração correspondente; que é verificado a partir da data em que o último reconhecimento foi feito pelos Estados envolvidos.

Conforme decidido no Relatório nº 11/07 de 8 de março de 2007,³² a petição foi finalmente declarada inadmissível nos termos dos artigos 46 da CADH e 31 do Regulamento da Comissão, em vigor no momento dos fatos. Não obstante essa situação, o precedente serviu para esclarecer algumas questões de admissibilidade típicas desse tipo de comunicação, bem como sua natureza diferenciada das petições individuais, e para demonstrar a possibilidade de os Estados denunciarem seus pares por violações à CADH.

No segundo antecedente, em 11 de junho de 2009, o Equador denunciou a Colômbia, alegando a violação dos Direitos Humanos garantidos em vários artigos da CADH em detrimento do cidadão equatoriano Franklin Guillermo Aisalla Molina, por sua alegada execução extrajudicial por agentes das forças de segurança colombianas, no âmbito de uma operação militar transfronteiriça conhecida como ‘Operação Fénix’, realizada em 1º de março de 2008 em território equatoriano.

No Relatório nº 112/10, de 21 de outubro de 2010,³³ a petição foi declarada admissível. Ao analisar sua competência *ratione loci*, a CIDH teve de responder às perguntas do Estado colombiano que sustentavam que “como o conceito de jurisdição consagrado no artigo 1.1 da Convenção Americana é

32 CIDH. Relatório nº 11/07. Caso interestatal 01/06 *Nicarágua vs. Costa Rica* (PI-01). 8 de março de 2007.

33 CIDH. Relatório nº 112/10. Petição interestatal. Admissibilidade. *Franklin Guillermo Aisalla Molina. Equador vs. Colômbia* (PI-02). 21 de outubro de 2010.

territorial, a morte do Sr. Aisalla, de nacionalidade equatoriana e ocorrida no Equador, não está sujeita à jurisdição do Estado colombiano”.³⁴ No entanto, de acordo com outras organizações internacionais, a Comissão considerou que possuía evidência suficiente para concluir que a Colômbia exerceu jurisdição extraterritorial sobre a área sujeita ao ataque e reafirmou a extraterritorialidade do escopo de aplicação dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos:

[...] Os Direitos Humanos são inerentes a todos os seres humanos e não se baseiam em sua cidadania ou localização. Nos termos do Direito Interamericano de Direitos Humanos, cada Estado, consequentemente, é obrigado a respeitar os direitos de todas as pessoas dentro de seu território e daquelas presentes no território de outro Estado, mas sujeitas ao controle de seus agentes.³⁵

Em relação à competência *ratione materiae*, ao responder às alegações do Estado denunciado que emoldurou os fatos da “Operação Fenix” de acordo com o DIH, a CIDH lembrou que:

Devido à sua complementaridade e ao fato de que ambos as normas se baseiam nos mesmos princípios e valores, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário podem influenciar-se e reforçar-se mutuamente. [...] A Comissão Interamericana está obrigada por seu Estatuto a examinar as denúncias que alegam a violação de um direito protegido pela Convenção ou Declaração Americanas. O fato de a resolução de uma queixa exigir referência a outro tratado não impede a jurisdição, e a Corte Interamericana apoiou a prática da Comissão de invocar “outros tratados relacionados com a proteção dos Direitos Humanos” em suas resoluções e relatórios.³⁶

Dessa forma, a CIDH declarou-se competente uma vez que violações dos Direitos Humanos protegidos pela CADH foram alegadas na comunicação interestatal.

2.3. A designação de juízes/juízas *ad hoc* no SIDH

O artigo 45 da CADH adquire importância singular em relação à nomeação de juízas(es) *ad hoc* em casos perante a Corte Interamericana.³⁷ Desde os primeiros procedimentos contenciosos, a Corte Interamericana permitiu a nomeação de juízes(as) *ad hoc* em todos os casos sob seu conhecimento decorrentes de petições individuais, quando entre os membros da Corte Interamericana, não havia nacionalidade do Estado demandado. Essa prática foi fortemente questionada por vários atores da comunidade internacional que destacaram os efeitos adversos dessa designação em razão da imparcialidade e independência da Corte Interamericana, a igualdade processual em litígios e a legitimidade das decisões da Corte. As críticas foram consistentes com a posição da CIDH,³⁸ das vítimas,³⁹ da doutrina,⁴⁰ e de organizações não-governamentais.⁴¹

34 CIDH. Relatório n.º 112/10. Petição interestatal. Admissibilidade. *Franklin Guillermo Aisalla Molina. Equador vs. Colômbia* (PI-02). 21 de outubro de 2010, par. 80.

35 CIDH. Relatório n.º 86/99. Caso 11.589. *Armando Alejandro Jr e outros*. Cuba. 13 de abril de 1999, par. 91. (grifo nosso)

36 CIDH. Relatório no 112/10. Petição interestatal. Admissibilidade. *Franklin Guillermo Aisalla Molina. Equador vs. Colômbia* (PI-02). 21 de outubro de 2010, par. 171 e 173. Citando a “Outros Tratados” Objeto da Função Consultiva da Corte (art. 64 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A N.º 1, par. 43.

37 A nomeação de juízes *ad hoc* é regida pelo artigo 55 da CADH, pelo artigo 10 do Estatuto e pelo artigo 20 do Regulamento, ambos instrumentos da Corte Interamericana atualmente em vigor (artigos 17, 18 ou 19 do Regulamento).

38 CIDH. Caso 11.681. *Massacre de las Dos Erres*. Guatemala. Posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a figura do Juiz *Ad hoc*, 30 de julho de 2008. Corte IDH. *Caso Gómez Paquiyauri*. Peru. Resolução de 18 de novembro de 2002.

39 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPMRC. 2008, par. 6.

40 Ver Faúndez Ledesma, H. “La Independencia e Imparcialidad de los Miembros de la Comisión y la Corte: Paradojas y Desafíos”, em *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica. 1998, p. 195.

41 Ver Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al*

Com base no pedido de parecer consultivo sobre o assunto apresentado pela Argentina, o a Corte IDH revisou o procedimento de nomeação à luz da CADH e decidiu por unanimidade:

Que, de acordo com o artigo 55.3 da C [ADH], a possibilidade de os Estados Partes, no caso submetido à Corte Interamericana, nomearem um juiz ad hoc para integrar esta Corte quando não houver um juiz de sua nacionalidade, é restrita a casos de litígios decorrentes de comunicações interestatais (art. 45 do referido instrumento), e não é possível obter um direito semelhante em favor dos Estados Partes nos casos originados de petições individuais (art. 44).⁴²

Esse parecer produziu a modificação do antigo do Regulamento da Corte Interamericana em relação à figura de juízes(as) *ad hoc*, hoje estabelecida com maior precisão:

Artigo 20. Juízes ad hoc em casos interestatais

1. Quando se apresente um caso previsto no artigo 45 da Convenção, a Presidência, por meio da Secretaria, informará aos Estados mencionados no referido artigo sobre a possibilidade de designarem um Juiz ad hoc dentro dos 30 dias seguintes à notificação da demanda.
2. Quando parecer que dois ou mais Estados têm um interesse comum, a Presidência informá-los-á sobre a possibilidade de designar em conjunto um Juiz ad hoc, na forma prevista no artigo 10 do Estatuto. Se dentro dos 30 dias seguintes à última notificação da demanda, esses Estados não houverem comunicado seu acordo à Corte, cada um deles poderá apresentar o seu candidato dentro dos 15 dias seguintes. Decorrido esse prazo e tendo sido apresentados vários candidatos, a Presidência procederá à escolha, mediante sorteio, de um Juiz ad hoc comum, a qual comunicará aos interessados.
3. Se os Estados interessados não fazem uso de seu direito, nos prazos assinalados nos incisos precedentes, considerar-se-á que renunciaram ao seu exercício.
4. O Secretario comunicará à Comissão Interamericana, aos representantes da suposta vítima e, segundo o caso, ao Estado demandante ou ao Estado demandado a designação de Juízes ad hoc.
5. O Juiz ad hoc prestará juramento na primeira sessão dedicada ao exame do caso para o qual houver sido designado.
6. Os Juízes ad hoc perceberão emolumentos nas mesmas condições previstas para os Juízes titulares.

3. Admissibilidade das petições

Os artigos 46 e 47 regulam a etapa de admissibilidade das petições, estabelecendo os requisitos que devem ser cumpridos para ativar a instância internacional, bem como o regime de exceções.

3.1. Regra geral do prévio esgotamento dos recursos internos e suas exceções

3.1.1. Regra geral: artigo 46. 1. a) da CADH

A regra do esgotamento prévio dos recursos internos é um dos elementos a partir do qual se avalia e decide a admissibilidade das petições submetidas perante a CIDH. Esta regra tem uma relevância fundamental no Direito Internacional e no caráter subsidiário do SIDH. Seu objetivo é permitir que a suposta violação do direito seja conhecida em nível nacional e que o Estado nacional tenha a possibilidade

funcionamiento de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Documento de coyuntura n.º 5. Buenos Aires, Argentina, Cejil, 2008.

42 Corte IDH. Parecer consultivo OC-20/09. *Artigo 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2009. (grifo nosso)

de resolvê-la antes de que um organismo internacional seja habilitado.⁴³ Da mesma forma, foi considerada como um meio de defesa para o benefício do Estado e, portanto, renunciável:

[...] De acordo com os princípios geralmente reconhecidos do Direito Internacional e da prática internacional, a regra que exige o esgotamento prévio dos recursos internos é concebida em interesse do Estado, uma vez que busca isentá-lo de responder a um organismo internacional por atos que lhe são imputados antes de ter tido a oportunidade de remediá-los com seus próprios meios. Considerou-se, assim, um meio de defesa e, como tal, renunciável, mesmo que tacitamente. Essa renúncia, uma vez produzida, é irrevogável.⁴⁴

Na opinião da Corte IDH, a referência aos “princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos”, contida no artigo, indica que eles devem ser considerados tanto para a análise da regra estabelecida no artigo 46.1.a quanto para suas exceções, ou seja, a determinação de quais situações eximem o esgotamento conforme estabelecido no artigo 46.2.⁴⁵

O Artigo 46.1.a também foi interpretado no sentido de que “exige o esgotamento dos recursos internos [...] no momento em que a admissibilidade da petição é decidida e não no momento em que é apresentada”.⁴⁶ No caso da Comunidade Camponesa Santa Bárbara vs. Peru, a CIDH explicou as razões por trás desse critério:

em um número significativo de casos, são apresentadas modificações e/ou atualizações sobre a situação de cumprimento dos requisitos de admissibilidade [...] de acordo com a Convenção e as regras aplicáveis, o estágio de admissibilidade é justamente para os Estados que apresentarem informações adicionais sobre a adequação e eficácia dos recursos internos, quando as petições se baseiam em argumentos sobre a aplicabilidade das exceções à regra do esgotamento prévio dos recursos internos. [De acordo com a CIDH] [a] avaliação de todas essas informações termina no momento em que se toma a decisão sobre a admissibilidade da petição [...] [e] todas as informações recebidas após o envio estrito da petição contraditória.⁴⁷

Nesse aspecto, a Corte IDH também indicou:

[...] A apresentação da petição, sua transmissão ao Estado e a emissão do Relatório de admissibilidade são três momentos diferentes: o primeiro, derivado de um ato do peticionário, e, os outros dois, derivados de atos da Comissão Interamericana. O Regulamento da Comissão Interamericana regula especificamente essas etapas. De acordo com os artigos 28.h (atualmente 28.8.), 29 e 30 do referido regulamento, antes de transmitir uma petição ao Estado, realiza-se uma análise inicial na qual se verifica, entre outros, se a solicitação contém informações sobre “as medidas tomadas para esgotar os recursos da jurisdição nacional ou a impossibilidade de fazê-lo de acordo com o artigo 31 [do referido] Regulamento”. Uma vez transmitida a petição ao Estado, começa a etapa de admissibilidade e, portanto, o contraditório sobre se os requisitos de admissibilidade da petição foram atendidos, incluindo o requisito de esgotamento dos recursos internos. De acordo com o referido Regulamento, é no momento de analisar a admissibilidade quando a Comissão decide se a petição cumpriu ou não o referido requisito ou

43 CIDH. Relatório n.º 92/08. Petição 12.305. Inadmissibilidade. *Julio César Recabarren y María Lidia Callejos*. Argentina. 31 de outubro de 2008, par. 35.

44 Corte IDH. *Asunto de Viviana Gallardo e outras*. Resolução. 1981, par. 26.

45 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987, par. 87.

46 CIDH. Relatório n.º 146/10. Petição 212-05. Admissibilidade. *Manuel Santiz Culebra e outros (Masacre de Acteal)*. México. 1 de novembro de 2010, par. 39. Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 34. É importante observar que recentemente esse tópico gerou debates entre os membros da Corte Interamericana, de maneira que o pronunciamento da Corte Interamericana na Sentença Wong Ho Wing de 2015 reflete a posição da maioria a esse respeito. Para as posições que indicam que o exame do esgotamento prévio dos recursos internos deve ser feito no momento em que a petição é recebida, veja os votos do juiz Eduardo Vio Grossi. Sentença Wong Ho Wing e na Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015.

47 Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 38.

se alguma das exceções previstas na Convenção é aplicável. Nesse sentido, o Regulamento da Comissão distingue o momento da revisão inicial, quando é examinado apenas se a petição incluiu informações sobre “as medidas tomadas para esgotar recursos [...] ou a impossibilidade de fazê-lo”, e o momento de decidir sobre a admissibilidade, ao determinar se já foram esgotados ou se alguma exceção se aplica a esse requisito.⁴⁸

Além disso, o Tribunal considerou que seria contrário ao princípio da economia processual que petições fossem inadmitidas com base no fato de que, no momento da apresentação inicial os recursos internos não haviam sido esgotados, se no momento da análise de admissibilidade esses recursos já estivessem esgotados.⁴⁹

3.1.1.1. Os recursos disponíveis no âmbito interno devem ser adequados e efetivos

A jurisprudência consolidada do SIDH indicou que devem ser esgotados aqueles recursos que são adequados e efetivos. Adequado significa um remédio cuja função no sistema de direito interno é adequada para proteger a situação jurídica violada.⁵⁰ “Em todos os sistemas legais, existem vários remédios, mas nem todos são aplicáveis em todas as circunstâncias. Se, em um caso específico, o remédio não é adequado, é óbvio que não deve ser esgotado [...]”⁵¹

Por um lado, um recurso é efetivo quando é capaz de produzir o resultado para o qual foi criado. A Corte IDH entendeu que um remédio “pode se tornar ineficaz se estiver subordinado a requisitos processuais que o tornam inaplicável; se, de fato, não possui o poder de obrigar as autoridades, se for perigoso para as partes interessadas impetrá-lo ou não for aplicado de forma imparcial”.⁵²

Diante da denúncia do desaparecimento forçado de uma pessoa no Equador, o Estado argumentou que esse requisito não foi atendido, alegando que estavam disponíveis recursos como a ação de proteção, a ação de inconformidade e o habeas corpus, que não haviam sido esgotados no caso específico. A CIDH concedeu a admissibilidade da petição, considerando que:

[...] Sempre que um delito de ação penal pública é cometido, o Estado tem a obrigação de promover e impulsionar o processo criminal e que, nesses casos, constitui a maneira ideal de esclarecer os fatos, julgar os responsáveis e estabelecer as sanções penais correspondentes, além de possibilitar outras formas de reparação pecuniária. A Comissão considera que os fatos apresentados pelos peticionários sobre o desaparecimento de César Gustavo Garzón Guzmán se traduzem na legislação interna em conduta criminal que pode ser processada de ofício, cuja investigação e processo devem ser promovidos pelo próprio Estado.⁵³

Em outro caso, a Comissão decidiu sobre a adequação da jurisdição contencioso-administrativa e dos procedimentos disciplinares em relação ao esgotamento do recurso:

[a] Comissão manteve repetidamente que esses canais não constituem remédios adequados para os fins de analisar a admissibilidade de uma reivindicação da natureza do presente caso perante a Comissão. A jurisdição disciplinar não é uma maneira suficiente de julgar, punir e reparar as consequências de violações dos Direitos Humanos. Por outro lado, a jurisdição administrativa contenciosa é um mecanismo que busca supervisionar a atividade administrativa do Estado, e que apenas permite obter indenização por danos causados pela ação ou omissão

48 Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 26. (notas de rodapé omitidas)

49 *Ibidem*, par. 28.

50 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, par. 31.

51 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, par. 64.

52 Sobre a eficácia dos recursos durante os estados de exceção, ver Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 50 a 53.

53 CIDH. Relatório n.º 70/10. Petição 11.587. Admissibilidade. *César Gustavo Garzón Guzmán*. Equador. 12 de julho de 2010, par. 28.

de agentes do Estado. Consequentemente, não é o remédio ideal para fins de análise da admissibilidade do presente caso.⁵⁴

Além disso, de acordo com a interpretação da cláusula convencional, não é necessário que as supostas vítimas esgotem todos os recursos disponíveis:⁵⁵ “[...] se a suposta vítima levantou a questão por alguma das alternativas válidas no sistema jurídico nacional e o Estado teve a oportunidade de remediar o assunto em sua jurisdição, a finalidade da norma internacional deve ser considerada cumprida”.⁵⁶

Portanto, em termos gerais, o esgotamento de uma via interna pode eximir-se do esgotamento de vias adicionais. No entanto, isso não leva a “descartar automaticamente a análise dos argumentos estatais sobre os vários recursos procedentes, pelo menos quando há uma diferença entre o objeto ou a finalidade da via interna iniciada ou desenvolvida e a aludida pelo Estado”.⁵⁷

No caso em que a CIDH concentrou seu exame de admissibilidade na investigação dos fatos, por serem crimes processáveis de ofício e o Estado notou a falta de interposição, *inter alia*, da ação *habeas corpus*, a Corte IDH esclareceu que o objetivo dos dois remédios era diferente e estabeleceu que o exame dos remédios internos deve ser feito:

41. [...] com um certo grau de flexibilidade, levando em consideração as circunstâncias particulares de cada situação, para poder avaliar se, no caso de ser possível dar ao Estado a oportunidade de resolver a situação na esfera interna [...] a circunstância de que as violações de Direitos Humanos alegadas estão ligadas a crimes de ação penal pública não se eximem da necessidade de avaliar argumentos sobre outros recursos internos. É que, mesmo considerando que são deveres de ofício pertinentes do Estado, deve ser avaliado em cada caso se as pessoas afetadas (ou outras pessoas ou entidades em nome ou interesse) tiveram e exerceram a possibilidade, através do uso dos recursos disponíveis, de dar ao Estado a oportunidade de resolver o assunto por seus próprios meios.⁵⁸

Quanto à análise dos recursos por parte da CIDH, esta examinará as informações enviadas pelas partes no momento do recebimento da petição, e até a emissão do relatório de admissibilidade, essas informações devem ser atualizadas, necessárias e suficientes.⁵⁹

54 CIDH. Relatório n.º 47/10. Petição 1325-05. Admissibilidade. *Massacre Estadero “El Aracatazo”*. Colômbia. 18 de março de 2010, par. 53.

55 CIDH. Relatório n.º 12/10. Caso 12.106. Admissibilidade. *Enrique Hermann Pfister Frías y Lucrecia Pfister Frías*. Argentina. 16 de março de 2010, par. 41. CIDH. Relatório n.º 76/09. Petição 1473-06. Admissibilidade. *Comunidade de la Oroya*. Peru. 5 de agosto de 2009, par. 64. CIDH. Relatório no 40/08. Petição 270-07. Admissibilidade. *I.V. Bolivia*. 23 de julho de 2008, par. 70. CIDH. Relatório n.º 12/08. Petição 12.305. Inadmissibilidade. *Julio César Recabarren e María Lidia Callejos*. Argentina. 31 de outubro de 2008, par. 35.

56 CIDH. Relatório n.º 12/10. Caso 12.106. Admissibilidade. *Enrique Hermann Pfister Frías y Lucrecia Pfister Frías*. Argentina. 16 de março de 2010, par. 41.

57 Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 39. Na nota 28 da Sentença, a Corte Interamericana indica que “de acordo com as circunstâncias de cada caso, essa consideração seria, em princípio, diferente no caso de recursos cujo objeto ou propósito seja essencialmente o mesmo”.

58 Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 41. (grifo nosso). Ao determinar o critério de análise dos recursos internos com ‘certa flexibilidade’ a Corte IDH se apoia em diversas Sentenças do TEDH, *ver* nota de rodapé 30 da Sentença.

59 Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPMRC. 2016, par. 42. Sobre o esgotamento dos recursos internos para o pedido de reparação das vítimas, *ver* o caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Nesta sentença, o Estado argumentou a falta de esgotamento do recurso civil comum com o qual os parentes mais próximos da vítima puderam reivindicar compensação pela morte da Sra. Chinchilla, que no momento de sua morte foi confinada em um centro penitenciário para cumprir uma sentença criminal. Por sua vez, a CIDH indicou que o referido recurso não deveria ser esgotado, uma vez que a morte deveria ter sido investigada de ofício pelas autoridades, a Corte Interamericana declarou que: “A par do julgamento civil ordinário para reivindicar danos, que não foi tentado pela Sra. Chinchilla Sandoval ou seus familiares [...] o Tribunal reitera que, devido às possíveis responsabilidades associadas aos fatos alegados, a saber, a falta de tratamento médico adequado e a morte de uma pessoa sob custódia estatal, cabia ao Estado esclarecer oficiosamente as circunstâncias em que ocorreram, as quais não podiam depender de gestão de interesses privados. Consequentemente, o esgotamento das ações não poderia ser exigido a pedido de parte nas vias civis indicadas pelo Estado, cujo objetivo

Em um processo contencioso perante a Corte IDH, em que o Estado indicou que várias sentenças sanaram o ato ilícito internacional e, portanto, a petição deveria ser declarada inadmissível pela Comissão, a Corte Interamericana:

Constatou que as sentenças da Corte Constitucional após 2009, que, conforme indicado pelo Estado, remediaram completamente “o ato ilícito internacional” em detrimento do Sr. Duque e lhe forneceram recursos para solicitar a pensão de sobrevivência [...], não era do conhecimento da Comissão no momento da emissão do relatório de Admissibilidade [...]. Além disso, apesar dos progressos relatados à Comissão pelo Estado em relação a certas mudanças jurisprudenciais, não havia, na época, clareza quanto ao possível efeito retroativo da sentença [...] nem sobre a forma de aplicar a união conjugal de fato para casais do mesmo sexo. Por conseguinte, a Comissão não tinha elementos de informação suficientes que lhe permitiriam analisar e, eventualmente, chegar a concluir que o Sr. Duque ainda tinha recursos que não haviam sido esgotados perante as instâncias internas, com a possibilidade de obter resultados diferentes daqueles que já haviam sido obtidos em 2002. Tampouco foi provado pelo Estado que havia recursos que permitiram o reconhecimento retroativo da pensão solicitada pelo senhor Duque, isto é, a partir do ano de 2002 [...].⁶⁰

Como se pode inferir, a avaliação do esgotamento dos recursos internos requer uma avaliação de cada caso específico.

3.1.1.2. Possível esgotamento de recursos internos por pessoas jurídicas

A Corte IDH indicou que, com base na interpretação do artigo 46 da CADH, com o objetivo de produzir um efeito útil, as pessoas jurídicas podem esgotar os recursos internos, que podem ser levados em consideração nas reclamações feitas por pessoas físicas ou naturais ao SIDH.

Baseia-se este critério nas “circunstâncias em que [não] existem recursos a favor da pessoa natural, [ou] não são procedentes frente à ação estatal concreta dirigida especificamente contra a pessoa jurídica”,⁶¹ portanto, poderia ser “desproporcional obrigar uma suposta vítima a interpor recursos inexistentes, quando se constata que o recurso idôneo e efetivo foi o esgotado pela pessoa jurídica”.⁶²

Ao aprofundar esse critério, a Corte IDH declarou o seguinte:

[...] Se através de um recurso na sede interna que foi resolvido em favor de uma pessoa jurídica foram protegidos os direitos das pessoas individuais, a Corte não encontra motivos para entender que o referido recurso não pode se tornar adequado e efetivo, de acordo com a análise de cada caso. [...] Especificamente, [...] os recursos internos devem ser considerados esgotados em conformidade do artigo 46.1.a da Convenção quando: i) se comprove que foram apresentados recursos disponíveis, idôneos e efetivos para a proteção de seus direitos,

era, conforme indicado, a determinação de danos e, se encontrado, definir a compensação correspondente [...]. Em outros casos, o Tribunal considerou que “se houver mecanismos nacionais para determinar formas de reparação [que satisfaçam] critérios de objetividade, razoabilidade e eficácia para reparar adequadamente as violações dos direitos reconhecidos na Convenção declarada”, tais procedimentos e seus resultados “podem ser avaliados” [...]. Assim, certos processos ativados internamente pelas vítimas podem ser relevantes tanto na qualificação quanto na definição de certos aspectos ou alcance da responsabilidade do Estado, como na satisfação de certas reivindicações no âmbito de uma reparação integral. Portanto, o que foi decidido internamente nesses processos foi levado em consideração na avaliação de pedidos de reparações em um caso perante o Sistema Interamericano [...]. No entanto, esses processos têm sido relevantes e avaliados nos casos em que foram efetivamente iniciados por pessoas afetadas por violações de seus direitos ou por seus familiares, uma avaliação que deve ser feita à luz das circunstâncias de cada caso específico, de acordo com a natureza do direito que supostamente foi violado e as reivindicações da pessoa que o iniciou”. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, par. 25.

60 Corte IDH. *Caso Duque vs. Colômbia*. EPMRC. 2016, par. 42. (notas de rodapé omitidas)

61 Corte IDH. Parecer consultivo OC-22/16. *Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de Direitos Humanos*. 2016, par. 132.

62 *Ibidem*, par. 133.

independentemente de que os referidos recursos tenham sido apresentados e resolvidos em favor de uma pessoa jurídica; e ii) seja demonstrado que existe coincidência entre as reivindicações alegadas pela pessoa jurídica nos procedimentos internos e as alegadas violações que são discutidas perante o Sistema Interamericano. [...] “O que se busca é que haja uma coincidência material entre as reivindicações formuladas no processo em que foram esgotadas internamente e as apresentadas perante a [Comissão], a fim de garantir que as autoridades nacionais tenham conhecimento sobre a suposta violação de um direito protegido e, se apropriado, tiveram a oportunidade resolvê-lo antes de ser conhecido por uma instância internacional”.⁶³

3.1.2. Exceções: artigo 46.2 da CADH

No artigo 46.2, a CADH estabelece alguns motivos de exceção à regra do esgotamento de recursos internos. Essas exceções referem-se às alíneas a. e b., para situações em que os recursos internos não podem ser esgotados porque não estão disponíveis, por uma razão de direito ou de fato.⁶⁴

Assim, a alínea “a” refere-se a casos em que o direito interno não garante o devido processo legal, enquanto a “b” refere-se a casos em que existem recursos na jurisdição interna, mas seu acesso é negado às pessoas ou elas são impedidas de utilizá-los. Na alínea “c” a suposição de atraso injustificado está incluída na decisão sobre os recursos interpostos. Em suas primeiras sentenças sobre exceções preliminares, a Corte IDH estabeleceu que:

[...] O fundamento da proteção internacional dos Direitos Humanos reside na necessidade de salvaguardar a vítima do exercício arbitrário do poder público. A inexistência de remédios internos efetivos coloca a vítima em um estado de desamparo e justifica a proteção internacional. Por esse motivo, quando a pessoa que denuncia uma violação dos Direitos Humanos argumenta que não existem tais remédios ou que são ilusórios, a implementação de tal proteção pode não apenas ser justificada, mas também urgente. Nestes casos, [...] a oportunidade de decidir sobre os recursos internos deve ser adaptada aos propósitos do regime internacional de proteção.

De maneira alguma a regra de esgotamento anterior deve levar à interrupção ou atraso, ao ponto da inutilidade, da ação internacional para ajudar a vítima indefesa. Essa é a razão pela qual o artigo 46.2 estabelece exceções à aplicabilidade do uso de remédios nacionais como requisito para invocar a proteção internacional precisamente em situações nas quais, por várias razões, esses remédios não são efetivos. Naturalmente, quando o Estado se opuser, em tempo hábil, a essa exceção, ela deve ser considerada e resolvida, mas a relação entre a avaliação da aplicabilidade da regra e a necessidade de ação internacional oportuna na ausência de recursos nacionais efetivos pode aconselhar, frequentemente, a consideração das questões relacionadas a essa regra, juntamente com o mérito da questão levantada, para evitar que o processamento de uma exceção preliminar atrase desnecessariamente o processo.⁶⁵

Em seu parecer consultivo sobre a exceção ao esgotamento dos recursos internos, a Corte IDH avaliou o alcance da exceção prevista no artigo 46.2, “b”, em relação à existência de uma situação de medo

63 *Ibidem*, par. 134 e 136. De mesmo modo, a Corte Interamericana deixou claro que o reconhecimento era independente da análise realizada sobre possíveis violações na fase de mérito e que, em nenhum caso, pretendia impor obrigações aos Estados a modificar sua legislação e conceder legitimidade ativa às pessoas físicas: “[...] é necessário destacar que a análise realizada no cumprimento das regras de admissibilidade contidas no artigo 46.1 neste tipo de caso, é independente da análise de mérito da Petição, principalmente no que se refere aos artigos 1.1, 8 e 25 da Convenção Americana. Assim, quando o esgotamento de recursos é considerado cumprida através de um recurso interposto por uma pessoa jurídica, não se destina a impor uma obrigação adicional aos Estados no sentido de modificar sua legislação interna para garantir legitimidade ativa às pessoas físicas. Esses tipos de considerações estão relacionados ao mérito do caso e devem ser analisadas de acordo com o conteúdo dos direitos individuais reconhecidos pela Convenção”. *Ibidem*, par. 138.

64 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90. *Exceções ao esgotamento dos recursos internos*. 1990, par. 17.

65 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987, par. 93.

geral que levou os(as) advogados(as) a não prestarem assistência jurídica por medo de represálias, e concluiu que, em tal situação, estar-se-ia enfrentando uma das causas excepcionais.⁶⁶

Por sua vez, a CIDH decidiu sobre um caso em que o processo judicial pela morte de um cidadão mexicano por um membro do exército foi atraído pela jurisdição militar, declarando que:

Os tribunais militares [não constituem o] foro [idôneo] para o exame de supostas violações aos Direitos Humanos cometidas por membros da força pública. Do mesmo modo, a Corte Interamericana indicou que a justiça militar é um foro adequado apenas para o julgamento de militares pelo cometimento de crimes ou infrações que, por sua natureza, violam bens jurídicos pertencentes à ordem militar. Nesse sentido, e para os fins de admissibilidade dessa alegação, a Comissão leva em consideração que o sistema de justiça militar foi usado para investigar a morte do civil Mirey Trueba, julgar e sancionar a um membro do exército. Nesse sentido, considera que está configurada uma suposta falta de acesso a um recurso judicial adequado e independente para a investigação, repressão e punição da pessoa responsável pela morte da vítima e, portanto, a exceção prevista no artigo 46.2, “b” da Convenção Americana está configurada.⁶⁷

Mais recentemente, o caso *Brewer Carías vs. Venezuela* constitui um precedente importante para determinar a origem e o funcionamento das exceções previstas no artigo 46.2. De acordo com a estrutura fática estabelecida pela CIDH, o caso se relacionava à falta de garantias judiciais e proteção judicial no processo seguido contra a suposta vítima pelo crime de conspiração para alterar violentamente a Constituição daquele país e sua suposta conexão com a redação do chamado ‘Decreto de Carmona’. O senhor Brewer Carías havia deixado o país antes da acusação formal contra ele e as partes começaram a ser convocadas para a audiência preliminar que, até o momento em que a Corte Interamericana proferiu a sentença, não havia ocorrido.

Embora a CIDH tenha invocado as exceções estabelecidas no artigo 46.2, a Corte IDH concluiu que a referida exceção não se aplicava, uma vez que os remédios adequados e efetivos não haviam sido esgotados e, portanto, as exceções invocadas não procediam.

O ponto principal foi a interposição do recurso de anulação pela defesa do Sr. Brewer no procedimento interno para a alegada “violação da presunção de inocência por declarações de membros do Judiciário, [...] bem como a alegada violação da independência e imparcialidade derivada da natureza provisória de juízes e promotores vinculados ao caso”.⁶⁸ De acordo com a CIDH, o transcurso de mais de três anos para a resolução do recurso de nulidade foi um fator que se enquadrava na exceção prevista no artigo 46.2, “c”, configurando um atraso injustificado. Além disso, a CIDH:

conferiu especial relevância na análise [de admissibilidade] ao problema da provisionalidade de juízes e promotores, bem como ao risco que esse problema implica[va] para a satisfação das garantias de independência e imparcialidade de que são titulares os particulares e que, evidentemente, constituía o pressuposto institucional para que as pessoas [contassem com] recursos adequados e efetivos que lhes fossem exigidos esgotar[.] [De acordo com a CIDH] o Estado não teria apresentado [...] informações sobre a existência de remédios adequados para questionar a designação ou destituição de juízes na referida situação [...] a remoção de vários juízes provisórios no caso [...], após a adoção de decisões relativas à situação da suposta vítima, poderia ter afetado seu acesso aos recursos da jurisdição interna e, portanto, correspondia eximir esse aspecto da reivindicação do requisito em estudo.⁶⁹

66 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90. *Exceções ao esgotamento dos recursos internos*. 1990, par. 32 e ss. No mesmo sentido, a Corte considerou que não se pode exigir o esgotamento dos reclamantes que alegam uma situação de indigência que os impede de usar os recursos internos necessários para proteger um direito garantido pela Convenção.

67 CIDH. Relatório n.º 48/08. Petição 515-01. Admissibilidade. *Mirey Trueba Arciniega*. México. 24 de julho de 2008, par. 50.

68 Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014, par. 22.

69 Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014, par. 22. (grifo nosso)

A Corte IDH questionou se a CIDH considerava as exceções estabelecidas fundamentadas no artigo 46.2 da CADH.⁷⁰ A Corte IDH concentrou sua análise na fase inicial do processo criminal,⁷¹ em particular no fato de a audiência preliminar ainda não ter sido realizada e de o juízo oral ainda não ter iniciado, de modo que, segundo o Tribunal, não foi possível determinar o impacto negativo que uma decisão poderia ter no processo.

Para a Corte IDH, era impossível, então, “pronunciar-se sobre a suposta violação das garantias judiciais, porque ainda não havia certeza sobre como o processo continuaria e se muitas das alegações apresentadas poderiam ser sanadas internamente. O anterior, sem prejuízo da possível análise que [poderia] ser feita em relação ao alegado atraso injustificado ou período razoável de tempo”.⁷²

Embora vários pedidos de anulação e de outros tipos foram apresentados pela defesa do senhor Brewer, os recursos que, segundo o Estado, eram adequados e efetivos no caso específico, não haviam sido interpostos.⁷³ Nesse sentido, a Corte IDH observou que, sem prejuízo da análise correspondente às exceções ao esgotamento prévio dos recursos estabelecido no artigo 46.2 da CADH, era importante avaliar os diferentes remédios indicados na ordem interna que pudessem corrigir ou sanar as irregularidades cometidas nas fases iniciais do processo.⁷⁴

70 Ao analisar a procedência da exceção estabelecida no artigo 46.2 da CADH, a Corte Interamericana observou que um suposto contexto geral de provisoriedade não era suficiente para determinar o não esgotamento de recursos internos, porque, segundo a Corte Interamericana, isso implicaria que, com base em um argumento geral de falta de independência ou imparcialidade do poder judiciário, esse requisito pode ser sanado. Veja, par. 105 da Sentença. Com relação à exceção do artigo 46.2.b), para a Corte Interamericana, foi um erro da Comissão Interamericana considerar que as decisões adotadas em relação a alguns dos juízes temporários e provisórios que intervieram no caso estavam diretamente relacionadas ao Sr. Brewer: “Em termos de debates sobre se essa exceção era apropriada, o Tribunal reitera que o momento processual em que o presente caso se encontrava [...] impede uma conclusão *prima facie* sobre o impacto da provisionalidade na garantia de independência judicial, a fim de estabelecer, conforme o caso, uma exceção ao esgotamento dos recursos internos com base no artigo 46.2.b da Convenção [...] Note-se que no segundo pedido de nulidade apresentado pela defesa do Sr. Brewer, argumentou-se que esses problemas estavam associados à maneira pela qual a acusação de alguns juízes provisórios que intervieram no processo afetariam sua garantia de ser julgado por seu juiz natural, dado que “ sua autonomia, independência e imparcialidade não foram garantidas”. O Tribunal considera que, a partir da intervenção dos juízes internos na resolução dessa alegação, poderia ter sido mais claramente determinada se a provisoriedade teve ou não um impacto tal para que fosse aplicada a exceção prevista no artigo 46.2.b e, se fosse o caso, analisar o mérito do caso”, par. 108, 100-112. Finalmente, no que corresponde à análise da objeção prevista no artigo 46.2.c, a Corte Interamericana examinou, por um lado, o prazo para responder aos pedidos de nulidade apresentados e, por outro, a falta de resolução como consequência do não comparecimento do Sr. Brewer na audiência preliminar por estar fora do país. Em primeiro lugar, a CIDH considerou que um período de mais de três anos para a resolução do recurso era suficiente para cumprir a situação da exceção do artigo 46.2.c; no entanto, a Corte Interamericana observou duas interpretações diferentes, dadas por vários órgãos judiciais do país, no momento em que o conteúdo do recurso deve ser resolvido. Depois de analisar o conteúdo, as características, a complexidade e a duração do escrito apresentado pelos representantes da suposta vítima no processo perante a Corte Interamericana, a Corte concluiu que, independentemente do prazo, não deveria ser resolvido dentro de um período de três dias. Em relação ao segundo ponto, sobre a falta de comparecimento do Sr. Brewer na audiência preliminar, a Corte Interamericana observou que sua ausência resultou na impossibilidade de sua realização, motivo pelo qual [é] possível afirmar que o atraso na resolução das anulações [foi] atribuível à sua decisão de não se submeter ao processo e implica um impacto na análise do atraso injustificado ou do tempo razoável. Por conseguinte, é uma contradição do relatório de admissibilidade da Comissão ter considerado que não podia atribuir um atraso injustificado ao Estado, mas também considerar que a falta de resolução do recurso de anulação era uma indicação de atraso imputável ao Estado.”. Ver, par. 133 e ss.

71 Para uma crítica ao desenvolvimento do conceito de estágio inicial pela Corte Interamericana e à decisão adotada pela maioria, veja o voto conjunto e dissidente dos juízes Manuel E. Ventura Robles e Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot no caso *Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014.

72 Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014, par. 88.

73 Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014, párrs. 90 e 97.

74 Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014, par. 96. Igualmente, a Corte IDH apontou que: “ao final de um estágio intermediário ou durante o julgamento, poderia declarar a existência das referidas irregularidades e proceder à anulação de tudo o que foi realizado ou à recomposição do processo, conforme fosse apropriado. O exposto se tornava mais relevante [...] levando em conta que os pedidos de nulidade envolviam algumas das alegações apresentadas ao Tribunal sobre a alegada violação da independência e imparcialidade judiciais, o direito de defesa, controvérsias em torno de provas que teriam sido rejeitadas, possibilidades de interrogar ou estar presente em certas declarações ou modificações nas acusações, entre outras garantias judiciais [...] Por outro lado, no marco específico das controvérsias

3.1.3. Identificação por parte do Estado dos recursos pendentes de esgotamento

O estágio do procedimento de admissibilidade perante a CIDH é também a oportunidade processual oportuna para o Estado alegar a existência de recursos internos que não foram esgotados. Essa interpretação que a Corte IDH oferece ao artigo 46.1.a da Convenção, há quase três décadas, está em conformidade com o Direito Internacional, de maneira que se entende que, após esse momento processual, opera o princípio da preclusão processual.⁷⁵

Da mesma forma, o Estado tem o ônus da prova para demonstrar a existência de recursos,⁷⁶ uma vez que:

[...] Não cabe aos órgãos internacionais corrigir a falta de precisão das alegações do Estado. Resulta do exposto que a invocação por parte do Estado da existência de um remédio interno não esgotado deve não apenas ser oportuna, mas também clara, identificar o recurso em questão e também de que forma, no caso, seria adequado e efetivo para proteger as pessoas na situação em que foi relatado. Nesse sentido, não basta apontar a existência do recurso, mas é necessário demonstrar sua disponibilidade.⁷⁷

A obrigação do Estado de identificar plenamente os recursos que estão pendentes de exaustão, inclui, inclusive, novos remédios que podem existir durante o processo perante a CIDH, como consequência, por exemplo, de uma reforma legislativa.⁷⁸ Uma vez confirmada essa disponibilidade, o ônus da prova é transferido para a parte denunciante.⁷⁹

O exposto acima não impede uma avaliação sobre o esgotamento do recurso interno que pode ser reconsiderado quando o caso for submetido à Corte IDH. Esse repensar é realizado através das mesmas objeções preliminares que se destinam a impedir a continuação do procedimento ou o pronunciamento sobre o mérito da questão;⁸⁰ nesse caso, os argumentos devem ser consistentes com os que foram oportunamente apresentados durante o procedimento perante a CIDH.⁸¹

Da mesma forma, a Corte IDH pode realizar um controle da legalidade das ações da CIDH, inclusive desde a fase inicial de revisão das petições.⁸² Esse controle é realizado quando o assunto é submetido à Corte IDH e, excepcionalmente, quando há um erro grave que viola os direitos de defesa das partes.⁸³ “A parte que afirma que uma ação da Comissão durante o procedimento perante a mesma

sobre a admissibilidade [] [...] E devido ao estágio em que o processo se encontrava, não foi possível determinar a eficácia dos recursos indicados pelo Estado, porque até [aquele momento] isso não havia [ocorrido]”. Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014, par. 98 e 99.

75 Corte IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPMRC. 2015, par. 28.

76 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987, par. 88. Corte IDH. *Caso Fairén Garbí e Solís Corrales vs. Honduras*. EP. 1987, par. 87.

77 Corte IDH. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, par. 21.

78 Cfr: Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPMRC. 2013, par. 49 e 50.

79 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-11/90. *Exceções ao esgotamento dos recursos internos*. 1990, par. 41.

80 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, par. 35.

81 Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 25. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 24 e 26. Nesta última Sentença, a Corte Interamericana estabeleceu que, quando o Estado reconhece uma responsabilidade perante a CIDH, relacionada a uma das exceções à regra do não esgotamento, o Estado “não pode variar sua posição, argumentando perante a Corte novamente que o esgotamento dos recursos internos não foi verificado, pois aceitou implicitamente a jurisdição da Corte para conhecer o [...] caso”, par. 27.

82 Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPMRC. 2013, párrs. 29 a 42.

83 Em um caso, o Estado argumentou que a inclusão das vítimas no Relatório de mérito, não contemplado originalmente no Relatório sobre Admissibilidade, ocorreu em detrimento de sua segurança jurídica e igualdade processual, razão pela qual a Corte Interamericana deveria exercer controle de legalidade sobre o Relatório de Mérito. A Corte Interamericana indicou que é inquestionável que o Estado tinha conhecimento dos fatos que sustentavam a suposta violação dos artigos da CADH em detrimento das supostas vítimas incluídas após o Relatório de Admissibilidade e, portanto, se julgado pertinente, teria podido expressar sua consideração durante o processo perante a CIDH. Além disso, de acordo com a Corte Interamericana “emerge dos autos que, durante um período superior a sete anos, o Estado [teve] durante o processo substantivo pelo menos seis oportunidades processuais para contestar os supostos fatos incorporados pelos peticionários sobre a suposta violação do artigo 5 da Convenção e, posteriormente, sobre a identificação completa dos

foi executada de maneira irregular e que afeta seu direito de defesa, deve demonstrar efetivamente esse dano. Nesse sentido, não basta uma queixa ou discrepância de critérios em relação às ações da Comissão Interamericana”.⁸⁴

A Corte IDH indicou que o processamento de petições individuais é regido por garantias que asseguram às partes o exercício do direito de defesa no procedimento. Tais garantias são: a) aquelas relacionadas às condições de admissibilidade de petições (artigos 44 a 46 da CADH),⁸⁵ e b) aquelas relacionadas aos princípios do contraditório (art. 48 da CADH), equidade processual e segurança jurídica.⁸⁶

3.1.4. Reconhecimento de responsabilidade por parte do Estado

Também é importante salientar que, quando um Estado faz um reconhecimento de responsabilidade, entende-se que aceitou a plena competência da Corte IDH, de modo que a apresentação de uma exceção preliminar por falta de recursos internos será, em princípio, incompatível com o mencionado reconhecimento.⁸⁷ A consequência jurídica do reconhecimento de responsabilidade é deixar sem objeto a exceção proposta, para que a Corte IDH possa analisar o mérito da questão.

3.1.5. Análise do prévio esgotamento de recursos internos com o mérito do assunto

Em algumas ocasiões, a análise das exceções contidas no artigo 46.2. pode ser relacionada ao mérito da questão, especialmente no que diz respeito aos artigos 8 (direito a garantias judiciais) e 25 (direito a proteção judicial) da CADH.

A Corte IDH declarou que “quando são invocadas certas exceções à regra do não esgotamento dos recursos internos, como a inefetividade de tais recursos ou a ausência do devido processo legal, não se está apenas alegando que a vítima não é obrigada a apresentar tais recursos, mas indiretamente, o Estado envolvido está sendo acusado de uma nova violação das obrigações previstas na Convenção”. Assim, surge a questão de saber se as exceções indicadas no artigo 46.2 constituem, por sua vez, uma violação direta dos direitos consagrados na CADH. A Corte IDH tentou responder estabelecendo que o artigo 46.2, por sua natureza e finalidade, é uma regra com conteúdo autônomo e que ambas as etapas – admissibilidade e mérito – são regidas por padrões diferentes de avaliação:

O exame realizado pela Comissão [IDH] na fase inicial de admissibilidade envolve a análise das exceções contidas no artigo 46.2 da CADH como normas com conteúdo autônomo “*vis à vis* às normas substantivas da Convenção Americana». Isso significa que, embora a análise realizada pela Comissão na fase de admissibilidade possa ter uma relação direta com possíveis violações dos artigos 8 e 25 da Convenção, a norma de apreciação é diferente nos dois estágios. Consequentemente, é necessário diferenciar as figuras do atraso injustificado referido no artigo

familiares mais próximos como supostas vítimas.” Desse modo, ficou claro para a Corte Interamericana que o Estado havia tido oportunidades processuais para exercer seu direito de defesa. Assim, os motivos da CIDH para incluir em suas considerações do relatório de mérito a violação dos direitos da CADH em detrimento dos familiares “com base no princípio da *iura novit curia* e levando em consideração que [- citando a CIDH] os fatos que o sustentam a [proibição] surgiram das informações e documentos fornecidos pelas partes durante o processamento do presente caso e com relação aos quais o Estado [teve] a oportunidade de se defender e apresentar alegações à respeito”, não implicava uma violação do direito de defesa do Peru”. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 55 e 67.

84 Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. EPMRC. 2006, par. 66. Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014. par. 102. (notas de rodapé omitidas)

85 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987, par. 85. Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012, par. 49.

86 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-19/05. *Controle de legalidade no exercício das atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Arts. 41 e 44 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. 2005, par. 49.

87 Cfr. Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. EP. 2005, par. 30. Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, par. 104. Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012, par. 30. Em similar sentido, ver Corte IDH. *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. EPMRC. 2006, par. 50. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPMRC. 2010, par. 27.

46.2. da Convenção, aplicável na fase de admissibilidade de uma petição, do prazo razoável, aplicável à análise de possíveis violações do artigo 8.1 da Convenção, no estudo do mérito da controvérsia.⁸⁸

No entanto, até o momento não foram estabelecidas diretrizes adicionais para determinar a diferença entre os padrões aplicáveis nos dois estágios.⁸⁹ Esperamos que a jurisprudência futura ajude a ter mais elementos nesse sentido.

3.2. Prazo para a apresentação

O procedimento interamericano estabelece determinados prazos para a apresentação de petições, atendendo assim à necessidade de garantir segurança jurídica e estabilidade diante de uma decisão adotada.⁹⁰

Em conformidade com o disposto no artigo 32 do Regulamento da CIDH, dois cenários diferentes são contemplados, (i) nos casos em que o recurso interno se esgotou, o prazo máximo para a apresentação das petições é de 6 meses; e (ii) naqueles em que uma das exceções à regra do esgotamento se estabelece como pauta o “prazo razoável” para a apresentação de petições.

Em relação ao requisito do artigo 46.1.b), de acordo com a jurisprudência da Corte IDH, o período de seis meses deve ser calculado a partir da notificação à suposta parte lesada da decisão final.⁹¹ Da mesma forma, a CIDH avaliou sua conformidade à luz do princípio geral de que, dentro de certos limites de temporalidade e razoabilidade, a justiça não pode ser sacrificada em função de um rito formal excessivo, portanto, alguns requisitos processuais podem ser dispensados se isso não levar a um desequilíbrio entre justiça e segurança jurídica.⁹²

Em um caso em que se haviam esgotado os recursos internos, e a petição foi apresentada um dia após o período de seis meses, a CIDH declarou sua admissibilidade com base no princípio aceito pelo SIDH de que o sistema processual é um meio para alcançar a justiça e, portanto, não pode ser sacrificado em favor da priorização de meras formalidades.⁹³

Em outro caso em que a CIDH teve de analisar o período de admissibilidade com base nas diferenças entre a data indicada na petição e a data em que foi recebida pelo correio, estabeleceu que “ainda que se tenha certeza sobre a data em que [a petição] foi enviada, [...] considerou que era razoável levar em consideração um lapso entre o envio pelos correios e o recebimento, [em resposta a que] onze dias era demora razoável para apresentar a petição”.⁹⁴

Por sua vez, as exceções do artigo 46.2 não estão sujeitas à exigência do prazo dos seis meses, uma vez que não exigem o esgotamento dos recursos internos. Como já foi observado, nesses casos, o parâmetro de análise é o conceito de prazo razoável.⁹⁵ O artigo 32.2. do Regulamento da CIDH indica como diretrizes para sua consideração a data em que ocorreu a suposta violação dos direitos denunciados e as circunstâncias de cada caso. Em um caso de desaparecimento forçado, a Comissão determinou que a petição havia sido apresentada dentro de um prazo razoável, levando em consideração “a natureza continuada do suposto desaparecimento forçado [...], a falta de esclarecimentos sobre o paradeiro [da

88 Corte IDH. Parecer consultivo OC-22/16. *Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de Direitos Humanos*. 2016, par. 126. (notas de rodapé omitidas)

89 Cf. Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. EP. 2014, par. 101.

90 CIDH. Relatório n.º 28/98. Caso 11.625. *María Eugenia Morales de Sierra*. Guatemala. 6 de março de 1998.

91 Corte IDH. *Caso Galindo Cárdenas e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 30.

92 Cfr. Corte IDH. *Caso Cayara vs. Peru*. EP. 1993, par. 42.

93 CIDH. Relatório n.º 12/10. Caso 12.106. Admissibilidade. *Enrique Hermann Pfister Frías e Lucrecia Pfister Frías*. Argentina. 16 de março de 2010.

94 CIDH. Relatório n.º 20/09. Petição 235-00. Admissibilidade. *Agustín Zegarra Marín*. Peru. 19 de março de 2009, par. 66.

95 Corte IDH. *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru*. EPMRC. 2013, par. 23.

suposta vítima], a falta de determinação de responsabilidades e a alegada negação de justiça no processo absolutório”.⁹⁶

3.3. Litispêndência internacional: artigo 46.1.c)

Para entender o alcance que o direito interamericano atribui a este artigo, é necessário ter em mente o alcance de várias disposições. Primeiro, a CADH estabelece como requisito para a admissibilidade da petição que o assunto não esteja pendente perante outro procedimento internacional; segundo, o artigo 47, “d” do mesmo instrumento convencional indica que uma petição que reproduza uma petição já examinada pela CIDH ou por outra organização internacional será declarada inadmissível; e, terceiro, o artigo 33 do Regulamento estabelece que, nos casos em que houver procedimento em outra organização internacional, a CIDH continuará com o processamento da petição, sempre e quando o procedimento perante o outro órgão seja limitado a um exame geral ou quando o peticionário perante a CIDH for a vítima ou familiar e, no outro procedimento, o peticionário seja um terceiro ou uma entidade não governamental sem mandato da vítima ou de seus familiares.

Por sua vez, a Corte IDH indicou que a frase “substancialmente a reprodução” refere-se à identidade entre os casos, a mesma que se configura quando há identidade entre as partes, o objeto e a base jurídica.⁹⁷ Para isso, deve haver uma coincidência entre os sujeitos ativos e passivos da violação e deve se referir aos mesmos comportamentos que violam um direito humano.⁹⁸

Numa ocasião em que o Estado alegou a duplicação de procedimentos entre o SIDH e a OIT, a Corte IDH declarou:

[...] O objeto não é o mesmo, muito menos quando a OIT [...] conheceu somente sobre o direito à liberdade sindical e o direito do trabalho em geral e, perante a Corte, foi alegada a violação de uma série de direitos não incluídos na denúncia apresentada ao Comitê de Liberdade Sindical, como, entre outros, o direito ao devido processo legal. [...] Além disso, a natureza das recomendações formuladas pelo referido Comitê é diferente às das sentenças proferidas pela Corte Interamericana. No primeiro caso, trata-se de um ato de um órgão da OIT com o efeito jurídico de uma recomendação para os Estados. No segundo caso, trata-se de uma sentença que, nos termos da Convenção, é definitiva e não está sujeita a recurso (art. 67), e é de obrigatório cumprimento (art. 68.1).⁹⁹

A CIDH manteve um critério semelhante ao rejeitar a duplicação de procedimentos no caso em que o Equador alegou litígio internacional perante o Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários, nos seguintes termos:

A Comissão, por sua vez, sustentou que, para considerar que, em um caso, existe duplicação ou coisa julgada internacional, a petição deve ser considerada, ou tenha sido decidida, por um organismo internacional com competência para tomar decisões sobre os fatos específicos contidos na petição e as medidas destinadas à resolução efetiva do litígio em questão. A Comissão considera, nos termos desta norma, que o Grupo de Trabalho antes mencionado não pertence à categoria de organismos internacionais cujo mandato pode gerar a duplicação referida nos artigos 46(1)(c) e 47(1)(d) da Convenção Americana. De fato, é um mecanismo que pode analisar situações de desaparecimentos específicos ocorridas nos Estados, mas não possui um sistema de casos que tenha como objetivo emitir decisões que atribuam responsabilidades específicas.

96 *Idem*.

97 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. EP. 1999, par. 53. Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPMRC. 2013, par. 30.

98 Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. EP. 1999, par. 43.

99 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. EP. 1999, par. 56 e 57.

Além disso, o Estado não apresentou antecedentes para estabelecer que a situação da suposta vítima nessa alegação foi esclarecida pelo referido órgão.¹⁰⁰

3.4. Requisitos formais: artigo 46.1.d) da CADH

A petição deve incluir os dados pessoais de quem a submete, incluindo, entre eles, nome, nacionalidade, profissão, endereço e assinatura. Além disso, de acordo com o artigo 28 do Regulamento, no caso de entidades não-governamentais, será necessária a assinatura e o nome do representante legal.

3.5. Caracterização dos fatos alegados: artigo 47 da CADH

A natureza complementar da proteção interamericana deriva do preâmbulo da CADH, reconhecendo que os direitos essenciais do homem “justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”.

Como consequência da complementariedade – característica compartilhada com outros sistemas supranacionais de proteção dos Direitos Humanos –, o SIDH limitou sua função de garantir o cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados ao fazer parte da Convenção, excluindo a possibilidade de funcionar como um tribunal analisando o desempenho de órgãos judiciais em nível internacional; função que foi chamada de ‘fórmula da quarta instância’.¹⁰¹

O SIDH não tem a faculdade de rever “as sentenças proferidas pelos tribunais nacionais no âmbito de suas competências e aplicando as devidas garantias judiciais, a menos que considere que foi cometida uma violação de qualquer um dos direitos protegidos pela Convenção Americana”,¹⁰² portanto, a caracterização dos fatos alegados deve detalhar as violações autônomas ao direito interamericano que elas mesmas constituem.

Nesse sentido, a CIDH delimitou alguns limites do sistema interamericano de proteção, observando que:

A Comissão é competente para declarar uma petição admissível e decidir com base em seu fundamento quando se refere a uma sentença judicial nacional proferida fora do prazo do devido processo ou que aparentemente viole qualquer outro direito garantido pela Convenção. Se, ao invés disso, apenas afirma que o julgamento foi errado ou injusto em si, a petição deve ser rejeitada de acordo com a fórmula [da quarta instância] estabelecida acima. A função da Comissão consiste em garantir o cumprimento das obrigações assumidas pelo Estados Partes da Convenção, mas não pode atuar como tribunal de apelação para examinar alegados erros de lei ou de fato que possam ter sido cometidos pelos tribunais nacionais que tenham agido dentro dos limites de sua competência.¹⁰³

Em um caso em que a responsabilidade estatal foi imputada pela morte de uma pessoa em um hospital por suposta atenção médica precária recebida e contra a qual o Poder Judiciário em nível nacional havia considerado a relação causal direta entre morte e os supostos cuidados médicos insuficientes, a CIDH decidiu que não era competente para revisar as evidências avaliadas pelos tribunais nacionais, a menos que houvesse evidência de violação das garantias do devido processo legal estabelecidas na CADH.¹⁰⁴

100 CIDH. Relatório n.º 70/10. Petição 11.587. Admissibilidade. *César Gustavo Garzón Guzmán*. Equador. 12 de julho de 2010, par. 38.

101 A “fórmula da quarta instância” foi elaborada pela Comissão Interamericana no Caso Wright. Ver CIDH. Resolução n.º 29/88. Caso 9260. Jamaica. 14 de setembro de 1988.

102 CIDH. Relatório n.º 8/98. Caso 11.671. *Carlos García Saccone*. Argentina. 2 de março de 1998, par. 53.

103 CIDH. Relatório n.º 39/96. Caso 11.673. *Santiago Marzióni*. Argentina. 15 de outubro de 1996, par. 51.

104 CIDH. Relatório n.º 12/08. Petição 12.305. Inadmissibilidade. *Julio César Recabarren e María Lidia Callejos*. Argentina. 31 de outubro de 2008, par. 44.

Quanto à declaração de inadmissibilidade de petições ou comunicações quando estas são reprodução substancial de outra petição ou comunicação previamente resolvida pela Comissão ou Corte IDH, ou por outra organização internacional – em conformidade com o disposto na alínea d) do artigo 47 –, no caso em que o Estado tenha indicado a identidade de alguma violações alegadas pela CIDH ou pelo representante da vítima em relação às condições de detenção da vítima em uma prisão, com outro caso contra o mesmo Estado anteriormente resolvido pela Corte Interamericana, esta mesma Corte determinou que, embora houvesse identidade quanto às partes no caso, e que alguns dos fatos coincidiram com as situações descritas no caso anterior, a diferença entre as duas se baseou no exame que a Corte IDH faria no artigo 5.4. da CADH.¹⁰⁵ Esse aspecto não havia sido analisado na sentença anterior contra o Estado, razão pela qual a Corte IDH determinou que o artigo 47.d) não era aplicável.

105 Devido à ausência de separação da sra. J. dos condenados durante o tempo em que ela foi detida na penitenciária Miguel Castro Castro. *Ver* Corte IDH. *Caso J. vs. Peru*. EPMRC. 2013, par. 31.

Seção 4 — Processo

Artigo 48

1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira:
 - a) se reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação, solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação. As referidas informações devem ser enviadas dentro de um prazo razoável, fixado pela Comissão ao considerar as circunstâncias de cada caso;
 - b) recebidas as informações, ou transcorrido o prazo fixado sem que sejam elas recebidas, verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação. No caso de não existirem ou não subsistirem, mandará arquivar o expediente;
 - c) poderá também declarar a inadmissibilidade ou a improcedência da petição ou comunicação, com base em informação ou prova supervenientes;
 - d) se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. Se for necessário e conveniente, a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhes proporcionarão todas as facilidades necessárias;
 - e) poderá pedir aos Estados interessados qualquer informação pertinente e receberá, se isso lhe for solicitado, as exposições verbais ou escritas que apresentarem os interessados; e
 - f) pôr-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos Direitos Humanos reconhecidos nesta Convenção.
2. Entretanto, em casos graves e urgentes, pode ser realizada uma investigação, mediante prévio consentimento do Estado em cujo território se alegue haver sido cometida a violação, tão somente com a apresentação de uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade.

Artigo 49

Se se houver chegado a uma solução amistosa de acordo com as disposições do inciso 1, f, do artigo 48, a Comissão redigirá um relatório que será encaminhado ao peticionário e aos Estados Partes nesta Convenção e, posteriormente, transmitido, para sua publicação, ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos. O referido relatório conterá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada. Se qualquer das partes no caso o solicitar, ser-lhe-á proporcionada a mais ampla informação possível.

Artigo 50

1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, e, do artigo 48.
2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo.

- 3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas.**

Artículo 51

- 1. Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.**
- 2. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada.**
- 3. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não medidas adequadas e se pública ou não seu relatório.**

Bibliografía

Normas relevantes

Estatuto da CIDH. Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Aprovado em 1979.

Regulamento da CIDH - Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Aprovado em 2009. Última modificação março de 2013, entrada em vigor em 1 de agosto de 2013.

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C n.º 240. Doravante: Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C n.º 248. Doravante: Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e familiares vs. Colômbia*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C n.º 252. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 novembro de 2012. Série C n.º 253. Doravante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de agosto de 2013. Série C n.º 262. Doravante: Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Interpretação da Sentença de MRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de agosto de 2013. Série C n.º 265. Doravante: Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso das comunidades afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênese) vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2013. Série C n.º 270. Doravante: Corte IDH. *Caso Operação Gênese vs. Colômbia*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso García Cruz e Sánchez Silvestre vs. México*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2013. Série C n.º 273. Doravante: Corte IDH. *Caso García Cruz e Sánchez Silvestre vs. México*. FRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de maio de 2014. Série C n.º 279. Doravante: Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e

Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 283. Doravante: Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos e otros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de novembro de 2014. Série C n.º 287. Doravante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de abril de 2015. Série C n.º 292. Doravante: Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Canales Huapaya e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de junho de 2015. Série C n.º 296. Doravante: Corte IDH. *Caso Canales Huapaya e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C n.º 299. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Ecuador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2015. Série C n.º 306. Doravante: Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Ecuador*. EPMRC. 2015.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. Relatório n.º 32/02. Petição 12.046. Solução amistosa. *Mónica Carabantes Galleguillos*. Chile. 12 de março de 2002.

CIDH. Relatório n.º 95/03. Caso 11.289. Solução amistosa. *José Pereira*. Brasil. 24 de outubro de 2003.

CIDH. Relatório n.º 36/08. Caso 12.487. Mérito. *Rafael Ignacio Cuesta Caputi*. Equador. 18 de julho de 2008.

CIDH. Relatório n.º 85/09. Caso 11.607. Acordo de cumprimento. *Victor Hugo Maciel*. Paraguai. 6 de agosto de 2009.

CIDH. Relatório n.º 85/11. Petição 12.306. Solução amistosa. *Juan Carlos de la Torre*. Argentina. 21 de julho de 2011.

Sumário

1. Procedimento e admissibilidade.....	938
2. Procedimento de solução amistosa	941
3. Procedimento de mérito.....	942
3.1. Marco fático estabelecido no relatório de mérito.....	943
3.2. Vítimas indicadas no relatório de mérito.....	943

1. Procedimento e admissibilidade

O artigo 48 da CADH estabelece as bases para o procedimento de submissões perante a CIDH. O Estatuto da Comissão, aprovado pela Assembleia Geral da OEA, confere poderes para a elaboração do seu próprio Regulamento, e nos artigos 23 e 24 impõe a determinação via regulamentar dos procedimentos a serem seguidos no caso de petições ou comunicações alegando violações de direitos atribuíveis aos Estados que fazem ou não parte da CADH. Portanto, um entendimento detalhado do procedimento requer uma leitura combinada da CADH, do Estatuto e do Regulamento.

Como mencionado no comentário ao artigo 46,¹ a Comissão tem autonomia e independência no exercício de seu mandato, em especial no que se refere às funções derivadas dos artigos 44 a 51 da CADH. Por sua vez, a Corte IDH determinou que “[o] controle da legalidade do procedimento perante a Comissão é uma situação aplicável apenas nos casos em se demonstre a existência de um erro grave em detrimento do direito de defesa do Estado, que justifique a inadmissibilidade de um caso perante o Tribunal”.² Portanto, o controle da legalidade das ações da Comissão é excepcional.

1 Ver parte ‘3.1.3. Identificação por parte do Estado dos recursos pendentes de esgotamento’ do comentário no artigo 46 na seção anterior.

2 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. EPMRC. 2014, par.

O processamento das petições começa com a apresentação à CIDH através de sua Secretaria Executiva, que, de acordo com o artigo 26 do Regulamento, é responsável pela revisão inicial e verificação do cumprimento detalhado dos requisitos previstos no artigo 28 do mesmo corpo normativo, a saber:

Artigo 28. Requisitos para a consideração de petições

As petições dirigidas à Comissão deverão conter as seguintes informações:

1. o nome da pessoa ou das pessoas denunciadas ou, no caso de o peticionário ser uma entidade não governamental, seu representante ou seus representantes legais e o Estado membro em que seja juridicamente reconhecida;
2. se o peticionário deseja que sua identidade seja mantida em sigilo frente ao Estado e os motivos para isso;
3. o endereço de correio eletrônico para recebimento de correspondência da Comissão e, quando for o caso, número de telefone, fax e endereço;
4. um relato do fato ou da situação denunciada, com especificação de lugar e data das violações alegadas;
5. se possível, o nome da vítima e de qualquer autoridade pública que tenha tomado conhecimento do fato ou da situação denunciada;
6. a indicação do Estado que o peticionário considera responsável, por ação ou omissão, pela violação de algum dos Direitos Humanos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros instrumentos aplicáveis, embora sem referência específica ao(s) artigo(s) supostamente violado(s);
7. o cumprimento do prazo previsto no artigo 32 deste Regulamento;
8. as providências tomadas para o esgotamento dos recursos da jurisdição interna ou a impossibilidade de fazê-lo acontecer de acordo com o artigo 31 deste Regulamento; e
9. a informação de que a denúncia foi submetida a outro procedimento internacional de conciliação de acordo com o artigo 33 deste Regulamento.

As etapas iniciais do procedimento são estabelecidas no artigo 29 do Regulamento. Ao dar entrada com uma petição, a Secretaria Executiva a registra e identifica com um número precedido pela letra 'P', que indica que é uma petição e, em seguida, envia uma carta acusando o recebimento ao peticionário. Neste momento, a CIDH faz uma primeira revisão da petição, a fim de verificar o cumprimento dos requisitos. Caso não estejam completos, pode solicitar aos peticionários as informações adicionais conforme necessário.

De acordo com o critério estabelecido no Regulamento, a CIDH apreciará as petições de acordo com sua ordem entrada, embora algumas situações excepcionais tenham preferência na tramitação, entre elas: quando o decurso do tempo priva a solicitação de seu efeito útil, em particular, se a vítima for uma pessoa idosa ou criança, ou sofra de doença terminal, ou possa ser submetida à pena de morte, ou o assunto da petição esteja conectado a uma medida cautelar ou provisória em vigor; no caso de pessoas privadas de liberdade; quando o Estado formalizar sua intenção de iniciar um processo de solução amistosa; quando a decisão puder remediar situações estruturais graves que tenham impacto no gozo dos Direitos Humanos ou promover mudanças legislativas ou práticas estatais e evitar receber várias petições sobre o mesmo assunto.

A CIDH se reserva a faculdade de acumular petições e processá-las em um único processo. Isso ocorre quando várias petições tratam de eventos semelhantes, envolvem as mesmas pessoas ou revelam o mesmo padrão de conduta (art. 29.5. do Regulamento). Da mesma forma, a CIDH pode dividir as informações contidas em uma petição em várias petições ao tratar de violações da lei sem conexão no tempo ou no espaço (art. 29.4. do Regulamento). Em todos esses casos, o peticionário deve ser notificado por escrito.

Uma vez verificado o cumprimento dos requisitos, a petição é encaminhada ao Estado denunciado, dando-lhe um prazo de três meses para responder. Esse prazo pode eventualmente ser prorrogado

mediante solicitação do Estado, que deve ser devidamente fundamentada e será avaliada pela Secretaria Executiva. Ao fazer essa avaliação, será levado em consideração que extensões que excedam quatro meses a partir da data de envio do primeiro pedido de informações ao Estado não poderão ser concedidas (art. 30.3. do Regulamento). O artigo 30.5 do Regulamento estabelece que a CIDH pode convidar as partes a apresentar observações adicionais por escrito ou no âmbito de uma audiência relacionada à admissibilidade.

O regulamento contempla a possibilidade de acelerar os prazos do procedimento em casos de gravidade, urgência ou quando a vida ou integridade de uma pessoa está em perigo real e iminente.

Nesses casos, a Secretaria Executiva notificará a CIDH de tal situação no momento de sua revisão inicial (art. 29.7); subsequentemente e quando do traslado ao Estado, a CIDH poderá solicitar sua pronta resposta em casos de gravidade e urgência ou quando a vida ou a integridade pessoal da suposta vítima estiver em perigo real e iminente (Artigo 30.4 do Regulamento). Da mesma forma, a CIDH pode unificar as observações sobre admissibilidade e mérito do assunto em questão (arts. 30.7 e 36.4). Nesse caso, deve emitir uma resolução fundamentada que inclua uma análise das circunstâncias excepcionais que merecem o exercício desta faculdade.

Deve-se observar que nem a CADH nem o Regulamento da CIDH estabelecem um prazo para a Comissão realizar a análise inicial das petições. Da mesma forma, não é necessário um ato expresse sobre a admissão de uma petição, e tampouco são estabelecidos os requisitos ou o conteúdo do Relatório de Admissibilidade.³

A aprovação do Relatório de Admissibilidade (art. 36 do Regulamento) supõe que tenham sido satisfeitos os requisitos estabelecidos pela CADH e que, *prima facie*, os fatos revelam uma possível violação de direitos protegidos por qualquer instrumento interamericano, sem que isso implique em pré-julgamento quanto ao mérito do caso. Além disso, há uma mudança no status do trâmite que é evidente em uma nova denominação ao passar de ‘petição’ para ‘caso’.

O procedimento admite a possibilidade de, a qualquer momento do processo, o peticionário desistir, por escrito, de sua submissão. Nesse caso, a CIDH resolverá o assunto dando lugar ao pedido ou continuando o trâmite, se considerar necessário para proteger um direito determinado (art. 41 do Regulamento).

A CIDH também tem o poder de decidir sobre o arquivamento de um procedimento em qualquer etapa do processo, quando verifica que os motivos da denúncia não existem ou subsistem, ou se não possuir informações necessárias para chegar a uma decisão, apesar dos esforços realizados, na petição ou caso, ou quando houver uma inatividade processual injustificada do peticionário que configura sério desinteresse no processamento da petição (art. 42 do Regulamento). De qualquer forma, deve-se solicitar aos peticionários as informações requeridas, informando-os sobre uma possível decisão de arquivamento (art. 42.2. do Regulamento).

A decisão de arquivar da CIDH será definitiva, exceto por erros materiais, fatos supervenientes, novas informações que afetariam a decisão ou fraude (art. 42.3. do Regulamento).

2. Procedimento de solução amistosa

Durante todo o procedimento, tanto na fase da petição quanto na do caso, a CIDH estará à disposição das partes para iniciar um processo de solução amistosa. Essa instância processual abre um espaço para a negociação entre as partes, com o objetivo de alcançar a resolução do caso por meio de um canal não contencioso. O papel da CIDH nesse cenário é facilitar as negociações entre as partes. O artigo 40 do Regulamento da Comissão estabelece algumas características dessa instância processual.

3 Ver Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPMRC. 2013, par. 39.

Além disso, o artigo 37.4 do Regulamento também se refere a isso, estabelecendo que, antes de decidir sobre o mérito da petição, a CIDH convidará as partes a manifestar seu interesse neste procedimento.

O procedimento de solução amistosa requer o consentimento das partes, tanto para o seu início quanto para sua manutenção. Qualquer uma delas pode expressar sua vontade de não continuar negociando uma solução amistosa se considerar, por exemplo, que não existe uma vontade real da contraparte em chegar a um acordo. O artigo 40.5 do Regulamento exige que a CIDH verifique se a vítima deu seu consentimento em relação ao acordo. Da mesma forma, o acesso a esse procedimento supõe a suspensão dos prazos do procedimento contencioso.

O curso esperado de um processo de solução amistosa culmina em um acordo cujo conteúdo é pactuado entre as partes e que inclui um relato dos fatos que motivaram a petição, o reconhecimento da violação de direitos pelo Estado, se aplicável, e as medidas integrais de reparação que deverão ser implementadas.

Cumprido o acordo de solução amistosa, a CIDH aprova um relatório que inclui o seu texto, que é publicado após prévia transmissão às partes.

É importante mencionar que, quando existe vontade real por parte dos Estados, esses procedimentos têm o potencial de alcançar acordos de reparação ainda mais amplos do que aqueles que a CIDH e até a própria Corte IDH poderiam ordenar. Alguns acordos de solução amistosa motivaram, entre outros, reformas legislativas,⁴ retiradas de reservas em instrumentos internacionais,⁵ ou o desenho e implementação de políticas públicas específicas.⁶

Da mesma forma, durante o processo, a CIDH pode decidir emitir o relatório de mérito. O artigo 23.2 de seu Estatuto afirma que “Se não se chegar à solução amistosa referida nos artigos 44 a 51 da Convenção, a Comissão redigirá, dentro do prazo de 180 dias, o relatório requerido pelo artigo 50 da Convenção”.⁷ De tal maneira que “corresponde à Comissão avaliar as circunstâncias existentes em cada caso, levando em consideração os parâmetros mencionados, para determinar que uma solução amistosa não será alcançada e para prosseguir com a redação do relatório de mérito, observando o prazo mencionado”.⁸

Por fim, mesmo após chegar a um acordo sobre o conteúdo de uma solução amistosa, é possível denunciá-lo se o Estado não cumprir os compromissos assumidos; nessa situação o processo contencioso do caso é retomado no momento processual em que estava no momento da abertura de negociações consensuais.

3. Procedimento de mérito

Após a aprovação da admissibilidade do caso, e se não for alcançada uma solução amistosa, a CIDH iniciará a discussão sobre o mérito da questão. O artigo 37 do seu Regulamento complementa algumas diretrizes específicas para esta etapa do processo.

4 CIDH. Relatório n.º 85/11. Petição 12.306. Solução amistosa. *Juan Carlos de la Torre*. Argentina. 21 de julho de 2011. CIDH. Relatório n.º 32/02. Petição 12.046. Solução amistosa. *Mónica Carabantes Galleguillos*. Chile. 12 de março de 2002.

5 CIDH. Relatório n.º 85/09. Caso 11.607. Acordo de cumprimento. *Victor Hugo Maciel*. Paraguai. 6 de agosto de 2009.

6 CIDH. Relatório n.º 95/03. Caso 11.289. Solução amistosa. *José Pereira*. Brasil. 24 de outubro de 2003.

7 Artigo 45.7 do Regulamento de 1980, bem como os artigos 41.2. e 41.4. do Regulamento de 2000 e 40.2. e 40.4 do regulamento de 2009, estabeleceu a possibilidade de a Comissão encerrar a sua intervenção no procedimento de solução amistosa, se você notou que o assunto não era suscetível de ser resolvido por esse meio ou que das partes não consentiram em sua aplicação, decidiram não continuar nela ou não demonstraram vontade de alcançar uma solução amistosa baseada no respeito pelos Direitos Humanos.

8 Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPMRC. 2012, par. 29.

A Comissão fixará um prazo de 4 meses para os petionários apresentarem seus argumentos adicionais sobre o mérito do caso, que serão transmitidos ao Estado para que este possa remeter suas observações no prazo de quatro meses. Em casos de gravidade ou urgência, ou quando a vida ou a integridade de uma pessoa está em perigo real e iminente, a CIDH pode solicitar que essas observações sejam enviadas “dentro de um prazo razoável” que será definido por ela mesma de acordo com as circunstâncias do caso. Da mesma forma, a Comissão pode avaliar a concessão de prorrogações a esses prazos, desde que os pedidos sejam devidamente fundamentados e que não excedam o prazo de seis meses a partir da data de envio do primeiro pedido de observações a cada parte.

Neste ponto do procedimento, a Comissão dispõe de algumas ferramentas adicionais para obter as informações necessárias para a discussão do mérito sobre o assunto. Nesse sentido, pode, por exemplo, convocar audiências de ofício ou a pedido de uma parte, de acordo com os procedimentos detalhados no capítulo VI do Regulamento, bem como realizar diligências in loco, de acordo com o capítulo IV do regulamento.

Posteriormente, a CIDH iniciará o debate sobre o mérito da questão em que, após examinar as alegações e evidências produzidas durante o processamento do caso e as informações pertinentes de conhecimento público, deliberará em sessão plenária e votará para tomar uma decisão.

O artigo 44 do regulamento prevê as diferentes situações que podem surgir em consequência da decisão da CIDH, nos seguintes termos:

Artigo 44. Relatório quanto ao mérito

Após deliberar e votar quanto ao mérito do caso, a Comissão observará o seguinte procedimento:

1. Estabelecida a existência de violação em determinado caso, a Comissão o manifestará no seu relatório quanto a mérito. O relatório será transmitido às partes, publicado e incluído no Relatório Anual da Comissão à Assembleia Geral da Organização.
2. Estabelecida a existência de uma ou mais violações, a Comissão preparará um relatório preliminar com as proposições e recomendações que considerar pertinentes e o transmitirá ao Estado de que se trate. Neste caso, fixará um prazo para que o Estado informe a respeito das medidas adotadas em cumprimento a essas recomendações. O Estado não estará facultado a publicar o relatório enquanto a Comissão não tiver adotado uma decisão a respeito.
3. A Comissão notificará ao Estado a adoção do relatório e sua transmissão. No caso dos Estados partes da Convenção Americana que tiverem aceitado a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, a Comissão, ao notificar o petionário, dar-lhe-á oportunidade de apresentar, no prazo de um mês, sua posição a respeito do envio do caso à Corte. O petionário, se tiver interesse em que o caso seja levado à Corte, deverá fornecer os seguintes elementos:
 - a. a posição da vítima ou de seus familiares, se forem diferentes do petionário;
 - b. as bases em que se fundamenta a consideração de que o caso deve ser submetido à Corte; e
 - c. as pretensões em matéria de reparação e custas.

O chamado “relatório do artigo 50” é um documento que estabelece os fatos com base nas provas produzidas, determina as violações ao direito interamericano causadas por esses fatos e o alcance da responsabilidade estatal. É importante ressaltar que nem a CADH nem o Regulamento da CIDH exigem que o relatório seja motivado, no entanto, como a Corte IDH indicou, uma devida “motivação dos relatórios [...] permitiria ao Estado conhecer que suas defesas foram consideradas pelo referido órgão ao tomar a decisão”.⁹

3.1. Marco fático estabelecido no relatório de mérito

9 Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013, par. 39. Corte IDH. *Caso García Ibarra e outros vs. Equador*. EPMRC. 2015, par. 31.

A estrutura fática estabelecida no relatório de mérito é de fundamental importância para o procedimento perante a Corte IDH. Os fatos contidos nesse documento são a base para a determinação de violações de Direitos Humanos e a consequente responsabilidade internacional do Estado. Em vista disso, as partes não podem alegar novos fatos que não aqueles contidos no relatório durante o procedimento na Corte IDH, isso “sem detrimento de expor aqueles que permitam explicar, esclarecer ou desestimar aqueles que tenham sido mencionados no mesmo e tenham sido submetidos à consideração da Corte. A exceção a este princípio são os fatos que se qualificam como supervenientes, sempre que se encontrem ligados aos fatos do processo.”¹⁰

Isso não deve ser confundido com a possibilidade de invocar outros direitos não estabelecidos no relatório de mérito. As vítimas ou seus representantes podem invocar outros direitos, desde que as violações decorram do marco fático estabelecido pela Comissão.¹¹ Da mesma forma, a avaliação da classificação jurídica de certos eventos realizados pela CIDH pode mudar validamente ao longo do processo, o aspecto central é que o Estado sempre sabe com antecedência os fatos.¹²

3.2. Vítimas indicadas no relatório de mérito

As supostas vítimas indicadas no relatório de mérito devem ser plenamente identificadas,¹³ uma vez que o relatório do artigo 50 é submetido à Corte IDH, não será possível adicionar novas supostas vítimas.¹⁴ O artigo 35.2 do Regulamento da Corte IDH estabelece circunstâncias excepcionais nas quais outras vítimas podem ser incluídas em situações de casos massivos ou coletivos em que existam dificuldades para identificar ou entrar em contato com todas as supostas vítimas. Assim, a Corte IDH indicou como critério:

10 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. FRC. 2012, par. 34. (notas de rodapé omitidas). Entretanto, é importante observar que “[os] fatos do relatório de mérito submetido à consideração da Corte Interamericana constituem a estrutura factual do processo perante a Corte, não se limitam à avaliação probatória e qualificação de os fatos levados a cabo pela Comissão no exercício de suas competências. O Tribunal faz sua própria determinação dos fatos do caso, avaliando as provas oferecidas pela Comissão e pelas partes e solicitadas para uma melhor resolução, respeitando o direito de defesa das partes e o objeto do litígio. Durante o processo perante a Corte, o Estado tem oportunidades processuais para exercer seu direito de defesa e contestar e descartar os fatos submetidos à consideração da Corte”.

11 Nesse sentido, a Corte Interamericana indicou “[...] a respeito da conclusão do Relatório de Mérito [no.] 66/11 da Comissão de violação de direitos que não haviam sido previamente indicados no relatório de admissibilidade, é pertinente recordar a jurisprudência do Tribunal de que os direitos indicados no relatório de admissibilidade da Comissão são o resultado de uma análise preliminar de petição em andamento, para que não limitem a possibilidade de inclusão de outros direitos ou artigos supostamente violados nas fases posteriores do processo, desde que o direito de defesa do Estado seja respeitado e permaneça dentro do estrutura factual do caso em análise. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 63. (notas rodapé omitidas)

12 Corte IDH. *Caso Canales Huapaya e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 39. (notas de rodapé omitidas)

13 Isso não exclui a possibilidade de que os nomes sejam mantidos em confidencialidade durante o processo caso seja assim solicitado pelas partes. Ver Corte IDH. *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*. FRC. 2013, par. 27. Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos e outros vs. Guatemala*. EPFRC. 2014, referência com asterisco na primeira página da sentença. Nesta última sentença, a Corte elaborou uma versão com os nomes para a notificação das partes e outra unicamente com as iniciais para sua publicação.

14 Ver Corte IDH. *Caso de Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. MRC. 2014, par. 29. Nesse julgamento, o Tribunal indicou que: “[...] a situação de que outras pessoas [poderiam] encontrar de alguma forma relacionadas aos fatos do caso não basta para que o Tribunal [as considere] como supostas vítimas e eventualmente declare violações em seu detrimento. Embora seja verdade que os procedimentos sob o Direito Internacional dos Direitos Humanos não podem ter um formalismo rígido, uma vez que seu cuidado principal e determinante é a devida e completa proteção desses direitos; também é verdade que certos aspectos processuais permitem preservar as condições necessárias para que os direitos processuais das partes não sejam diminuídos ou desequilibrados. Portanto, não é possível prescindir do procedimento apresentado pela Comissão nos artigos 48 a 50 da Convenção, uma vez que ela cumpre determinadas funções que beneficiam tanto os petionários quanto os Estados. [...] Isso não exclui a possibilidade de o Estado, se verificar a semelhança com os fatos do presente caso, adotar discretionalmente medidas reparatórias a seu favor.”, par. 36 e 37. (notas de rodapé omitidas)

a presença de um conflito armado [...], deslocamento [...] ou o incêndio dos corpos das supostas vítimas [...], casos em que famílias inteiras desapareceram, para que não houvesse ninguém que pudesse falar por eles [...] [Da mesma forma] a dificuldade de acessar a área onde os eventos ocorreram [...], a falta de registros sobre os habitantes do local [...], a passagem do tempo [...], bem como as características particulares das supostas vítimas do caso, por exemplo, quando formaram clãs familiares com nomes e sobrenomes semelhantes [...], quando são migrantes [...]. Da mesma forma, considerou a conduta do Estado, por exemplo, quando há alegações de que a falta de investigação contribuiu para a identificação incompleta das supostas vítimas [...].¹⁵

Nesses casos, a vítima deve ser razoavelmente identificada, a Corte IDH deve ter um mínimo de certeza sobre a existência dessas pessoas,¹⁶ e decidirá oportunamente se as considerará vítimas.¹⁷

Da mesma forma, é importante ressaltar que, uma vez credenciada a condição de vítima, seja por procedimento perante a Corte IDH ou por reconhecimento de responsabilidade do Estado, essa qualificação é regida exclusivamente pelo Direito Internacional.¹⁸

No que diz respeito à avaliação das provas, a CIDH leva em consideração os critérios desenvolvidos pela Corte IDH. Embora o ônus da prova no processo perante a Comissão corresponda, em princípio, à parte reclamante, se o Estado não contradiz os fatos de mérito ou apresenta provas destinadas a questioná-los, a CIDH poderá presumir que são verdadeiros, desde que não haja elementos de convicção que poderiam levar a uma conclusão diferente. Isso está estipulado no artigo 38 de seu Regulamento:

Presumir-se-ão verdadeiros os fatos relatados na petição, cujas partes pertinentes hajam sido transmitidas ao Estado de que se trate, se este, no prazo máximo fixado pela Comissão de conformidade com o artigo 37 do presente Regulamento, não proporcionar a informação respectiva, desde que, de outros elementos de convicção, não resulte conclusão diversa..

Nesse sentido, a CIDH estabeleceu que:

[...] está facultada a solicitar informações às partes, realizar investigações in loco sobre os assuntos a ela submetidos e reunir as provas que considerar apropriadas. O Estado, por sua vez, além do ônus de provar os fatos em que se baseia sua defesa, tem a obrigação de colaborar, o que inclui o fornecimento das informações solicitadas pela Comissão e o fornecimento de todas as facilidades necessárias para as investigações que a Comissão possa iniciar. A Corte [IDH] indicou que nos processos sobre violações de Direitos Humanos, a defesa do Estado não

15 Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Peru*. EPMRC. 2015, par. 57.

16 Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, par. 54.

17 Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colômbia*. EPMRC. 2013, par. 38 e 39.

18 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez e outros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Interpretação da Sentença de MRC. 2013, par. 61. Nesse julgamento, derivado de uma solicitação de interpretação, o Estado indicou que deveria ser seguido um processo interno de sucessão, para que os familiares mais próximos das vítimas pudessem reivindicar a indenização estabelecida na sentença de mérito. Com base nas informações prestadas pela CIDH e pelos Representantes na fase de mérito, os familiares já haviam comprovado sua identidade e parentesco perante a Corte Interamericana e também foram considerados vítimas por direito próprio de determinadas violações declaradas na sentença. A Corte Interamericana observou que: "a determinação das vítimas que se beneficiam das reparações estabelecidas na Sentença foi feita no momento do proferimento da Sentença, com base nas alegações feitas pelos participantes do caso e no conjunto de provas apresentadas no processo, à luz das normas da Convenção Americana e dos princípios que a informam. Consequentemente, essa determinação não poderia ser negada pelo Estado invocando disposições de seu direito interno [...]. Por esse motivo, a Corte alertou que, no âmbito doméstico, não era possível exigir provas adicionais de sua condição de vítimas ou familiares das vítimas desaparecidas ou beneficiárias de reparações a pessoas que já haviam sido expressamente declaradas como tal pelo Tribunal em sua Sentença, pois isso implicaria a reabertura de questões de fato e de direito já decididas [...]"

pode basear-se na impossibilidade do autor de reunir provas que, em muitos casos, não pode ser obtida sem a cooperação do Estado.¹⁹

No relatório do artigo 50 a CIDH também recomenda que o Estado adote uma série de medidas que considere reparadoras das violações de direito comprovadas, concedendo-lhe um prazo para seu cumprimento.²⁰

De acordo com a última reforma do Regulamento da Corte IDH, na hipótese de que o caso seja encaminhado ao órgão judicial, o relatório do artigo 50 funciona como a demanda que inicia o procedimento. Portanto, é relevante nos debruçarmos sobre alguns de seus elementos devido às implicações que possam ter no futuro, no decorrer do procedimento.

Se o prazo expirar sem o cumprimento das recomendações, a CIDH deverá escolher entre a elaboração de um relatório final (nos termos do artigo 51 da CADH e do artigo 47 do Regulamento), e sua subsequente publicação, com base nos avanços alcançados no cumprimento das recomendações, ou na remessa do caso à Corte Interamericana, nos casos em que o Estado envolvido tenha reconhecido a jurisdição contenciosa do Tribunal Interamericano.

Em conformidade com o artigo 45 do Regulamento, nos casos em que a CIDH considera que as recomendações do relatório de mérito não foram cumpridas, a decisão de remeter o caso à Corte IDH será o critério geral, exceto por decisão fundamentada da maioria absoluta dos membros da Comissão.

Embora esta decisão tenha em conta a posição da vítima e dos seus representantes, a Comissão tem jurisdição exclusiva para decidir se encaminhará o relatório de mérito à Corte IDH. Nesse sentido, o artigo 45.2 do Regulamento detalha que “a Comissão considerará fundamentalmente a obtenção de justiça no caso em particular, baseada, entre outros, nos seguintes elementos: a posição do peticionário; a natureza e a gravidade da violação; a necessidade de desenvolver ou esclarecer a jurisprudência do sistema; e o efeito eventual da decisão nos ordenamentos jurídicos dos Estados membros”.

Se o Estado solicitar, a CIDH poderá considerar a suspensão do prazo previsto no artigo 51.1 da CADH para submeter o caso à Corte IDH, desde que sejam cumpridas as condições estabelecidas no artigo 46 do Regulamento, a saber: “que o Estado demonstre vontade e capacidade de implementar as recomendações adotando medidas específicas e adequadas para seu cumprimento, poderá levar em conta a existência de leis internas que estabelecem mecanismos para o cumprimento de suas recomendações, e aceita renunciar expressamente a interpor exceções preliminares quanto ao cumprimento desse prazo em um possível procedimento perante a Corte”.

O Regulamento estabelece alguns critérios que orientam o período de suspensão, como a complexidade do assunto e as medidas necessárias para cumprir as recomendações indicadas pela CIDH, especialmente quando envolvem poderes estatais diferentes ou exigem coordenação entre os governos central e regional, as medidas adotadas antes do pedido de suspensão para cumprir as recomendações e a posição do peticionário.

19 CIDH. Relatório n.º 36/08. Caso 12.487. Mérito. *Rafael Ignacio Cuesta Caputi*. Equador. 18 de julho de 2008, par. 37.

20 Cabe destacar que este relatório não é público já que é remetido ao Estado (integralmente) e as vítimas e/ou seus representantes (parcialmente)

Notas explicativas ao leitor

O comentário ao Capítulo VIII da CADH (Disposições Comuns da Corte IDH) está dividido em duas seções. Os artigos 52 a 60 são analisados na primeira seção, e os artigos 61 a 62 e 64 a 69 na segunda seção.

Para uma melhor análise, este comentário difere da estrutura seguida nos outros textos que compõem a obra, de modo que, no início de cada uma das seções, o leitor encontre a bibliografia e o conteúdo, enquanto que as disposições dos artigos da CADH analisados em cada seção serão transcritos ao longo do comentário.

CAPÍTULO VIII – A CORTE INTERAMERICANA DE Direitos Humanos¹

Bibliografia

Primeira seção das disposições comuns da Corte IDH

Normas relevantes

Estatuto da Corte IDH. Aprovado mediante resolução n.º 448, adotada pela Assembleia Geral da OEA no seu período de sessões IX, realizado em La Paz, Bolívia, em outubro de 1979. Doravante: Estatuto da Corte IDH.

Regulamento da Corte IDH de 1980. Aprovado pela Corte IDH em seu período ordinário de sessões III, realizado de 30 de junho a 9 de agosto de 1980.

Regulamento da Corte IDH de 1991. Aprovado pela Corte IDH em seu período ordinário de sessões XXIII, realizado de 9 a 18 de janeiro de 1991.

Regulamento da Corte IDH de 1996. Aprovado pela Corte IDH em seu período ordinário de sessões XXXIV, realizado de 9 a 20 de setembro de 1996.

Regulamento da Corte IDH de 2000. Aprovado pela Corte IDH em seu período ordinário de sessões XLIX, realizado de 16 a 25 de novembro de 2000.

Regulamento da Corte IDH de 2000 reformado em 2003. As reformas foram aprovadas pela Corte IDH no seu período ordinário de sessões LXI, celebrado de 20 de novembro a 4 de dezembro de 2003.

Regulamento da Corte IDH de 2000 reformado em 2009. As reformas foram aprovadas pela Corte IDH no seu período ordinário de sessões LXXXII, celebrado de 19 a 31 de janeiro de 2009.

Regulamento da Corte IDH de 2009. Aprovado pela Corte IDH em seu período ordinário de sessões LXXXV, realizado de 16 a 28 de novembro de 2009. Doravante: Regulamento da Corte IDH.

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos Contenciosos

Corte IDH. *Caso Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia.* Reparações e Custas. Sentença de 29 de Janeiro de 1997. Série C n.º 31. Doravante: Corte IDH. *Caso Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia.* RC. 1997.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru.* Interpretação da Sentença de Reparações e Custas. Sentença de 3 de junho de 1999. Série C n.º 53. Doravante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru. Interpretação da Sentença de RC.* 1999.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru.* Competência. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C n.º 54. Doravante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru.* Competência. 1999.

Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru.* Competência. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C n.º 55. Doravante: Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru.* Competência. 1999.

¹ Ao longo deste texto, o termo “Regulamento Atual” ou “Regulamento Vigente” refere-se ao Regulamento da Corte IDH de 2009, aprovado em seu período ordinário de sessões LXXXV, realizado de 16 a 28 de novembro de 2009.

Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. Mérito. Sentença de 29 de setembro de 1999. Série C n.º 56. Doravante: Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. M. 1999.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de fevereiro de 2001. Série C n.º 72. Doravante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colômbia*. Mérito. Sentença de 6 de dezembro de 2001. Série C n.º 90. Doravante: Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colômbia*. M. 2001.

Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C n.º 101. Doravante: Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C n.º 103. Doravante: Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. MRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C n.º 111. Doravante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. MRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de junho de 2005. Série C n.º 126. Doravante: Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. Pedido de Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C n.º 128. Doravante: Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. Pedido de interpretação da Sentença de MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C n.º 130. Doravante: Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 9 de setembro de 2005. Série C n.º 131. Doravante: Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. Interpretação da Sentença de MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C n.º 160. Doravante: Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso García Prieto e outro vs. El Salvador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2007. Série C n.º 168. Doravante: Corte IDH. *Caso García Prieto e outro vs. El Salvador*. EPMRC. 2007.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de novembro de 2007. Série C n.º 173. Doravante: Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Interpretação da Sentença de MRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. Pedido de Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de Novembro de 2007 Série C n.º 174. Doravante: Corte IDH. *Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. Pedido de Interpretação de Sentença de EPMRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Primeira Corte de Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C n.º 182. Doravante: Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Primeira Corte de Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPMRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Rios e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C n.º 194. Doravante: Corte IDH. *Caso Rios e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C n.º 195. Doravante: Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de junho de 2009. Série C n.º 197. Doravante: Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C n.º 209. Doravante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C n.º 212. Doravante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de julho de 2011. Série C n.º 228. Doravante: Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. EPMRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Granier e outros (Rádio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de junho de 2015. Série C n.º 293. Doravante: Corte IDH. *Caso Granier e outros (Rádio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPMRC. 2015.

Pareceres Consultivos

Corte IDH. *Artigo 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-20/09 de 29 de setembro de 2009. Serie A n.º 20. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-20/09. *Artigo 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2009.

Resoluções, decisões e outros documentos

Corte IDH. Exposição de motivos da Reforma do Regulamento. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_motivos_esp.pdf (data de último acesso: 25/06/2017).

Corte IDH. *Caso Granier e outros (Rádio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Resolução de 6 de fevereiro de 2014.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. Relatório n.º 11/07, Caso Interestatal 01/06, *Nicarágua vs. Costa Rica*, 8 de março de 2007.

CIDH. Relatório n.º 112/10, Petição Interestatal, PI-02, Admissibilidade. *Franklin Guillermo Aisalla Molina, Equador - Colômbia*, 21 de outubro de 2010.

Documentos adotados por organizações internacionais

Organização dos Estados Americanos

OEA. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Atas e Documentos. OEA/Ser.K/XVI/1.2, San José, 7-22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferenciainteramericana-Derechos-Humanos-1969.pdf> (data de último acesso: 28/06/2017).

OEA. Assembleia Geral. Sede da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Resolução AG/RES.372 (VII-0/78), aprovada na sétima sessão plenária realizada em 1 de julho de 1978.

Referências acadêmicas

CANÇADO TRINDADE, A A. El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ACNUR, San José, 2003.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales. 3ª ed., IIDH, San José, 2009. Disponível em: https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf (data de último acesso: 10/08/2017).

SAAVEDRA ALESSANDRI, P. e PACHECO ARIAS, G. “Las sesiones ‘itinerantes’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América”, em GARCÍA RAMÍREZ, S. y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, M. Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. IJ UNAM, SRE, OEA, 2009. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2740/8.pdf> (data de último acesso: 05/07/2017).

SEPÚLVEDA, M. et al. Universal and Regional Human Rights Protection. Cases and Commentaries. University for Peace, San José, 2004.

VIVANCO, J. M. e BHANSALI, L. L. “Procedural shortcomings”, em HARRIS, D. e LIVINGSTONE, S. (eds.) The Inter-American System of Human Rights. Clarendon Press Oxford, 1998.

Outras referências não acadêmicas

Campanha Gqual. Rumo à paridade de gênero na representação internacional. Site da campanha global: <http://www.gqual-campaign.org/inicio/> (data de último acesso: 01/07/2017).

Centro pela Justiça e o Direito Internacional (Cejiil). *Aportes para el proceso de selección de miembros de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Documento de conjuntura n.º 1. San José, Costa Rica, Cejiil, 2005.

Centro pela Justiça e o Direito Internacional (Cejiil). *La protección de los derechos humanos en el sistema interamericano*. 2ª ed., Buenos Aires, 2012.

Centro pela Justiça e o Direito Internacional (Cejiil). *Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos. La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. 2ª ed., Cejiil, 2012. Disponível em: <https://www.cejil.org/es/guia-defensores-y-defensoras-derechos-humanos-proteccion-derechos-humanos-sistema-interamericano-2da> (data de último acesso 18/08/2017).

Centro pela Justiça e o Direito Internacional (Cejiil). “Organizaciones de sociedad civil lamentan silencio de la OEA ante petición de diálogo con candidatos”, de 1 de março de 2015, publicado em: <https://www.cejil.org/es/organizaciones-sociedad-civil-lamentan-silencio-oea-peticion-dialogo-candidatos> (data de último acesso: 25/06/2017)

Centro pela Justiça e o Direito Internacional (Cejiil). “Panel de expertos garantizará elecciones transparentes e independientes en el sistema interamericano de derechos humanos”, de 20 de março de 2016, publicado em: <https://www.cejil.org/es/panel-expertos-garantizara-elecciones-transparentes-e-independientes-sistema-interamericano-derechos> (data de último acesso: 25/06/2017).

Centro pela Justiça e o Direito Internacional (Cejiil). *Informe final del panel independiente para la elección de comisionadas y comisionados para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Junho de 2017.

Centro pela Justiça e o Direito Internacional (Cejiil). “Panel de expertos insta a Estados de la OEA a promover mayor transparencia en selección de integrantes a Comisión y Corte IDH”, de 6 de junho de 2017, publicado em: <https://www.cejiil.org/es/panel-expertos-insta-estados-oea-promover-mayor-transparencia-seleccion-integrantes-comision-y-corte> (data de último acesso: 25/06/2017).

Convênio de sede entre o Governo da República da Costa Rica e a Corte Interamericana de Derechos Humanos, que inclui o regime de imunidades e privilégios da Corte, seus juizes, funcionários e pessoas que comparecem perante esta. Publicado em *La Gaceta* mediante Lei n.º 6889, 2 de setembro de 1983. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/otros/convenio.pdf> (data de último acesso: 22/06/2017).

Diversas organizações da sociedade civil. *Órganos de vigilancia de los tratados de las Naciones Unidas: cuestiones que deben abordarse en el proceso intergubernamental sobre el modo de fortalecer y mejorar el funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*.

LIMBACH, J. et al. *Judicial Independence: Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Rights*. Interights, 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/32795.pdf> (data de último acesso: 20/08/2017).

MILLER, V. *The European Court of Human Rights: the election of Judges*. Library of the House of Commons, UK, 4 de maio de 2011.

Sumário

1. Organização e composição da Corte IDH (artigos 52 a 54 da CADH)	950
1.1. Requisitos de elegibilidade	950
1.2. Incompatibilidades	955
1.3. O prazo para inscrição de candidatos e a responsabilidade na eleição dos integrantes	960
1.4. Período para exercer o mandato	960
2. Juizes nacionais de casos submetidos à Corte IDH e juizes <i>ad hoc</i> (artigo 55 da CADH).....	961
3. O funcionamento da Corte IDH (artigo 56 da CADH).....	963
4. Papel e competências da CIDH nos procedimentos perante a Corte IDH (artigo 57 da CADH).....	963
5. Sede da Corte IDH (artigo 58 da CADH).....	965
5.1. Sede ordinária.....	965
5.2. Sede extraordinária.....	966
6. A Secretaria da Corte IDH (artigo 59 da CADH)	966
7. Estatuto e Regulamento da Corte IDH (artigo 60 da CADH)	967

1. Organização e composição da Corte Americana de Direitos Humanos (artigos 52 a 54 da CADH)

Seção 1. Organização

Artigo 52

1. A Corte compor-se-á de sete juízes, nacionais dos Estados membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de Direitos Humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos.
2. Não deve haver dois juízes da mesma nacionalidade.

Artigo 53

1. Os juízes da Corte serão eleitos, em votação secreta e pelo voto da maioria absoluta dos Estados Partes na Convenção, na Assembleia Geral da Organização, de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados.
2. Cada um dos Estados Partes pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado membro da Organização dos Estados Americanos. Quando se propuser uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente.

Artigo 54

1. Os juízes da Corte serão eleitos por um período de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez. O mandato de três dos juízes designados na primeira eleição expirará ao cabo de três anos. Imediatamente depois da referida eleição, determinar-se-ão por sorteio, na Assembleia Geral, os nomes desses três juízes.
2. O juiz eleito para substituir outro cujo mandato não haja expirado, completará o período deste.
3. Os juízes permanecerão em funções até o término dos seus mandatos. Entretanto, continuarão funcionando nos casos de que já houverem tomado conhecimento e que se encontrem em fase de sentença e, para tais efeitos, não serão substituídos pelos novos juízes eleitos.

1.1 Requisitos de elegibilidade

O artigo 52 da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece uma série de requisitos de elegibilidade que servirão para o melhor desempenho das funções daqueles que compõem a Corte Americana, o que se explicará nesta seção. Vale lembrar que essa situação gerou interesse e preocupação de vários atores (principalmente da sociedade civil), que expressaram continuamente aos Estados a importância

de tornar o processo transparente², bem como de contar tanto com a maior diversidade na composição da Corte IDH, e de nomear e eleger os/as melhores profissionais para ocupar cargos tão importantes.³³

1.1.1 Requisitos de idoneidade

1.1.1.1. Ser nacionais dos Estados membros da OEA, eleitos pelos Estados partes da CADH

Qualquer membro da OEA pode solicitar a seu Estado nacional para ser eleito como juiz ou juíza da Corte IDH. Como a CADH não faz distinções com base na nacionalidade dos candidatos, qualquer pessoa proveniente de um dos trinta e cinco Estados membros da OEA pode ser juiz ou juíza. Esse poder se reflete na prática de eleição daqueles que são membros da Corte IDH desde a sua criação. Até o momento, houve juízes de 16 nacionalidades diferentes,⁴ incluindo três países que ainda não fazem parte da CADH (Barbados, Estados Unidos e Jamaica)⁵. Isso, em princípio, daria conta da vontade estatal de respeitar a distribuição geográfica na composição da Corte IDH.

No entanto, a diversidade de nacionalidades dos juízes eleitos não foi suficiente para superar outras barreiras na integração da Corte, destacando a importância de continuar democratizando tanto o processo de seleção como o processo de eleição daqueles que compõem os órgãos de proteção. Por exemplo – e diferentemente de outros órgãos regionais de proteção⁶ – ainda existe uma grande la-

2 Para as eleições dos membros da CIDH e da Corte IDH em 2015, dezenas de organizações expressaram sua rejeição à impossibilidade de participar do processo de diálogo com as pessoas propostas como candidatas. Ver Cejil. “Organizaciones de sociedad civil lamentan silencio de la OEA ante petición de diálogo con candidatos” de 1º de março de 2015, publicada em: <https://www.cejil.org/es/organizaciones-sociedad-civil-lamentan-silencio-oea-peticion-dialogo-candidatos> (data do último acesso: 25/06/2017).

3 Recentemente, várias organizações da sociedade civil que participam ativamente do SIDH formaram painéis de especialistas encarregados de analisar as candidaturas propostas pelos Estados. Esse exercício de escrutínio - realizado em 2015 e 2017 - abriu um espaço para que tanto os Estados que propõem candidatos (as) quanto os que os elegem devem ser responsabilizados publicamente pelas propostas que fazem. Da mesma forma, foi possível que as pessoas propostas como candidatas apresentassem suas propostas de trabalho e respondessem a diferentes perguntas que os Estados e a sociedade civil lhes desejassem fazer. Para mais informações, consulte os seguintes links eletrônicos: Cejil. “Panel de expertos garantizará elecciones transparentes e independientes en el sistema interamericano de derechos humanos”, publicado em: <https://www.cejil.org/es/panel-expertos-insta-estados-oea-promover-mayor-transparencia-seleccion-integrantes-comision-y-corte> (data do último acesso: 25/06/2017). Cejil. “Panel de expertos insta a Estados de la OEA a promover mayor transparencia en selección de integrantes a Comisión y Corte IDH”, de 6 de junho de 2017, publicado em: <https://www.cejil.org/es/panel-expertos-insta-states-oea-promover-mayor-transparencia-seleccion-miembros-comision-e-corte> (data do último acesso: 25/06/2017).

4 Os países de origem dos juízes são: Argentina (Julio A. Barberis, Leonardo A. Franco e Eugenio Raúl Zaffaroni); Barbados (Oliver H. Jackman); Brasil (Antônio Augusto Cançado Trindade e Roberto de Figueiredo Caldas); Chile (Máximo Pacheco Gómez, Cecilia Medina Quiroga e Eduardo Vío Grossi); Colômbia (César Ordóñez, Rafael Nieto Navia, Carlos Vicente de Roux-Rengifo e Humberto Sierra Porto); Costa Rica (Rodolfo E. Piza Escalante, Sonia Picado Sotela, Manuel Ventura Robles e Elizabeth Odio Benito); Equador (Hernán Salgado Pesantes e Patricio Pazmiño Freire); Estados Unidos (Thomas Buergenthal); Honduras (Carlos Roberto Reina, Jorge R. Hernández Alcerro e Policarpo Callejas); Jamaica (Huntley Eugene Munroe e Margarette May Macaulay); México (Héctor Fix Zamudio, Sergio García Ramírez e Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot); Nicarágua (Alejandro Montiel Argüello); Peru (Máximo Cisneros Sánchez e Diego García-Sayán); República Dominicana (Rhady Abreu Blondet); Uruguai (Héctor Gros Espiell e Alberto Pérez Pérez); e Venezuela (Pedro Nikken, Orlando Tovar Tamayo, Asdrúbal Aguiar Aranguren e Alirio Abreu Burelli). Para obter mais informações sobre a composição atual e anteriores da Corte IDH, visite o seguinte link: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/composicion> (data do último acesso: 20/06/2017).

5 Em 10 de setembro de 2012, a Venezuela apresentou formalmente sua denúncia da CADH ao Secretário-Geral da OEA. A denúncia entrou em vigor um ano depois, em 10 de setembro de 2013. Embora tenham existido juízes venezuelanos, todos foram eleitos enquanto esse Estado ainda estava vinculado à CADH. Após a denúncia do tratado regional, não foi proposto nenhum candidato ou candidata à Corte IDH.

6 O Artigo 14 do Protocolo Adicional à Carta de Banjul, referente ao estabelecimento do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, estabelece que a Assembleia “garantirá que em todo o Tribunal haja representação das principais regiões da África e de suas principais tradições jurídicas” (número 2). De igual forma, tal disposição estabelece que “Na eleição dos juízes, a Assembleia garantirá uma representação adequada de gênero” (número 3) (tradução livre).

cuna no equilíbrio de gênero, na inclusão de representantes dos povos indígenas ou na apresentação de pessoas com qualquer outra característica que represente a diversidade (de pessoas e condições) existente no continente. No que diz respeito à paridade de gênero, até agora, a inclusão de mulheres foi excepcional, tendo em vista que houve apenas cinco juízas em toda a existência da Corte IDH.⁷ Isso deu origem a uma série de críticas que sustentaram, entre outras questões, que:

[...] o S[IDH] deve rejeitar a prática utilizada pelos Estados em várias ocasiões para justificar sua não conformidade com a representação de gênero, bem como com a não nomeação de mulheres como candidatas, afirmando que estas não atendem aos requisitos exigidos. Tal afirmação carece de sustentação fática e evidencia a falta de transparência e imparcialidade nas eleições.⁸

Cabe ressaltar que a tendência acima descrita refletiu nas últimas eleições de membros da Corte IDH, já que, desde de 2013, a composição foi exclusivamente masculina⁹, o que foi modificado em 2016, quando a juíza Elizabeth Odio Benito foi eleita. Portanto, a composição atual da Corte IDH é de seis homens e uma mulher, com características raciais similares.

Tal como no processo de eleição de integrantes, a sociedade civil iniciou campanhas expressas para demonstrar a falta de paridade de gênero existente em diversos órgãos internacionais, dos quais a CIDH e a Corte IDH não são exceção.¹⁰ Por esse motivo, e independentemente do esforço da sociedade civil, é imprescindível que os Estados reflitam e atuem de forma diferente em eleições futuras, sendo necessário, também, uma avaliação das estratégias que podem ser utilizadas por diferentes setores para propor maior diversidade na integração do tribunal.

1.1.1.2 "A mais alta autoridade moral e competência reconhecida no campo dos Direitos Humanos"

Além de tais diferenças, existe pouco desenvolvimento em relação aos parâmetros que poderiam definir esse requisito. Isso se evidencia pelo fato de que nem os trabalhos preparatórios da CADH¹¹, tampouco o Estatuto ou o Regulamento da Corte IDH, dão detalhes sobre o que pode ser entendido por "mais alta autoridade moral". Não obstante, este é um tópico que gerou debates amplos e contínuos.

Dada a transcendência do processo de nomeação e eleição das pessoas integrantes da Corte IDH, foram dedicados esforços importantes para incentivar e fornecer insumos a fim de que os Estados realizem eleições mais transparentes e respeitadas aos critérios estabelecidos no artigo 52 da CADH. Nesse sentido, "atendendo aos propósitos da Convenção, e a fim de garantir a absoluta adequação e independência dos eleitos, o mecanismo para de seleção dos juízes deve ser o aspecto de maior importância dentro do sistema"¹². Além disso, foi sugerido que:

7 Os nomes são: Cecilia Medina Quiroga (Chile), Sonia Picado e Elizabeth Odio Benito (Costa Rica), Margarette May Macaulay (Jamaica), e Radhys Abreu Blondet (República Dominicana).

8 Cejil. *Aportes para el proceso de selección de miembros de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Documento de conjuntura* n.º 1. San José, Costa Rica, Cejil, 2005, p. 13.

9 Após um processo de seleção da Assembleia Geral da OEA em Washington, D.C., em junho de 2015, a composição da Corte IDH a partir de 2016 é a seguinte: Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina), Roberto de Figueiredo Caldas (Brasil), Eduardo Vío Grossi (Chile), Humberto Sierra Porto (Colômbia), Elizabeth Odio Benito (Costa Rica), Patricio Pazmiño Freire (Equador) e Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (México).

10 Campanha Gqual. Rumo à paridade de gênero na representação internacional. Site da campanha global. Site web da campanha global: <http://www.gqualcampaign.org/inicio/> (data de último acesso: 2017/07/01).

11 OEA. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Atas e Documentos. OEA/Ser.K/XVI/1.2, San José, 7-22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actasconferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf> (data de último acesso: 2017/06/28).

12 Faúndez Ledesma, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3a. ed., IIDH, San José, 2009, p. 200. Disponível em: https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf (data de último acesso: 10/08/2017).

Em relação à competência, a experiência neste campo não se limita à formação acadêmica neste âmbito, mas também à prática profissional nesta área, à capacidade intelectual de traduzir os fatos e argumentos em sólidas análises políticas e jurídicas, a capacidade de abordar diversas áreas fundamentais para o desenvolvimento das funções do órgão: especialidades jurídicas (por exemplo: direito dos refugiados), temáticas (por exemplo, gênero), habilidades técnicas (por exemplo: documentação ou implementação de políticas públicas sobre Direitos Humanos), entre outras. Neste exercício, as qualidades jurídicas, profissionais e humanas dos candidatos devem prevalecer sobre os vínculos e lealdades políticas.¹³

No âmbito do SIDH, foram identificados como preocupação a ausência de processos internos nos países e no quadro da OEA para a seleção de candidatos(as)¹⁴, bem como a politização do processo, a falta de transparência na nomeação¹⁵ e subsequente eleição dos mesmos. Da mesma forma, a ausência de processos de seleção de candidatos/as no contexto interno dos países, em conjunto com a apresentação de candidaturas apenas pelo poder executivo, gera amplas preocupações, já que, longe de serem propostas estatais, representam candidaturas de governo.

Esses são alguns desafios que devem ser enfrentados o mais rapidamente possível e, embora tenha havido avanços tímidos,¹⁶ é essencial que os Estados demonstrem sua vontade de implementar processos adequados como forma de fortalecimento do SIDH, a partir de uma composição adequada na integração de seus órgãos. Isso, no entendimento de que são os Estados que têm a maior responsabilidade nesta questão em particular.¹⁷

No entanto, também é justo reconhecer que essa preocupação - compartilhada por diferentes setores - transcende o SIDH e tem implicações semelhantes em outros sistemas de proteção. Segundo a Anistia Internacional, “[a] qualidade dos membros individuais dos órgãos de vigilância de tratados internacionais[, no sistema universal das Nações Unidas] tem importantes repercussões na efetividade geral dos comitês, assim como na imagem que eles projetam de sua independência e capacidade.”¹⁸

Nesse sentido, a Anistia Internacional fez 10 recomendações que, embora feitas com vistas à composição dos órgãos de monitoramento de tratados da ONU, também podem ser aplicadas de forma

13 Cejil. *Aportes para el proceso de selección de miembros de la CIDH y Corte IDH de Derechos Humanos. Documento de Conjuntura*, N.º. 1, 2005, p. 13.

14 *Idem*.

15 Por quase vinte anos, argumentou-se que “como uma preocupação estrutural, a falta de transparência no processo de eleição dos membros da Comissão e da Corte também contribuiu para o problema da politização. Esse fenômeno é agravado pelo processo de reeleição em que os Estados – sujeitos a monitoramento – determinam e concedem seus votos com base no desempenho do comissário ou juiz, o que ameaça a autonomia da Comissão ou da Corte. Ver Vivanco, J. M. e Bhansali, L. L. “Procedural shortcomings”, em Harris, D. e Livingstone, S. (eds.) *The Inter-American System of Human Rights*. Clarendon Press Oxford, 1998, p. 424

16 No último relatório apresentado pelo painel de especialistas para supervisionar a eleição dos comissários e comissárias de 2017, foi retomado o impacto do primeiro relatório (de 2015): “[o] Relatório de 2015 favoreceu que a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) instruisse seu Conselho Permanente, mediante a resolução AG/RES 2887 (XL VI-O/16), a convidar todos os candidatos propostos à Comissão ou à Corte para apresentar, publicamente e perante o Conselho, sua visão, suas propostas e iniciativas a serem feitas, caso forem eleitos. Além disso, instou os Estados a “nomear e eleger pessoas que assegurem uma associação que proporcione equilíbrio em termos de gênero, representação das diferentes regiões, grupos populacionais e sistemas jurídicos do hemisfério, garantindo as exigências de independência, imparcialidade e competência reconhecida no campo dos Direitos Humanos”. Ver Cejil. *Relatório final do painel independente para a eleição de comissários e comissárias da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Junho de 2017.

17 Nesse ponto, é importante destacar que a própria Corte mencionou “que a questão de garantir a assinalada representatividade dos juízes escapa aos poderes da Corte IDH, uma vez que corresponde a outros órgãos da OEA. De qualquer forma, deve-se lembrar que os juízes da Corte, apesar de nomeados pelos Estados, exercem seu cargo em caráter pessoal [...]” Cf. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-20/09. *Artigo 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2009, § 65. (grifo nosso)

18 Diversas Organizações da Sociedade Civil. *Órganos de vigilancia de los tratados de las Naciones Unidas: cuestiones que deben abordarse en el proceso intergubernamental sobre el modo de fortalecer y mejorar el funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*.

análoga ao SIDH. Essas sugestões tendem a garantir uma maior participação dos próprios Estados na proposição de candidatos(as) que:

[...] cumpram os requisitos de elegibilidade e não possuam cargo governamental; diversificar os candidatos para que não se repitam as mesmas pessoas; dar ampla publicidade à vaga; fomentar a participação ativa das organizações da sociedade civil em todas as etapas do processo de seleção de candidatos, para que, entre outras coisas, ajudem o Estado a obter candidaturas de pessoas bem preparadas e, quando as encontrarem, possam aconselhar o Estado para que se cumpram os critérios estabelecidos. [Também se deveria] revisar o equilíbrio geográfico, de gênero e de diversidade de conhecimentos na composição do comitê antes de cada eleição [...].¹⁹

Por sua vez, em 2003, a Interights publicou um documento relacionado com os processos de seleção dos juízes do TEDH, no qual identificou como problemas principais a falta de transparência e a discricionariedade absoluta dos Estados em relação ao sistema de nomeação que adotam, somando a isso tanto a natureza politizada dos processos de indicação e eleição, quanto a ineficiência dos diferentes órgãos políticos envolvidos na seleção (a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, bem como o Comitê de Ministros e o Subcomitê da Comissão de Assuntos Jurídicos e Direitos Humanos).

A isso se acrescentam outros pontos essenciais, como a falta de equilíbrio de gênero na composição da Corte IDH, o tipo de lobby dos Estados (e, ocasionalmente, dos candidatos à Corte IDH), e a oposição por parte dos Estados para que se fiscalize o processo de nomeação dos candidatos(as) no âmbito interno, sob o argumento falacioso de que isso implica em uma interferência em sua “soberania”. Tudo o que foi acima mencionado – destaca a Interights – põe em risco a futura independência (real e aparente) dos juízes e gera “uma corte menos qualificada e menos apta a cumprir seu mandato crucial.”²⁰

Portanto, ao menos no Sistema Europeu de Direitos Humanos, “como parte de um processo de reforma em andamento, foi criado um painel de especialistas com a finalidade de aconselhar os Estados membros sobre candidatos (as) nacionais ao cargo de juiz(a) do Tribunal, antes que os candidatos nomeados sejam apresentados à Assembleia Parlamentar para seu escrutínio.”²¹

Em conclusão, é essencial que haja um procedimento interno nos países com regras bem estabelecidas e com a participação de diferentes atores (Estados, sociedade civil, academia, usuários do SIDH e outros atores interessados) para debater a indicação de candidatos, de forma que este debate perdure durante todo o processo de seleção. Isso se torna vital se se deseja garantir uma composição que atenda aos requisitos estabelecidos na CADH, e que também esteja preparada para enfrentar adequadamente os múltiplos desafios que a proteção dos Direitos Humanos acarreta em nosso continente.

1.1.1.3. *Ser juristas que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais*

De acordo com o artigo 52.1 da CADH, qualquer pessoa que proposta como candidata à Corte IDH deve ser jurista e ter condições de exercer as mais altas funções judiciais “de acordo com a lei do país de que seja nacional ou do Estado que a propõe como candidata”. Esse é um requisito adicional aos requisitos estabelecidos para ser membro da CIDH, que, por sua vez, não possui um critério profissional específico para ser eleito pelos Estados membros da OEA.

Isso obriga os Estados não apenas a apresentar aqueles que possuam título de advogado ou que sejam graduados em direito, mas também aqueles que, de acordo com a legislação local, cumpram os requisitos “para exercer as mais altas funções judiciais de seu país”.

19 *Idem*

20 Limbach, J. *et al.*, *op. cit.*

21 Miller, V. *The European Court of Human Rights: the election of Judges*. Library of the House of Commons, UK, 4 de maio de 2011.

Os requisitos mencionados acima são semelhantes aos solicitados em outros tribunais regionais de proteção; no entanto, existem diferenças entre eles, que derivam tanto da condição da pessoa candidata como das características de cada tribunal. Por exemplo, o artigo 11.1 do Protocolo Adicional à Carta Banjul estabelece a exigência de ser jurista e prestar os serviços a título pessoal/individual, mas é mais amplo em relação à experiência profissional, ao estabelecer que a pessoa deve ter elevada autoridade moral e “competência reconhecida e experiência prática, judicial ou acadêmica no campo dos Direitos Humanos”. Por sua vez, os requisitos estabelecidos pela CADH também são semelhantes aos estabelecidos pelo artigo 21 da CEDH. No entanto, o tratado europeu tem um requisito adicional, com a finalidade de que seus membros não se comprometam em nenhuma atividade “incompatível com sua independência, imparcialidade ou disponibilidade exigidas para uma atividade exercida em tempo integral [...]”.²²

1.2 Incompatibilidades

O capítulo IX da CADH refere-se a uma série de disposições comuns que regem tanto a CIDH quanto a Corte IDH. Nesse sentido, o artigo 71 do CADH prescreve que “os cargos de juiz da Corte ou de membro da Comissão são incompatíveis com outras atividades que possam afetar sua independência ou imparcialidade conforme o que for determinado nos respectivos estatutos”.

Por conta disso, a fim de ter normas complementares que contribuam a garantir maior independência e autonomia no exercício do cargo dos juízes(as), o Estatuto da Corte IDH desenvolveu tais premissas de incompatibilidades:

Artigo 18. Incompatibilidades

1. O exercício do cargo de Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos é incompatível com o exercício dos seguintes cargos e atividades:
 - a. membros ou altos funcionários do Poder Executivo, com exceção dos cargos que não impliquem subordinação hierárquica ordinária, bem como agentes diplomáticos que não sejam Chefes de Missão junto à OEA ou junto a qualquer dos seus Estados membros;
 - b. funcionários de organismos internacionais;
 - c. quaisquer outros cargos ou atividades que impeçam os juízes de cumprir suas obrigações ou que afetem sua independência ou imparcialidade, ou a dignidade ou o prestígio do seu cargo.
2. A Corte decidirá os casos de dúvida sobre incompatibilidade. Se a incompatibilidade não for eliminada serão aplicáveis as disposições do artigo 73 da Convenção e 20.2 deste Estatuto.
3. As incompatibilidades unicamente causarão a cessação do cargo e das responsabilidades correspondentes, mas não invalidarão os atos e as resoluções em que o juiz em questão houver interferido.

As incompatibilidades acima mencionadas devem ser apreciadas, da mesma forma, à luz do disposto no artigo 19 do Estatuto, que estabelece o seguinte:

Artigo 19. Impedimentos, escusas e inabilitação

1. Os juízes estarão impedidos de participar em assuntos nos quais eles ou seus parentes tiverem interesse direto ou em que houverem intervindo anteriormente como agentes, conselheiros ou advogados, ou como membros de um tribunal nacional ou internacional ou de uma comissão investigadora, ou em qualquer outra qualidade, a juízo da Corte.
2. Se algum dos juízes estiver impedido de conhecer, ou por qualquer outro motivo justificado, considerar que não deve participar em determinado assunto, apresentará sua escusa ao Presidente. Se este não a acolher, a Corte decidirá.
3. Se o Presidente considerar que qualquer dos juízes tem motivo de impedimento ou por algum outro motivo justificado não deva participar em determinado assunto, assim o fará saber. Se o juiz em questão estiver em desacordo, a Corte decidirá.

22 Cf. Artigos 11.1. do Protocolo Adicional à Carta de Banjul e 21.3 da CEDH.

4. Quando um ou mais juízes estiverem inabilitados, em conformidade com este artigo, o Presidente poderá solicitar aos Estados Partes da Convenção que em sessão do Conselho Permanente da OEA designem juízes interinos para substituí-los.

As disposições mencionadas demonstram a importância de se tomar um cuidado especial com as qualidades das pessoas que ocupam cargos dentro de ambos órgãos de proteção do SIDH, enquanto que:

[...] não deve haver causa que possa questionar a independência ou imparcialidade da pessoa que julga; por esse motivo, não apenas a circunstância objetiva pode desacreditar a independência e a imparcialidade exigidas pelo tribunal, mas também o medo e a aparência de parcialidade.²³

1.2.1. Escusas e abstenções

Na prática, as escusas dos juízes em diferentes casos dependem de suas próprias avaliações e da necessidade de que, tanto na aparência quanto em critérios jurídicos objetivos, eles se abstenham de conhecer certos assuntos. Essas inibições ocorreram sob diferentes premissas, entre as quais se pode mencionar:

- Quando, sem ter participado diretamente do caso, o juiz que se escusa é nacional do Estado demandado nos procedimentos perante a Corte IDH²⁴, ainda que tenha sido nomeado como juiz *ad hoc*²⁵. O raciocínio dessa escusa pode ser reproduzido analogamente retomando o que foi expressado pelo então juiz Sergio García Ramírez, que destacou que “o bom desempenho das funções jurisdicionais não repousa somente na integridade e capacidade do juiz - que é indispensável, é claro -, mas também na avaliação que se faça sobre elas. Ser, mas também parecer [...]”;²⁶
- Por ter tido conhecimento do assunto quando este tramitava em outra etapa do procedimento internacional;²⁷

23 Centro de Justiça e Direito Internacional (Cejiil). Guia para defensores y defensoras de Derechos Humanos. La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. 2ª ed., Cejiil, 2012. Disponível em: <https://www.cejiil.org/es/guia-defensores-y-defensoras-derechos-humanos-proteccion-derechos-humanos-sistema-interamericano-2da> (última data acesso 18/08/2017).

24 Isso acontece desde os primeiros casos contenciosos decididos pela Corte IDH. Assim, o juiz Jorge R. Hernández Alcocer recusou-se de conhecer os casos: *Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz e Fairén Garbi e Solís Corrales* contra Honduras. Posteriormente, o juiz Carlos Vicente de Roux Rengifo se escusou de conhecer os casos de *Las Palmeras e 19 Comerciantes* contra a Colômbia. O juiz Diego García-Sayán fez algo semelhante nos casos *Gómez Paquiyauri, De La Cruz Flores, García Asto e Ramírez Rojas, La Cantuta, Cantoral Huamani, Caso da penitenciária Miguel Castro Castro, Reverón Trujillo e Anzualdo Castro* contra o Peru. A juíza Cecilia Medina Quiroga também se escusou de conhecer os casos de *Palamara e Almonacid Arellano* e outros contra o Chile; e o juiz Sergio García Ramírez se absteve nos casos *Castañeda Gutman e Radilla Pacheco* contra o México; no caso *Martín del Campo Dodd*, embora não tenha se recusado, transferiu a Presidência da Corte IDH para o então vice-presidente Alirio Abreu Bureli.

25 No caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, “[em] 9 de dezembro de 2004, o Sr. Alejandro Sánchez Garrido, nomeado juiz *ad hoc*, declarou que, em conformidade com o artigo 19 do Estatuto da Corte [tinha] o dever de se recusar de conhecer [o referido caso como juiz *ad hoc*] e solicit[ou] a [...] escusa foi aceita”. Cf. Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. MRC. 2005, §. 117. Da mesma forma, no caso *Mejía Idrovo*, a Corte IDH enfatizou que “quando o Estado foi notificado da solicitação, foi informado de seu direito de nomear um juiz *ad hoc* para participar da consideração do caso. Em 11 de fevereiro de 2010, o Estado nomeou o Sr. Hernán Salgado Pesantes como juiz *ad hoc*. No entanto, em 2 de março de 2010, o Sr. Salgado Pesantes informou à Corte que, ao ser consultado pela Procuradoria Geral do Estado, ele aceitou a indicação, mas posteriormente, ‘depois de verificar algumas informações sobre este caso, [conseguiu] estabelecer que o cidadão demandante reclamou perante o Tribunal Constitucional do Equador por suposta violação de seus direitos e o fez no momento em que [ele] fazia parte desse órgão. [Ele tem] a segurança de ter agido neste caso - como membro do Tribunal - o que constitui um impedimento para ele participar deste assunto, em conformidade com o artigo 19.1 do Estatuto da Corte Interamericana”, em consequência apresentou sua recusa ao caso. Em 4 de março de 2010, a Secretaria, seguindo as instruções do Presidente, admitiu a recusa acima mencionada. Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*: EPMRC. 2011, nota de rodapé 3.

26 Por esses motivos, “em nota de 9 de maio de 2008, o Presidente da Corte IDH manifestou que compartilhava em termos gerais “a posição do juiz García Ramírez e aceitou sua recusa”. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009, nota de rodapé. *

27 No caso *Maritza Urrutia*, existiram duas escusas, a primeira do juiz Oliver Jackman, que se absteve de participar da

- Quando o juiz faz parte da mesma organização do representante das vítimas;²⁸
- Por existir dois juizes da mesma nacionalidade;²⁹
- Nos casos em que não integrava a Corte IDH quando foi deliberada uma sentença prévia;³⁰
- Por motivos de força maior, ao não ter participado no conhecimento completo do caso, (particularmente em uma audiência pública); e³¹
- Por outras razões cujos motivos não estão claros nas sentenças da Corte IDH.³²

deliberação e da assinatura da sentença “por ter participado de várias etapas do processo durante seu trâmite perante a CIDH, quando era membro desta”, e pelo secretário adjunto Pablo Saavedra Alessandri, que se escusou de participar por ter atuado como assistente da CIDH no caso, antes de desempenhar seu cargo como Secretário da Corte.” Cf. Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. MRC. 2003, notas de rodapé * e ***, respectivamente. Cabe destacar que o secretário da Corte IDH também se escusou de participar em outro caso contra a Colômbia. Cf. Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colômbia*. F. 2001, nota de rodapé**. O julgamento do caso *Reverón Trujillo* estabeleceu o seguinte: “em 9 de maio de 2008, o juiz Diego García-Sayán, de nacionalidade peruana, solicitou à Presidenta que aceitasse sua escusa para participar do [...] caso porque é integrante de uma entidade não governamental da qual o Dr. Ayala Corao, um dos representantes da suposta vítima, faz parte. Também informou que “nunca havia lidado com o Dr. Ayala Corao, de forma alguma, assuntos ou questões relacionados a este caso e que [sua] absoluta independência e imparcialidade ao ouvir sobre ele não é afetada minimamente”, essa etapa resultaria “saudável para garantir que a percepção das partes e de terceiros sobre a absoluta independência e imparcialidade do Tribunal não seja afetada.” A Presidenta considerou que não se desprendia que o juiz García-Sayán “tivesse participado de alguma maneira, qualquer que fosse, no [...] caso ou que houvesse manifestado pública ou privadamente pontos de vista acerca do litígio em curso, suas causas, manifestações e possíveis soluções, ou com aqueles que atuam com qualidade de partes”. Porém, em consulta com os demais juizes e em conformidade com os artigos 19 do Estatuto e do Regulamento – ambos da Corte IDH vigentes no momento dos fatos –, considerou razoável concordar com a declaração do juiz García-Sayán e, consequentemente, aceitou sua escusa. A escusa do juiz García-Sayán e a decisão da Presidenta foram notificadas às partes em 12 de maio de 2008. Ver Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPMRC. 2009. Nota de rodapé 1.

- 28 O julgamento do caso *Reverón Trujillo* estabeleceu o seguinte: “em 9 de maio de 2008, o juiz Diego García-Sayán, de nacionalidade peruana, solicitou à Presidenta que aceitasse sua escusa para participar do [...] caso porque é integrante de uma entidade não governamental da qual o Dr. Ayala Corao, um dos representantes da suposta vítima, faz parte. Também informou que “nunca havia lidado com o Dr. Ayala Corao, de forma alguma, assuntos ou questões relacionados a este caso e que [sua] absoluta independência e imparcialidade ao ouvir sobre ele não é afetada minimamente”, essa etapa resultaria “saudável para garantir que a percepção das partes e de terceiros sobre a absoluta independência e imparcialidade do Tribunal não seja afetada.” A Presidenta considerou que não se desprendia que o juiz García-Sayán “tivesse participado de alguma maneira, qualquer que fosse, no [...] caso ou que houvesse manifestado pública ou privadamente pontos de vista acerca do litígio em curso, suas causas, manifestações e possíveis soluções, ou com aqueles que atuam com qualidade de partes”. Porém, em consulta com os demais juizes e em conformidade com os artigos 19 do Estatuto e do Regulamento – ambos da Corte IDH vigentes no momento dos fatos –, considerou razoável concordar com a declaração do juiz García-Sayán e, consequentemente, aceitou sua escusa. A escusa do juiz García-Sayán e a decisão da Presidenta foram notificadas às partes em 12 de maio de 2008. Ver Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPMRC. 2009. Nota de rodapé 1.
- 29 No caso *Lori Berenson Mejía*, o juiz Diego García-Sayán, de nacionalidade peruana, se escusou de conhecer o caso “em conformidade com os artigos 19.2 do Estatuto e 19 do Regulamento da Corte, e também por ter sido nomeado juiz *ad hoc* desde outubro de 2002. De igual maneira, embora o juiz *ad hoc* Juan Federico D. Monroy Gálvez não tenha participado da deliberação da [...] Sentença na sede do Tribunal em San José, Costa Rica, ele foi consultado pela Corte sobre os critérios [adotados] e concordou com a decisão do Tribunal”. Cf. Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. Pedido de Interpretação da Sentença da MRC. 2005, nota de rodapé *.
- 30 É o caso do juiz Hernán Salgado Pesantes. Ver: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. 1999. Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. 1999. Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. F. 1999.
- 31 Este é o caso dos juizes Oliver Jackman no caso *Loayza Tamayo* (interpretação da sentença), Máximo Pacheco no caso *19 comerciantes*, Cecilia Medina Quiroga no caso das irmãs *Serrano Cruz* (interpretação da sentença), e Leonardo A. Franco no caso *Radilla Pacheco*.
- 32 Por exemplo, o juiz Diego García-Sayán se escusou de conhecer os casos de El Salvador *Irmãs Serrano Cruz e García Prieto*, assim como dos venezuelanos *Rios e Perozo*, sem que deixe claro na sentença que teve conhecimento direto dos casos a partir de cargos prévios (por exemplo, por ser integrante do Grupo de Trabalho da ONU sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas), ou pelo trabalho realizado no terreno após conflitos armados (por exemplo, como integrante da Comissão de Verificação dos Acordos de Paz em El Salvador). Em um caso similar, está a situação da juíza Cecilia Medina Quiroga, que se escusou de ouvir o caso *Ricardo Canese*.

1.2.2. Recusas

Em relação às recusas, a própria Corte IDH assinalou que tal figura “é um instrumento processual destinado a proteger o direito a ser julgado por um órgão imparcial, e não um elemento constitutivo ou definidor de tal direito”³³. Da mesma forma, estabeleceu os objetivos buscados por esta instituição:

[...] a recusa tem dupla finalidade: por um lado atua como garantia para as partes no processo, e por outro, busca outorgar credibilidade à função que a Jurisdição desenvolve. De fato, a recusa outorga o direito às partes de solicitar o afastamento de um juiz quando, além da conduta pessoal do juiz ser questionável, existir fato demonstrável ou elementos convincentes que produzam temores bem fundamentados ou suspeitas legítimas de parcialidade sobre ele, impedindo-se deste modo que sua decisão seja vista como motivada por razões alheias ao Direito e que, portanto, o funcionamento do sistema judicial se veja distorcido. A recusa não deve necessariamente ser vista como um julgamento sobre a retidão moral do funcionário contestado, mas como uma ferramenta que fornece confiança àqueles que acodem ao Estado solicitando a intervenção de órgãos que devem ser e aparentar ser imparciais.³⁴

Devido à maneira pela qual foram dadas e resolvidas as escusas e abstenções para o conhecimento dos assuntos indicados na seção anterior, a experiência e atuação da Corte IDH – como corpo privilegiado encarregado de resolver as recusas – foram praticamente nulas, embora as partes no processo tenham utilizado esse direito em diferentes ocasiões,³⁵ especialmente quando visavam contestar a nomeação de um juiz *ad hoc*.

Não obstante, a Corte IDH começou a ter precedentes interessantes. No caso *Radio Caracas Televisión*, o Estado apresentou como uma das exceções preliminares uma recusa a vários juízes e ao secretário da Corte IDH. Na sentença de mérito, a Corte IDH realizou uma síntese dos fatos e se referiu brevemente ao que foi decidido:

No dia 6 de fevereiro de 2014 a Corte emitiu uma Resolução [...] na qual, dentre outros, decidiu a respeito da chamada “exceção preliminar” apresentada pelo Estado a respeito da recusa de dois dos juízes e do Secretário da Corte, que “as alegações de falta de imparcialidade nas funções que desempenham alguns dos juízes integrantes da Corte apresentada[s] como exceção preliminar não possu[em] tal caráter”. Igualmente, considerou “infundada a alegação de falta de imparcialidade [...] em relação aos juízes Diego García-Sayán e Manuel Ventura Robles, que não [incorreram] em nenhuma das causas estatutárias de impedimento ou praticaram qualquer ato que permita questionar sua imparcialidade”, e declarou que “as alegações [...] referentes à suposta falta de imparcialidade de Pablo Saavedra Alessandri, Secretário do Tribunal, são inadmissíveis e infundadas”.³⁶

A resolução a que a sentença se refere é abundante nas alegações do Estado venezuelano, ao estimar que a Corte IDH carecia de imparcialidade para o julgamento desse caso, em virtude do seguinte:

O Estado venezuelano considerou que os juízes que pretendi[am] julgá-lo, “tinham e possui[am] interesse direto no [...] caso”. Fundamentou sua recusa no presente caso na deliberação privada do Tribunal imediatamente posterior à audiência pública do caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, celebrada em 1 de abril de 2009, no XXXVIII Período Extraordinário de Sessões da Corte,

33 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Primeira Corte de Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPMRC. 2008, § 64.

34 *Ibidem*, § 62

35 *Ver, inter alia*, Corte IDH. *Caso Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia*. RC. 1997. Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001. Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003. Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005. Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. MRC. 2006. Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010.

36 Corte IDH. *Caso Granier e outros (Rádio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPMRC. 2015, § 6.

em Santo Domingo, República Dominicana, a cujo conteúdo teve conhecimento quando, por erro, recebeu um CD que continha não apenas a gravação de audiência pública, mas também da deliberação privada. Na opinião do Estado, as manifestações realizadas pelos juízes acima mencionados nessa deliberação privada, a valoração das provas apresentadas pelo Estado com base na audiência pública, e o suposto fato de que a Corte tenha ignorado os acontecimentos políticos ocorridos durante os anos 2002, 2003 e 2004 na Venezuela demonstra[vam] a falta de imparcialidade dessa instância internacional”.³⁷

A Corte IDH determinou que:

[...] não se ha[via] configurado nenhuma das causas de impedimento previstas no parágrafo 1 do artigo 19 do Estatuto [da Corte IDH], uma vez que [dos fatos] não se despren[dia] que nenhum dos juízes mencionados pelo Estado (tampouco o Secretário da Corte) tinham interesse direto no assunto *sub judice* ou que tivessem feito intervenção, sob diversos conceitos, de forma anterior à apresentação do Caso à Corte, nem que existi[u] qualquer razão qualificada que justifica[sse] a abstenção.³⁸

Também apontou que as deliberações fazem parte de um processo interno que termina com o proferimento da sentença correspondente:

A Corte, como qualquer órgão colegiado, possui um processo interno de elaboração de suas decisões, no qual cada um de seus membros formula comentários preliminares, sujeitos a melhor análise, pendentes das provas ou dos argumentos que as partes fornecem após a audiência e sempre sujeitos à deliberação formal e final que os juízes realizam em uma sessão específica realizada em determinado período após a audiência, uma vez reunidos os elementos de juízo para considerar um projeto de sentença e adotá-lo, analisando, em particular, os argumentos finais escritos pelas partes.³⁹

Nenhuma das opiniões expressadas na referida deliberação privada revela falta de imparcialidade ou permite inferir a existência de uma predisposição contrária ao Estado. Nenhuma dessas opiniões expressa uma inclinação diferente daquela que corresponde a uma opinião jurídica bem fundamentada.⁴⁰

Com base nisso, a Corte IDH concluiu que “os juízes Diego García-Sayán e Manuel Ventura Robles não haviam incorrido em nenhuma das causas estatutárias de impedimento, nem haviam praticado nenhum ato que permiti[sse] questionar sua imparcialidade”⁴¹. No caso do secretário da Corte IDH, o argumento do Estado foi considerado improcedente, uma vez que aquele “não possu[ía] qualidade de juiz nem poder de decisão nos casos sob a jurisdição da Corte”.⁴²

Além das questões relacionadas ao cuidado com informação reservada, o precedente que a Venezuela abriu ao questionar diretamente vários integrantes da Corte IDH é relevante, pois qualquer funcionário público pode e deve estar sujeito a escrutínio, especialmente quando se trata de uma autoridade judicial. Evidentemente, para ter procedência, esse questionamento legítimo deve partir de bases objetivas sólidas, a fim de que esta prerrogativa prevista no Regulamento da Corte IDH surta os efeitos para os quais foi criada, não transcendendo a outros âmbitos além do estritamente jurídico.

37 Corte IDH. *Caso Granier e outros (Rádio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Resolução de 6 de fevereiro de 2014, § 18.

38 *Ibidem*, § 18.

39 *Ibidem*, § 21.

40 *Ibidem*, § 22, *in fine*.

41 *Ibidem*, § 23.

42 *Ibidem*, § 25, *in fine*.

1.3. O prazo para inscrição de candidatos e a responsabilidade na eleição dos integrantes

O Estatuto da Corte IDH detalha o procedimento para a eleição de juízes, o qual inicia quando o Secretário-Geral da OEA solicita aos Estados partes da Organização que apresentem um ou mais candidatos. Este anúncio deve ser feito seis meses antes da celebração da Assembleia Geral da OEA, na qual serão preenchidas as vagas dos juízes cujo mandato está prestes a expirar, escolhendo entre os candidatos apresentados⁴³. Após isso, pelo menos 90 dias antes da realização da Assembleia Geral, os Estados deverão apresentar seus respectivos candidatos (que, conforme estabelecido no artigo 53.2, podem ser até três) e, no caso de propor uma lista restrita, se respeitará a cláusula convencional que estabelece que ao menos uma dessas pessoas deve ser nacional do Estado proponente.

Uma vez recebidas as candidaturas, o Estatuto estabelece que a Secretaria-Geral deverá comunicar o mesmo aos Estados partes, mediante uma lista em ordem alfabética.⁴⁴ Finalmente, o artigo 8.3 do Estatuto da Corte IDH estabelece que “quando se tratar de vagas da Corte, bem como nos casos de morte ou de incapacidade permanente de um candidato, os prazos anteriores serão reduzidos de maneira razoável a juízo do Secretário-Geral da OEA.”

Em relação à eleição propriamente dita, o artigo 9 do Estatuto estabelece as regras a seguir:

Artigo 9. Votação 1. A eleição dos juízes é feita por votação secreta e pela maioria absoluta dos Estados Partes da Convenção, dentre os candidatos a que se refere o artigo 7 deste Estatuto. 2. Entre os candidatos que obtiverem a citada maioria absoluta, serão considerados eleitos os que receberem o maior número de votos. Se forem necessárias várias votações, serão eliminados sucessivamente os candidatos que receberem menor número de votos, segundo o determinem os Estados Partes.

A respeito do prazo, assim como a rigidez no cumprimento do processo de eleição, é um aspecto que foi tratado com seriedade por parte da Secretaria-Geral da OEA e pelos Estados parte da CADH. Em geral, a primeira publica em seu site na internet os diferentes registros de candidatura tanto para a CIDH quanto para a Corte IDH, bem como para qualquer outro órgão da OEA, que deve ter o aval da Assembleia Geral ou dos Estados que formam parte do tratado.

1.4 Período para exercer o mandato

As regras previstas no artigo 54 da CADH são aprofundadas tanto no Estatuto⁴⁵ como no Regulamento da Corte IDH, o que é substancial, pois não é excepcional que os juízes devam conhecer diferentes assuntos que, em princípio, eram tidos como resolvidos.

Um exemplo do exposto acima tem a ver com a participação dos juízes que deixaram seu cargo quando alguma das partes no processo apresenta um pedido de interpretação da sentença. Este foi o caso do então juiz Antônio Augusto Cançado Trindade que, depois de concluir seu mandato como juiz

43 Cf. Art. 8.1. do Estatuto da Corte IDH.

44 Cf. Art. 8.2. do Estatuto da Corte IDH. Tal disposição também prevê que o Secretário-Geral divulgará a lista acima mencionada aos Estados Partes “se for possível, pelo menos trinta dias antes do próximo período de sessões da Assembleia Geral da OEA”.

45 O artigo 5 do Estatuto da Corte IDH (modificado pela resolução AG / RES.625 (XII-O / 82) da Assembleia Geral da OEA de novembro de 1982) estabelece o seguinte: “[A]rtigo 5. Mandato dos juízes: 1. Os juízes da Corte serão eleitos para um mandato de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez. O juiz eleito para substituir outro cujo mandato não haja expirado, completará o mandato deste. 2. Os mandatos dos juízes serão contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao de sua eleição e estender-se-ão até 31 de dezembro do ano de sua conclusão. 3. Os juízes permanecerão em exercício até a conclusão de seu mandato. Não obstante, continuarão conhecendo dos casos a que se tiverem dedicado e que se encontrarem em fase de sentença, para cujo efeito não serão substituídos pelos novos juízes eleitos.”

da Corte IDH, voltou a participar da deliberação dos pedidos de interpretação de sentença apresentados pelo Peru nos casos *La Cantuta e Trabajadores Demitidos do Congreso*.⁴⁶

2. Juízes nacionais de casos submetidos à Corte IDH e juízes ad hoc (artigo 55 da CADH)

Artigo 55

1. O juiz que for nacional de algum dos Estados Partes no caso submetido à Corte, conservará o seu direito de conhecer do mesmo.
2. Se um dos juízes chamados a conhecer do caso for de nacionalidade de um dos Estados Partes, outro Estado Parte no caso poderá designar uma pessoa de sua escolha para fazer parte da Corte na qualidade de juiz ad hoc.
3. Se, dentre os juízes chamados a conhecer do caso, nenhum for da nacionalidade dos Estados Partes, cada um destes poderá designar um juiz ad hoc.
4. ^WO juiz ad hoc deve reunir os requisitos indicados no artigo 52.
5. Se vários Estados Partes na Convenção tiverem o mesmo interesse no caso, serão considerados como uma só Parte, para os fins das disposições anteriores. Em caso de dúvida, a Corte decidirá.

A figura do juiz *ad hoc* era altamente controversa até a Corte IDH emitir um parecer consultivo - a pedido do governo argentino -, no qual se referiu aos dois casos em que a consulta foi registrada: por um lado, a figura do juiz *ad hoc* e, por outro, a prerrogativa que tem um juiz nacional de um Estado demandado de continuar conhecendo uma questão contra ele.

Em relação ao primeiro tema submetido à consulta, a Corte IDH decidiu reservar a figura do juiz *ad hoc* somente para os casos de denúncias entre Estados⁴⁷, explicando que “do sentido recorrente da expressão ‘algum dos Estados Partes no caso’”, referida no artigo 55.1 da CADH, se desprende a aplicação desta disposição à hipótese de participação de mais de um Estado parte em uma controvérsia, ou seja, a casos contenciosos originados em comunicações interestaduais.⁴⁸ Ademais, a Corte IDH determinou que:

[...] A intervenção do juiz *ad hoc* não deve ser estendida aos procedimentos para os quais não está expressamente prevista [...]. Desse modo, embora o Tribunal garanta a proteção dos direitos reconhecidos pela Convenção Americana, também assegura, tanto aos Estados Partes que

46 Cf. Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Interpretação da Sentença de MRC. 2007. Corte IDH. *Caso Trabajadores Demitidos do Congreso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*. Pedido de Interpretação de Sentença de EPMRC. 2007.

47 O artigo 45 da CADH estabelece a possibilidade de registrar denúncias interestatais. Até o momento, apenas duas foram apresentadas à CIDH, mas nenhuma foi submetida à Corte IDH. A primeira petição interestatal - apresentada pela Nicarágua contra a Costa Rica - foi rejeitada pela CIDH, *ver* CIDH. Relatório nº 11/07, Caso Interestatal 06/01, *Nicarágua vs. Costa Rica*, 8 de março de 2007. A segunda petição decorreu de uma ação do Equador contra a Colômbia pela suposta execução extrajudicial do cidadão equatoriano Franklin Guillermo Aisalla Molina por agentes colombianos no âmbito da “Operação Fénix”, na qual foi realizado um bombardeio a um acampamento das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), localizado no município fronteiriço de Lago Agrio, entre o Equador e a Colômbia. Este caso foi declarado admissível, *ver* CIDH. Relatório nº 112/10, Petição Interestatal, PI-02, Admissibilidade. *Franklin Guillermo Aisalla Molina Equador - Colômbia*, 21 de outubro de 2010. Para uma análise mais aprofundada desses dois casos, consulte a seção 2 ‘Comunicações Interestatais’ do comentário aos artigos 44-47 sobre a Competência da CIDH, a cargo de Tojo.

48 Cf. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-20/09, *op. cit.*, § 174.

reconheceram a jurisdição da Corte como às supostas vítimas, o estrito respeito às suas normas de natureza processual, de acordo com o sentido e o alcance das mesmas [...].⁴⁹

Por outro lado, em relação ao segundo tema da consulta, a Corte IDH iniciou seu raciocínio rejeitando o argumento de que:

[...] somente a nacionalidade do juiz que deve conhecer de um caso contencioso originado em uma petição individual contra o Estado de que ostenta a referida nacionalidade não é uma qualidade que, por si mesma e a priori, possa suscitar suspeitas sobre sua falta de imparcialidade ou sobre sua falta de independência.⁵⁰

No entanto, uma vez estabelecido o mencionado, fez um relato da prática judicial interamericana, bem como uma análise comparativa do que acontece em órgãos de natureza semelhante:

[...] a Corte adverte que, na grande maioria dos casos que foram levados ao seu conhecimento, alguns dos juízes titulares ostentavam a nacionalidade do Estado demandado e que, desde seus primeiros casos [...] entenderam como uma faculdade de participar ou não de qualquer tipo de controvérsia. Não obstante, em um grande número de casos contenciosos submetidos pela Comissão Interamericana, os juízes titulares se inibiram de participar quando possuíam a mesma nacionalidade do Estado demandado. Essa tendência foi reforçada nos últimos anos, [...] revelando um consenso crescente de que juízes nacionais não devem participar do conhecimento desses casos.⁵¹

Por todo o exposto, a Corte IDH concluiu na parte resolutiva do parecer consultivo:

1. Que conforme o artigo 55.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a possibilidade dos Estados parte no caso submetido à Corte IDH de nomear um juiz *ad hoc* para que integre o Tribunal, quando no mesmo não houver um juiz de sua nacionalidade, se restringe àqueles casos contenciosos originados em comunicações interestatais (artigo 45 do instrumento), e que não é possível derivar um direito similar em favor dos Estados parte em casos originados em petições individuais (artigo 44 do tratado).
2. Que o juiz nacional do Estado demandado não deve participar do conhecimento de casos contenciosos originados em petições individuais.⁵²

O atual Regulamento da Corte IDH foi modificado para refletir o precedente jurisprudencial nas suas próprias normas internas, portanto o artigo 20 deste regulamento é intitulado “Juízes *ad hoc* em casos inter-estatais”.⁵³

49 *Ibidem*, § 39.

50 *Ibidem*, § 81.

51 *Ibidem*, § 82.

52 *Ibidem*, resoluções 1 e 2.

53 Essa disposição estabelece o seguinte: “artigo 20. Juízes *ad hoc* em casos interestatais. 1. Quando se apresente um caso previsto no artigo 45 da Convenção, a Presidência, por meio da Secretaria, informará aos Estados mencionados no referido artigo sobre a possibilidade de designarem um Juiz *ad hoc* dentro dos 30 dias seguintes à notificação da demanda. 2. Quando parecer que dois ou mais Estados têm um interesse comum, a Presidência informá-los-á sobre a possibilidade de designar em conjunto um Juiz *ad hoc*, na forma prevista no artigo 10 do Estatuto. Se dentro dos 30 dias seguintes à última notificação da demanda, esses Estados não houverem comunicado seu acordo à Corte, cada um deles poderá apresentar o seu candidato dentro dos 15 dias seguintes. Decorrido esse prazo e tendo sido apresentados vários candidatos, a Presidência procederá à escolha, mediante sorteio, de um Juiz *ad hoc* comum, a qual comunicará aos interessados. 3. Se os Estados interessados não fazem uso de seu direito, nos prazos assinalados nos incisos precedentes, considerar-se-á que renunciaram ao seu exercício. 4. O Secretário comunicará à Comissão Interamericana, aos representantes da suposta vítima e, segundo o caso, ao Estado demandante ou ao Estado demandado a designação de Juízes *ad hoc*. 5. O Juiz *ad hoc* prestará juramento na primeira sessão dedicada ao exame do caso para o qual houver sido designado. 6. Os Juízes *ad hoc* perceberão emolumentos nas mesmas condições previstas para os Juízes titulares.”

3.0 funcionamento da Corte IDH (artigo 56 da CADH)

Artigo 56

O quorum para as deliberações da Corte é constituído por cinco juízes.

A disposição citada tem uma réplica idêntica no artigo 14 do regulamento vigente. Até o momento, a Corte IDH não se encontrou numa situação na qual devesse colocar em prática o pressuposto estabelecido nesta disposição. Em algumas ocasiões, contou-se com a participação de seis juízes em virtude da escusa ou recusa de algum deles, ou pela ausência derivada de questões de força maior ou de saúde de qualquer um de seus membros.

No entanto, dado que o regulamento a habilita a fazê-lo e tendo em vista o aumento do número de questões e casos que lhe são apresentados, a Corte IDH começou a se ‘dividir’ a fim de aliviar as pautas. Essa repartição é particularmente usada em audiências privadas de supervisão de sentenças, constituindo-se em uma espécie de câmaras no estilo do TEDH.⁵⁴

4. Papel e competências da CIDH nos procedimentos perante a Corte IDH (artigo 57 da CADH)

Artigo 57

A Comissão comparecerá em todos os casos perante a Corte.

Uma das questões mais importantes que impactaram as reformas do Regulamento da Corte IDH se refere ao papel da CIDH nos casos que lhe são submetidos. Essa discussão foi levantada desde as reformas ao regulamento de 2000 e, paulatinamente, refletiu-se nos distintos regulamentos e modificações normativas subsequentes adotados pela Corte IDH.

Durante as décadas dos anos 80 e 90, a CIDH contava com uma ampla discricionariedade para decidir os casos que submeteria à jurisdição contenciosa da Corte IDH; nesta época, as supostas vítimas não eram parte com legitimação ativa no processo, e por isso, seu papel era periférico. As mais recentes reformas do Regulamento da Corte IDH, e sua própria prática, outorgam à CIDH uma menor intervenção perante a Corte IDH, o que se refletiu na participação que possui no processo contencioso (particularmente na apresentação de provas e nas audiências públicas), bem como na substituição da instância interamericana por uma nova figura, denominada ‘defensor interamericano’.

De fato, a participação da CIDH no processo contencioso continua sendo restringida conforme se realizam reformas ao Regulamento da Corte IDH. A exposição de motivos da última reforma do Regulamento detalha precisamente que o papel da CIDH foi a principal modificação realizada nos regulamentos em questão:

A principal reforma que o novo Regulamento introduz é o papel da Comissão no procedimento perante a Corte. Em relação a esta questão, os diferentes atores do sistema que participaram desta consulta se referiram à conveniência de modificar alguns aspectos da participação da Comissão no procedimento da Corte, outorgando maior protagonismo ao litígio entre representantes das vítimas ou supostas vítimas e o Estado demandado, permitindo à Comissão desempenhar um papel de órgão do sistema interamericano, fortalecendo, assim, o equilíbrio processual entre as partes.

54 O artigo 6 do Regulamento da Corte prevê a formação de uma comissão permanente, bem como de qualquer outra que seja considerada relevante para assuntos específicos.

Concordaram com a relevância de que o início do procedimento perante a Corte IDH seja realizado mediante a apresentação do relatório a que se refere o artigo 50 da Convenção. *Ao enviar este relatório, a Comissão deve apresentar os motivos que a levaram a submeter o caso à Corte.* Além disso, ao contrário do Regulamento anterior, a Comissão não pode oferecer testemunhas e declarações de supostas vítimas, e, de acordo com o artigo acima mencionado, somente em determinadas circunstâncias pode oferecer peritos. Da mesma forma, nos casos em que é realizada uma audiência, a Comissão iniciará a mesma, indicando os motivos que a levaram a apresentar o caso. Os interrogatórios poderão ser feitos pelos representantes das supostas vítimas e do Estado. A Comissão poderá interrogar os peritos na situação prevista no artigo 52. Ao encerrar a etapa das alegações, prevista no artigo 51.7, A Comissão apresentará suas observações finais, conforme estabelecido no parágrafo 8 do mesmo artigo. Cabe ressaltar que este novo procedimento foi detalhadamente discutido com a Comissão.⁵⁵

Por certo, a reforma regulamentar também deixa à discricionariedade da CIDH a apresentação de argumentos finais escritos e, em geral, sujeita sua participação quando exista uma questão que possa “afetar a ordem jurídica interamericana”.⁵⁶

A restrição à participação da CIDH deveu-se particularmente a uma demanda dos Estados em relação à igualdade processual, uma vez que se alegava que, diferentemente deles, em qualquer litígio, duas partes (vítimas e CIDH) apresentavam argumentos e provas para demonstrar responsabilidade estatal, o que não garantia um equilíbrio adequado.⁵⁷

Não obstante os atuais papéis e competência da CIDH nos procedimentos perante a Corte IDH, esse órgão continua sendo a instância que encaminha os casos e delimita os fatos da disputa que são matéria de análise por parte da Corte IDH. Analisaremos esses aspectos posteriormente.⁵⁸

O litígio perante a Corte IDH é cada vez mais especializado e as vítimas, ou os próprios defensores públicos interamericanos, raramente têm a capacidade de conhecer detalhadamente os critérios, jurisprudência e procedimentos adicionais aos estabelecidos no Regulamento (por exemplo, alguns prazos relacionados com a resolução de convocatória para audiência, pedido de provas para melhor resolver, etc.). Da mesma forma, poucas vítimas e seus representantes (exceto aqueles que são usuários habituais do SIDH) podem entender o impacto que o litígio de um caso pode ter sobre os demais. Nesse sentido, a participação ativa da CIDH pode ser fundamental para insistir na coerência das decisões da Corte IDH.

55 Corte IDH. Exposição dos motivos da Reforma do Regulamento, p. 2. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_motivos_esp.pdf (data de último acesso: 25/06/2017).

56 Por exemplo, o inciso f do artigo 35 do Regulamento (relativo à submissão do caso pela CIDH), parece restringir que somente “quando se afetar de maneira relevante a ordem pública interamericana dos Direitos Humanos, a eventual designação dos peritos, indicando o objeto de suas declarações e acompanhando seu currículo”.

57 Embora as avaliações dos Estados fossem estritamente verdadeiras numericamente, valeria a pena fazer uma análise mais detalhada, pois, em várias ocasiões, as vítimas não concordam com as alegações apresentadas pela CIDH e, além disso, com as alegações do Estado feitas pela falsa suposição de igualdade entre as partes, o que raramente ocorre em litígios sobre Direitos Humanos, uma vez que os Estados têm mais recursos e poder em relação às vítimas.

58 Ver os comentários aos artigos 44 a 47 sobre a Competência da CIDH e a seção 3 ‘Procedimento de mérito’ dos comentários aos artigos 48 a 51 sobre o Procedimento perante a CIDH, todos a cargo de Tojo.

5. Sede da Corte IDH (artigo 58 da CADH)

Artigo 58

1. A Corte terá sua sede no lugar que for determinado, na Assembleia Geral da Organização, pelos Estados Partes na Convenção, mas poderá realizar reuniões no território de qualquer Estado membro da Organização dos Estados Americanos em que o considerar conveniente pela maioria dos seus membros e mediante prévia aquiescência do Estado respectivo. Os Estados Partes na Convenção podem, na Assembléia Geral, por dois terços dos seus votos, mudar a sede da Corte.
2. A Corte designará seu Secretário.
3. O Secretário residirá na sede da Corte e deverá assistir às reuniões que ela realizar fora da mesma.

5.1 Sede ordinária

Uma vez alcançadas as onze ratificações necessárias para a entrada em vigor da CADH, a Assembleia Geral da OEA resolveu “[r]ecomendar que a sede da Corte Interamericana de Direitos Humanos [fosse] estabelecida oportunamente na Costa Rica”⁵⁹. A referida resolução foi reafirmada pelo artigo 3 do Estatuto da recém criada Corte IDH, o qual estabeleceu o seguinte:

Artigo 3. Sede

1. A Corte terá sua sede em San José, Costa Rica; poderá, entretanto, realizar reuniões em qualquer Estado membro da Organização dos Estados Americanos (OEA), quando a maioria dos seus membros considerar conveniente, e mediante aquiescência prévia do Estado respectivo.
2. A sede da corte pode ser mudada pelo voto de dois terços dos Estados Partes da Convenção na Assembleia Geral da OEA..

Desde 1979, a Corte IDH está sediada em San José, Costa Rica, para o que foi assinado um acordo com o Governo deste país,⁶⁰ a fim de estabelecer claramente os compromissos assumidos pelo país ao permitir a instalação e funcionamento regular da Corte IDH em seu território.⁶¹

Em tal documento (conhecido como Convênio Sede), são apresentadas questões relacionadas com a personalidade jurídica e a organização da Corte IDH (capítulo I); a capacidade legal, privilégios e imunidades da Corte IDH (capítulo II); as imunidades e privilégios de seus juízes (capítulo III), seu secretariado (capítulo IV) e do pessoal do tribunal (capítulo V). O instrumento também inclui “prerrogativas de cortesia diplomática” (capítulo VI), um capítulo sobre questões migratórias (capítulo VII), e estabelece critérios sobre a contribuição que o país fará ao funcionamento da Corte IDH.⁶² Finalmente, o Convênio Sede reitera as imunidades que serão dadas às pessoas que comparecerem perante a Corte IDH (capítulo XXX) e, de maneira especialmente relevante, no último parágrafo, se reconhece a mesma faixa de obrigatoriedade entre as decisões das autoridades da Costa Rica com “as resoluções da Corte e, no seu caso, do seu Presidente [...]”.⁶³

5.2 Sede extraordinária

Há muito tempo, a Corte começou a realizar sessões fora de sua sede em San José, o que se tornou uma prática constante da Corte IDH.⁶⁴ O objetivo de tais atividades é aproximar sua operação de pessoas que raramente tinham acesso ao seu procedimento (embora hoje a tecnologia da informação e a vontade da Corte IDH tenham facilitado o acompanhamento das audiências por meio de seu site). A maturação da ideia inicial é narrada da seguinte forma:

No ano de 2004, a Corte IDH ponderou sobre a evolução que estava experimentado o Sistema Interamericano de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos [...] de maneira geral e em seu

trabalho em particular, e observava a necessidade urgente de difundir e tornar mais próxima sua atuação dos diferentes atores nacionais dos países sobre os quais tinha jurisdição. Portanto, o dilema era como fazer a difusão do Sistema Interamericano de modo geral e de sua atuação em especial em diversos países, sem esquecer a função primordial da Corte, que é o despacho eficiente das matérias que chegam ao seu conhecimento. Através dessa escolha nasceu a ideia de realizar períodos extraordinários de sessões fora da sede, pois isso permitiria conjugar o despacho das matérias sob seu conhecimento e difundir o Sistema Interamericano, especialmente seu trabalho e jurisprudência.⁶⁵

A primeira sessão com essa modalidade de “promoção” foi realizada em 2005.⁶⁶ Desde então, a Corte IDH realizou sessões em pelo menos 15 países do continente americano. Essas audiências foram realizadas em períodos extraordinários de sessões – além dos oito períodos ordinários em que a Corte se reúne por ano - e com o financiamento da cooperação europeia.⁶⁷

A Corte IDH usa seus períodos extraordinários de sessões para realizar atividades acadêmicas e para manter reuniões com diferentes funcionários públicos. Da mesma forma, uma das regras mantidas desde o início é que a Corte não conhecerá nenhuma matéria relacionada ao país em que realiza seu período de sessões.

6. A Secretaria da Corte IDH (artigo 59 da CADH)

Artigo 59

A Secretaria da Corte será por esta estabelecida e funcionará sob a direção do Secretário da Corte, de acordo com as normas administrativas da Secretaria-Geral da Organização em tudo o que não for incompatível com a independência da Corte. Seus funcionários serão nomeados pelo Secretário-Geral da Organização, em consulta com o Secretário da Corte.

Tanto o Estatuto como o Regulamento da Corte IDH⁶⁸ contêm disposições específicas sobre a equipe da Secretaria da Corte IDH. O primeiro deles prevê o seguinte:

Artigo 14. Secretaria

1. A Secretaria da Corte funcionará sob a imediata autoridade do Secretário, de acordo com as normas administrativas da Secretaria-Geral da OEA no que não for incompatível com a independência da Corte.
2. O Secretário será nomeado pela Corte. Será funcionário de confiança da Corte, com dedicação exclusiva, terá seu escritório na sede e deverá assistir às reuniões que a Corte realizar fora dela.
3. Haverá um Secretário Adjunto que auxiliará o Secretário em seus trabalhos e o substituirá em suas ausências temporárias.
4. O pessoal da Secretaria será nomeado pelo Secretário-Geral da OEA em consulta com o Secretário da Corte..

65 Saavedra Alessandri, P. e Pacheco Arias, G. “Las sesiones ‘itinerantes’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América”, em García Ramírez, S. e Castañeda Hernández, M. *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*. IJ UNAM, SRE, OEA, 2009, pp. 37-38. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2740/8.pdf> (data de último acesso: 05/07/2017).

66 *Ibidem*, p. 38.

67 *Idem*.

68 O Regulamento da Corte IDH estabelece o procedimento de eleição tanto do secretário/a como do secretário/a adjunto. De igual maneira, estão previstas as formalidades para sua nomeação e suas atribuições, vide Regulamento da Corte IDH, artigos 7 a 10 (capítulo II: da Secretaria).

Da mesma maneira, as atribuições do Secretário também encontram uma base regulamentar no artigo 10,⁶⁹ e respondem à execução das determinações da sessão plenária ou da presidência, bem como às responsabilidades administrativas derivadas da atuação do dia a dia da Corte IDH.

Na história da Corte IDH, três secretários estiveram no cargo: Charles Moyer, Manuel Ventura e Pablo Saavedra (que ainda está no cargo). Além disso, há uma Secretaria adjunta⁷⁰ (a cargo de Emilia Segares) e um grupo de advogados e advogadas que acompanham permanentemente o mandato da Corte IDH e que podem assumir a responsabilidade temporária da Secretaria por determinação prévia e na ausência dos dois primeiros (artigo 8.3 do Regulamento). Todas as pessoas que integram a Secretaria estão obrigadas a manter em sigilo os assuntos sob o conhecimento da Corte IDH, para o que prestarão juramento perante quem presida a Corte IDH (artigo 9 do Regulamento).

Em virtude de que os juízes da Corte IDH não prestam seus serviços em período integral, a atuação da Secretaria se torna fundamental. Não obstante, o Regulamento da Corte IDH também estabelece a organização de seus integrantes, a fim de que conte com uma presidência e vice-presidência que se renovam a cada dois anos.⁷¹

7. Estatuto e Regulamento da Corte IDH (artigo 60 da CADH)

Artigo 60

A Corte elaborará seu estatuto e submetê-lo-á à aprovação da Assembleia Geral e expedirá seu regimento.

A Corte IDH teve seis normas reguladoras aprovadas em 1980, 1991, 1996, 2000, 2003 e 2009.⁷² A modificação dos regulamentos da Corte IDH ao longo do tempo reflete sua prática e experiência em diferentes âmbitos.

A evolução do conteúdo dos quatro primeiros regulamentos da Corte IDH foi explicada da seguinte maneira. O primeiro Regulamento da Corte IDH, de 1980, teve uma influência marcante no Regulamento da Corte Internacional de Justiça, o qual fazia com que “o procedimento, especialmente para casos contenciosos, fosse particularmente lento.”⁷³ O segundo Regulamento, de 1991, começou a estabelecer prazos que deveriam ser cumpridos pelas partes envolvidas em um processo contencioso. Este “foi o início de um processo de racionalização e simplificação do procedimento”.⁷⁴ O terceiro regulamento, de 1996, modificou alguns prazos do procedimento contencioso (em atenção aos vários pedidos de prorrogação feitos pelas partes); adicionalmente:

especificou tanto a terminologia como a própria estrutura do procedimento perante o Tribunal [... e.] pela primeira vez, [...] estabeleceu os momentos processuais para as partes apresentarem a prova correspondente às diferentes etapas do procedimento, salvaguardando a possibilidade

69 Esse artigo estabelece o seguinte: “[a]rtigo 10. Atribuições do Secretário [...] a. notificar as sentenças, opiniões consultivas, resoluções e demais decisões da Corte; b. lavrar as atas das sessões da Corte; c. assistir às reuniões que a Corte realize dentro ou fora da sua sede; d. dar trâmite à correspondência da Corte; e. certificar a autenticidade de documentos; f. dirigir a administração da Corte, de acordo com as instruções da Presidência; g. preparar os projetos de programas de trabalho, regulamentos e orçamentos da Corte; h. planejar, dirigir e coordenar o trabalho do pessoal da Corte; i. executar as tarefas das quais seja incumbido pela Corte ou pela Presidência; j. as demais atribuições estabelecidas no Estatuto ou neste Regulamento.”

70 Cf. Artigo 8 do Regulamento.

71 As atribuições de ambas se encontram regulamentadas pelos artigos 4 e 5, respectivamente, do Regulamento.

72 Os textos completos estão disponíveis no seguinte link: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/reglamento/reglamento-vigente> (data do último acesso: 01/07/2017).

73 Cançado Trindade, A. A. El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ACNUR, San José, 2003, p. 33.

74 *Ibidem*, p. 34.

de apresentação extemporânea de prova em casos de força maior, impedimento grave ou fatos supervenientes.⁷⁵

Esse regulamento ampliou a possibilidade da Corte IDH de solicitar prova para melhor decidir; incluiu diferentes modalidades de conclusão antecipada do processo, e eliminou trâmites desnecessários como a convocação de uma audiência para dar leitura à sentença. No entanto, sem dúvida, a modificação mais importante se refletiu na incipiente participação autônoma das vítimas na etapa de reparação do processo contencioso, cujos representantes “havia sido, nos últimos anos, integrados à delegação da Comissão Interamericana com a designação eufemística de ‘assistentes’ da mesma”.⁷⁶

A reforma do quarto Regulamento, de 2000, ocorreu após várias discussões tanto técnicas como dentro do âmbito da OEA. Essa modificação,

[...] foi acompanhada de propostas concretas para aperfeiçoar e fortalecer o mecanismo de proteção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. As alterações regulamentares incidiram na racionalização dos atos processuais, em matéria probatória e medidas provisórias de proteção; mas a modificação de maior transcendência constituiu na atribuição de participação direta das supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes, em todas as etapas do procedimento perante a Corte [...].⁷⁷

Outras reformas introduzidas tinham por objetivo assegurar uma maior celeridade no processo perante a Corte IDH, e foi assim que, de acordo com esta regulamentação, as etapas de mérito, de exceções preliminares e de reparações foram unificadas a fim de que o trâmite (tanto escrito como oral) fosse mais ágil e, salvo casos excepcionais, se pudesse proferir uma única sentença no lugar de três.

As alterações regulamentares de 2003 foram uma resposta a questões surgidas quando o Regulamento do ano 2000 foi colocado em prática, sobretudo no que diz respeito aos prazos a serem observados pelas partes.⁷⁸ Da mesma forma, foi incluída a figura do *affidávit*; foi estabelecido que a CIDH atuaria como representante caso as vítimas não tivessem representante legal; foram concedidas algumas possibilidades aos juízes e ao pessoal da Secretaria; e se:

[...] abriu a possibilidade para que as medidas provisórias pudessem ser solicitadas diretamente à Corte por parte das vítimas, seus familiares ou representantes, quando estas medidas estivessem relacionadas com casos que já se encontravam sob o conhecimento da Corte. Antes desta reforma, o pedido de adoção de medidas provisórias deveria ser feito pela Comissão em todos os casos.⁷⁹

As reformas de janeiro de 2009 tiveram como finalidade avançar na adoção de maior terminologia, incluir novas figuras (como o defensor público interamericano e a ordem jurídica interamericana); e regulamentar tanto práticas antigas (v.g. a apresentação de relatórios de *amicus curiae*,⁸⁰ e o objeto das

75 *Ibidem*, p. 37.

76 Cançado Trindade, A. A., op. cit., p. 38. No mesmo sentido, ver Cejil. *Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos. La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, op. cit.

77 Cançado Trindade, A. A. op. cit., p. 46.

78 Alguns desses prazos foram ampliados e foram tornados improrrogáveis (por exemplo, a apresentação da petição inicial das vítimas e a contestação do Estado demandado), enquanto outros foram regulamentados (como a apresentação de anexos).

79 Cejil. *Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos. La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, op. cit., p. 130.

80 Geralmente, a Corte IDH utilizava o artigo relacionado com “outros atos do procedimento escrito” para proporcionar a apresentação de *amicus curiae*. Como foi explicado na época, “[a] Corte recebe regularmente escritos de *amicus curiae*, embora não exista uma disposição específica que regule sua apresentação”. Cf. Sepúlveda, M. et al. *Universal and Regional Human Rights Protection. Cases and Commentaries*. University for Peace, San José, 2004, p. 21. Não obstante isso, atualmente a Corte IDH não apenas regulamentou a apresentação do mesmo em uma disposição específica de seu Regulamento (artigo 44), distinguindo-o da possibilidade de realização de outros atos do procedimento escrito (artigo 43), como também pela primeira vez tal regulamentação incluiu uma definição de tal figura ao descrevê-la como “a pessoa ou instituição alheia ao litígio e ao processo que apresenta argumentações à Corte em relação

provas prestadas em audiência pública), como outras mais atuais (e.g. as sessões fora da sede, publicidade das audiências e supervisão de decisões). Do mesmo modo, o termo “familiar”, que costumava ser utilizado para denominar as vítimas em distintas disposições, foi eliminado; os prazos que o Estado e a vítima têm para apresentar documentos iniciais foram igualados (dois meses, respectivamente); e se restringiu a oportunidade processual de se objetar testemunhas ou peritos. A importância das vítimas serem protegidas (não apenas os declarantes) foi reconhecida; foi facultado à Secretaria da Corte IDH a possibilidade de realização de diligências *motu proprio*; a figura do juiz *ad hoc* foi restrita para denúncias interestatais; e a competência da Corte IDH foi estendida a outras figuras, como medidas provisórias. Ainda, uma das reformas de mais importantes foi a diminuição do papel da CIDH no processo contencioso perante a Corte IDH.

Finalmente, as reformas de novembro de 2009 se concentraram no papel da CIDH; a limitação de no máximo três representantes comuns e a avaliação de prazos diversos, quando existentes; a regulamentação do uso de meios eletrônicos; as provas; o escrito inicial das vítimas; a sistematização de diversas práticas processuais; a ampliação da proteção dos e das representantes; a regulamentação da submissão de denúncias interestatais; e a retificação das sentenças.⁸¹

À luz do Regulamento, existe uma norma que foi utilizada em diferentes casos: o fundo de prova, que será discutido na próxima seção.

aos fatos contidos na submissão do caso ou formula considerações jurídicas sobre a matéria do processo, através de um documento ou de uma alegação em audiência”. Cf. art. 2, “definições”.

81 Ver Corte IDH. Exposição de motivos da Reforma do Regulamento, *op.cit.*

Notas explicativas para o leitor

O comentário ao Capítulo VIII da CADH (Disposições Comuns da Corte IDH) está dividido em duas seções. Os artigos 52 a 60 são analisados na primeira seção, e os artigos 61 a 62 e 64 a 69 na segunda seção.

Para uma melhor análise, este comentário difere da estrutura seguida nos outros textos que compõem a obra, de modo que, no início de cada uma das seções, o leitor encontre a bibliografia e o conteúdo, enquanto que as disposições dos artigos da CADH analisados em cada seção serão transcritas ao longo do comentário.

O artigo 63 da CADH (reparações e medidas provisórias) é analisado em um texto independente, que se encontra ao final do comentário ao artigo 69.

Seção 2. Competência e funções

Bibliografia

Normas relevantes

Regulamento da Corte IDH de 2009. Aprovado pela Corte IDH em seu LXXXV período ordinário de sessões, celebrada de 16 a 28 de novembro de 2009. Doravante: Regulamento da Corte IDH.

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Exceções Preliminares. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C n.º 1. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. EP. 1987.

Corte IDH. *Caso Fairén Garbí e Solís Corrales vs. Honduras*. Exceções Preliminares. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C n.º 2. Doravante: Corte IDH. *Caso Fairén Garbí e Solís Corrales vs. Honduras*. EP. 1987.

Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Exceções Preliminares. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C n.º 3. Doravante: Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. EP. 1987.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C n.º 4. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparações e Custas. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C n.º 7. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989.

Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Reparações e Custas. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C n.º 8. Doravante: Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. RC. 1989.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. Reparações e Custas. Sentença de 10 de setembro de 1993. Série C n.º 15. Doravante: Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. RC. 1993.

Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Interpretação da Sentença de Reparações e Custas. Resolução da Corte de 16 de abril de 1997. Série C n.º 46. Doravante: Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Interpretação da Sentença de RC. Resolução. 1997.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Interpretação da Sentença de Mérito. Resolução da Corte de 8 de março de 1998. Série C n.º 47. Doravante: Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Interpretação da Sentença de M. Resolução. 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C n.º 52. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. MRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C n.º 54. Doravante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. 1999.

Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C n.º 55. Doravante: Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. 1999.

Corte IDH. *Caso das “Crianças de rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C n.º 63. Doravante: Corte IDH. *Caso das “Crianças de rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*.

M. 1999.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de fevereiro de 2001. Série C n.º 72. Doravante: Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C n.º 74. Doravante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad e Tobago*. Exceções Preliminares. Sentença de 1 de setembro de 2001. Série C n.º 80. Doravante: Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad e Tobago*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Exceções Preliminares. Sentença de 1 de setembro de 2001. Série C n.º 81. Doravante: Corte IDH. *Caso Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Constantine e outros vs. Trinidad e Tobago*. Exceções Preliminares. Sentença de 1 de setembro de 2001. Série C n.º 82. Doravante: Corte IDH. *Caso Constantine e outros vs. Trinidad e Tobago*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Exceções Preliminares. Sentença de 7 de setembro de 2001. Série C n.º 85. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C n.º 98. Doravante: Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Peru*. MRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C n.º 101. Doravante: Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 4 de maio de 2004. Série C n.º 106. Doravante: Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. M. 2004.

Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. Exceções Preliminares. Sentença de 23 de novembro de 2004. Série C n.º 118. Doravante: Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. EP. 2004.

Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C n.º 130. Doravante: Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 9 de setembro de 2005. Série C n.º 131. Doravante: Corte IDH. *Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*. Interpretação da Sentença de MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C n.º 134. Doravante: Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yaky Axa vs. Paraguai*. Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de fevereiro de 2006. Série C n.º 142. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yaky Axa vs. Paraguai*. Interpretação da Sentença de MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de fevereiro de 2006. Série C n.º 143. Doravante: Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Interpretação da Sentença de MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Demanda de Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2006. Série C n.º 156. Doravante: Corte IDH. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Demanda de Interpretação da Sentença de EPMRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C n.º 157. Doravante: Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. Interpretação da Sentença de EPMRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de maio de 2008. Série C n.º 177. Doravante: Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. MRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2008. Série C n.º 190. Doravante: Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. MRC. 2008.

Corte IDH. *Caso González e outros (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. *Caso González e outros*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C n.º 205. Doravante: Corte IDH. *Caso González e outros (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C n.º 213. Doravante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de maio de 2011. Série C n.º 224. Doravante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. Interpretação da Sentença de EPMRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Repa-

rações e Custas. Sentença de 15 de maio de 2011. Série C n.º 224. Doravante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. Interpretação da Sentença de EPMRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. Mérito e Reparações, Custas. Sentença de 31 de agosto de 2011. Série C n.º 232. Doravante: Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. Mérito e Reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C n.º 245. Doravante: Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012.

Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2012. Série C n.º 255. Doravante: Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2013. Série C n.º 272. Doravante: Corte IDH. *Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán e outros (dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito e Reparações e Custas. Sentença de 29 de maio de 2014. Série C n.º 279. Doravante: Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. MRC. 2014.

Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 282. Doravante: Corte IDH. *Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Gonzales Lhuy e outros vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C n.º 298. Doravante: Corte IDH. *Caso Gonzales Lhuy e outros vs. Equador*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C n.º 303. Doravante: Corte IDH. *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. MRC. 2015.

Pareceres Consultivos

Corte IDH. “*Outros tratados*” objeto da função consultiva da Corte (Art. 64 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A n.º 1. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-1/82. “*Outros tratados*” objeto da função consultiva da Corte. 1982.

Corte IDH. *Restrições à pena de morte (Arts. 4.2 e 4.4 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A n.º 3. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-3/83. *Restrições à pena de morte*. 1983.

Corte IDH. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A n.º 4. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização* 1984.

Corte IDH. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas (Arts. 13 e 29 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A n.º 5. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas*. 1985.

Corte IDH. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A n.º 6. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. *A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1986.

Corte IDH. *Exigibilidade do direito de retificação ou resposta (Arts. 14.1, 1.1 e 2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Série A n.º 7. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-7/86. *Exigibilidade do direito de retificação ou resposta*. 1986.

Corte IDH. *Garantias judiciais em estados de emergência (Arts. 27.2, 25 e 8 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A n.º 9. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87. *Garantias judiciais em estados de emergência*. 1987.

Corte IDH. *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-10/89 de 14 de julho de 1989. Série A n.º 10. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-10/89. *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1989.

Corte IDH. *Compatibilidade de um projeto de lei com o artigo 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-12/91 de 6 de dezembro de 1991. Série A n.º 12. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-12/91. *Compatibilidade de um projeto de lei com o artigo 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1991.

Corte IDH. *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Art. 51 Comissão Interamericana de Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-15/97 de 14 de novembro de 1997. Série A n.º 15. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-15/97. *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. 1997.

Corte IDH. *O Direito à informação sobre assistência consular no marco das garantias do devido processo legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1 de outubro de 1999. Série A n.º 16. 1999. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99.

O Direito à informação sobre assistência consular no marco das garantias do devido processo legal. 1999.

Corte IDH. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança.* Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A n.º 17. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança.* 2002.

Corte IDH. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados.* Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A n.º 18. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-18/03. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados.* 2003.

Corte IDH. *Controle da legalidade no exercício de atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Arts. 41 e 44 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).* Parecer Consultivo OC-19/05 de 28 de novembro de 2005. Série A n.º 19. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-19/05. *Controle da legalidade no exercício de atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Arts. 41 e 44 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).* 2005.

Corte IDH. *Artigo 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.* Parecer Consultivo OC-20/09 de 29 de setembro de 2009. Série A n.º 20. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-20/09. *Artigo 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.* 2009.

Corte IDH. *Direitos e garantias de crianças no contexto de migração e/ou com necessidade de proteção internacional.* Parecer Consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Série A n.º 21. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14. *Direitos e garantias de crianças no contexto de migração e/ou com necessidade de proteção internacional.* 2014.

Corte IDH. *Titularidade de direito das pessoas jurídicas no sistema interamericano de Direitos Humanos (Interpretação e alcance do artigo 1.2, em relação com os artigos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, e 62.3 da Convenção Americana sobre Direito Humanos, assim como do artigo 8.1 A e B do Protocolo de San Salvador).* Parecer Consultivo OC-22/16 de 26 de fevereiro de 2016. Série A n.º 22. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-22/16. *Titularidade de direito das pessoas jurídicas no sistema interamericano de Direitos Humanos.* 2016.

Corte IDH. *Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero, e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo (interpretação e alcance dos artigos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 e 24, em relação ao artigo 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).* Parecer Consultivo OC-24/17 de 24 de novembro de 2017. Série A No. 24. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-24/17. *Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo.* 2017.

Resoluções, decisões e outros documentos

Corte IDH. *Caso de Viviana Gallardo e outras.* Série A n.º 101. Doravante: Corte IDH. *Caso de Viviana Gallardo e outras.* Resolução. 1981.

Corte IDH. Pedido de Parecer Consultivo apresentado pela República da Costa Rica. Resolução de 10 de maio de 2005.

Corte IDH. Supervisão de cumprimento de sentenças (Aplicabilidade do artigo 65 da Convenção Americana sobre Direito Humanos). Resolução de 29 de junho de 2005.

Corte IDH. Exposição de motivos da reforma regulamentar. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_motivos_esp.pdf (data de último acesso: 25/06/2017).

Corte IDH. *Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o funcionamento do fundo de assistência jurídica de vítimas.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/regla_victimas/victimas_esp.pdf (data de último acesso: 30/08/2017).

Corte IDH. Comunicado de imprensa Corte IDH_CP-16/11, de 21 de novembro de 2011. Parágrafo 2: Audiência pública sobre supervisão de cumprimento de sentença, literal a (“a. Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek”). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_16_11_esp.pdf (data de último acesso: 05/08/2017).

Corte IDH. Comunicado de imprensa Corte IDH_CP-01/12, de 20 de fevereiro de 2012. Parágrafo 3: Audiências privadas sobre supervisão de cumprimento de sentença, literal b “[a]tenção médica e psicológica em nove casos colombianos (Colômbia)”, p. 3. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_01_12.pdf (data de último acesso: 15/07/2017).

Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia.* Resolução de supervisão de cumprimento de sentença de 23 de novembro de 2012.

Corte IDH. Supervisão de cumprimento de sentença em 11 casos contra a Guatemala em relação à obrigação de investigar, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis por violações de Direitos Humanos. Resolução de 21 de agosto de 2014. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/11_Casos_21_08_14.pdf (data de último acesso: 05/08/2017).

Corte IDH. Relatório Anual 2015. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2015/> (data de último acesso 07/08/2017).

Corte IDH. Rejeição de Parecer Consultivo apresentado pelo Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos. Resolução de 23 de junho de 2016.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. Comunicado de imprensa n.º 117/12. *CIDH lamenta decisión de Venezuela de denunciar Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 12 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp> (data de último acesso: 16/06/2017).

CIDH. Comunicado de imprensa n.º 083/17. *CIDH y Corte IDH agradecen a la Asamblea General decisión sobre incremento presupuestario*. 22 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/083.asp> (data de último acesso: 01/07/2017).

Documentos adotados por organizações internacionais

Organização dos Estados Americanos

OEA. Assembleia Geral, Observações e recomendações ao relatório anual da Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución AG/Res. 2759 (XIII-O/12), 2012.

OEA. Comunicado de imprensa C-307/12. *Secretario General de la OEA comunica denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de parte de Venezuela*. 10 de setembro de 2012. Disponível em: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-307/12 (data de último acesso: 16/06/2017).

Referências Acadêmicas

BURGORGUE-LARSEN, L. e ÚBEDA DE TORRES, A. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*. Oxford University Press, 2011.

CANÇADO TRINDADE, A. A. “The Operation of the Court, 1979-1996”, em HARRIS, D. e LIVINGSTONE, S. *The Inter-American System of Human Rights*. Clarendon Press Oxford, 1998.

CANÇADO TRINDADE, A. A. “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos”, em: *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memorias del Seminario El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*. 2ª ed. Tomo I. San José, 1999. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/4.pdf> (data de último acesso: 30/07/2017).

CANÇADO TRINDADE, A. A. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. ACNUR, San José, 2003.

Corte IDH, TEDH, Consejo de Europa. *Diálogo transatlántico: selección de jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Wolf Legal Publishers, 3a. ed. Países Bajos, 2015. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_Across_Atlantic_SPA.pdf (data de último acesso: 30/07/2017).

DULITZKY, A. “The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later”, em *Protecting Human Rights in the Americas: the Inter-American institutions at 60*, Quebec Journal of Int’l Law, 2011.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3ª ed. IIDH, 2004. Disponível em: https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf (data de último acesso: 20/07/2017).

GAVIRIA, C. et al. *Liber amicorum Héctor Fix Zamudio*. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vol. I y II, San José, 1998. Volume I disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/liber1.pdf> (data de último acesso: 07/07/2017), Volume II disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/liber2.pdf> (data de último acesso: 07/07/2017).

MEDINA QUIROGA, C. e NASH ROJAS, C. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2007. Disponível em: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142609/Sistema-Interamericano-de-derechos-humanos.pdf?sequence=5> (data de último acesso: 10/07/2017).

PACHECO GÓMEZ, M. “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*. Memoria del Seminario, Tomo I, 1999.

VIVANCO, J. M. e BHANSALI, L. L. “Procedural shortcomings”, em HARRIS, D. e LIVINGSTONE, S. (eds.) *The Inter-American System of Human Rights*. Clarendon Press Oxford, 1998.

Outras referências não acadêmicas

Centro pela Justiça e o Direito Internacional (Cejil). *La urgente necesidad de crear un fondo de asistencia jurídica para la promoción y protección de los derechos humanos en el sistema interamericano*. Documento de conjuntura n.º 4, 2007. Disponível em: <https://cejil.org/es/documento-coyuntura-no-4-urgente-necesidad-crear-fondo-asistencia-juridica-promocion-y-proteccion> (data de último acesso: 18/08/2017).

Centro pela Justiça e o Direito Internacional (Cejil). *Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos. La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. 2ª ed., Cejil, 2012. Disponível em: <https://www.cejil.org/es/guia-defensores-y-defensoras-derechos-humanos-proteccion-derechos-humanos-sistema-interamericano-2da> (data de último acesso: 2017/08/18).

Sumário

1. Pressupostos processuais para ativar a jurisdição da Corte IDH (artigo 61 da CADH)	975
1.1. Procedimento prévio perante a CIDH	975
1.2. Falta de legitimação processual ativa das vítimas	977
2. Função e procedimento contenciosos (artigos 62, 66 e 67 da CADH)	978
2.1. Prerrogativa na aceitação da competência contenciosa da Corte IDH	978
2.2. Competência	979
2.3. Procedimento	983
2.4. Algumas mudanças a partir das reformas regulamentares de 2009	990
2.5. Fundo de Assistência Jurídica do SIDH	990
2.6. Os idiomas de trabalho da Corte IDH	991
3. Função consultiva (artigo 64 da CADH)	992
3.1. Amplitude da função consultiva da Corte IDH	993
3.2. Legitimação para solicitar a consulta e alcance do controle de convencionalidade.....	995
4. Relação entre a Corte IDH e a Assembleia Geral da OEA (artigo 65 da CADH)	998
5. Cumprimento e notificação das decisões da Corte IDH (artigos 68 e 69 da CADH)	1000
5.1. O processo de supervisão de sentenças.....	1000
5.2. Uma medida inovadora de supervisão de sentenças.....	1002

1. Pressupostos processuais para ativar a jurisdição da Corte IDH (artigo 61 da CADH)

Seção 2. Competência e funções

Artigo 61

- 1. Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte.**
- 2. Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50.**

1.1 Procedimento prévio perante a CIDH

Ao contrário da normativa africana¹, e do que aconteceu na Europa com a entrada em vigor do Protocolo 11 à CEDH (e em resposta a outras reformas que foram implementadas posteriormente)², a CADH manteve intacta a legitimidade para submeter casos à jurisdição da Corte IDH, a qual corresponde apenas à CIDH e aos Estados partes da CADH, em conformidade com o artigo 61 e, especialmente, 62 da CADH.

1 De acordo com o artigo 5.3. do Protocolo Adicional à Carta de Banjul, relativo ao estabelecimento da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (“Acesso à Corte”), a Corte Africana pode legitimar tanto ONGs “relevantes” com status de observadores, quanto indivíduos, para instruir casos perante esse órgão.

2 Como é sabido, a partir desta importante reforma convencional, a Comissão Europeia de Direitos Humanos desapareceu e se reorganizou a atuação do TEDH para receber, de forma direta e de acordo com requisitos pré-estabelecidos, qualquer demanda contra um Estado pela violação a um ou vários direitos contidos na CEDH, ou em qualquer um de seus protocolos que ampliem o catálogo de direitos protegidos.

A primeira questão que a Corte IDH³ conheceu logo após sua instalação, no início dos anos 80, derivou de uma submissão *motu proprio* por iniciativa da Costa Rica. Em sua solicitação, o Estado manifestou à Corte IDH a decisão de submeter ao seu conhecimento o caso da morte ocorrida na prisão da cidadã costarriquenha Viviana Gallardo, bem como as lesões de suas colegas de cela, causadas por um membro da Guarda Civil da Costa Rica, encarregado de sua vigilância, na Primeira Delegacia da Instituição.

O governo invocou o artigo 62.3 da CADH, e solicitou que a Corte IDH decidisse se esses fatos constituíram uma violação por parte das autoridades nacionais da Costa Rica dos Direitos Humanos consagrados nos artigos 4 e 5 da CADH, ou de qualquer outro direito contemplado no tratado⁴.

A Corte IDH, no entanto, rejeitou a solicitação e se pronunciou sobre a renúncia expressa da Costa Rica a submeter-se ao procedimento prévio perante a CIDH. Ao retomar as funções da CIDH no processo contencioso - além de seu papel de investigação e conciliação-, a Corte IDH ressaltou que:

[A CIDH era] o órgão competente para receber denúncias individuais, ou seja, perante a qual poderiam concorrer diretamente para apresentar suas queixas e denúncias as vítimas de violações de Direitos Humanos e as outras pessoas indicadas no artigo 44 da Convenção. [De acordo com a Corte IDH,] a C[ADH] se distinguiu entre os instrumentos internacionais de Direitos Humanos quando tornou possível a possibilidade de haver petição individual contra um Estado Parte, logo que tenha ratificado a Convenção, sem exigir para esse fim, qualquer declaração especial que fosse necessária no caso de denúncias entre Estados.

Em razão do exposto, a Corte IDH chegou à conclusão de que:

[...] a Comissão era o canal através do qual a Convenção outorgava ao indivíduo o direito de dar por si só o impulso inicial necessário para que se colocasse em andamento o sistema internacional de proteção de Direitos Humanos. Na ordem estritamente processual, devia-se recordar que, embora os indivíduos não pudessem propor casos perante a Corte, os Estados não podiam apresentá-los à Comissão, mas sim quando se houvesse reunido as condições do artigo 45 da Convenção. Essa circunstância agregava outro elemento de interesse institucional em conservar integralmente a possibilidade de ativar a Comissão através de reclamações individuais⁵.

Mais recentemente, no caso dos *Povos Indígenas Mapuche vs. Chile*, de 2014, a Corte IDH reiterou esse critério nos seguintes termos:

Embora seja verdade que os procedimentos no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos não possam ser de um formalismo rígido, uma vez que seu principal e determinante cuidado é a devida e completa proteção desses direitos [...], também é verdade que determinados aspectos processuais permitem preservar as condições necessárias para que os direitos processuais das partes não sejam diminuídos ou desequilibrados [...]. Portanto, não é possível prescindir do procedimento perante a Comissão previsto nos artigos 48 a 50 da Convenção,

3 Este artigo estabelece o seguinte: “[a] Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial”.

4 Corte IDH. Caso Viviana Gallardo e outras. Resolução. 1982. §1.

5 Caso de Viviana Gallardo e outras. Resolução. 1981, §. 22 e 23. Da mesma forma, a Corte IDH analisou a renúncia expressa feita pelo Estado em relação ao requisito prévio de esgotamento dos recursos internos, estabelecido no artigo 46.1 da CADH e, com base nisso, resolveu o seguinte: “1. Decide por unanimidade não admitir a demanda apresentada pelo Governo da Costa Rica para a análise do Caso de Viviana Gallardo e outras. 2. Decide por unanimidade aceitar e tramitar a solicitação subsidiária do Governo da Costa Rica para remeter o assunto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 3. Decide, por unanimidade, manter o pedido do Governo da Costa Rica em sua lista de questões pendentes que aguardam o tramite perante a Comissão.” *Ibidem*, pontos resolutivos. Destacado no original.

uma vez que ela cumpre determinadas funções que beneficiam tanto os peticionários individuais quanto os Estados [...]»⁶.

1.2 Falta de legitimação processual ativa das vítimas

Em outra ordem de ideias, é importante abordar - ainda que de maneira superficial - a questão da falta de legitimação processual ativa das vítimas nos procedimentos perante a Corte IDH. Conforme estabelecido no início desta seção, esta cláusula não modificada recebeu várias críticas que reivindicam o direito das vítimas de violações de Direitos Humanos de poder apresentar suas reclamações diretamente perante a Corte IDH (*jus standi in judicio*), além de ser parte do processo contencioso após a submissão do caso à Corte IDH (*locus standi in judicio*).

O debate sobre a legitimação processual ativa do artigo 61 da CADH significou que, na época, um juiz da Corte IDH foi nomeado para fazer propostas concretas a fim de avançar no reconhecimento decisivo e pleno das vítimas como sujeitos de direito (substantivo e processual), com direitos iguais. Essa falta de reconhecimento - ainda pendente na esfera interamericana - não gera apenas a falta de devido processo e equidade processual⁷, mas pode revelar uma inconsistência estrutural, pois as vítimas, portadoras de direitos substantivos garantidos pela CADH e por outros tratados interamericanos, não têm os direitos processuais para torná-los exigíveis perante a Corte IDH⁸.

Evidentemente, o que precede não desconhece as diversas discussões e problemáticas que foram geradas no Sistema Europeu de Direitos Humanos, com a colocação em prática das reformas convencionais que deram às vítimas acesso direto ao TEDH, e que trouxeram um aumento significativo nas questões perante essa instância judicial, em detrimento de uma justiça rápida e expedita. Não obstante, o atraso processual gerado a partir de tal modificação não pode ser o único argumento que resulte em um prejuízo para as vítimas que buscaram justiça em seus respectivos países e que buscam subsidiariamente aos organismos internacionais de proteção. De qualquer forma, as modificações que se pretendam ao *jus standi in judicio* regulamentadas no artigo 61 do CADH deverão realizar um estudo cuidadoso, levando em consideração a experiência europeia, por um lado, e as demandas de acesso à justiça interamericana para as vítimas no nosso hemisfério, por outro lado.

Em conclusão, com base nos primeiros casos submetidos à Corte IDH e em casos mais recentes, a Corte IDH simplesmente retornou ao conteúdo do artigo 61.2 da CADH, esclarecendo que qualquer questão que deva ser conhecido pela Corte IDH em processos contenciosos deve ter passado pelo filtro prévio do procedimento da CIDH.

6 Corte IDH. Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile. MRC. 2014, § 36.

7 Cf. Vivanco, J. M. e Bhansali, L. L. "Procedural shortcomings", em Harris, D. e Livingstone, S. (eds.) *The Inter-American System of Human Rights*. Clarendon Press Oxford, 1998, pp. 424, 435 e 436.

8 Argumentou-se que "[...] o reconhecimento de direitos deve corresponder à capacidade de reivindicá-los, [...] uma vez que é da própria essência da proteção internacional do contraditório entre as supostas vítimas, seus parentes próximos ou seus representantes legais, e os Estados demandados". E também foi dado ênfase no fato de que essa modificação atenderia a um "imperativo de justiça", enquanto "[no] sistema interamericano de proteção, alcançará o direito de petição individual sua plenitude no dia em que possa ser exercida pelos peticionários diretamente perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos." Cançado Trindade, A. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. ACNUR, San José, 2003, pp. 20, 93 e 95.

2. Função e procedimento contenciosos (artigos 62, 66 e 67 da CADH)

Artigo 62

1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.
2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte.
3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial.

[...]

Seção 3. Procedimento

Artigo 66

1. A sentença da Corte deve ser fundamentada.
2. Se a sentença não expressar no todo ou em parte a opinião unânime dos juízes, qualquer deles terá direito a que se agregue à sentença o seu voto dissidente ou individual.

Artigo 67

A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

2.1. Prerrogativa na aceitação da competência contenciosa da Corte IDH

Sustentou-se que a prerrogativa estabelecida no artigo 62.1 da CADH “constitui uma cláusula pétrea que não admite limitações que não estejam expressamente contidas no [mesmo] artigo [...] da Convenção Americana”⁹. Até dezembro de 2011, dos 35 Estados membros da OEA, 24 haviam ratificado a CADH e 21 haviam aceitado a competência contenciosa da Corte IDH¹⁰.

9 Corte IDH. Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador. Interpretação da Sentença de MRC. 2005, voto dissidente do juiz A. Cançado Trindade, § 8.

10 Para maior informação sobre o estado das assinaturas e ratificações da CADH, assim como o número de países que aceitaram a competência da Corte IDH, consultar o seguinte link: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Direitos_Humanos_firmas.htm (data de último acesso: 01/07/2017). Igualmente, note-se que dentre esses Estados não se incluem a Trinidad e Tobago, que denunciou a CADH perante o Secretário-Geral da OEA em 28 de maio de 1999. Por outra parte, a Venezuela denunciou o mesmo instrumento convencional em 10 de setem-

2.2. Competência

A competência da Corte IDH tem sido um tema amplamente analisado em diversas publicações,¹¹ e na própria prática do órgão judicial. Não obstante, a Corte IDH tem o dever de verificar de ofício, isto é, independentemente de que haja alguma alegação a respeito, se é ou não competente para resolver a controvérsia que lhe é submetida. Nesse sentido, a jurisprudência pacífica da Corte IDH retomou a regra da “competência da competência” (*compétence de la compétence* ou *Kompetenz-Kompetenz*).¹²

Esse princípio encontra-se bem estabelecido no Direito Internacional, e refere-se ao poder inerente de qualquer tribunal internacional de decidir sobre sua própria competência.¹³

2.2.1. Competência *ratione temporis, personae, materiae e loci*

A Corte IDH deve determinar se é competente para conhecer a questão de acordo com os seguintes critérios: 1. em razão do momento em que ocorreram as supostas violações de Direitos Humanos e a aceitação da competência da Corte IDH por parte do Estado demandado (*ratione temporis*); 2. em razão das partes envolvidas no procedimento (*ratione personae*); 3. em razão da matéria objeto da controvérsia (*ratione materiae*), e 4. em razão do lugar dos fatos (*ratione loci*). Geralmente, o Estado é quem apresenta objeções à competência da Corte IDH sob esses três critérios na forma de exceções preliminares.

A competência *ratione temporis* é, provavelmente, a que mais tem recebido atenção por parte da Corte IDH. Essa competência está delimitada pelo momento em que o Estado aceita a competência da Corte IDH para conhecer do assunto, “seja mediante uma declaração especial ou mediante um convênio especial, e enquanto a mesma permanecer em vigor”¹⁴. Em particular, a análise da competência temporal surgiu nos casos relacionados com as violações de Direitos Humanos cometidas durante ditaduras ou conflitos armados no continente há várias décadas, que não foram resolvidas internamente nos países e, portanto, foram conhecidas anos depois pelos órgãos de proteção do SIDH¹⁵. Nesses casos a Corte

bro de 2012, a este respeito, ver OEA. Comunicado de imprensa C-307/12. Secretario General de la OEA comunica denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de parte de Venezuela. 10 de setembro de 2012. Disponível em: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-307/12 (data de último acesso: 16/06/2017). CIDH. Comunicado de imprensa n.º 117/12. CIDH lamenta decisión de Venezuela de denunciar Convención Americana sobre Derechos Humanos.. 12 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp> (data de último acesso: 16/07/2017). Em várias ocasiões, alguns Estados tentaram burlar a competência da Corte IDH, alegando –sem sucesso– que denunciaram a CIDH e que, portanto, a Corte IDH não teria competência para conhecer dos casos que foram submetidos à CIDH ver, entre outros, Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Peru. Competência. 1999. Corte IDH. Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru. Competência. 1999. Corte IDH. Caso Hilaire vs. Trinidad e Tobago. EP. 2001. Corte IDH. Caso Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago. EP. 2001. Corte IDH. Caso Constantine e outros vs. Trinidad e Tobago. EP. 2001.

- 11 Ver, entre outros Faúndez Ledesma, H. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales. 3ª ed. IIDH, 2004, Segunda parte, Capítulo XII, “La competencia contenciosa de la Corte IDH”. Disponível em: https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_protection_ddhh_3e.pdf (data de último acesso: 20/07/2017). Corte IDH, TEDH, Consejo de Europa. Diálogo transatlántico: selección de jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Wolf Legal Publishers, 3ª ed. Países Bajos, 2015. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_Across_Atlantic_SPA.pdf (data do último acesso: 30/07/2017). Cançado Trindade, A. “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos”, em: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memorias del Seminario El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos em el umbral del siglo XXI. 2a. ed. Tomo I. San José, 1999. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/4.pdf> (data de último acesso: 30/07/2017). Gaviria, C. et al. Liber amicorum Héctor Fix Zamudio. Secretaría de la Corte IDH, Vol. I y II, San José, 1998. Volume II disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/liber1.pdf> (data de último acesso: 07/07/2017).

- 12 Corte IDH. Caso Cantos vs. Argentina. EP 2001, § 21.

- 13 Faúndez Ledesma, H. op. cit., pp. 601-602.

- 14 Idem.

- 15 Cabe recordar que a Corte conheceu de desaparecimentos forçados, impunidade relacionada com episódios de tortura, execuções extrajudiciais, massacres e outras consequências derivadas em países como Guatemala, Bolívia, El Salvador, Panamá, Colômbia, Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai.

IDH estabeleceu sua competência *ratione temporis* em razão, principalmente, do caráter contínuo das violações de Direitos Humanos, especialmente o desaparecimento forçado de pessoas.

A competência *ratione materiae* “constitui o direito substantivo que a Corte deverá aplicar”, o que não a impede de analisar outras normas e instrumentos que possam servir para dar maior conteúdo a um direito protegido pela CADH ou por outro tratado interamericano sobre o qual tenha competência.¹⁶ Um dos precedentes mais relevantes em que a Corte IDH estabeleceu sua competência *ratione materiae* para analisar outras normas além da CADH foi a exceção preliminar apresentada pelo México no caso *Campo Algodoeiro*, relacionada à falta de investigação diligente do assassinato de várias meninas e mulheres, cujos corpos foram encontrados em um local conhecido precisamente como “*Campo Algodoeiro*”, em Ciudad Juárez.

Ao interpor a exceção preliminar correspondente, o México procurou impedir que a Corte IDH determinasse sua responsabilidade internacional por violações a diversas disposições da Convenção de Belém do Pará. O argumento estatal baseou-se na leitura textual do artigo 12 da Convenção de Belém do Pará,¹⁷ alegando que tal disposição não autorizava expressamente a Corte IDH a conhecer de violações ao tratado (ao contrário do que acontece com a CIDH). De acordo com o Estado, a falta de autorização expressa deveria derivar na falta de competência *ratione materiae* da Corte IDH para se pronunciar sobre esse instrumento.

Após uma análise minuciosa “sobre a base de um argumento de interpretação literal, sistemática e teleológica acerca do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, o qual completou com o critério de interpretação baseado nos trabalhos preparatórios de tal instrumento”,¹⁸ a Corte IDH estabeleceu que, na formulação prevista no artigo 12 da Convenção de Belém do Pará,

[...] não exclui nenhuma disposição da Convenção Americana, de modo que haverá de concluir que a Comissão atuará nas petições sobre o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, “em conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 [da Convenção Americana]”, como dispõe o artigo 41 da mesma C[ADH]. O artigo 51 da C[ADH] e o artigo 44 do Regulamento da Comissão se referem expressamente à submissão de casos perante a Corte quando ocorre descumprimento das recomendações do Relatório de Mérito ao que se refere o artigo 50 da Convenção Americana. Além disso, o artigo 19.b do Estatuto da Comissão estabelece que entre as atribuições [...] está a de “comparecer perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos previstos na Convenção”. Em resumo, parece claro que o teor literal do artigo 12 da Convenção de Belém do Pará concede competência à Corte ao não excetuar de sua aplicação nenhuma das normas e requisitos de procedimento para as comunicações individuais.¹⁹

Por outro lado, no tocante à aplicação das disposições da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, a Corte IDH se pronunciou no caso das “*Crianças da Rua*”²⁰, enfatizando sua competência mesmo quando esse tratado internacional não tenha estabelecido taxativamente a competência da Corte IDH para conhecer do mesmo.

16 Cançado Trindade, A. “The Operation of the Court, 1979-1996”, em Harris, D. e Livingstone, S. *The Inter-American System of Human Rights*. Clarendon Press, Oxford. 1998, pp. 135-136.

17 O artigo 10 da Convenção de Belém do Pará dispõe que “a fim de proteger o direito de toda mulher a uma vida livre de violência, os Estados Partes deverão incluir nos relatórios nacionais à Comissão Interamericana de Mulheres informações sobre as medidas adotadas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher, para prestar assistência à mulher afetada pela violência, bem como sobre as dificuldades que observarem na aplicação das mesmas e os fatores que contribuem para a violência contra a mulher”.

18 Medina Quironga, C. e Nash Rojas, C. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho da Universidade do Chile, Santiago, 2007, p. 48. Disponível em: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142609/Sistema-Interamericano-de-derechos-humanos.pdf?sequence=5> (data de último acesso: 10/07/2017).

19 Corte IDH. Caso González e outras (“*Campo Algodoeiro*”) vs. México. EPMRC. 2009, §. 40-41.

20 Cf. Corte IDH. Caso das “*Crianças de rua*” (Villagrán Morales e outras) vs. Guatemala. M. 1999.

Finalmente, a competência territorial ou *ratione loci* vincula-se à jurisdição do Estado. Até o momento, a Corte IDH não teve a oportunidade de se pronunciar sobre questões de competência territorial, mas em diferentes casos relacionados a pessoas estrangeiras no território do Estado demandado,²¹ decidiu que, em conformidade com o artigo 1.1 da CADH, o Estado tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos de todas as pessoas sob sua jurisdição.

2.2.2. Reconhecimento da responsabilidade internacional por parte dos Estados

Ocasionalmente, os Estados reconhecem sua responsabilidade pelas supostas violações de Direitos Humanos apontadas pela CIDH ou pelos representantes das vítimas. Esse reconhecimento pode ser feito a qualquer momento do processo, seja durante o trâmite perante a CIDH, seja durante a fase escrita ou oral do processo contencioso perante a Corte IDH.²²

O reconhecimento da responsabilidade por parte do Estado pode ser total ou parcial, e seu alcance será distinto dependendo dos termos em que se realize. Portanto –como indica a Corte IDH– deve ser avaliado caso a caso. Não obstante, em geral, uma das consequências legais imediatas desse ato (também conhecido como *allanamiento* (aceitação da responsabilidade) justamente porque o Estado concorda com as reivindicações de suas contrapartes) é que concede plena competência à Corte IDH para conhecer do caso. Isso quer dizer que quando a competência da Corte IDH –seja *ratione temporis*, *materiae*, *personae* ou *loci*– é questionada pelo Estado, o reconhecimento deixa sem efeito essa pretensão e permite à Corte IDH conhecer da disputa. Nas palavras da Corte:

[...] o reconhecimento [de responsabilidade feito pelo Estado] não pode ter como consequência limitar, direta ou indiretamente, o exercício das competências da Corte para conhecer o caso que foi submetido a ela [...] e decidir se, a esse respeito, houve violação de um direito ou liberdade protegidos na Convenção [...]. Para esses efeitos, o Tribunal analisa a situação abordada em cada caso concreto.²³

Da mesma forma, outras consequências deste ato para o processo na Corte IDH são as seguintes: 1. a cessação da controvérsia sobre os fatos que constituem a base factual do processo; 2. quando uma controvérsia persistir sobre algum ponto (seja por um fato ou sobre a consequência jurídica de um determinado fato), a Corte IDH especificará a origem e o alcance das violações; e 3. apesar de o Estado concordar com as reivindicações da CIDH e/ou dos representantes, a Corte IDH proferirá uma sentença e determinará as reparações que considerar adequadas, atendendo ao nexo de causalidade entre essas violações e as reparações que serão ordenadas.

21 Ver, entre outros, Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Peru. MRC. 2001. Corte IDH. Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru MRC 1999. Corte IDH. Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana. [Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas] 2005.

22 Sobre os efeitos do reconhecimento da responsabilidade internacional pelo Estado, quanto às exceções preliminares interpostas durante o procedimento perante a CIDH, ver a seção 3.1.4. “Reconhecimento de responsabilidade por parte do Estado” do comentário aos artigos 44-47 (competência da CIDH) de Tojo.

23 Corte IDH. Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador. MRC. 2015, § 21 (notas de rodapé omitidas). No parágrafo desta sentença, a Corte IDH cita os seguintes casos (notas de rodapé 12 e 13): Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. MRC. 2003, § 105. Corte IDH. Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. MRC. 2008, § 24.

Em geral, o acolhimento de boa-fé de um Estado (*allanamiento*) é um passo importante para a justiça em qualquer caso²⁴, como tem sido reconhecido reiteradamente pela Corte IDH²⁵. Por sua vez, a Corte sempre consultará a opinião das partes no processo e, posteriormente, decidirá se é pertinente decidir sobre esse ponto, não apenas como forma de expandir ou aprofundar sua jurisprudência,²⁶ mas como forma de sustentar nos fatos a constante determinação no sentido de que a sentença é, por si só, uma forma de reparação para as vítimas e para a sociedade em geral.

Assim, a Corte IDH examinará os termos em que o Estado reconheceu sua responsabilidade, bem como os efeitos desse reconhecimento no caso específico. Esse poder da Corte para analisar o acolhimento e proferir sentença é explicado nos seguintes termos:

De acordo com os artigos 62 [...] e 64 [...] do Regulamento, *e no exercício de seus poderes de tutela judicial internacional dos Direitos Humanos, questão de ordem pública internacional que vai além da vontade das partes, cabe ao Tribunal garantir que os atos de aceitação de responsabilidade sejam aceitáveis para os fins que o sistema interamericano busca cumprir. Nessa tarefa, não se limita apenas a tomar nota do reconhecimento feito pelo Estado, ou a*

-
- 24 Não obstante, em algumas ocasiões, o reconhecimento da responsabilidade internacional foi usado como uma tática jurídica para impedir que a Corte IDH se pronuncie sobre fatos ou contextos especialmente delicados em determinado país. Esta situação pode ser observada, entre outros, no caso *Molina Theissen vs. Guatemala*, em que se consigna o seguinte: “[na] audiência pública de 26 de abril de 2004, os representantes da vítima e seus parentes declararam que apreciavam o reconhecimento de responsabilidade do Estado pelos fatos e direitos contidos no escrito de solicitações, argumentos e provas apresentado pelos representantes da vítima e seus familiares e na demanda da Comissão. Também aceitaram a retirada das exceções preliminares interpostas pelo Estado. Por outro lado, os representantes indicaram que, em relação às consequências do reconhecimento dos fatos e da responsabilidade internacional do Estado, a reparação do desaparecimento forçado de Marco Antonio Molina Theissen e as violações cometidas contra sua família exigem o estabelecimento da verdade. Quanto a isso, os representantes solicitaram que a Corte proferisse uma sentença que estabeleça as causas e consequências do desaparecimento de Marco Antonio Molina Theissen, o *modus operandi* do Estado a respeito do ‘desaparecimento de crianças’, os atores institucionais envolvidos nos casos e as ações e omissões do Estado que violam sua responsabilidade internacional. Tudo isso, considerando que o próprio julgamento da Corte desempenha um papel fundamental na restauração dos direitos das vítimas”. Corte IDH. Caso *Molina Theissen vs. Guatemala*. M. 2004, § 39. Da mesma forma, no caso do “*Massacre de Mapiripán vs. Colômbia*, a Corte IDH declarou: “[p]osteriormente, apesar dos termos em que [o Estado] realizou o reconhecimento, em suas alegações finais orais e escritas, o Estado fez uma série de declarações sobre a responsabilidade estatal pelos fatos do presente caso, no sentido de que não cabe declará-la por atos que não sejam diretamente atribuíveis a agentes do Estado, o que pode pôr em questão o verdadeiro conteúdo de seu reconhecimento parcial de responsabilidade. Por esse motivo, no uso da competência estabelecida no artigo 55 de seu regulamento, a Corte determinará o alcance e os efeitos jurídicos desse reconhecimento, uma vez esclarecido o conteúdo da responsabilidade estatal no marco da Convenção Americana. Por esse motivo, a Corte considera pertinente abrir um capítulo sobre os fatos do presente caso, que abarque tanto os fatos reconhecidos pelo Estado ao aceitar sua responsabilidade como os que resultem comprovados pelo conjunto de elementos que atuam no processo”. Corte IDH. Caso do “*Massacre de Mapiripán vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, § 68.
- 25 No caso *Contreras e outros vs. El Salvador*, a Corte IDH “avalia positivamente a disposição do Estado ao manifestar um amplo reconhecimento de responsabilidade internacional, por sua importância no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, que represent[ou] para a Corte uma admissão dos fatos constantes da estrutura fática da demanda da Comissão e o acolhimento total das pretensões de direito expostas tanto na demanda da Comissão quanto no escrito de petições e argumentos dos representantes, quanto ao mérito desse assunto. Também ressalt[ou] o pedido de perdão apresentado na audiência pública a Gregoria Herminia Contreras, seus irmãos e familiares, que se estendeu às demais vítimas do presente caso e seus familiares, e o compromisso assumido pelo Estado de incentivar as medidas de reparação necessárias em permanente diálogo com os representantes e conforme os critérios que a Corte venha a estabelecer. Todas essas ações constitu[iram] uma contribuição positiva para o desenvolvimento desse processo, para a vigência dos princípios que inspiram a Convenção [...] e, em parte, para o atendimento das necessidades de reparação das vítimas de violações de Direitos Humanos [...]”. Corte IDH. Caso *Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, § 26.
- 26 No caso *Ruano Torres e outros vs. El Salvador*, assim estimou a Corte IDH: “[...] em virtude das demandas de justiça que giram em torno do [caso], a Corte considera necessário começar a analisar o alcance da responsabilidade internacional do Estado pelas ações da defesa pública em matéria penal, abordagem não versada anteriormente na jurisprudência deste Tribunal. Esses desenvolvimentos contribuirão para fixar critérios jurisprudenciais para orientar as ações dos Estados e a correspondente proteção dos Direitos Humanos das vítimas deste caso. Corte IDH. Caso *Ruano Torres e outros vs. El Salvador*. MRC. 2015, § 34.

*verificar as condições formais dos atos mencionados, mas deve confrontá-los com a natureza e a gravidade das violações alegadas, as demandas e o interesse da justiça, as circunstâncias particulares do caso concreto e a atitude e posição das partes [...], de modo que possa precisar, enquanto seja possível e no exercício da sua competência, a verdade dos fatos [...].*²⁷

Em virtude das atribuições que incumbem a este Tribunal como órgão internacional de proteção dos Direitos Humanos e em atenção às particularidades dos fatos [do] caso [em análise] e das violações reconhecidas pelo Estado, a Corte, além de considerar que, conforme estabelecem os artigos 62.3, 63.1 e 66 da Convenção, é sua obrigação proferir sentença nos casos que lhe são submetidos, considera necessário proferir uma sentença na qual os fatos ocorridos sejam determinados, toda vez que isso contribui para a reparação das [vítimas], para evitar que se repitam fatos similares e para satisfazer, em suma, os propósitos da jurisdição interamericana de Direitos Humanos.²⁸

2.3. Procedimento²⁹

A Corte IDH explicou o objetivo de sua função contenciosa da seguinte maneira:

[...] quando um caso é submetido à sua jurisdição para que se determine se o Estado é responsável por violações de Direitos Humanos consagrados na Convenção Americana ou outros instrumentos aplicáveis, sua função jurisdicional se concentra em analisar os fatos à luz das disposições aplicáveis; determinar se as pessoas que solicitaram a intervenção das instâncias do Sistema Interamericano são vítimas das violações alegadas; estabelecer a responsabilidade internacional, se for o caso; determinar se o Estado deve adotar medidas de reparação; e supervisionar o cumprimento de suas decisões [...].³⁰

2.3.1. Ativação da função contenciosa da Corte IDH

A função contenciosa da Corte IDH se ativa a partir do momento em que a CIDH apresenta o “escrito de submissão do caso”³¹, e tem duas etapas: escrita e oral.³² O procedimento encontra-se definido em seu regulamento,³³ mas pode ser simplificado da seguinte maneira: uma vez que a CIDH apresenta

27 Corte IDH. Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador. MRC. 2015, § 21 (grifo nosso). No parágrafo desta sentença a Corte IDH cita os seguintes casos (notas de rodapé 10 e 11): Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. MRC. 2008, § 24. Corte IDH. Caso Gonzales Lluay e outros vs. Equador. EPMRC. 2015, § 49. Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia. EPMRC. 2010, § 17. O artigo 62 do Regulamento da Corte IDH dispõe o seguinte: “Se o demandado comunicar à Corte sua aceitação dos fatos ou seu acatamento total ou parcial das pretensões que constam na submissão do caso ou no escrito das supostas vítimas ou seus representantes, a Corte, ouvido o parecer dos demais intervenientes no processo, resolverá, no momento processual oportuno, sobre sua procedência e seus efeitos jurídicos”.

28 Corte IDH. Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador. MRC. 2015, § 34.

29 Esta seção não pretende fazer uma análise minuciosa sobre o procedimento contencioso perante a Corte IDH, mas uma descrição do mesmo de acordo com o regulamento vigente da Corte IDH. Existem diversas publicações que analisam em detalhe o procedimento contencioso, algumas das quais foram citadas neste texto, e cuja consulta se recomenda, caso se deseje fazer uma análise mais detalhada.

30 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-20/09. Artigo 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 2009, § 57.

31 Como mencionado anteriormente, as últimas reformas regulamentares diminuíram o papel da CIDH. Atualmente, a CIDH não apresenta demandas dos casos, mas envia uma nota de submissão na qual anexa o relatório ao qual se refere o artigo 50, assim como cópia de seu expediente, as provas que recebeu, informação relacionada com a representação e as notificações, entre outros requisitos. Assim, somente poderá apresentar peritos “quando for afetada de maneira relevante a ordem pública interamericana dos Direitos Humanos”, termo ao qual deve ser dada a maior precisão possível. (Cf. Artigo 35 do Regulamento da Corte IDH, relativo à “submissão do caso por parte da CIDH”).

32 A deliberação também pode ser considerada como uma terceira etapa dentro do processo contencioso. Ver Cejil. Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos. La protección dos Derechos Humanos em el Sistema Interamericano. 2ª ed., Cejil, 2012, p. 97. Disponível em: <https://www.cejil.org/es/guia-defensoras-ydefensores-derechos-humanos-proteccion-derechos-humanos-sistema-interamericano-2da> (data de último acesso: 18/08/2017).

33 Ver capítulos II a VII do regulamento.

o relatório ao qual se refere o artigo 50³⁴ e os anexos ao mesmo, a Secretaria da Corte IDH revisa a documentação antes de transmiti-la às outras partes no processo.³⁵

Posteriormente, a Secretaria fará a notificação pertinente: aos integrantes da Corte IDH, ao Estado demandado, à CIDH (caso tenha sido esse o órgão que submeteu o caso), e à representação da vítima ou ao defensor interamericano³⁶. Para realizar esse trâmite de maneira mais regular, a Corte IDH recorre aos meios eletrônicos³⁷, em vez do correio postal ou *courier*.

Uma vez recebida toda a documentação relativa ao caso, a representação das vítimas contará com um prazo improrrogável de dois meses para apresentar seu escrito de petições, argumentos e provas³⁸. É a partir deste momento que se formaliza o *locus standi in judicio*.³⁹

Por sua vez, o Estado contará com um prazo improrrogável de dois meses para contestar tanto o escrito da CIDH quanto o escrito de petições, argumentos e provas (art. 41 do regulamento). A contestação do Estado constitui a única oportunidade processual para apresentar exceções preliminares,⁴⁰ (art. 42 do regulamento), prática muito utilizada no trâmite contencioso interamericano.⁴¹ Por sua vez, tanto

34 Para maior informação sobre o relatório de mérito emitido em conformidade com o artigo 50 da CADH, ver seção “3. Procedimento de mérito” dos comentários aos artigos 48-51 sobre o procedimento perante a CIDH, por Tojo.

35 O artigo 38 do Regulamento da Corte IDH, intitulado “exame preliminar de submissão do caso”, estabelece que “[s]e no exame preliminar da submissão do caso, a Presidência verificar que algum requisito fundamental não foi cumprido, solicitará que seja sanado no prazo de 20 dias.”

36 Cf. Artigo 39 do Regulamento da Corte IDH, intitulado “notificação do caso”. Adicionalmente a esse documento, a CIDH deve enviar uma série de informações e documentos indicados no artigo 35 do Regulamento da Corte IDH.

37 O artigo 33 do Regulamento da Corte IDH habilita-a para “transmitir por meios eletrônicos, com as garantias adequadas de segurança, os escritos, anexos, resoluções, sentenças, pareceres consultivos e demais comunicações que lhe tenham sido apresentadas”.

38 Cf. artigo 40 do Regulamento da Corte IDH, intitulado “escrito de petições, argumentos e provas”. O parágrafo segundo enuncia os requisitos desse documento.

39 Cf. artigo 25 do Regulamento da Corte IDH, intitulado “participação das supostas vítimas ou seus representantes”. O conceito de “suposta vítima” foi incorporado a partir do quarto regulamento da Corte IDH em 2000. No entanto, o regulamento de 1996 continha o termo “vítima” (ambas as disposições –assim como os regulamentos posteriores– têm uma definição idêntica: “A pessoa da qual se alega terem sido violados os direitos protegidos na Convenção”). O Regulamento da Corte IDH inclui ambos os conceitos, vítima e suposta vítima, conferindo o título à primeira quando seus “direitos foram violados de acordo com a sentença proferida pela Corte”. (Cf. art. 2, “definições”). Atualmente, essa distinção pode ser observada no texto das sentenças, em que a primeira parte faz referência às “supostas vítimas”, e só há uma mudança depois que a Corte IDH analisou as violações a Direitos Humanos alegadas em um caso. A razão pela qual a Corte IDH incluiu a presunção tem a ver com uma aparência de imparcialidade e de abstenção, ao evitar emitir um pronunciamento a priori de responsabilidade internacional do Estado, já que uma vítima somente poderia sê-lo a partir do reconhecimento expresso da violação de Direitos Humanos. Não obstante, à guisa de reflexão, é importante avaliar a pertinência do emprego de outro termo. Desde a perspectiva de quem teve a responsabilidade e o privilégio de representar várias pessoas e grupos perante a Corte IDH, entendemos que elas tiveram uma violação de seus direitos, mas esse reconhecimento não pode ser associado somente ao reconhecimento da Corte IDH, o qual indubitavelmente é importante, mas não deve ser o único. Muitas dessas pessoas esperam décadas para receber uma sentença na instância interamericana (que, como foi reconhecido de maneira constante e pacífica, é uma forma de reparação per se); mas pense no caso em que a Corte IDH não as considere como vítimas em sua sentença (seja por questões de competência, porque as pessoas não foram incluídas no relatório ao qual se refere o artigo 50, por avaliar que não se encontra estabelecida a responsabilidade internacional do Estado demandado, ou por outros motivos). Outras críticas ao termo se somam ao acima exposto. Por exemplo, de uma perspectiva psicossocial, houve uma série de críticas ao termo “vítima”, já que muitas delas são sobreviventes de violações de Direitos Humanos que tiveram a enorme força de seguir adiante com suas vidas, reivindicando seus direitos ou os de outras pessoas. Nesse tipo de situações, “a forma é mérito”, e as pessoas que demandam o reconhecimento do abuso de poder por parte de um Estado necessitam de um reconhecimento digno, que não só deve ser manifestado durante a audiência pública ou outra etapa concreta, mas no termo mesmo com o qual são designadas dentro do processo. Uma alternativa pode ser chamá-los de “demandantes”, diferenciando-os de seus assessores jurídicos, que serão os “representantes”.

40 De maneira geral, se poderia dizer que desde os primeiros casos contenciosos, os Estados apresentam uma série de exceções preliminares, das quais as mais assíduas são aquelas que buscam limitar ou impedir a competência da Corte IDH, assim como a falta de esgotamento de recursos internos e a quarta instância.

41 Sobre o momento processual oportuno para apresentar essa objeção preliminar, ver a seção “3.1. Regra geral do prévio esgotamento dos recursos internos e suas exceções” dos comentários aos artigos 44-47 sobre a competência da CIDH,

a CIDH como as supostas vítimas tem a possibilidade de se manifestar por escrito, para o que contarão com 30 dias.

É importante assinalar que existe uma exceção ao prazo de dois meses para as partes quando se trata de diversos intervenientes comuns.⁴² O atual Regulamento da Corte IDH restringiu a três o número de intervenientes comuns em virtude da experiência que teve a partir de alguns casos em que a grande quantidade de intervenientes converteu-se em uma complicação para o desenvolvimento adequado do processo contencioso interamericano.

Uma vez recebidas as respostas das partes, a Corte IDH solicitará a lista definitiva dos declarantes e a confirmação de quem poderá prestar testemunho perante um agente dotado de fé pública (*affidavit*); da mesma forma, solicitará esclarecimentos sobre quem deve fazê-lo em audiência, ou da desistência de alguma prova. Quando a Corte IDH recebe essa informação e a encaminha às partes, estas poderão apresentar objeções a testemunhas ou recusas de peritos, mas, em definitivo, é a resolução da presidência da Corte IDH que determina quem deverá comparecer à audiência pública.⁴³ Tal instrumento, junto com a comunicação da Secretaria da Corte IDH que transmite a resolução, também conterà os prazos para que as partes apresentem a prova escrita e fixará as regras para a audiência, prevendo sua data e horário, assim como os tempos previstos para a audiência (entre outros, para a emissão oral dos pareceres dos peritos e dos testemunhos, bem como para a entrega das alegações escritas).⁴⁴

De acordo com as disposições de seu regulamento, a Corte IDH tem a competência para realizar ou ordenar diligências probatórias de ofício (art. 58), assim como para se pronunciar em situações de desistência do caso (art. 61), de acatamento ou reconhecimentos de responsabilidade internacional –aos quais foi feita menção na seção anterior– (art. 62), e de solução amistosa (art. 63). Da mesma forma, o regulamento prevê que “[a] Corte, levando em conta as responsabilidades que lhe cabem em matéria de proteção dos Direitos Humanos, poderá decidir pelo prosseguimento do exame do caso, mesmo em presença das situações indicadas nos artigos precedentes.” (art. 64).

Posteriormente, e no caso de não existirem mais atos dentro do procedimento escrito, a Corte IDH convocará uma audiência pública, na qual escutará, de maneira excepcional, a peritos e testemunhas das partes (apesar de a maior parte da prova ter sido produzida previamente de maneira escrita através de *affidavits* ou declarações juramentadas). Embora a audiência seja pública, as deliberações são privadas.⁴⁵ Nesse sentido, é importante ressaltar novamente as restrições ao papel da CIDH no litígio do caso, já que sua participação nas audiências se restringe ao que determina a Corte IDH, como prevê o artigo 52.3 do Regulamento da Corte IDH:

[a] Comissão poderá interrogar os peritos que a mesma propuser, conforme o artigo 35.1.f do presente Regulamento; bem como os das supostas vítimas, do Estado demandado e, se for o caso, do Estado demandante, se a Corte o autorizar em solicitação fundada da Comissão,

por Tojo.

42 O segundo parágrafo do artigo 25 do Regulamento da Corte IDH estabelece o seguinte: “[s]e existir pluralidade de supostas vítimas ou representantes, deverá ser designado um interveniente comum, que será o único autorizado para a apresentação de petições, argumentos e provas no curso do processo, incluindo nas audiências públicas. Se não houver acordo na designação de um interveniente comum em um caso, a Corte ou sua Presidência poderá, se o considerar pertinente, outorgar um prazo às partes para a designação de um máximo de três representantes que atuem como intervenientes comuns. Nessa última circunstância, os prazos para a contestação do Estado demandado, assim como os prazos de participação nas audiências públicas do Estado demandado, das supostas vítimas ou de seus representantes e, dependendo do caso, do Estado demandante, serão determinados pela Presidência.”

43 Cabe mencionar que as resoluções do presidente da Corte IDH desempenham um papel importante no trâmite diário, assim como as comunicações da Secretaria da Corte IDH, as quais estabelecem diferentes critérios de procedimento e prática que são fundamentais no litígio interamericano.

44 Cf. artigos 45-52 do Regulamento da Corte IDH.

45 Cf. artigos 15 e 16 do Regulamento da Corte IDH.

quando se afete de maneira relevante a ordem pública interamericana dos Direitos Humanos e sua declaração versar sobre alguma matéria contida em uma perícia oferecida pela Comissão.⁴⁶

Com relação à apresentação de *amici curiae*, o Regulamento da Corte IDH estabelece um prazo peremptório para sua apresentação, sendo de quinze dias a contar da celebração da audiência pública.⁴⁶ Embora seja verdade que a apresentação dos *amici curiae* é uma prática empregada desde muito tempo, é justo apontar que esses escritos cada vez têm uma maior atenção por parte dos Estados demandados em um litígio determinado.

Da sua parte, a Corte IDH descartou esses escritos quando apresentados por quem tenha interesse direto no litígio do caso, ou declarou sua admissão quando os considerou procedente. Com relação à primeira hipótese, no caso *Pacheco Tineo*, a Corte IDH rejeitou um escrito de *amicus curiae* explicando que “em nenhum caso um escrito de *amicus curiae* poderia ser avaliado como um elemento probatório propriamente dito” e, ao tomar nota do reconhecimento de que uma das signatárias do documento “estava vinculada a uma organização que teve participação nos fatos do [...] caso, de modo que [...], não e[ra] uma pessoa totalmente alheia ao litígio e ao processo, razão pela qual o escrito não [foi] considerado”.⁴⁷

A Corte IDH também se pronunciou sobre a improcedência de solicitações de rejeição de *amici* realizadas pelos Estados:

[...] A Corte ressalta que de acordo com o artigo 2.3 do regulamento, quem apresenta um *amicus* é uma pessoa ou instituição alheia ao litígio e ao processo tramitado perante a Corte, com a finalidade de apresentar argumentos em torno dos fatos contidos na submissão do caso ou formular considerações jurídicas sobre a matéria do processo. Isto é, não se trata de uma parte processual no litígio, e o documento se apresenta com o fim de elucidar a Corte sobre algumas questões fáticas ou jurídicas relacionadas ao processo em trâmite perante o Tribunal, de maneira que não se pode entender que se trata de uma alegação ou argumentação que deve ser apreciada por este Tribunal para a resolução do caso e em nenhum caso um escrito de *amicus curiae* poderia ser avaliado com um elemento probatório propriamente dito.

Portanto, é improcedente o pedido do Estado de que sejam excluídos das deliberações. Em consequência, esse Tribunal admite escritos de *amici curiae*, a partir do entendimento assinalado anteriormente.⁴⁸

2.3.2. Depois da audiência pública

Depois da audiência pública, de acordo com o artigo 56 do regulamento, as partes contarão com um prazo para a apresentação das alegações finais escritas (o qual geralmente é de 30 dias)⁴⁹ e, se aplicável, apresentarão a prova para melhor resolver, que a Corte IDH tenha solicitado durante a audiência ou em uma comunicação posterior a ela.

Da mesma forma, o regulamento faculta à Corte IDH a realização oficiosa de uma série de diligências probatórias (art. 58), faculdade utilizada de maneira excepcional na história da Corte IDH. Em

46 O terceiro parágrafo do artigo 44 do Regulamento da Corte IDH estabelece o seguinte: “[a]rtigo 44. Abordagem de *amicus curiae*. [...] 3. Nos casos contenciosos, um escrito em caráter de *amicus curiae* poderá ser apresentado em qualquer momento do processo, porém no mais tardar até os 15 dias posteriores à celebração da audiência pública. Nos casos em que não se realize audiência pública, deverá ser remetido dentro dos 15 dias posteriores à resolução correspondente na qual se outorga prazo para o envio de alegações finais. Após consulta à Presidência, o escrito de *amicus curiae*, junto com seus anexos, será posto imediatamente em conhecimento das partes para sua informação.

47 Corte IDH. Caso família Pacheco Tineo vs. Bolívia. EPRFC. 2013, § 10.

48 Corte IDH. Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana. EPMRC. 2014, §. 15-17.

49 Como se explicou, as últimas reformas ao Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos tendem a restringir o papel da CIDH no litígio. Isso, por exemplo, se reflete no previsto pelo artigo 56, cujo parágrafo primeiro estabelece que “[a]s supostas vítimas ou seus [R]epresentantes, o Estado demandado e, quando for o caso, o Estado demandante, terão a oportunidade de apresentar alegações finais escritas no prazo que determine a Presidência.” Não obstante, para a CIDH, o segundo parágrafo da mesma disposição prevê como faculdade, não como obrigação da CIDH, “se entender conveniente, apresentar observações finais escritas, no prazo determinado no inciso anterior”.

um caso relacionado com o desaparecimento e a execução extrajudicial de vários membros da tribo Saramaka, a Corte teve de tomar em consideração a prática da poligamia dentro da tribo, residente em lugares de difícil acesso,⁵⁰ o que supunha desafios importantes para a definição, por parte da Corte IDH, dos titulares das reparações no caso e das modalidades das mesmas.⁵¹ Diante disso, a Corte IDH fez a seguinte determinação:

Durante o período extraordinário de sessões celebrado de 15 a 18 de maio de 1993, a Corte decidiu que sua Secretária Adjunta, Ana María Reina, viajará ao Suriname para obter informação adicional acerca da situação econômica, financeira e bancária do país, bem como para conhecer a aldeia de Gujaba, a fim de obter informações com o objetivo de facilitar ao Tribunal ditar uma sentença ajustada à realidade surinamesa. As partes foram devidamente informadas sobre o acima exposto.

As informações e os dados obtidos nessa visita mediante entrevistas e documentos, tanto em Paramaribo quanto na aldeia de Gujaba, foram também utilizados pela Corte para a fixação do montante das indenizações.⁵²

Depois de uma avaliação dos diferentes argumentos abordados pela CIDH e pelo Governo, bem como de considerar a complexidade do caso, a Corte IDH listou os familiares que deveriam receber a reparação por dano moral, dano material e o reembolso de despesas.

Em um segundo caso, a Corte IDH comissionou uma equipe, na etapa de supervisão de cumprimento de sentença, deixando claro que esta atribuição pode ser assumida em qualquer momento do processo até o arquivamento definitivo do caso. Assim, no caso do “*Massacre de Mapiripán*” vs. *Colômbia*, a Corte IDH determinou o seguinte:

A [*sic*] nota de Secretaria de 26 de outubro de 2012, mediante a qual se comunicou, seguindo instruções do Plenário da Corte, que esta ordenou, por considerá-lo útil ao trâmite da supervisão do cumprimento de Sentença, que sejam coletadas as declarações de Mariela Contreras Cruz, Hugo Fernando Martínez Contreras, Argemiro Arévalo y Zuli Herrera Contreras, as quais fariam referência aos fatos apresentados pelo Estado em seu denominado “pedido de revisão” da Sentença. A Corte comissionou ao seu Secretário Pablo Saavedra Alessandri e ao advogado Olger I. González Espinoza para levar a cabo a referida diligência na cidade de Bogotá. Ademais, para dar efetivo cumprimento ao disposto pela Corte, solicitou-se ao Estado que adotasse as medidas necessárias para que a delegação da Secretaria pudesse levar a cabo a diligência disposta; para assegurar o traslado dos declarantes à cidade de Bogotá; e para garantir a segurança dos integrantes da delegação e dos declarantes. Estabeleceu-se que o desenvolvimento da diligência deveria manter-se em estrita confidencialidade.⁵³

Como é evidente, a Corte IDH reservou essa faculdade para os casos nos quais existe uma dúvida tal que não tenha sido resolvida por meio das provas produzidas no processo contencioso ou na supervisão da sentença.

50 A sentença reconheceu que “[a] identificação dos filhos das vítimas, de seus cônjuges e, eventualmente, de seus ascendentes [apresentou] graves dificuldade no caso. Trata[va]-se de membros de uma tribo que viv[iam] na selva, no interior do Suriname e [que] se expressa[vam] somente em sua língua nativa. Os matrimônios e os nascimentos não foram registrados em muitos casos e, quando o foram, não foram incluídos dados suficientes para comprovar completamente a afiliação dos indivíduos. A questão da identificação torn[ou]-se ainda mais complexa em uma comunidade em que se praticava a poligamia. Corte IDH. Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname. RC. 1993, § 63.

51 A Corte IDH estabeleceu a controvérsia da seguinte maneira: “quanto à determinação dos sucessores das vítimas existe disparidade de critérios entre as partes, e a Comissão reivindica a aplicação dos costumes da tribo Saramaca, enquanto o Suriname pede aplicação do direito civil.” Corte IDH. Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname. RC. 1993, § 55.

52 A Corte IDH reconheceu a controvérsia da seguinte maneira: “quanto à determinação dos sucessores das vítimas, existe disparidade de critérios entre as partes: a Comissão reivindica a aplicação dos costumes da tribo Saramaca, enquanto o Suriname pede a aplicação do direito civil”. Corte IDH. Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname. RC. 1993, § 55.

53 Corte IDH. Caso do “*Massacre de Mapiripán*” vs. Colômbia. Resolução de supervisão de cumprimento de sentença, de 23 de novembro de 2012, § 16.

Em uma terceira ocasião, em 2012, no caso do *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*,⁵⁴ a Corte IDH estabeleceu um precedente ao realizar uma visita *in loco* ao território do Povo Sarayaku no Equador. Durante a diligência, a delegação da Corte IDH recebeu declarações de membros de Sarayaku, que:

relatarem suas experiências, percepções e expectativas sobre seu modo de vida, sua cosmovisão e sobre o que haviam vivido em relação aos fatos do caso [e compartilharam] várias expressões e rituais culturais[...]. Além disso, as delegações realizaram um sobrevoo do território, durante o qual se observaram lugares onde ocorreram fatos do caso.⁵⁵

Esses precedentes, conforme se assinalou anteriormente, são excepcionais; ao longo de sua história, a Corte IDH mostrou-se extremamente zelosa em usar a faculdade para se apresentar no lugar dos fatos de um caso contencioso submetido à sua jurisdição, ou para reunir provas que deem conta do cumprimento de sua decisão. Ao contrário, é usual que a Corte IDH solicite às partes no processo que produzam e melhor prova, solicitação que geralmente é feita em nota emitida pela Secretaria a partir das dúvidas que tenham alguns de seus integrantes após a audiência pública de determinado caso.

2.3.3. Deliberações e sentenças

Após a audiência pública, e na hipótese de o caso não ser finalizado por qualquer um dos motivos previstos em seu regulamento,⁵⁶ a Corte IDH deliberará nos períodos de sessões seguintes e proferirá uma sentença cujo conteúdo está previsto no artigo 65 do regulamento.⁵⁷

A CADH e o Regulamento da Corte IDH⁵⁸ preveem a possibilidade de que os juízes acompanhem seus votos à sentença (sejam eles concordantes ou dissidentes), prática que foi muito utilizada por distintas composições da Corte IDH durante os anos, tanto na função contenciosa quanto na consultiva.⁵⁹

O artigo 67 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos regula o modo como se deve comunicar a sentença, cujos originais “ficarão depositados nos arquivos da Corte”, para o qual o Secretário “entregará cópias certificadas aos Estados partes, à Comissão, às vítimas ou supostas vítimas ou a seus representantes, ao Estado demandado e, se for o caso, ao Estado demandante, ao Conselho Permanente por intermédio da sua Presidência, ao Secretário Geral da OEA, e a qualquer outra pessoa interessada que o solicitar”.⁶⁰

2.3.4. Sentenças de interpretação

54 Corte IDH. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador. FR. 2012, § 19-21.

55 *Ibidem*, § 21.

56 Tal normativa prevê a possibilidade de que a parte demandante desista do caso (art. 61), que haja o reconhecimento da responsabilidade do Estado demandado (art. 62) ou que se encontre uma solução amistosa (art. 63), a qual será homologada pela Corte IDH na hipótese de não haver violação de direitos (artigo 64: prosseguimento do exame do caso).

57 No caso de as reparações não se incluírem na sentença prevista no artigo 65 do regulamento, o primeiro parágrafo do artigo 66 destaca que “[q]uando na sentença sobre o mérito do caso não se houver decidido especificamente sobre reparações e custas, a Corte determinará a oportunidade para sua posterior decisão e indicará o procedimento”. Além disso, o segundo parágrafo prevê que [s]e a Corte for informada de que as vítimas ou seus representantes, o Estado demandado e, se for o caso, o Estado demandante, chegaram a um acordo em relação ao cumprimento da sentença sobre o mérito, verificará que o acordo seja conforme a Convenção e disporá o que couber a respeito.”

58 Cf. artigos 66.2 da CADH e 65.2 do Regulamento da Corte IDH.

59 Desde os primeiros casos contenciosos, os juízes exerceram esse direito. Por exemplo, em um dos casos hondurenhos, o juiz Rodolfo Piza Escalante opôs-se, não ao conteúdo da sentença de mérito, mas à redação do ponto resolutivo 6 que facultava à Corte a fixação das indenizações, mas ressalvava a possibilidade de que somente o Estado hondurenho e a CIDH se opusessem ao acordo. Nesse sentido, o juiz costarricense pugnou a favor do reconhecimento da “vítima ou seus sucessores, titulares dos direitos reclamados e credores das prestações que na sentença se declarem, em consonância com o texto do artigo 63.1 da Convenção [...]” Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. M. 1988, voto dissidente do juiz Rodolfo E. Piza Escalante, § 3.

60 Artigo 67 do Regulamento da Corte IDH, intitulado “pronunciamento e comunicação da sentença”, inciso 6.

Nesse sentido, o artigo 68 do Regulamento da Corte IDH, em conformidade com o artigo 67 da CADH, estabelece que as sentenças proferidas pela Corte IDH são definitivas.

A Corte IDH distinguiu essa característica do pedido de interpretação de sentenças, que consiste em uma faculdade conferida às partes que participaram no processo de solicitar, após o proferimento da sentença, que a Corte esclareça algum ponto específico resolvido. Isso, de acordo com a Corte IDH “contribui para a transparência dos atos do Tribunal, esclarecer, quando julgar apropriado, o conteúdo e o alcance de suas sentenças, e dissipar qualquer dúvida sobre as mesmas, sem que considerações meramente formais possam ser opostas”.⁶¹

É importante destacar, ainda quando a cláusula proíbe expressamente a apelação das sentenças, que a maioria dos pedidos de interpretação apresentadas pelos Estados, são “apelações encobertas”,⁶² razão pela qual a Corte IDH às deve rejeitar por serem improcedentes. Essa atitude estatal muitas vezes reflete um desacordo com a decisão da Corte IDH, contrariamente ao estabelecido no artigo 68 da CADH.⁶³

É indubitável que um verdadeiro pedido de interpretação de sentença segue sendo uma importante forma de garantir que decisão seja clara, e que o decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos seja compreendido em sua totalidade, o que, dependendo do tema de que se trate, cumpre diferentes fins, mas principalmente com relação às partes no procedimento e ao Estado condenado a fim de que se possa cumprir com o estipulado na sentença proferida.

Quanto aos erros de edição e de cálculo, as novas inclusões nas reformas regulamentares da Corte IDH estabelecem uma nova disposição a respeito:

Artigo 76. Retificação de erros em sentenças e outras decisões.

A Corte poderá, por iniciativa própria ou a pedido de uma parte, apresentado dentro do mês seguinte à notificação da sentença ou resolução de que se trate, retificar erros notórios, de edição ou de cálculo. Se for efetuada alguma retificação, a Corte a notificará à Comissão, às vítimas ou a seus representantes, ao Estado demandado e, se for o caso, ao Estado demandante.

61 Corte IDH. Caso El Amparo vs. Venezuela. Interpretação da sentença de RC. Resolução. 1997, parágrafo considerativo 1.

62 A jurisprudência interamericana foi constante em afirmar que: “uma solicitação de interpretação de sentença não deve ser utilizada como meio de impugnação da decisão cuja interpretação se requer. Tal solicitação tem como objeto, exclusivamente, determinar o sentido de uma decisão quando alguma das partes alega que o texto de seus pontos resolutivos ou de suas considerações carece de clareza ou de precisão, sempre e quando essas considerações incidam na referida parte resolutiva [...]. Portanto, não se pode pedir a modificação ou anulação da respectiva sentença a través de uma solicitação de interpretação [...]”. Cf., inter alia, Corte IDH. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Interpretação da Sentença de MRC. 2006, § 15. Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Interpretação da Sentença de MRC. 2006, § 15. Corte IDH. Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana. Demanda de Interpretação da Sentença de EPMRC. 2006, § 14. Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru. Interpretação da Sentença de EPMRC. 2006, § 27.

63 Essa prática lamentável gera, assim, maior sofrimento e indignação nas vítimas, que apesar de terem uma sentença favorável proferida pela Corte IDH, devem passar novamente pelo descrédito estatal dos fatos violadores que sofreram em seus países. Para citar alguns exemplos, o Peru questionou as avaliações de fato e de direito realizadas pela Corte IDH no caso de María Helena Loayza; El Salvador manifestou desacordo com as indenizações concedidas pela Corte IDH aos familiares de duas crianças desaparecidas em uma operação massiva das forças armadas durante um conflito armado. A República Dominicana atacou questões familiares e pessoais de duas crianças que, por sua ascendência haitiana, foram deixadas apátridas; e o México questionou a valoração feita pela Corte IDH sobre o estupro que haviam sofrido Inés Fernández e Valentina Rosendo Cantú. Cf. Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Peru. Interpretação da Sentença de RC. 1999. Corte IDH. Caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador. Interpretação da Sentença de MRC. 2005. Corte IDH. Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana. Demanda de Interpretação da Sentença de EPMRC. 2006. Corte IDH. Caso Fernández Ortega e outros vs. México. Interpretação da Sentença de EPRC. 2011. Corte IDH. Caso Rosendo Cantú e outra vs. México. Interpretação da Sentença de EPMRC. 2011.

2.4. Algumas mudanças a partir das reformas regulamentares de 2009

O caso sujeito à análise pela Corte IIDH terá como marco fático os fatos estabelecidos pela CIDH no relatório ao qual se refere o artigo 50,⁶⁴ da mesma forma terão o caráter de supostas vítimas somente aqueles que tenham sido designados como tais no referido relatório.⁶⁵ Isso não exclui a possibilidade de “expor os [fatos] que permitam explicar, esclarecer ou descartar o que foi mencionado na demanda ou responder às pretensões do demandante”.⁶⁶

Embora as supostas vítimas possam intervir no procedimento, é possível que a Corte IDH não venha a conhecer a totalidade dos fatos violadores, tendo em vista que existe a possibilidade de que a CIDH não retome todos os fatos alegados pelas partes no processo movido perante ela.

Por outro lado, as reformas ao Regulamento da Corte IDH do início de 2009 previam a possibilidade de designação de um interveniente comum quando houver pluralidade de vítimas,⁶⁷ e incluíram como novo tema a figura do defensor interamericano,⁶⁸ o qual começou a ter participação em diversos casos perante a Corte IDH.⁶⁹

Após essas reformas –em novembro de 2009–, a Corte IDH modificou novamente seu regulamento para aperfeiçoar questões relacionadas, entre outros, ao interveniente comum (limitá-lo ao máximo de três); a restringir o papel da CIDH no litígio –como explicado em capítulos anteriores–; a regular alguns prazos e a incluir meios eletrônicos para agilizar os procedimentos; à proteção de sujeitos processuais além das vítimas;⁷⁰ a incluir a competência da Corte IDH para emendar erros nas sentenças; a ampliar do fundo de assistência jurídica aos defensores públicos interamericanos; ao regular a apresentação de provas; e à garantia do princípio do contraditório na apresentação das declarações escritas.⁷¹

2.5. Fundo de Assistência Jurídica do SIDH⁷²

Depois de vários anos discutindo importância de dar maior igualdade processual às vítimas em relação à carga monetária que implica a produção de prova no processo perante a CIDH e posteriormente perante a Corte IDH,⁷³ ambos os órgãos avançaram nessa direção. A Corte IDH “nivelou-se”

64 O parágrafo primeiro do artigo 35 do Regulamento da Corte IDH, intitulado ‘submissão do caso por parte da Comissão’, estabelece que “o caso será submetido à Corte mediante a apresentação do relatório a que se refere o artigo 50 da Convenção, que contenha todos os fatos supostamente violadores, inclusive a identificação das supostas vítimas, [...]”. Sobre os fatos, supostamente violadores, incluídos no relatório a que se refere o artigo 50 da CIDH, ver a seção 3.2. “Marco fático estabelecido no relatório de mérito”, dos comentários aos artigos 48-51, sobre o procedimento perante a CIDH, por Tojo.

65 Para uma melhor análise sobre as supostas vítimas estabelecidas no relatório de mérito da CIDH, ver a seção 3.2. dos comentários aos artigos 48-51 “Procedimento perante a CIDH”, por Tojo.

66 Cf. Corte IDH. Caso “Cinco Pensionistas” vs. Peru. MRC. 2003, § 153.

67 Cf. artigo 25, parágrafos 2 e 3, do Regulamento da Corte IDH.

68 Artigo 37. Defensor interamericano. Em casos de supostas vítimas sem representação legal devidamente credenciada, o Tribunal poderá designar um Defensor Interamericano de ofício que às represente durante a tramitação do caso.” Para algumas reflexões acerca dessa figura, ver Dulitzky, A. “The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later”, em *Protecting Human Rights in the Americas: the Inter-American institutions at 60*. Quebec Journal of Int’l Law, 2011.

69 No caso Mohamed, uma vez que o representante da vítima faleceu, solicitou-se à Corte IDH a nomeação de um defensor interamericano para representá-lo. A Secretaria da Corte IDH entrou em contato com a Associação Interamericana de Defensorias Públicas. Além desse caso, encontram-se em trâmite outros casos em que se implementa tal figura. Cf. Corte IDH. Caso Mohamed vs. Argentina. EPMRC. 2012.

70 O artigo 53 do Regulamento da Corte IDH intitula-se “Proteção de supostas vítimas, testemunhas, peritos, representantes e assessores legais”.

71 Corte IDH. Exposição de motivos da reforma regulamentar. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_motivos_esp.pdf (data de último acesso: 25/06/2017).

72 Para uma perspectiva a respeito desse mecanismo desde o trabalho da CIDH, ver a seção 1.6. “Fundo de Assistência Jurídica do SIDH” dos comentários 44-47 sobre a Competência da CIDH, por Tojo.

73 Entre outros, ver, Cejil La urgente necesidad de crear un fondo de asistencia jurídica para la promoción y protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. Documento de conjuntura n.º 4, 2007. Disponível em: <https://>

com seus homólogos regionais,⁷⁴ ao adotar o regulamento correspondente no início do ano de 2010,⁷⁵ colocando em marcha o fundo nesse mesmo ano. O regulamento estabelece que a solicitação ao fundo deve ser feita no escrito de petições, argumentos e provas, e deverá demonstrar que se “carece de recursos econômicos suficientes para saldar os custos do litígio perante a Corte Interamericana, bem como indicar com precisão quais aspectos de sua defesa no processo requerem o uso de recursos do Fundo de Assistência Jurídica às Vítimas”.⁷⁶

Esse requisito causou confusão nas primeiras vezes que o pedido foi feito, tanto que a Corte IDH considerou que não só a(s) vítima(s), mas também seus representantes, deveriam fazer a mesma demonstração. No entanto, após essas solicitações iniciais –e das argumentações dos representantes das vítimas– a Corte IDH resolveu não entrar e analisar esse ponto no pedido.

No caso de a Corte IDH aprovar e declarar o Estado responsável por violações de Direitos Humanos, na sentença correspondente, determinará o reembolso do montante concedido, para seu uso em outros casos (art. 5 do regulamento correspondente).

Até o momento, o fundo funcionou de maneira adequada,⁷⁷ de 2010 a 2015 foi utilizado em 43 casos,⁷⁸ principalmente para possibilitar a viagem dos declarantes à audiência pública para a qual foram convocados pela Corte IDH. Da mesma forma, nos casos correspondentes, a Corte IDH teve o cuidado de lembrar os Estados de cumprir a sua obrigação de reembolsar os valores estabelecidos em suas sentenças.⁷⁹

2.6. Os idiomas de trabalho da Corte IDH

Outro tema relevante do processo perante a Corte IDH (assim como ocorre com a CIDH), é a forma como se deve resolver, na prática, a diversidade que se pede na integração da Corte.

Ainda que a formação jurídica em diferentes sistemas seja um tema a ser considerado, a verdade é que o idioma é uma das principais problemáticas que pode dificultar o trabalho da Corte IDH. Tendo em vista que sua composição implica que haja ao mesmo tempo juízes cujas línguas maternas sejam o

cehil.org/es/documento-cuyuntura-no-4-urgente-necesidad-crear-fondo-asistencia-juridica-promocion-y-proteccion (data de último acesso: 18/08/2017).

74 O capítulo XI do Regulamento do TEDH estabelece o procedimento para fazer uso da assistência jurídica gratuita, enquanto o artigo 10.2 do Protocolo Adicional à Corte de Banjul estabelece que “qualquer parte no caso tem o direito de ser representada por um representante legal de sua escolha. A representação jurídica gratuita pode ser provida quando o interesse da justiça assim o requeira”. (tradução livre)

75 Para mais informações, ver Corte IDH. Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o funcionamento do fundo de assistência jurídica de vítimas. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/regla_victimas/victimas_esp.pdf (data de último acesso: 30/08/2017). Conforme o artigo 8 do referido regulamento, o fundo entrou em vigor em 1º de junho de 2010.

76 Cf. artigo 2 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o funcionamento do fundo de assistência jurídica de vítimas.

77 De acordo com seu relatório anual de 2016, a Corte IDH detalhou que “em forma acumulada, em dezembro de 2015, os aportes em dinheiro ao fundo ascenderam a um montante total de US\$ 355,590.78.” Corte IDH. Relatório Anual 2015. Capítulo X, Inciso A. “Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas”, seção 2, “Doações ao Fundo”, p. 150. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2015/> (data do último acesso: 07/08/2017).

78 Corte IDH. Relatório Anual 2015. seção b) Gastos aprovados e ressarcimentos respectivos desde o ano de 2010 até 2015, p. 152.

79 Em seu relatório anual de 2015, a Corte IDH contabilizou somente 14 casos em que os Estados realizaram o reembolso correspondente. A pendência de cumprimento dessa obrigação significa uma tarefa adicional de cobrança para a Corte IDH, a fim de que conte com os fundos suficientes e continue sendo útil para as vítimas. Da mesma forma, na mesma publicação, a Corte IDH destinou uma seção para incluir as resoluções de supervisão emitidas expressamente em relação ao ressarcimento do fundo de assistência. Assim, naquele ano, a Corte IDH emitiu resoluções nos casos *Véliz Franco e outros vs. Guatemala*; *Povoo Indígena Mapuche vs. Chile*; *Família Pacheco Tineo vs. Bolívia*; *Suárez Peralta vs. Equador*; *Resolução conjunta para os casos Torres Millacura e outros, Fornerón e filha, Furlan e familiares, Mohamed e Mendoza e outros vs. Argentina*; *Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*; e *Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. Corte IDH. Relatório Anual 2015, pp. 77 e 153. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2015/> (data de último acesso: 07/08/2017).

espanhol, o inglês e o português, contar com as melhores possibilidades de tradução é uma preocupação real que significou um custo financeiro tanto para a Corte IDH como para a CIDH.⁸⁰

O antes exposto não se refere somente às traduções simultâneas durante as seções, mas ao trabalho da Secretaria, com a finalidade de contar com informação acessível para todas as pessoas que integram a Corte IDH, assim como a tradução de resoluções e sentenças. A respeito disso, o Regulamento da Corte IDH ressalta que se determinará anualmente seus idiomas de trabalho, e prevê que “para um caso determinado, poderá ser adotado também como idioma de trabalho o do Estado demandado, ou se for o caso, do Estado demandante, sempre que seja oficial” (art. 22.2 do regulamento). Ao se iniciar um caso, a Corte IDH também determinará os idiomas de trabalho (art. 22.3).

Particularmente relevante é o que diz respeito àqueles que se encontram envolvidos no caso, como vítimas, declarantes ou peritos. Com independência dos quatro idiomas oficiais, existem países cujo idioma não se enquadra em nenhum deles.⁸¹ Em resposta a essa circunstância, o regulamento faculta à Corte IDH “autorizar qualquer pessoa que compareça perante a mesma a se expressar em seu próprio idioma, se não tiver suficiente conhecimento dos idiomas de trabalho, mas em tal caso adotará as medidas necessárias para assegurar a presença de um intérprete que traduza a declaração para os idiomas de trabalho”.⁸²

3. Função consultiva (artigo 64 da CADH)

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. 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.**

80 Por essa razão –e a insistência da Corte IDH–, a Assembleia Geral da OEA resolveu “insistir na disposição de que a Secretaria Geral da Organização assuma, a partir do exercício orçamentário de 2013, os custos de tradução para todos os idiomas oficiais que originem as sentenças e as resoluções emitidas pela Corte I[DH] para, assim, garantir o pleno acesso de todos os habitantes do hemisfério a estas”. Cf. OEA. Assembleia Geral, Observações e recomendações ao relatório da anual da Corte IDH. Resolução AG/Res. 2759 (XII-O/12), 2012, ponto resolutivo 4. É relevante recordar que o problema da falta de recursos para as traduções deve ser compreendido como parte de uma problemática mais ampla, referente à falta de orçamento adequado da CIDH e da Corte IDH. Parece que a Assembleia Geral da OEA, celebrada em junho de 2017 em Cancun, México, finalmente conseguiu resolver a questão ao dobrar o orçamento regular para esses órgãos em relação ao orçamento ordinário da OEA. De acordo com o comunicado emitido conjuntamente por ambos os órgãos, o presidente da Corte IDH ressaltou que se tratava de um momento histórico que permitiria o incremento gradual de 33% anual de cada órgão, o que corresponderia ao orçamento regular concedido pela OEA ao fim de três anos”. Ver CIDH. Comunicado de imprensa n.º 083/17. CIDH y Corte IDH agradecen a la Asamblea General decisión sobre incremento presupuestario. 22 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/083.asp> (data de último acesso: 01/07/2017).

81 Por exemplo, Suriname e outros países caribenhos falam holandês, ou uma derivação desse idioma ou do inglês, enquanto o Paraguai aceita como idioma oficial tanto o espanhol como o guarani. Tampouco se pode esquecer das pessoas cuja deficiência requer o uso da linguagem de sinais (com variações por países e regiões) e, evidentemente, das milhões de pessoas afrodescendentes ou indígenas que têm uma riqueza em línguas e em variações das mesmas.

82 Cf. artigo 22.4 do Regulamento da Corte IDH. A parte final dessa disposição estabelece que “esse intérprete deverá prestar juramento ou declaração solene sobre o fiel cumprimento dos deveres do cargo e sobre o sigilo a respeito dos fatos de que tome conhecimento no exercício de suas funções”.

Nos anos 80, a Corte IDH iniciou seus trabalhos através de sua função consultiva, emitindo um parecer consultivo por ano em média⁸³; esse ritmo manteve-se até o parecer consultivo número 14 em 1994.⁸⁴

O fato de a Corte IDH ter iniciado seu trabalho através de consultas realizadas tanto pela CIDH como por diferentes Estados membros da OEA, lhe deu a oportunidade não só de iniciar seu funcionamento de uma maneira mais simples (ao não ter que resolver casos imediatamente), mas também lhe conferiu uma importante legitimidade, precisamente pelos atores que ativaram sua jurisdição ao consultá-la acerca de temas variados. De acordo com a Corte IDH, a competência consultiva constitui “um serviço que a Corte está em capacidade de prestar a todos os integrantes do Sistema Interamericano, com o propósito de contribuir com o cumprimento de seus compromissos internacionais”.⁸⁵

Foi dito que os pareceres buscam objetivos diversos, como a função preventiva, ao antecipar uma questão que posteriormente venha a ser julgada em um procedimento contencioso por um possível descumprimento da CADH, ou a verificação do funcionamento dos órgãos do SIDH, ou suas instituições; assim, os Estados também utilizaram a jurisdição consultiva para ventilar questões jurídicas com importante transcendência política.

Durante o exercício de sua função consultiva, a Corte IDH pronunciou-se sobre diferentes temas que abrangeram pronunciamentos sobre suas ‘atividades judiciais’; bem como estabeleceu com clareza sua posição sobre o alcance de diversos direitos como o direito à vida, o *habeas corpus*, o direito à nacionalidade e os direitos da criança.⁸⁶ De acordo com a Corte IDH, o trabalho interpretativo que deve cumprir no exercício dessa função:

[...] busca não apenas decifrar o sentido, propósito e razão das normas internacionais sobre Direitos Humanos, mas, sobretudo, contribuir com os Estados Membros e os órgãos da OEA para que cumpram de maneira cabal e efetiva suas obrigações internacionais na matéria e definam e desenvolvam políticas públicas em Direitos Humanos [...] Trata-se, com efeito, de interpretações que contribuam a fortalecer o sistema de proteção dos Direitos Humanos.⁸⁷

Hoje em dia, a quantidade de pareceres consultivos emitidos pela Corte IDH difere muito do que ocorreu no sistema europeu de Direitos Humanos,⁸⁸ convertendo a Corte Interamericana “no único órgão no âmbito internacional a implementar efetivamente sua jurisdição consultiva”.⁸⁹

3.1. Amplitude da função consultiva da Corte IDH

O texto do artigo 64 da CADH não só é um dos mais amplos dentro dos tratados de Direitos Humanos, como também foi empregado de maneira relevante dentro do SIDH.⁹⁰ De acordo com a Corte IDH:

83 Entre 1982 e 1994, tem-se registro somente de dois anos em que a Corte IDH não emitiu nenhum parecer consultivo (1988 e 1992), e em 3 ocasiões publicou dois pareceres consultivos por ano (1982, 1986, 1987).

84 Burgorgue-Larsen, L. e Úbeda de Torres, A. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*. Oxford University Press, 2011, p. 85.

85 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-1/82. “Outros tratados” objeto da função consultiva da Corte. 1982, par. 39. Corte IDH. Parecer Consultivo PC-19/05. Controle de legalidade no exercício das atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Arts. 41 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). 2005, §. 18. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14 Corte IDH. Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. 2014, par. 28.

86 Burgorgue-Larsen, L. e Úbeda de Torres, A. *op cit.*, p. 90.

87 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, *op. cit.*, §. 29.

88 De acordo com Burgorgue-Larsen, o TEDH (estabelecido em 1952) somente emitiu dois pareceres consultivos; essa função está regulamentada no artigo 47 da CEDH. O primeiro parecer versou sobre a coexistência de sistemas de proteção na Europa que poderiam ter as mesmas faculdades que as estabelecidas pelo artigo 35.2 da CEDH, o que, segundo a autora, não qualifica propriamente um parecer consultivo, tendo em vista que o TEDH nunca deu uma decisão e converteu o parecer em sua função contenciosa. O segundo parecer se relacionava com a competência material da função consultiva do TEDH. Cf. Burgorgue-Larsen, L. e Úbeda de Torres, A. *op cit.*, p. 86.

89 Cf. Burgorgue-Larsen, L. e Úbeda de Torres, A. *op cit.*, p. 87.

90 Os pareceres consultivos emitidos pela Corte IDH podem ser consultados no seguinte link: <http://www.corteidh.or.cr/>

O artigo 64 da Convenção confere a esta Corte a mais ampla função consultiva que já se confiou a um tribunal internacional até o presente. Estão legitimados para solicitar pareceres consultivos todos os órgãos da Organização dos Estados Americanos enumerados no Capítulo X da Carta, bem como todos os Estados membros, seja parte da Convenção ou não. O objeto da consulta não está limitado à Convenção, mas alcança outros tratados concernentes à proteção dos Direitos Humanos nos Estados americanos, sem que nenhuma parte ou aspecto dos referidos instrumentos estejam, a princípio, excluídos do âmbito dessa função consultiva. Por fim, concede-se a todos os membros da OEA a possibilidade de solicitar pareceres acerca da compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os referidos instrumentos internacionais.⁹¹

Mais tarde, a Corte IDH enfatizou o objetivo perseguido por sua função consultiva, e os aportes que poderia oferecer para que os Estados fizessem efetiva a CADH em suas respectivas jurisdições:

A função consultiva conferida à Corte pelo artigo 64 da Convenção é a única no Direito Internacional contemporâneo. Como a Corte já o expressou em outra oportunidade, nem a Corte Internacional de Justiça nem o Tribunal Europeu de Direitos Humanos foram investidos da ampla função consultiva que a Convenção conferiu à Corte Interamericana [...]. Cabe aqui, simplesmente enfatizar o fato de que a Convenção, *ao permitir aos Estados membros e aos órgãos da OEA solicitar pareceres consultivos, cria um sistema paralelo ao do artigo 62 e oferece um método judicial alternativo de caráter consultivo*, destinado a ajudar os Estados e órgãos a cumprir e a aplicar tratados em matéria de Direitos Humanos, *sem submetê-los ao formalismo e ao sistema de sanções que caracteriza o processo contencioso*. Seria, portanto, contraditório com o objeto e com a finalidade da Convenção e com as disposições relevantes desta, adotar uma interpretação que submetesse o artigo 64 aos requisitos exigidos pelo artigo 62 quanto à competência, restando-lhe, assim, a utilidade que se queira dar-lhe, pelo simples fato de que possa existir uma controvérsia sobre a disposição implicada na consulta.⁹²

Do mesmo modo, em 2014, no parecer consultivo sobre *direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*, a Corte IDH estabeleceu critérios importantes sobre o alcance de sua função consultiva e a competência que a mesma lhe confere ao estimar que:

[a Corte IDH] não apenas está necessariamente limitada aos termos literais das consultas que lhe são formuladas, mas que, em exercício de sua competência não contenciosa ou consultiva e em vista do previsto no artigo 2 da Convenção e do propósito dos pareceres consultivos de “contribuir com o cumprimento de seus compromissos internacionais” sobre Direitos Humanos [...], *pode também sugerir, como medidas de outro caráter que sejam necessárias para fazer efetivos os Direitos Humanos, a adoção de tratados ou outro tipo de normas internacionais sobre as matérias objeto da consulta*.⁹³

Definitivamente, ainda que existam outros tratados com uma amplitude interessante em relação aos temas que podem ser consultados,⁹⁴ o texto do artigo 64 da CADH segue sendo um dos mais extensos que existem.

cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es (data de último acesso: 26/12/2017).

91 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-1/82, op. cit., §. 14.

92 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-3/83. Restrições à pena de morte. 1983, §. 43. (grifo nosso).

93 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, op. cit., §. 30. (grifo nosso).

94 Por exemplo, o artigo 4 do Protocolo Adicional à carta de Banjul e dos Povos confere maior amplitude na legitimação para solicitar o parecer, o qual pode ser realizado em relação à Carta Africana ou “outros instrumentos de Direitos Humanos relevantes”. Não obstante, essa disposição não faculta à Corte Africana a realização de análises de legislações internas ou projetos (ou anteprojetos) normativos.

3.2. Legitimação para solicitar a consulta e alcance do controle de convencionalidade

O artigo 64 estabelece claramente quem tem legitimidade ativa para solicitar um parecer à Corte IDH. Em diversas ocasiões, os Estados americanos solicitaram um parecer, entre os quais podemos citar Costa Rica (5 vezes),⁹⁵ Uruguai,⁹⁶ México,⁹⁷ Colômbia,⁹⁸ Peru,⁹⁹ Chile,¹⁰⁰ Venezuela,¹⁰¹ Argentina,¹⁰² Panamá,¹⁰³ e recentemente foram feitas solicitações à Corte IDH por vários países de maneira conjunta.¹⁰⁴ Adicionalmente aos Estados, a CIDH também solicitou pareceres consultivo à Corte IDH.¹⁰⁵

Nesta seção é importante mencionar que, uma vez que um ator ou um grupo de atores, solicita um parecer à Corte IDH, todos os Estados membros da OEA deverão exercer o controle de convencionalidade sobre os critérios estabelecidos. Essa ampliação do controle de convencionalidade à função não contenciosa da Corte IDH foi estabelecida em 2014 no referido parecer consultivo sobre os *direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*, nos seguintes termos:

[...] a Corte considera necessário recordar que, conforme o Direito Internacional, quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, este tratado obriga todos os seus órgãos, incluindo os poderes judicial e legislativo, de maneira que a violação por parte de algum destes órgãos gera responsabilidade internacional [...]. *É por essa razão que considera necessário que os diversos órgãos do Estado realizem o correspondente controle de convencionalidade,²³ também em relação ao que se indique no exercício de sua competência não contenciosa ou consultiva, a qual, inegavelmente, compartilha com sua competência contenciosa o propósito do [SIDH] de “a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos” [...].* Por sua vez, *a partir da norma convencional interpretada [...] através da emissão de um Parecer Consultivo, todos os órgãos dos Estados Membros da OEA, incluindo os que não são partes da Convenção mas que se obrigaram a respeitar os Direitos Humanos em virtude da Carta da OEA (artigo 3.I) e da Carta Democrática Interamericana (artigos 3, 7, 8 e 9), contam com uma fonte que, de acordo com sua própria natureza, contribui também, e especialmente de maneira preventiva, para alcançar o eficaz respeito e garantia dos Direitos Humanos [...].*¹⁰⁶

95 Os pareceres são os seguintes: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-4/84. Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização. 1984. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-5/85. O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas. 1985. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-7/86. Exigibilidade do Direito de Retificação ou Resposta. 1986. Corte IDH. Parecer Consultiva OC-12/91. Compatibilidade de um projeto de lei com o artigo 8.2h da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1991. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-24/17. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. 2017.

96 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-6/86. A expressão “Leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 1986. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87. Garantias judiciais em estados de emergência. 1987.

97 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-16/99. O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal. 1999. Corte IDH. Parecer Consultiva OC-18/03. Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados. 2003.

98 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-10/89. Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 1989.

99 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-1/82, op. cit.

100 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-15/97. Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 1997.

101 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-19/05, op. cit.

102 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-20/09, op. cit.

103 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-22/16. Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. 2016.

104 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, op. cit. Este parecer consultivo foi solicitado pelos países do Mercosul em busca de critérios para fazer frente a problemáticas regionais.

105 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. Condição jurídica e Direitos Humanos da criança. 2002.

106 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, op. cit., §. 31. (notas de rodapé omitidas e grifo nosso).

Igualmente, a Corte IDH ressaltou a relevância jurídica dos critérios expressos nos pareceres para todos os Estados membros da OEA vinculados pela DADDH, e para os órgãos da mesma organização.¹⁰⁷

3.3. Procedimento

Ao receber uma solicitação de parecer, a Corte IDH verifica o cumprimento das exigências formais dispostas nos artigos 70 e 71 de seu regulamento, de acordo com as quais para que uma solicitação seja considerada pela Corte IDH “deverão formular com precisão as perguntas específicas, [deverão indicar as disposições cuja interpretação é solicitada, as considerações que dão origem à consulta e [indicar o] endereço do Agente”.¹⁰⁸

Além de analisar o cumprimento dos requisitos formais, a Corte IDH realiza uma análise de mérito e é no exercício dessa faculdade que a Corte IDH decide se emite o parecer consultivo ou se recusa a fazê-lo. Assim, desde seu primeiro parecer consultivo, a Corte IDH estabeleceu uma série de critérios que norteiam sua ação:

Das considerações anteriores, pode-se concluir, por um lado, que um primeiro grupo de limitações à competência consultiva da Corte está dado pela circunstância de que somente pode conhecer, dentro desta função, sobre a interpretação de tratados em que esteja diretamente implicada a proteção dos Direitos Humanos em um Estado membro do sistema interamericano. Por outro lado, que *um segundo grupo de limitações se depreende da inadmissibilidade de qualquer solicitação de consulta que conduza a desvirtuar a jurisdição contenciosa da Corte ou, em geral, a debilitar ou alterar o sistema previsto pela Convenção, de maneira que possam ver-se prejudicados os direitos das vítimas de eventuais violações dos Direitos Humanos. Por fim, a Corte considerará as circunstâncias de cada caso e se, por razões determinantes, concluir que não seria possível emitir o parecer solicitado sem violentar esses limites e desnaturalizar sua função consultiva, abster-se-á de respondê-la por decisão motivada.*¹⁰⁹

Em sua jurisprudência recente, a Corte IDH estabeleceu que:

[...] e o cumprimento dos requisitos regulamentares para a formulação de uma consulta não implica que esteja obrigado a respondê-la [...] Assim, a Corte recorda que sua competência consultiva não deve, em princípio, ser exercida mediante especulações abstratas, sem uma aplicação previsível a situações concretas que justifiquem o interesse de que se emita um Parecer Consultivo [...].¹¹⁰

Por isso, é possível inferir que a Corte IDH realiza um “teste de utilidade” do pedido de parecer, mediante o qual os pedidos *deverão demonstrar sua relevância e utilidade jurídica concreta* em virtude do contexto jurídico, social ou político em que é solicitado.

Durante sua história, a Corte IDH recusou duas solicitações de parecer apresentadas pela CIDH: uma relacionada à ampliação das responsabilidades dos Estados concernentes à pena de morte, e a outra sobre as obrigações dos Estados quanto ao castigo corporal de crianças.¹¹¹ Da mesma forma, em 2005, recusou uma solicitação formulada pela Costa Rica em relação à “compatibilidade do artigo 9 inciso e) da Lei de Pessoal da Assembleia Legislativa, n.º 4556, de 8 maio de 1970, (com o que se fundamentaram os acordos impugnados [relativos à revogação da nomeação ao cargo de alguns funcionários])

107 Ibidem, §. 32.

108 Ibidem, §. 24.

109 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-1/82, op. cit., §. 31. (grifo nosso).

110 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14, op. cit., §. 25 (notas de rodapé omitidas). Nesse parágrafo, a Corte IDH cita os seguintes pareceres consultivos (notas de rodapé 17 e 18): Corte IDH. Parecer Consultivo OC-15/97, op. cit., §. 31. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-19/05, op. cit., §. 17. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-9/87, op. cit., §. 16. Corte IDH. Parecer Consultivo OC-20/09, op. cit., §. 15.

111 Para mais informações sobre a rejeição de pareceres consultivos solicitados à Corte, consultar: http://corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/rechazo_solicitud_opiniones_consultivas.cfm?lang=es (data de último acesso: 05/12/2017).

em relação aos instrumentos internacionais vigentes em matéria de Direitos Humanos”,¹¹² e, em 2016, rejeitou o pedido do Secretário-Geral da OEA sobre os critérios para a procedência de julgamentos políticos.¹¹³

Por sua vez, o artigo 73 do regulamento estabelece o procedimento que deve ser seguido para emitir o parecer consultivo.¹¹⁴ Assim, é importante ressaltar que o sistema de notificações estabelecido no inciso primeiro do artigo 64, em função do qual, durante o procedimento de consulta, a Corte IDH poderá receber informações sobre o tema por parte de atores que não sejam os solicitantes, tais como outros Estados, organizações ou indivíduos (mediante *amici curiae*); a Corte IDH especificou que:

[...] diferentemente do procedimento entre os pareceres tramitados segundo o artigo 64.1 (interpretação da Convenção ou de outros tratados) e os tramitados segundo o artigo 64.2 da Convenção (compatibilidade das leis internas), destacando o sistema de notificações do primeiro como o aspecto diferenciador mais relevante, pois no segundo procedimento a consulta pode ser feita sem contar com pontos de vista externos aos do Estado solicitante [...].¹¹⁵

Finalmente, o artigo 75 do regulamento inclui os requisitos que devem constar do parecer consultivo. Essa disposição estabelece que devem constar os nomes dos juízes e da equipe da Secretaria que a emitiram, uma descrição do procedimento seguido, a identificação das questões submetidas à consulta, o parecer da Corte IDH, e a indicação da versão autêntica do parecer (levando em consideração que existem quatro idiomas oficiais da OEA e do trabalho da Corte IDH). Assim como ocorre com as sentenças de casos ou as medidas provisórias, os juízes têm a prerrogativa de emitir votos, seja concordantes ou dissidentes.

112 Corte IDH. Pedido de Parecer Consultivo apresentado pela República da Costa Rica. Resolução de 10 de maio de 2005, §. 2.

113 Corte IDH. Rejeição de Parecer Consultivo apresentado pelo Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos. Resolução de 23 de junho de 2016.

114 Tal disposição estabelece o seguinte: “Artigo 73. 1. Uma vez recebido um pedido de parecer consultivo, o Secretário enviará cópia deste a todos os Estados membros, à Comissão, ao Conselho Permanente por intermédio da sua Presidência, ao Secretário Geral e aos órgãos da OEA a cuja esfera de competência se refira o tema da consulta, se for pertinente. 2. A Presidência fixará um prazo para que os interessados enviem suas observações por escrito. 3. A Presidência poderá convidar ou autorizar qualquer pessoa interessada para que apresente sua opinião por escrito sobre os itens submetidos a consulta. Se o pedido se referir ao disposto no artigo 64.2 da Convenção, poderá fazê-lo mediante consulta prévia com o Agente. 4. Uma vez concluído o procedimento escrito, a Corte decidirá quanto à conveniência ou não de realizar o procedimento oral e fixará a audiência, a menos que delegue essa última tarefa à Presidência. No caso do previsto no artigo 64.2 da Convenção, será realizada uma consulta prévia ao Agente.”

115 Pacheco Gómez, M. “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI. Memoria del Seminario, Tomo I, 1999.

4. Relação entre a Corte IDH e a Assembleia Geral da OEA (artigo 65 da CADH)

Artigo 65

A Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre as suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças.

O artigo 65 da CADH tem um respaldo normativo no Estatuto da Corte IDH e no regulamento,¹¹⁶ no que se refere à informação da Assembleia Geral nos casos de descumprimento das medidas provisórias emitidas.¹¹⁷

Em cumprimento a essas disposições, a Corte IDH informa regularmente à Assembleia Geral da OEA, tanto de maneira escrita como oral, sobre o desenvolvimento de suas atividades. Por isso, esse corpo colegiado adota uma resolução de aprovação do Relatório Anual apresentado pela Corte IDH, fato que simboliza mais que a mera aceitação da publicação.

A segunda parte do artigo 65 da CADH estabelece a possibilidade de submissão de um descumprimento particular à Assembleia Geral da OEA. Diferentemente dos sistemas europeu e africano de Direitos Humanos, nos quais o papel central na supervisão do cumprimento repousa sobre o Comitê de Ministros do Conselho da Europa ou da União Africana, respectivamente, no SIDH entende-se que “é faculdade inerente às funções jurisdicionais da Corte a supervisão ao cumprimento de suas funções”.¹¹⁸

Há alguns anos, a Corte IDH começou a se preocupar com o descumprimento contínuo das sentenças, devido à impossibilidade de as partes concordarem em fornecer elementos com os quais se possa avaliar se a sua decisão foi totalmente cumprida ou não.¹¹⁹ Por essa razão, emitiu uma resolução

116 Quanto à obrigação de informar sobre suas atividades, o artigo 30 do Estatuto da Corte IDH reproduz quase integralmente o estipulado pelo artigo 65 da CADH, na parte final deste artigo, estabelece o seguinte: “A Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças.”. Esta é a única disposição que regula os relatórios de trabalhos que a Corte IDH apresenta à OEA, tendo em vista que em nenhum dos regulamentos da Corte IDH foram estabelecidas disposições sobre o processo de informação previsto pelo artigo 65 da CADH.

117 Esta faculdade foi mantida em todos os regulamentos da Corte IDH, exceto no primeiro deles, que esteve vigente de 1980 a julho de 1991. Atualmente, esta faculdade encontra-se no artigo 27.10 do regulamento, que estabelece que “A Corte incluirá em seu relatório anual à Assembléia Geral uma relação das medidas provisórias que tenha ordenado durante o período do relatório e, quando tais medidas não tenham sido devidamente executadas, formulará as recomendações que considere pertinentes.

118 Corte IDH. Supervisão de cumprimento de sentença (Aplicabilidade do artigo 65 da CADH). Resolução de 29 de junho de 2005.

119 Em um caso em particular, houve uma controvérsia importante em que a decisão da Corte IDH se referia às instâncias internas para que pudessem determinar as indenizações correspondentes a 270 trabalhadores despedidos. Em sua sentença de mérito, reparações e custas no caso Baena Ricardo e outros, a Corte IDH resolveu, entre outros, o seguinte: “6. Decide que o Estado deve pagar aos 270 trabalhadores mencionados no parágrafo 4 da [...] Sentença, os montantes correspondentes aos salários devidos e demais direitos trabalhistas que lhes correspondam segundo sua legislação, pagamento que, no caso dos trabalhadores que tiverem falecido, deverá ser feito a seus titulares de direitos. O Estado procederá a fixar, segundo os trâmites nacionais pertinentes, os montantes indenizatórios respectivos, a fim de que as vítimas e, quando for o caso, seus titulares de direitos, os recebam em um prazo máximo de 12 meses contados a partir da notificação da [...] Sentença. 7. Decide que o Estado deve reintegrar em seus cargos aos 270 trabalhadores mencionados no parágrafo 4 da [...] Sentença e, se isso não for possível, fornecer alternativas de emprego que respeitem as condições, salários e remunerações que tinham no momento em que foram despedidos. No caso de não ser tampouco possível, o Estado deverá proceder ao pagamento da indenização que corresponda à interrupção das relações de trabalho, em conformidade com o direito trabalhista interno. Da mesma forma, aos titulares dos direitos das vítimas que

na qual estabeleceu os critérios mediante os quais submeteria um caso ao conhecimento da Assembleia Geral da OEA e, dessa forma, previu as consequências jurídicas da submissão. De acordo com essa resolução:

Não continuar requerendo aos Estados que apresentem informação relativa ao cumprimento da sentença respectiva, uma vez que o Tribunal tenha determinado a aplicação dos artigos 65 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e 30 do Estatuto da Corte em casos de descumprimento de suas sentenças, e assim o tenha informado mediante seu Relatório Anual para a consideração da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. Caso após o mencionado acima o Estado respectivo não comprovar perante a Corte o cumprimento dos pontos da sentença pendentes de acatamento, a Corte continuará a incluir esse descumprimento anualmente, ao apresentar seu Relatório Anual à Assembleia Geral.¹²⁰

A CADH é clara com relação à obrigação dos Estados de cumprir a sentença, tendo em vista que o disposto no artigo 68.1 prevê que “os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”. Além disso, sob o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a atuação do Estado deve ser de boa-fé.¹²¹ Essa atuação diz respeito tanto aos Estados condenados quanto àqueles que devam, de maneira coletiva, exigir a prestação de contas dos que tenham desacatado de maneira flagrante uma sentença interamericana.

Até poucos anos, a Corte IDH absteve-se de enviar um caso ao órgão político máximo da OEA para que desse continuidade ao monitoramento da implementação das sentenças. Porém, de acordo com o informado pela Corte IDH recentemente, em 2015 foram submetidos à Assembleia Geral da OEA diversos casos, solicitando que “conforme sua função de proteger o efeito útil da Convenção Americana, instara aos Estados correspondentes a cumprir”. Os casos submetidos foram os seguintes: *Yvon Neptune vs. Haiti*; *Yatama vs. Nicarágua*; *El Amparo, Blanco Romero e outros, Montero Aranguren e outros, Barreto Leiva e Usón Ramírez vs. Venezuela*; *Ríos e outros, Perozo e outros e Reverón Trujillo vs. Venezuela*; *López Mendoza vs. Venezuela*; *Casos Hilaire, Constantine e Benjamin e outros e Caesar vs. Trinidad e Tobago*.¹²²

Esses casos evidenciam a dificuldade que existe quando os Estados denunciam a CADH e falta conhecimento sobre continuidade de suas obrigações a respeito das sentenças proferidas pela Corte IDH. Esse é o caso de Trinidad e Tobago e da Venezuela, que denunciaram o tratado e cuja denúncia encontra-se em vigor. Essa forma de ‘protestar’ por parte de ambos os países ao escrutínio internacional da Corte IDH foi compartilhada pelo Haiti e pela Nicarágua, tendo em vista que o primeiro deles qualificou como “injusta” e “inapropriada” a sentença *Yvon Neptune* da Corte IDH, enquanto a Nicarágua negou-se a prestar informações sobre o cumprimento da sentença em um contexto transcendental para a vida democrática nesse país, com a qual o caso *Yatama* está vinculado.

Sem nenhuma dúvida, a Corte IDH deu um importante salto ao submeter estes casos à Assembleia Geral da OEA. Restará observar qual é o comportamento dos Estados e como entendem a obrigação coletiva que têm, “de maneira que [seja] de interesse de todos e de cada um desses Estados manter o sistema de proteção dos Direitos Humanos que eles mesmos criaram e evitar que a justiça interamericana torne-se ilusória ficando sob o arbítrio das decisões internas de um Estado”.¹²³

tenham falecido, o Estado deverá proceder ao cumprimento do estabelecido no presente ponto resolutivo em um prazo de 12 meses contados a partir da notificação da [...] sentença.” Corte IDH. Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá. MRC. 2001, pontos resolutivos.

120 Corte IDH. Supervisão de cumprimento de sentenças (Aplicabilidade do artigo 65 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Resolução de 29 de junho de 2005, resolutivo 1.

121 De acordo com o artigo 26 da CVDI, relativo ao princípio *parta sunt servanda*, “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”.

122 Corte IDH. Relatório Anual 2015, op. cit., pp. 82-83.

123 *Ibidem*, capítulo V, inciso E, p. 82.

5. Cumprimento e notificação das decisões da Corte IDH (artigos 68 e 69 da CADH)

Artigo 68

1. Os Estados partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.
2. A parte da sentença que determinar a indenização compensatória poderá ser executada no respectivo país pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

Artigo 69

A sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados partes na Convenção.

5.1. O processo de supervisão de sentenças

Em 2015 encontravam-se pendentes de cumprimento 172 sentenças da Corte IDH.¹²⁴

De maneira cada vez mais urgente, apresenta-se à Corte IDH o desafio de garantir que suas decisões sejam implementadas efetivamente. As preocupações desse desafio compartilhado entre todas as partes do processo contencioso —em especial o Estado—, viram-se refletidas na produção de artigos, documentos, publicações, seminários e outros eventos que buscam enfatizar o cumprimento das sentenças concretas, como na importância de contar com ferramentas no interior dos Estados (leis, instruções, decretos, manuais, etc.), que tracem uma rota clara quando é proferida uma decisão contrária ao Estado.

Nesse sentido, é importante destacar o trabalho de garante coletivo que a Assembleia Geral da OEA pode cumprir para a garantia do cumprimento das sentenças da Corte IDH, uma vez que se remeteu a uma decisão para a sua supervisão. De qualquer modo, é fundamental discutir com maior seriedade a importância de fazer eficazes, no interior dos Estados, as normas convencionais, seja através da incorporação das normas substantivas, como da adoção de normatividade, ou a criação de instâncias que garantam internamente o cumprimento adequado das decisões, assim como a implementação das medidas de proteção determinadas. Embora seja verdade que há uma maior dificuldade para a implementação das sentenças em Estados federais, com um grande território, ou em casos ocorridos fora das capitais por funcionários de várias entidades públicas, esse não deve ser nunca tomado como um argumento válido para justificar o descumprimento por parte do Estado. Esses ‘desafios’ devem ser traduzidos em estratégias que garantam o acesso à justiça interamericana do princípio ao fim a todas as pessoas que se encontrem em qualquer canto dos Estados partes da CADH.

Não obstante, tendo em vista que o controle político não tem sido eficaz, os dois órgãos do SIDH começaram a realizar ações para verificar o cumprimento de suas decisões e para reafirmá-las, de alguma forma, em seus relatórios anuais ou resoluções. Nesse sentido, vale a pena fazer uma avaliação histórica da atuação da Corte IDH a respeito.

Desde suas primeiras decisões nos casos hondurenhos, a Corte IDH determinou “que supervisória o cumprimento do pagamento da indenização acordada e que somente depois de sua quitação arquivaria o expediente”,¹²⁵ a Corte IDH, pouco a pouco aperfeiçoou seus mecanismos de supervisão, o que reflete na evolução do tema em seus distintos regulamentos.

A importância em questões substantivas (como de organização do trabalho) que a Corte IDH emprestou ao processo de supervisão se vê refletida nas distintas disposições de seu regulamento vigente.

Assim, inclui o tema em questões relacionadas com a continuação dos juízes em suas funções (art. 17), a possibilidade de acumular casos e autos (art. 30), a faculdade de apresentar escritos de *amicus curiae* nesta etapa (art. 44) e, evidentemente, contém uma disposição concreta com relação à supervisão do cumprimento.

Contudo, tendo em vista que cada vez há maior atenção e atuação com relação à supervisão adequada do cumprimento das decisões, a partir das últimas reformas regulamentares do ano de 2009, a Corte IDH incluiu uma nova disposição a respeito. Assim, atualmente, o artigo 69 de seu regulamento regulou a prática nos seguintes termos:

Artigo 69. Supervisão de cumprimento de sentenças e outras decisões do Tribunal

1. A supervisão das sentenças e das demais decisões da Corte realizar-se-á mediante a apresentação de relatórios estatais e das correspondentes observações por parte das vítimas ou de seus representantes. A Comissão deverá apresentar observações ao relatório do Estado e às observações das vítimas ou de seus representantes.
2. A Corte poderá requerer a outras fontes de informação dados relevantes sobre o caso que permitam apreciar o cumprimento. Para os mesmos efeitos poderá também requerer as perícias e relatórios que considere oportunos.
3. Quando considere pertinente, o Tribunal poderá convocar o Estado e os representantes das vítimas a uma audiência para supervisionar o cumprimento de suas decisões e nesta escutará o parecer da Comissão.
4. Uma vez que o Tribunal conte com a informação pertinente, determinará o estado de cumprimento do decidido e emitirá as resoluções que estime pertinentes.
5. Estas disposições também se aplicam para casos não submetidos pela Comissão.

De acordo com essas disposições, a Corte IDH passou a solicitar, de maneira sistemática, informação escrita às partes no processo (Estado, representantes das vítimas e CIDH) sobre as medidas adotadas para o cumprimento das sentenças. A seguir, a Corte tem a faculdade de confrontar a informação em uma audiência privada de supervisão de sentença. Finalmente, a Corte CIDH emite uma resolução na qual estabelece os pontos pendentes de cumprimento por parte do Estado condenado.

Dado o trabalho que implica a supervisão de decisões e a necessidade de contar com um procedimento homologado, em 2015 a Corte IDH criou uma área especializada na matéria. Desse modo, segundo seus relatórios anuais:

No ano de 2015, entrou em funcionamento uma unidade da Secretaria da Corte dedicada exclusivamente à supervisão de cumprimento de Sentenças (Unidade de Supervisão de Cumprimento de Sentenças), com a finalidade de dar melhor acompanhamento ao grau de cumprimento por parte dos Estados das diversas medidas de reparação que são ordenadas, trabalho esse que, até então, era dividido entre as diferentes equipes de trabalho da área jurídica da Secretaria da Corte, as mesmas que também se encarregavam de trabalhar nos casos contenciosos pendentes de Sentença, no acompanhamento das medidas provisórias e em pareceres consultivos.¹²⁶

5.2 Uma medida inovadora de supervisão de sentenças

Um dos temas que cada vez gera maior preocupação em ambos os órgãos de proteção do SIDH é a capacidade de realizar seus trabalhos de maneira eficiente e em um tempo razoável. O acompanhamento não é a exceção: há um desgaste para as vítimas e seus representantes em função da exigência contínua do cumprimento de medidas (sobretudo as reparações estruturais ou relacionadas com a investigação dos fatos), o que se complica ainda mais quando essa exigência provém de pessoas que não residem na capital, que não falam o idioma (por ser indígenas, estrangeiros, ou pertencer a outro coletivo), que estão em uma situação de risco ou vulnerabilidade, ou por outras razões.

126 Corte IDH. Relatório anual 2015, *op cit.*, capítulo V, inciso A., p. 43.

No entanto, é um fato que cada vez existem mais decisões proferidas pela Corte IDH, o que poderá dificultar seu trabalho de supervisão caso não sejam tomadas medidas que garantam maiores recursos tanto financeiros quanto humanos. Por isso, juntamente com as audiências de supervisão em casos específicos, a Corte IDH começou a celebrar audiências conjuntas de supervisão em relação ao mesmo Estado, centrando-se em um único ponto resolutivo análogo a vários casos, de acordo com o estabelecido em seu regulamento vigente.¹²⁷

Inicialmente a Corte IDH havia utilizado essa estratégia em duas situações. A primeira delas sobre a avaliação das medidas adotadas pela Colômbia em relação com “a medida de reparação relativa à atenção médica e psicológica ordenada a favor das vítimas e seus familiares nos seguintes casos: *19 Comerciantes, Massacres de Ituango, Escué Zapata, Valle Jaramillo e Cepeda Vargas*”.¹²⁸ A segunda situação se relacionou à entrega de terras a povos indígenas paraguaios.¹²⁹

Ao acima exposto, somou-se a convocatória para uma audiência de supervisão dos pontos resolutivos sobre a luta contra a impunidade em onze casos guatemaltecos,¹³⁰ que foi o precedente mais amplo e ambicioso realizado pela Corte IDH tanto em razão da quantidade de casos sob supervisão, como pelo tema sob análise: a investigação diligente de violações de Direitos Humanos e a subsequente consecução de justiça e verdade para centenas de vítimas.

A Corte IDH considerou importante seguir mantendo este tipo de supervisão conjunta, o que não elimina a pertinência de continuar com um seguimento casuístico. Não obstante, como se depreende dos relatórios apresentados à Assembleia Geral da OEA, pareceria ser mais simples para a Corte IDH o uso da primeira estratégia. Durante o ano de 2015, a Corte IDH sistematizou as audiências e resoluções conjuntas emitidas nos seguintes itens:

1. a obrigação de investigar, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis pelas violações aos Direitos Humanos em 12 casos contra a Guatemala. Em novembro de 2015, a Corte emitiu uma resolução de supervisão, na qual avaliou os avanços ou passos dados pelo Estado em alguns destes casos, mas destacou que os processos penais de 11 deles continuam em etapa de investigação penal, identificou obstáculos estruturais e comuns aos 12 casos e solicitou ao Estado que defina, com a maior brevidade, as medidas que deve adotar para combatê-los;
2. medidas relativas à identificação, entrega e titulação de terras de três comunidades indígenas ordenada em três casos contra o Paraguai. Em junho de 2015, a Corte emitiu uma resolução sobre esta supervisão, na qual determinou que o Estado deu cumprimento a uma das medidas

127 O artigo 30 do Regulamento da Corte IDH, intitulado “Acúmulo de casos e de autos” em seu parágrafo 5, dispõe o seguinte: “A Corte poderá acumular a supervisão do cumprimento de duas ou mais sentenças ditadas a respeito de um mesmo Estado, se considerar que as ordens proferidas em cada sentença guardam estreita relação entre si. Em tais circunstâncias, as vítimas desses casos ou seus representantes deverão designar um interveniente comum, conforme exposto no artigo 25 deste Regulamento.”.

128 Corte IDH. Comunicado de imprensa Corte IDH_CI-01/12, de 20 de fevereiro de 2012. Capítulo 3: Audiências privadas sobre supervisão de cumprimento de sentença, inciso b “atenção médica e psicológica em nove casos colombianos (Colômbia)”, p. 3 Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_01_12.pdf (data de último acesso: 15/07/2017). É importante destacar que a Corte IDH já celebrou duas audiências de supervisão conjunta sobre esta medida de reparação.

129 O processo de supervisão e a audiência celebrada deram enfoque à necessidade de que a Corte IDH “obtenha informação sobre o cumprimento da medida de reparação relativa à identificação, entrega e titulação das terras ancestrais ordenadas nos casos *Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya e Xákmok Kásek* [...]”. Corte IDH. Comunicado de imprensa Corte IDH_CI-16/11, de 21 de novembro de 2011. Capítulo 2: Audiência pública sobre supervisão de cumprimento de sentença, inciso a (Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya e Xákmok Kásek). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_16_11_esp.pdf (data do último acesso: 2017/08/05).

130 A audiência abordou os seguintes casos: *Blake, “Crianças de rua” (Villagrán Morales), Bámaca Velásquez, Mack Chang, Maritza Urrutia, Massacre Plan de Sánchez, Molina Theissen, Carpio Nicolle e outros, Tiu Tojin, Massacre de las Dos Erres e Chitay Nech*. Corte IDH. Supervisão de cumprimento de sentença em 11 casos contra Guatemala quanto à obrigação de investigar, julgar e, se for o caso, sancionar os responsáveis pelas violações aos Direitos Humanos. Resolução de 21 de agosto de 2014. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/11_Casos_21_08_14.pdf (data de último acesso: 05/08/2017).

- ordenadas –relativa à remoção dos obstáculos formais para a titulação de uma parte das terras a favor de uma das comunidades-, mas declarou que estavam pendentes de cumprimento todas as outras reparações relativas à entrega das terras das três comunidades indígenas;
3. oferecer tratamento médico e psicológico às vítimas em 10 casos contra a Colômbia. Em 2015 foi solicitado um relatório ao Estado e observações aos representantes das vítimas e à Comissão Interamericana;
 4. adequação do direito interno aos padrões convencionais e internacionais em matéria de garantia do juiz natural em relação à jurisdição penal militar e a adoção das reformas pertinentes para permitir que as pessoas afetadas pela intervenção do foro militar contem com um recurso efetivo de impugnação da competência dessa jurisdição, ordenadas em quatro casos contra o México. Em abril de 2015 a Corte emitiu resoluções avaliando o cumprimento parcial da primeira das referidas reparações e declarando o cumprimento total da segunda delas;
 5. adequação do direito interno em matéria de proteção do direito à vida em face da imposição da pena de morte obrigatória para o delito de homicídio em dois casos contra Barbados. Em setembro de 2015 foi realizada uma audiência de supervisão de cumprimento, e
 6. garantias de não repetição em seis casos contra Honduras relativos a: i) condições de centros penitenciários, capacitação de funcionários e registro de presos; ii) proteção de defensores de Direitos Humanos, em particular do meio ambiente, e iii) obrigação de investigar, julgar e, se for o caso, sancionar as violações a Direitos Humanos ocorridas nestes casos. Em agosto de 2015 foi realizada uma audiência de supervisão de cumprimento em Tegucigalpa, Honduras.¹³¹

Embora seja verdade que a estratégia da Corte IDH é interessante e prática, é importante mencionar que deveria ser vista de maneira excepcional, tendo em vista que deve responder ao objetivo pretendido com a convocatória para uma audiência deste tipo. A curta duração da audiência –muitas vezes de poucas horas–, a pressa para a convocatória, os custos do comparecimento, a diversidade de opiniões e critérios das partes (eventualmente, organizações e vítimas podem ter visões estratégicas distintas e desejarem ser escutadas tanto pela Corte IDH como pela representação do Estado), e as dificuldades para estabelecer um diálogo informal e fluido em que a Corte IDH utilize seus bons ofícios para alcançar compromissos por parte do Estado condenado, são apenas alguns aspectos a tomar em consideração para a consolidação de precedentes e práticas exitosas na supervisão de decisões.

131 Cf. Corte IDH. Relatório anual 2015, *op. cit.*, p. 45.

Artigo 63

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.
2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão

Bibliografia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C n.º 4. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparações e Custas. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C n.º 7. Doravante: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989.

Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Reparações e Custas. Sentença de 10 de setembro de 1993. Série C n.º 8. Doravante: Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. RC. 1989.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. Reparações e Custas. Sentença de 10 de setembro de 1993. Série C n.º 15. Doravante: Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. RC. 1993.

Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Suriname*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de janeiro de 1994. Série C n.º 16. Doravante: Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Suriname*. MCR. 1994.

Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Reparações e Custas. Sentença de 14 de setembro de 1996. Série C n.º 28. Doravante: Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. RC. 1996.

Corte IDH. *Caso Neira Alegria e outros vs. Peru*. Reparações e Custas. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C n.º 29. Doravante: Corte IDH. *Caso Neira Alegria e outros vs. Peru*. RC. 1996.

Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Série C n.º 30. Doravante: Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. MRC. 1997.

Corte IDH. *Caso Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia*. Reparações e Custas. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Série C n.º 31. Doravante: Corte IDH. *Caso Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia*. RC. 1997.

Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 24 de janeiro de 1998. Série C n.º 36. Doravante: Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. F. 1998.

Corte IDH. *Caso Benavides Cevallos vs. Equador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de junho de 1998. Série C n.º 38. Doravante: Corte IDH. *Caso Benavides Cevallos vs. Equador*. FCR. 1998.

Corte IDH. *Caso Loayza Tomayo vs. Peru*. Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C n.º 42. Doravante: Corte IDH. *Caso Loayza Tomayo vs. Peru*. RC. 1998.

Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. Reparações e Custas. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C n.º 39. Doravante: Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C n.º 43. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. RC. 1998.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C n.º 52. Doravante: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. MRC. 1999.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de fevereiro de 2001.

Série C n.º 72. Doravante: Caso IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001.

Caso IDH. *Caso “A última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C n.º 73. Doravante: Corte IDH. *Caso “A última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C n.º 74. Doravante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso das “Crianças de rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C n.º 77. Doravante: Corte IDH. *Caso das “Crianças de rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. RC. 2001.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C n.º 79. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Reparações e Custas. Sentença de 30 de novembro de 2001. Série C n.º 87. Doravante: Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. RC. 2001.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs Peru*. Reparações e Custas. Sentenças de 3 de dezembro de 2001. Série C n.º 88. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs Peru*. RC. 2001.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparações e Custas. Sentenças de 22 de fevereiro de 2002. Série C n.º 91. Doravante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002.

Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentenças de 21 de junho de 2002. Série C n.º 94. Doravante: Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. MRC. 2002.

Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. Reparações e Custas. Sentença de 29 de agosto de 2002. Série C n.º 95. Doravante: Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. RC. 2002.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2002. Série C n.º 97. Doravante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. MRC. 2002.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C n.º 99. Doravante: Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPMRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C n.º 101. Doravante: Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. MRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Reparações e Custas. Sentença de 3 de julho de 2004. Série C n.º 108. Doravante: Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. RC. 2004.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C n.º 111. Doravante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. MRC. 2004.

Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C n.º 112. Doravante: Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. EPMRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C n.º 114. Doravante: Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPMRC. 2004.

Corte IDH. *Caso De La Cruz Flores vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 18 de novembro de 2004. Série C n.º 115. Doravante: Corte IDH. *Caso De La Cruz Flores vs. Peru*. MRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparações. Sentença de 19 de novembro de 2004. Série C n.º 116. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. R. 2004.

Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de março de 2005. Série C n.º 121. Doravante: Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Peru*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C n.º 124. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C n.º 125. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia*. Sentença de 12 de setembro de 2005. Série C n.º 132. Doravante: Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C n.º 133. Doravante: Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C n.º 134. Dora-

vante: Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C n.º 170. Doravante: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPMRC. 2007.

Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C n.º 185. Doravante: Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Interpretação da Sentença de EPMRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C n.º 186. Doravante: Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPMRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2008. Série C n.º 190. Doravante: Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. MRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Ticona Estrada e outros vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C n.º 191. Doravante: Corte IDH. *Caso Ticona Estrada e outros vs. Bolívia*. MRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Rios e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C n.º 194. Doravante: Corte IDH. *Caso Rios e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C n.º 195. Doravante: Corte IDH. *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de abril de 2009. Série C n.º 196. Doravante: Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. MRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de junho de 2009. Série C n.º 197. Doravante: Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C n.º 202. Doravante: Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C n.º 205. Doravante: Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C n.º 209. Doravante: Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso do Massacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C n.º 211. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C n.º 212. Doravante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C n.º 213. Doravante: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C n.º 214. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C n.º 215. Doravante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C n.º 216. Doravante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C n.º 218. Doravante: Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C n.º 219. Doravante: Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C n.º 220. Doravante: Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C n.º 221. Doravante: Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MR. 2011.

Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de julho de 2011. Série C n.º 227. Doravante: Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPMRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de julho de

2011. Série C n.º 228. Doravante: Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. EPMRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Torres Millacura e outros vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de agosto de 2011. Série C n.º 229. Doravante: Corte IDH. *Caso Torres Millacura e outros vs. Argentina*. MRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2011. Série C n.º 232. Doravante: Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 13 de outubro de 2011. Série C n.º 234. Doravante: Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. MRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C n.º 239. Doravante: Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C n.º 240. Doravante: Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C n.º 241. Doravante: Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C n.º 246. Doravante: Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C n.º 250. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacre de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C n.º 252. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacre de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 novembro de 2012. Série C n.º 257. Em diante: Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") vs. Costa Rica*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2012. Série C n.º 258. Doravante: Corte IDH. *Caso García e familiares vs. Guatemala*. MRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 30 de novembro de 2012. Série C n.º 259. Doravante: Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPMR. 2012.

Corte IDH. *Caso García Lucero e outras vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 28 de agosto de 2013. Série C n.º 267. Doravante: Corte IDH. *Caso García Lucero e outras vs. Chile*. EPMR. 2013.

Corte IDH. *Caso das comunidades afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Carioca (Operação Génesis) vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2013. Série C n.º 270. Doravante: Corte IDH. *Caso Operação Génesis vs. Colômbia*. EPMRC. 2013.

Corte IDH. *Caso García Cruz e Sánchez Silvestre vs. México*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2013. Série C n.º 273. Doravante: Corte IDH. *Caso García Cruz e Sánchez Silvestre vs. México*. MRC. 2013.

Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de maio de 2014. Série C n.º 277. Doravante: Corte IDH. *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de maio de 2014. Série C n.º 279. Doravante: Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. MRC. 2014.

Corte IDH. *Caso pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C n.º 282. Doravante: Corte IDH. *Caso pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C n.º 285. Doravante: Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. MRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de novembro de 2014. Série C n.º 287. Doravante: Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C n.º 289. Doravante: Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de abril de 2015. Série C n.º 292. Doravante: Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015.

Resoluções, decisões e informes

Corte IDH. *Caso Bustíos–Rojas*. Medidas provisórias solicitadas pela CIDH a respeito do Peru. Resolução do presidente da Corte IDH de 5 de junho de 1990.

Corte IDH. *Caso Bustíos–Rojas*. Medidas provisórias solicitadas pela CIDH a respeito do Peru. Resolução do presidente da Corte IDH de 8 de agosto de 1990.

Corte IDH. *Caso Bustíos–Rojas*. Medidas provisórias solicitadas pela CIDH sobre o Peru. Resolução do presidente da Corte IDH de 17 de janeiro de 1991.

Corte IDH. *Caso Caballero Delgado e Santana*. Medidas provisórias solicitadas pela CIDH a respeito da Colômbia. Resolução de 7 de dezembro de 1994.

Corte IDH. *Caso Blake*. Medidas provisórias solicitadas pela CIDH a respeito da República da Guatemala. Resolução do presidente da Corte IDH de 16 de agosto de 1995.

Corte IDH. *Caso Blake*. Medidas provisórias solicitadas pela CIDH a respeito da República da Guatemala. Resolução de 22 de setembro de 1995.

Corte IDH. *Caso da comunidade de Paz de San José de Apartadó*. Medidas provisórias solicitadas pela CIDH a respeito da Colômbia. Resolução de 24 de novembro de 2000.

Corte IDH. *Caso da Comunidade de Paz de San José de Apartadó*. Medidas provisórias. Resolução de 18 de junho de 2002.

Corte IDH. *Caso comunidades do Jiguamiandó e do Curbaradó*. Medidas provisórias a respeito da Colômbia. Resolução de 6 de março de 2003.

Corte IDH. *Caso Comunidades do Jiguamiandó e do Curbaradó*. Medidas provisórias. Resolução de 17 de novembro de 2004.

Corte IDH. *Caso da Comunidade de Paz de San José de Apartadó*. Medidas provisórias solicitadas pela CIDH a respeito da Colômbia. Resolução de 15 de março de 2005.

Corte IDH. *Caso Blake*. Medidas provisórias a respeito do Estado da Guatemala. Resolução de 14 de junho de 2005.

Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mairipán”*. Medidas provisórias a respeito da Colômbia. Resolução de 27 de junho de 2005.

Corte IDH. *Caso do Centro Penitenciário Região Capital Yare I y Yare II (Cárcere de Yare)*. Solicitação de Medidas provisórias apresentada pela CIDH a respeito da República Bolivariana da Venezuela. Resolução de 30 de março de 2006.

Corte IDH. *Caso Adrián Meléndez e outros*. Medidas urgentes a respeito de El Salvador. Resolução do presidente da Corte IDH de 23 de março de 2007.

Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros*. Medidas provisórias. Resolução de 6 de julho de 2009.

Corte IDH. *Caso Centro Penitenciário de Aragua “Presidio de Tocarón”*. Medidas provisórias. Resolução de 24 de novembro de 2010.

Corte IDH. *Caso Centro Penitenciário de Aragua “Presidio de Tocarón”*. Medidas provisórias a respeito da Venezuela. Resolução de 15 de maio de 2011.

Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”)*. Medidas provisórias a respeito do México. Resolução de 30 de junho de 2011.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Resolução de supervisão de cumprimento de sentença de 1 de julho de 2011.

Corte IDH. *Casos de Determinados Centros Penitenciários de Venezuela*. Resolução de 6 de julho de 2011.

Corte IDH. *Relatório Anual 2011*. Corte IDH, San José, 2011.

Corte IDH. *Relatório Anual 2017*. Corte IDH, San José, 2018.

Sentenças, resoluções e decisões proferidas por outros tribunais Internacionais

Corte Permanente de Justiça Internacional

CPJI. *Case concerning the Factory at Chorzów* (Claim for Indemnity) (Jurisdiction) Judgment n.º 8, Series A n.º 9, 26 de julho de 1927.

CPJI. *Case concerning the Factory at Chorzów* (Claim for Indemnity) (Merits) Judgment n.º 13, Series A n.º 17, 13 de setembro de 1928.

Corte Internacional de Justiça

CIJ. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*. Advisory Opinion. I.C.J. Reports 1949, p. 174.

Documentos adotados por organizações internacionais

ONU. Comissão DHONU. Relatório do Relator Theo van Boven sobre o *Estudo Relativo ao Direito à Restituição, Indenização e Reabilitação para as Vítimas de Violações Flagrantes dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias*. E/ CN.4/Sub.2/1993/8, de 2 de Julho de 1993.

ONU. Comissão de Direito Internacional. Responsabilidade do Estado por fatos internacionalmente ilícitos. A/ RES/56/83, 12 de dezembro de 2001.

ONU. Comitê DHONU. Observação Geral n.º 31. *Natureza da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Parte no Pacto*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de maio de 2004.

ONU. Assembleia Geral. *Princípios e diretrizes básicas sobre o direito das vítimas de violações graves das normas internacionais de Direitos Humanos e violações graves do Direito Internacional humanitário a interpor recursos e obter reparações*. A/RES/ 60/147, 16 de dezembro de 2005.

ONU. Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Instrumentos do Estado de Direito para sociedades que saíram de um conflito*. Programas de Reparções, 2008.

ONU. Comitê contra a Tortura. Observação Geral n.º 3. *Aplicação do artigo 14 pelos Estados parte*. Doc. CAT/C/ GC/3. Distr. Geral, 13 de dezembro de 2012.

Artigos e publicações acadêmicas

BERISTAIN, C. M. *Diálogos sobre la Reparación: Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*. Tomo I. IIDH, San José, 2008.

CORREA, C. “Reparations for victims of massive crimes: making concrete a message of inclusion”, em LETSCHERT, R. *et al.* (eds.) *Victimological Approaches to International Crimes: Africa*. Intersentia, Cambridge/ Antwerp/ Portland, 2011.

GARCÍA RAMÍREZ, S. “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, em *Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo*. San José, 2005.

HERENCIA CARRASCO, S. “Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em AMBOS, K. *et al.* (eds.) *Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Fundación Konrad Adenauer, Berlim, Cidade do México-Montevideú, 2011.

NASH ROJAS, C. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, 2a. ed., 2009.

RUBIO-MARÍN, R. *et al.* “Repairing family members: Gross Human Rights Violations and Communities of Harm”, em RUBIO-MARÍN, R. (ed.) *The Gender of Reparations: Unsetting sexual hierarchies while redressing Human Rights Violations*. CUP, Nova York, 2009.

TOMUSCHAT, C. “Reparations for victims of grave human rights violations”, em *Tulane J of Int’l & Comparative Law*, Vol. 10, Spring 2002.

Outras referências não acadêmicas

CORREA, C. *Derecho a la reparación: un peligroso precedente de la Corte Interamericana*. Publicado na seção de notícias do Instituto de Democracia e Direitos Humanos, da Pontificia Universidade Católica do Peru, em 7 de setembro de 2015. Disponível em: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/opinion/derecho-a-la-reparacion-un-peligroso-precedente-de-la-corte-interamericana/> (data de último acesso: 17 de dezembro de 2017).

PORTILLA, A. C. e CORREA, C. *Estudio sobre la implementación del Programa de Reparación Individual en Colombia*. ICTJ, Bogotá-Nueva York, 2015.

UPRIMNY YEPES, R. e SAFFON, M. P. “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, In DÍAZ GÓMEZ, C. *et al.* (eds) *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. ICTJ-Dejusticia, Bogotá, 2009.

Sumário

1. Introdução.....	1010
2. A obrigação de reparar violações de Direitos Humanos	1011
2.1. Consagração convencional da obrigação de reparar.....	1011
2.2. O direito à reparação na jurisprudência da Corte IDH.....	1012
3. Condições para a existência da obrigação de reparar	1014
4. O conteúdo da obrigação de reparar.....	1015
4.1. A obrigação de garantir os direitos ou as liberdades violados	1016
4.2. A obrigação de reparar	1019
4.3. Alcance da obrigação de reparar: restituito in integrum, reparação integral e reparação transformadora com enfoque de gênero.....	1021
4.4. Vínculo entre o ato ilícito declarado na sentença e os danos a serem reparados.....	1024
4.5. Causalidade e competência <i>ratione temporis</i> da Corte IDH	1025
4.6. Reconhecimento e avaliação de medidas de reparação judicial ou administrativas...	1026
4.7. Efeito de programas administrativos e de outras medidas de reparação na definição de reparações da Corte IDH.....	1029
4.8. A relação entre reparação individual e comunitária em casos de massacres ou violência massiva.....	1035
4.9. O cumprimento das sentenças de reparação	1038
5. Formas de reparação.....	1040
5.1. A obrigação de investigar, e medidas de satisfação, reabilitação e garantias de não repetição como medidas de reparação.....	1040
5.2. Indenizações compensatórias	1052
6. Titulares de reparação.....	1068
6.1. Titulares de reparação por sofrimento em casos de violações com resultado de morte ou desaparecimento	1068
6.2. Familiares e outras pessoas com direito à reparação	1069
6.3. Oportunidade e exigência de identificação dos titulares de reparação	1070
7. Condenação de custas	1071
8. Medidas provisórias	1073
8.1. Natureza desta faculdade e características como potencial medida tutelar de Direitos Humanos.....	1073
8.2. Oportunidade e órgãos competentes.....	1075
8.3. Avaliação do cumprimento dos requisitos	1076
8.4. Prova dos fatos para outorgar, ampliar e levantar as medidas provisórias.....	1077
8.5. Conteúdo das medidas provisórias adotadas.....	1078
9. Conclusões	1079

1. Introdução

O artigo 63 da CADH estabelece três faculdades que a Corte IDH pode exercer quando conheça de algum assunto: a de dispor o *gozo de direitos violados* a favor daqueles que declare terem sido afetados; a de ordenar a *reparação* dos mesmos; e a de adotar *medidas provisórias* para evitar danos irreparáveis às pessoas. Trata-se de uma norma de ordem adjetiva, referida à competência e funções da Corte IDH, e não da parte substantiva da CADH, onde se declaram os deveres dos Estados partes. Não obstante, trata-se de expressões de princípios estabelecidos no Direito Internacional e que são consequência lógica do descumprimento dos referidos deveres, como a obrigação de reparar e a de adotar medidas

provisórias de proteção, indispensáveis para fazer efetiva a decisão de mérito. Em virtude dessa norma, são estabelecidas consequências concretas e obrigatórias para os Estados partes, que outorgam efetividade ao SIDH e o diferenciam de outros sistemas internacionais de proteção de Direitos Humanos.

A Corte IDH fez uso intenso destas faculdades, particularmente com relação às medidas de reparação, alcançando assim um impacto substancial na vigência dos Direitos Humanos no continente. Sua jurisprudência também ajudou a definir e a reforçar o conteúdo da obrigação de reparar que cabe aos Estados frente a seus cidadãos, para além daqueles que são partes da CADH. A jurisprudência da Corte IDH foi usada como uma das fontes para a elaboração de normas universais sobre o direito à reparação de violações aos Direitos Humanos, como são os Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direitos Humanos e de Violações Graves de Direito Internacional Humanitário a Interpor Recursos e Obter Reparações (Princípios Básicos de Direitos à Reparação da ONU), os quais foram aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas.¹ Por essa razão são normas de impacto significativo no Direito Internacional, tendo ajudado a reforçar sua validade e relevância.

Este comentário examinará, primeiro, a forma como o direito à reparação de violações aos Direitos Humanos está consagrado e foi desenvolvido por diferentes mecanismos de proteção de direitos, ressaltando as características distintivas da proteção outorgada à Corte IDH. Então se estudará com maior detalhe a forma como a Corte IDH interpretou e aplicou esta norma, e serão explicadas as condições exigidas para conceder reparações. Mais adiante analisar-se-á a maneira como a Corte IDH entendeu a faculdade contida no artigo 63.1 da CADH, particularmente a distinção entre a obrigação da Corte IDH de dispor que se garantam os direitos violados, e o poder de ordenar reparações. Isso permitirá examinar as diversas formas de reparação que desenvolveu em mais de vinte e oito anos de jurisprudência, explicando sua evolução e sua complexificação, em um processo de abordagem progressiva tendente a responder às consequências que as violações de Direitos Humanos têm na vida das vítimas. Espera-se, assim, não só contribuir para a compreensão de como a Corte IDH entende a obrigação dos Estados a reparar violações aos Direitos Humanos que cometeram, mas também, contribuir com o raciocínio que juízes, advogados e operadores do direito possam fazer para responder às expectativas de reparação de vítimas de qualquer tipo de violação aos Direitos Humanos.

2. A obrigação de reparar violações de Direitos Humanos

2.1 Consagração convencional da obrigação de reparar

A CADH não dispõe de uma norma geral que consagre a obrigação dos Estados de reparar as vítimas de violações aos direitos nela estabelecidos. Esta obrigação tampouco está explicitamente consagrada em outros instrumentos de Direito Internacional convencional. A forma através da qual usualmente este direito está consagrado é como a obrigação dos Estados de estabelecer em seu direito interno *recursos efetivos* às vítimas, dentro dos quais diferentes órgãos de implementação destas convenções entenderam que se compreender o recurso a obter reparação.

No caso da CADH, esta obrigação está consagrada no artigo 25, que estabelece um direito geral à proteção, através de “um recurso simples e rápido [...] perante juízes ou tribunais competentes”. A proteção não só se limita aos direitos consagrados na CADH, mas “contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção”. Esse direito se vincula estreitamente com as competências da Corte IDH em virtude do artigo 63 da CADH, como será

1 ONU. Assembleia Geral. *Princípios e diretrizes básicas sobre o direito das vítimas de violações manifestas das normas internacionais de Direitos Humanos e violações graves do Direito Internacional humanitário a interpor recursos e obter reparações*. A/RES/60/147, 16 de dezembro de 2005. No mesmo sentido, ver Comissão DHONU. Relatório do Relator Theo van Boven sobre o *Estudo Relativo ao Direito à Restituição, Indenização e Reabilitação das Vítimas de Violações Flagrantes dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais*. Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção de Minorias. E/CN.4/Sub.2/1993/8, de 2 de julho de 1993.

visto quando forem analisados os diferentes componentes desta norma. Uma norma similar, o artigo 2.3., inciso a), do PIDCP, foi entendida pelo Comitê de Direitos Humanos como a consagração da obrigação de reparar. O Comitê afirmou que “se não se outorga uma reparação aos indivíduos cujos direitos do Pacto foram violados, a obrigação de proporcionar um recurso efetivo, que é fundamental para a eficácia do parágrafo 3 do artigo 2, não se cumpre”.² Isso permite afirmar que a *obrigação dos Estados de reparar violações aos Direitos Humanos deriva de sua obrigação geral de garantir esses direitos*. Para algumas violações, não obstante, a CADH explicitamente consagra a obrigação de reparar, como o artigo 10, no que se refere à condenação por erro judicial,³ e o artigo 21, para o caso de expropriação. Também existem dispositivos em tratados específicos, os quais estabelecem a obrigação de incorporar na legislação interna normas que garantam a reparação para casos de tortura e desaparecimento forçado, tanto do SIDH como do sistema universal de Direitos Humanos.⁴

A existência de normas que expressamente consagram esta obrigação somente a respeito de determinadas violações faz duvidar que a obrigação de reparar seja universalmente aceita para todo tipo de violações. O texto do artigo 63.1 da CADH – e mais ainda seu homólogo, o artigo 41 da CEDH –, reforçam este questionamento, pois ambos os instrumentos submetem o exame sobre a pertinência da reparação a uma *avaliação sobre a sua procedência*, mesmo quando já tenha sido estabelecida a existência de uma violação.⁵ Porém, deve-se considerar também a evolução desta obrigação nas últimas décadas, considerando que as convenções gerais mencionadas são muito anteriores àquelas que contêm disposições específicas sobre a obrigação de reparar.⁶ Ademais, além dos detalhamentos teóricos em relação ao SIDH, para resolver esta pergunta devem ser examinados todos os tipos de violações pelas quais a Corte IDH concedeu ou negou a reparação, bem como as formas de reparação sobre as quais dispôs, isto é, a maneira como a Corte IDH fez uso da discricionariedade que o artigo 63.1 lhe concede.

2.2 O direito à reparação na jurisprudência da Corte IDH

A Corte IDH, fazendo aplicação do artigo 63.1, desenvolveu uma vasta jurisprudência sobre o direito à reparação. Fundamentou esse direito não só na aplicação de princípios provenientes do SIDH, como da DADDH, a Carta da OEA, a própria CADH, mas também do princípio proveniente do Direito Internacional Público sobre a responsabilidade dos Estados diante do descumprimento de suas obrigações. Afirmou que a obrigação dos Estados de reparar as violações de Direitos Humanos cometidas e, em concreto o que dispõe pelo artigo 63.1 da CADH, “constitui uma norma *consuetudinária* que é, ademais, um dos princípios fundamentais do direito das gentes”.⁷ Esse caráter universal da obrigação de reparar tornou mais relevante ainda a jurisprudência da Corte IDH, a qual contribuiu para o desenvolvimento da conceptualização e o alcance desta obrigação no Direito Internacional de aplicação universal.

2 ONU. Comitê DHONU. Observação Geral nº 31 *Natureza da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Partes no Pacto*. CCPR/C/21/Ver.1/Add.13, 26 de maio de 2004, § 16.

3 Essa é uma norma idêntica à estabelecida no artigo 14.6. do PIDCP, que é a única disposição do Pacto que estabelece o direito à indenização. Em ambos os casos, trata-se de uma obrigação dos Estados de regular por lei, isto é, não é uma obrigação auto executável (*self-executing*).

4 Contempladas no artigo 14 da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Inumanos e Degradantes; o artigo 9 da Convenção Interamericana para a Proteção de Todas as Pessoas contra o desaparecimento forçado, que contempla uma completa descrição de medidas de reparação e de reconhecimento da verdade.

5 A jurisprudência da Corte IDH sobre a existência de uma obrigação universal de reparar foi criticada por Tomuschat por pretender concluir a existência de um direito subjetivo das vítimas de qualquer violação de Direitos Humanos a um recurso no Direito Internacional. Segundo o autor, a Corte IDH interpretou que o artigo 63 da CADH tornou aplicável o princípio geral da obrigação de fornecer a reparação em caso de violação de um tratado internacional a qualquer violação da CADH. Esse erro seria devido, segundo Tomuschat, ao fato de que a Corte IDH conheceu quase exclusivamente de violações gravíssimas de direitos. “Como resultado, a Corte não teve a oportunidade de introduzir as distinções necessárias de acordo com a gravidade dos casos que conheceu”. Ver Tomuschat, C. “Reparations for victims of grave human rights violations”, In Tulane J of Int’l & Comparative Law, Vol. 10 Spring 2002, p. 168.

6 A CEDH foi aprovada em 1950, o PIDCP em 1966, e a CADH em 1969. Por sua vez, as convenções que proíbem a tortura foram aprovadas em 1984 e 1985, e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado em 2006.

7 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. RC. 1993, §. 43. (grifo nosso)

Desde o seu primeiro caso contencioso, a Corte IDH entendeu que a obrigação dos Estados de reparar as vítimas por violações cometidas à CADH é uma obrigação fundada no Direito Internacional Público, e por ele é regulada inteiramente. Parafraseando a decisão da Corte IDH no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*,⁸ –reafirmada de forma constante por sua jurisprudência posterior– os princípios nos quais se fundamenta esta obrigação são os seguintes:

- Toda a violação de uma obrigação internacional que tenha produzido um dano comporta o dever de repará-lo adequadamente. A Corte IDH inclusive destaca que esta é uma concepção geral do direito, e afirmou esta postura em uma decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional, e sua sucessora, a CIJ;⁹
- A reparação do dano consiste na restituição plena (*restitutio in integrum*), o que inclui o restabelecimento da situação anterior, a reparação das consequências que a infração produziu e o pagamento de uma indenização como compensação pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, incluindo o dano moral; o pagamento deste último deve ajustar-se aos princípios de equidade;
- A indenização por violação dos Direitos Humanos encontra fundamento nos instrumentos internacionais de caráter universal e regional. A Corte IDH baseia-se nos repetidos pronunciamentos feitos pelo Comitê de Direitos Humanos sobre o pagamento de violações aos direitos reconhecidos no PIDCP, com base em seu Protocolo Facultativo, e pela jurisprudência do TEDH;
- A Corte IDH deve fundamentar sua decisão para fixar a indenização inteiramente na CADH e nos princípios de direitos internacional aplicáveis, e não está condicionada às disposições do direito interno.¹⁰

Estes princípios estão presentes em praticamente todas as sentenças da Corte IDH nas quais se estabelece que houve uma violação à CADH que produziu um dano. Eles são citados constantemente, com poucas mudanças em sua formulação.

No entanto, além da jurisprudência de diferentes órgãos de proteção dos Direitos Humanos no sistema universal e nos sistemas interamericano e europeu, nos últimos anos, diferentes órgãos da ONU reconheceram a existência da obrigação de reparar as violações aos Direitos Humanos. Isso se depreende expressamente dos já citados Princípios Básicos do Direito à Reparação da ONU, que precisamente em seu preâmbulo assinalam que os princípios e diretrizes básicos que constam no documento não implicam novas obrigações jurídicas internacionais ou nacionais, mas indicam mecanismos, modalidades, procedimentos e métodos para o cumprimento das obrigações jurídicas existentes conforme as normas internacionais de Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário, que são complementares, ainda que diferentes em seu conteúdo.

Concretamente, no âmbito da CADH, a obrigação de reparar a cargo do Estado refere-se à implementação de mecanismos em nível interno. Isso se depreende da leitura conjunta da jurisprudência da Corte IDH em aplicação do artigo 63.1, assim como de sua jurisprudência relativa à obrigação de fornecer um recurso efetivo e rápido às vítimas de violações (art. 25), e da obrigação de incorporar ao direito interno as garantias para o exercício dos direitos e liberdades estabelecidos pela CADH.

A grande virtude do SIDH é ter estabelecido um mecanismo obrigatório supranacional que permite a pessoas naturais, e aos povos e comunidade indígenas e tribais, reclamar quando os recursos internos não tenham funcionado, e obter decisões que contenham medidas concretas de reparação que os Estados devem executar. Não obstante, isso não significa que todas as pessoas que entendam que seus

8 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC 1989, §. 25-31.

9 CPJI. *Case concerning the Factory at Chorzów* (Claim for Indemnity) (Merits) Judgment n.º 13, Series A n.º 17, 13 de setembro de 1928, p. 29. CIJ. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*. Advisory Opinion. I. C. J. Reports 1949, p. 174, 184. Cabe destacar, no entanto, que esta última decisão faz referência a um parecer consultivo.

10 A Corte foi clara em afirmar o princípio de inadmissibilidade do direito interno para justificar o descumprimento de um tratado, consagrado pelo artigo 27 da CVDT tanto em matéria de sua autonomia do direito interno para determinar as formas de reparação como para afirmar que as disposições de direito interno não devem ser obstáculo para cumprir a obrigação de investigar as violações à CADH, cuja existência ela determinou.

direitos foram violados receberão uma reparação. Uma vez que a obrigação dos Estados de reparar está ainda sujeita à análise de admissibilidade realizada pela CIDH, e, como se verá em diante, da discricionariedade da Corte IDH para dispor a reparação dos danos. Mas a discricionariedade inerente deste recurso supranacional (com relação às medidas específicas que sejam determinadas para a reparação da violação), *não nega a existência da obrigação dos Estados de reparar, por meio dos seus mecanismos internos, as consequências de seus atos ou omissões que violem os direitos internacionalmente reconhecidos*.

Outra das virtudes da SIDH e da jurisprudência da Corte IDH nesta matéria foi o desenvolvimento desses princípios e sua concretude em soluções práticas. Isso contribuiu para incrementar o respeito aos Direitos Humanos e a existência de mecanismos nacionais para a sua proteção na região.¹¹ O anterior constitui não apenas uma ferramenta para definir a forma de reparar violações aos Direitos Humanos cometidas pelos Estados, mas também para melhorar o sistema geral de proteção de todo tipo de vítimas de delitos, graças ao desenvolvimento de modalidades de reparação sobre o dano imaterial, perda de oportunidades e outros fatores que a Corte IDH utilizou para justificar suas decisões.

3. Condições para a existência da obrigação de reparar

O artigo 63.1 impõe como condição para que a Corte IDH disponha de medidas de reparação o fato de haver decidido “que houve violação de um direito ou liberdade protegidos na Convenção”. Isso implica fazer uma análise sobre quais das disposições da CADH foram violadas. Essa determinação é parte da análise de mérito das sentenças da Corte IDH. Precisamente, como se observa nas sentenças, a parte considerativa é onde a Corte IDH realiza a análise das violações às diferentes disposições da CADH. Esse é um dos aspectos interessantes do estudo da jurisprudência da Corte IDH, pois sua análise permite estabelecer um vínculo entre as diferentes sequelas de cada violação aos direitos estabelecidos e as medidas de reparação das quais se dispõe.

Também exige, como segundo elemento, que referida violação seja imputável ao Estado.

Um terceiro elemento é a existência de um dano sofrido pela vítima em relação ao qual se demanda reparação. Porém, é menos claro que a Corte IDH exija a existência de um dano e, portanto, de uma vítima, para determinar que existe uma obrigação de reparar.¹² Frequentemente, nas sentenças de mérito, a Corte IDH conclui que existe tal obrigação sem examinar o dano. O dano é avaliado no momento de discutir a forma e a quantia da reparação, assim como a identificação de beneficiários. Por isso, pode ser mais correto afirmar que a Corte IDH dispôs sobre o pagamento de uma indenização por dano imaterial “pela falta de delimitação, demarcação e titulação da propriedade coletiva”,¹³ não estando provado que isso tenha causado prejuízo material direto.

Para além desse caso particular, tal requisito também é exigido para determinar a reparação material que cada vítima, parte lesionada ou familiar deve receber. Porém, os requisitos variam de acordo com as modalidades específicas de reparações, como se verá adiante.

11 Para uma visão geral do impacto reparador do Sistema Interamericano, baseado nas opiniões e seus atores, ver Beristain, C. M. *Diálogos sobre la Reparación: Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*. Tomo I. IIDH, San José, 2008.

12 Nash Rojas, C. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. Centro de Derechos Humanos, Universidad do Chile, Santiago, 2a. ed. 2009, p. 18.

13 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingi vs Nicarágua*. MRC. 2001, § 167. Não obstante, em seu voto dissidente, o juiz *ad hoc* Montiel Arguello argumentou que tampouco era cabível determinar indenização por dano material “porque a falta de delimitação das terras não afetou o sistema de vida tradicional dos indígenas da Comunidade Awas Tingni” *Ibidem*, voto dissidente do juiz *ad hoc*, § 9.

4. O conteúdo da obrigação de reparar

A obrigação de reparar na CADH está estabelecida como uma obrigação imposta pela Corte IDH quando reconhece que foi violado um direito protegido pelo instrumento convencional. Essa obrigação compreende duas situações descritas na primeira e na segunda orações do artigo 63.1: a obrigação de garantir os direitos ou liberdades violadas e a obrigação de reparar tais violações.

No entanto, essa distinção foi, em parte, superada na jurisprudência da Corte IDH, por aquela que se baseia em uma *noção de reparação integral*, e que compreende medidas de restituição, compensação, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição. Em seus relatórios anuais de 2010 e 2011, a Corte IDH incluiu uma definição de cada uma dessas medidas, as quais entende como:

Medidas de restituição. Essas medidas implicam o restabelecimento, até onde seja possível, da situação que existia antes de que ocorresse a violação. A restituição como forma de reparação contempla medidas tais como: a) o restabelecimento da liberdade de pessoas detidas ilegalmente; b) a devolução de bens confiscados ilegalmente; c) o regresso ao lugar de residência do qual a vítima foi deslocada; d) a reintegração ao emprego; e) a anulação de antecedentes judiciais, administrativos, penais ou policiais e o cancelamento dos registros correspondentes, e f) a devolução, demarcação e titulação do território tradicional das comunidades indígenas para proteger sua propriedade coletiva.

Medidas de reabilitação. São aquelas medidas destinadas a prestar a assistência médica e psicológica necessária para atender às necessidades de saúde física e psíquica das vítimas, que devam ser fornecidas gratuitamente e imediatamente, incluindo a prescrição de medicamentos, e, nesse caso, o fornecimento de bens e serviços.

Medidas de satisfação. Essas medidas estão voltadas à reparação do dano imaterial (sofrimentos e aflições causados pela violação, como o comprometimento de valores muito significativos para as pessoas e qualquer alteração, de caráter pecuniário, nas condições de existência das vítimas). Compreendem dessa forma, entre outros, atos ou obras de alcance ou repercussão pública, atos de reconhecimento de responsabilidade, desculpas públicas a favor das vítimas e atos de comemoração das vítimas, pretendendo desta maneira a recuperação da memória das vítimas, o reconhecimento da sua dignidade o consolo de seus familiares. Nesse sentido, alguns exemplos de medidas de satisfação são os seguintes: a) ato público de reconhecimento de responsabilidade e de desagravo à memória das vítimas; b) publicação ou difusão da sentença da Corte IDH; c) medidas em comemoração às vítimas ou dos fatos; d) bolsas de estudo ou comemorativas; e e) a implementação de programas sociais.

Garantias de não repetição. Estas são medidas tendentes a evitar que não voltem a ocorrer violações aos Direitos Humanos como as sucedidas no caso objeto de estudo por parte da Corte IDH. As garantias de não repetição têm um alcance ou repercussão pública e em muitas ocasiões resolvem problemas estruturais, beneficiando não apenas as vítimas do caso, mas também outros membros e grupos da sociedade. As garantias de não repetição podem ser divididas em três grupos segundo sua natureza e sua finalidade, a saber: a) medidas de adequação da legislação interna aos parâmetros convencionais; b) capacitação de funcionários públicos em Direitos Humanos; e c) adoção de outras medidas para garantir a não repetição de violações.

Obrigação de investigar, julgar e, quando for o caso, sancionar. Trata-se da obrigação que têm os Estados de garantir a investigação efetiva dos fatos violadores e, quando for o caso, determinar os autores materiais e intelectuais dos mesmos, assim como aplicar as sanções correspondentes. Esta obrigação implica também a realização de investigações administrativas, com o fim de sancionar as pessoas que tenham obstaculizado os processos internos. Do mesmo modo, dentro dessa obrigação, os Estados devem determinar, quando couber, o paradeiro das vítimas [isso é particularmente relevante em casos de desaparecimento forçado]. Assim, o Estado deve

remover todos os obstáculos, de *facto* e de *jure*, que impeçam a devida investigação dos fatos, e utilizar todos os meios disponíveis para acelerar referida investigação e os respectivos procedimentos, a fim de evitar a repetição de fatos violadores. O cumprimento dessa obrigação, por sua vez, contribui para a reparação das vítimas e de seus familiares.¹⁴

Esses conceitos foram desenvolvidos pela Corte IDH em seu esforço para responder às sequelas que as vítimas experimentam a partir das violações sofridas, assim como às abordagens que elas e a CIDH realizam a respeito de suas expectativas de reparação. Eles coincidem, ademais, com a evolução desenvolvida em diálogo com esse processo que o conceito de reparação assumiu no sistema universal de proteção dos Direitos Humanos, e que foi capturado nos Princípios Básicos do Direito à Reparação da ONU.

Não obstante, apesar da utilidade dessas distinções, a fim de explicar o conteúdo da obrigação de reparar estabelecida no artigo 63.1 da CADH, é importante utilizar a distinção que a norma faz entre a obrigação de garantir os direitos e liberdades violados, por um lado, e a obrigação de reparar, por outro.

4.1. A obrigação de garantir os direitos ou as liberdades violados

Essa obrigação constitui a primeira e mais imediata consequência sobre a qual, segundo o artigo 63.1 da CADH, a Corte IDH deve dispor quando decida que houve violação de um direito ou liberdade protegidos por instrumento convencional. Dessa forma, é uma consequência necessária da determinação sobre a existência de uma violação, e não condicionada a uma análise sobre sua procedência, como ocorre com a faculdade de dispor sobre medidas de reparação. Isso implica que a Corte IDH deveria ordenar medidas dessa natureza sempre que concluir sobre a existência de uma violação, e mesmo quando não sejam solicitadas pelas partes ou pela CIDH.

Isso foi feito pela Corte IDH, e as medidas que dispôs nesse âmbito têm grande relevância desde o ponto de vista de garantir os direitos não só das vítimas, mas de todas as pessoas. As medidas variam em cada caso, mas a Corte IDH fez um uso profuso de suas atribuições para ordenar a adequação da legislação interna às obrigações que a CADH dispõe em virtude do artigo 2.

Em suas medidas iniciais, a Corte IDH distinguia claramente entre medidas para garantir os direitos violados e medidas de reparação. Porém, em suas sentenças posteriores determinou medidas cuja natureza é a de garantir tais direitos como formas de restituição. Isso se observa principalmente não em casos de restituição material, mas referentes ao “restabelecimento da liberdade, o desfrute dos Direitos Humanos, a identidade, a vida familiar e a cidadania, o retorno ao lugar de residência, a reintegração no emprego e a devolução de [...] bens”, que é como os Princípios Básicos do Direito à Reparação da ONU definem esse direito.¹⁵

As medidas para garantir o gozo dos direitos também foram entendidas como formas de satisfação ou como garantias de não repetição,¹⁶ que podem ter um alcance geral. Precisamente esse é o motivo principal que incita muitos litigantes ao litígio perante a Corte IDH, e que se expressa mais claramente nos em que não há uma vítima direta, e que se referem a direitos ou interesses difusos.¹⁷ A aparente confusão feita pela Corte IDH entre medidas para garantir os direitos e liberdades violados e medidas de restituição ou de garantias de não repetição, não tem importância prática, sendo fruto da evolução de sua jurisprudência. O que é relevante é o emprego de um leque de medidas que, em seu conjunto, perseguem o objetivo duplo de garantir referidos direitos e, nos aspectos nos quais isso não é possível ou é insuficiente, *reparar*. Não obstante, essa confusão pode constituir um problema se, em razão dela

14 Corte IDH. *Relatório Anual 2011*. Corte IDH, San José, 2011, pp. 18-19.

15 ONU. Princípios Básicos do Direito à Reparação da ONU, *op. cit.*, princípio 19.

16 *Ibidem*, princípios 22-23.

17 Ver, por exemplo, Corte IDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. MRC. 2001, §. 98-99. Nessa sentença as medidas de reparação ordenadas consistiram em ordenar a modificação do ordenamento jurídico interno com relação à existência de censura, mas não a imposição de outras formas de reparação a favor de nenhuma pessoa em particular.

se chegou a desconhecer que as medidas cuja natureza se referem a garantir o gozo de direitos violados não são de avaliação discricionária por parte da Corte IDH, mas obrigatórias.

4.1.1. Acesso à proteção judicial

As formas como a Corte IDH dispôs sobre a garantia de gozo dos direitos violados é muito diversa, dependendo da forma de violação ocorrida em cada caso. Uma delas refere-se ao acesso à proteção judicial. A Corte IDH declarou a obrigação dos Estados de “remediar a demora”,¹⁸ na resolução de um recurso judicial, no marco da investigação de um crime, ao determinar que foi violado no referido caso o direito das pessoas a “serem ouvidas [...] dentro de um prazo razoável”, consagrado no artigo 8.1 da CADH. Desse modo, em um caso de desaparecimento forçado, declarou, além dos direitos à liberdade pessoal, à integridade pessoal e à vida da vítima, que o Estado havia violado o direito desta e de seus familiares a um recurso efetivo, em particular “pela ineficácia do recurso de *habeas corpus* para alcançar a sua liberdade e talvez para salvar a sua vida”.¹⁹ Com base nisso, a Corte IDH determinou “como medida de reparação a favor dos referidos familiares, a efetiva investigação e a correspondente sanção dos responsáveis pelos fatos que motivaram a demanda”.²⁰ O argumento implícito é que a investigação e sanção não só conformam parte de uma reparação, entendida como satisfação, de acordo com a linguagem dos Princípios Básicos sobre o Direitos à Reparação da ONU, mas também garantem o direito a um recurso efetivo e rápido, que foi violado. Isso é particularmente relevante em casos de desaparecimento forçado, nos quais a conduta criminal não só atenta contra a liberdade, integridade física e psíquica e a vida da vítima, mas também contra seu direito e o de seus familiares à proteção judicial, como também estabeleceu a Corte IDH.²¹

Outras situações em que a Corte IDH ordenou que o Estado responsável por uma violação deve garantir os direitos violados, relaciona-se com casos de exonerações ou destituições arbitrárias; nesses casos, a Corte IDH ordenou a reinstalação no emprego sob as mesmas condições anteriores à exoneração.²² Em uma situação similar, a Corte IDH reconheceu, em caso de privação de nacionalidade, que tendo o Estado aceitado a recomendação da CIDH, mediante a anulação da resolução de privação da nacionalidade, este havia dado cumprimento à sua obrigação de garantir o direito violado,²³ determinando, ademais, medidas de reparação a serem definidas de acordo com o direito interno.²⁴ A Corte IDH entendeu, como parte da restituição de direitos, que não é suficiente somente ordenar a liberdade de uma pessoa detida, mas que também se reconheça expressamente que a liberdade que se concede à vítima é definitiva e não está sujeita a qualquer condição ou restrição.²⁵ Outras formas de garantir o gozo dos direitos violados são o reconhecimento de direitos trabalhistas (que inclui sua reinserção no

18 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. MRC. 1997, §. 96.

19 Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. EP. 1998, §. 70.

20 *Idem*.

21 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPMRC. 2009, §. 59-103.

22 Em um deles, referente a duzentos e setenta trabalhadores e líderes sindicais despedidos, a Corte IDH determinou “que o Estado estava obrigado a restabelecer em seus cargos as vítimas que se encontravam com vida e, se isso não fosse possível, fornecer-lhes alternativas de emprego que respeitem as condições, salários e remunerações que tinham ao momento de serem despedidos”. Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001, §. 203. Em outro caso, referente a magistrados da Corte Constitucional do Peru, a Corte IDH considerou que, uma vez reinstalados em seus cargos, por disposição do Congresso da República, o Estado havia cumprido com obrigação de garantir o direito violado. Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. MRC. 2001, 120.

23 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. MRC. 2001, §. 179.

24 Da mesma forma, a Corte IDH determinou, além de outras formas de reparação, que “facilitar as condições para que o senhor Ivcher Bronstein, a quem foi restituída a nacionalidade peruana, possa realizar as gestões necessárias para recuperar o uso e gozo de seus direitos como acionista majoritário da Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A., como o era até 1º de agosto de 1997, nos termos da legislação interna”. Também sujeitou às normas de direito interno o ressarcimento relativo aos dividendos e demais remuneração que corresponderiam ao senhor Ivcher como acionista majoritário e funcionário da Companhia, e que “deve garantir ao senhor Ivcher o direito a buscar, investigar e difundir informação e ideias através do Canal 2-Frecuencia Latina da televisão peruana”. *Ibidem*, §, 181-182.

25 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. RC. 1998, §. 109.

registro de aposentadoria) de uma vítima que havia sido privada da liberdade de forma arbitrária,²⁶ e a anulação dos antecedentes penais de uma vítima que havia sido objeto de detenção e perseguição penal arbitrária, assim como a anulação dos respectivos processos, o que também pode ser entendido como uma forma de restituição.²⁷

4.1.2. Direitos dos povos e comunidades indígenas

Embora não esteja explícita na decisão da Corte IDH como uma forma de garantir os direitos violados, em um caso sobre violação do direito de propriedade ancestral de uma comunidade indígena, a Corte IDH dispôs sobre a delimitação, a demarcação e a titulação de suas terras, com a sua participação, “conforme seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes”.²⁸ Em outro caso, também referente a uma comunidade indígena cujo direito de propriedade ancestral sobre suas terras fora violado, a Corte IDH dispôs a restituição das terras, exigindo, não só a sua demarcação, mas também impondo condições estritas para a entrega de terras alternativas. Também determinou a proteção do território reclamado enquanto não se precedesse à sua restituição e à titulação do local onde se encontrava assentada a comunidade.²⁹ Medidas similares foram ordenadas pela Corte IDH em caso de um massacre que obrigou a uma comunidade étnica a deslocar-se de seu território ancestral, juntamente com a investigação dos fatos e garantias de proteção mediante avaliações periódicas das condições de segurança.³⁰

Em outro caso similar, a Corte IDH determinou, de forma adicional “o reconhecimento legal da capacidade jurídica coletiva correspondente à comunidade [...]”.³¹ Também ordenou o reconhecimento jurídico da propriedade coletiva, de acordo com seu direito consuetudinário, assim como o reconhecimento e a garantia do direito à consulta do povo em questão.³²

4.1.3. Obrigações de não fazer impostas ao Estado

A Corte IDH determinou obrigações de não fazer para garantir o exercício dos direitos violados. Em um caso, a Corte IDH concluiu que o modo como estava tipificado o homicídio doloso na legislação de Trinidad e Tobago, que impunha a pena de morte de forma automática e sem considerações particulares sobre os acusados, violava a CADH. Além de determinar que o Estado deveria modificar a lei, determinou também que deveria abster-se de aplicar a pena de morte a 31 pessoas condenadas, e que os procedimentos penais a respeito dos delitos imputados deveriam tramitar novamente.³³

Outra situação na qual a Corte IDH ordenou ao Estado que se abstivesse de executar medidas judiciais determinadas para garantir o gozo de direitos violados se relacionou ao escopo do direito de acesso à justiça. A Corte IDH considerou que as garantias judiciais que estabelecem os artigos 8 e 25 da CADH foram violadas, ao se exigir a uma pessoa o pagamento de uma taxa judicial, fixada em proporção à quantia do juízo, o que tornava virtualmente impossível o exercício de seus direitos. Em consequência, determinou que o Estado se abstivesse de cobrar essa taxa judicial, a multa imposta pelo não pagamento da taxa judicial e a multa imposta por não ter pago a taxa judicial no prazo estabelecido pela lei, que era equivalente à metade do valor da taxa.³⁴

4.1.4. Modificação do marco legal interno dos Estados

Embora a adequação de normas legais internas seja usualmente referida como uma garantia de não repetição, pode-se considerar que essa medida responde ao disposto na primeira oração do artigo 63.1 da Corte CADH, quando a modificação é requisito para garantir o gozo dos direitos violados. Assim,

26 *Ibidem*, §. 113-114.

27 *Ibidem*, §. 122.

28 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, § 164.

29 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 281-295.

30 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 209-215.

31 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 194.

32 *Idem*.

33 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. MRC. 2002, § 211-215.

34 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. MRC. 2002, § 70.

em um caso em que a Corte IDH decidiu que o Estado havia violado o direito à liberdade de pensamento e de expressões de certas pessoas mediante a proibição de exibição de um filme, determinou:

[...] que o Estado deve modificar seu ordenamento jurídico com o fim de suprimir a censura prévia, para permitir a exibição cinematográfica e a publicidade do filme “A Última Tentação de Cristo”, já que está obrigado a respeitar o direito à liberdade de expressão e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição.³⁵

Outro exemplo disso encontra-se na sentença por censura, violação da liberdade de expressão, violação do direito de propriedade e violações ao devido processo que afetaram um empregado civil da Armada do Chile pela publicação de um livro sobre serviços de inteligência que foi confiscado e destruído, e o autor condenado por vários delitos. A Corte IDH ordenou “permitir ao senhor Palamara Iribarne a publicação de seu livro”.³⁶ Ademais, a Corte IDH determinou que o Estado deveria deixar sem efeito todas as sentenças condenatórias proferidas contra ele, incluindo “todas as medidas judiciais, administrativas e de qualquer outra natureza necessárias para deixar sem efeito algum os processos penais militares instruídos contra Palamara Iribarne e suas sentenças, incluindo a eliminação dos antecedentes penais do registro correspondente”.³⁷

Como se observa, a variedade de medidas é muito ampla, pois referem-se às diferentes formas de desconhecimento ou violação dos direitos consagrados pela CADH. Muitas delas, não obstante, são definidas pela Corte IDH como formas de restituição, como garantias de não repetição ou simplesmente como outras reparações, tornando a força imperativa de ordená-los menos perceptível como formas de garantir à pessoa lesada o gozo de seus direitos violados.

4.2. A obrigação de reparar

A segunda oração do artigo 63.1 impõe à Corte IDH uma obrigação que, embora seja complementar à anterior, é diferente. Essa obrigação estabelece que, ao decidir que houve uma violação de um direito ou liberdade protegidos na CADH, a Corte IDH determinará que se reparem as consequências da medida ou situação que configurou a violação desses direitos e o pagamento de uma justa indenização à parte lesada. O tom imperativo do verbo usado no texto: “determinará”, indica que esta segunda oração, assim como a primeira, determina um mandato para a Corte IDH, e não uma faculdade. Porém, à diferença da primeira oração do artigo 63.1, a segunda oração intercala a frase “*se isso for procedente*”. Conseqüentemente, com relação à reparação a Corte IDH não está obrigada a impor essa medida, mas a avaliar sua procedência e, se assim o decidir, definir seus termos.

Esta análise de procedência está presente também no artigo 41 da CEDH, sob o título de “razoável”.

A existência em ambas as normas de uma análise de procedência sobre a reparação, permite afirmar que não está consagrado, em nenhuma das convenções, um direito geral e absoluto das vítimas à reparação. O uso mais restritivo que o TEDH fez dessa faculdade reforça essa noção. No entanto, isso também responde à natureza dos casos que os dois tribunais ouviram. A jurisprudência da Corte IDH desenvolveu-se a partir do caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sobre desaparecimento forçado, em um contexto de prática sistemática desse crime. A grande maioria dos casos contenciosos que a Corte IDH conheceu referiram-se a delitos de natureza e gravidade similares.

Além da diferença já apontada com relação à jurisprudência em matéria de reparação do TEDH, deve-se considerar que a avaliação de procedência que deve fazer o TEDH contém uma análise da capacidade do direito interno do Estado infrator de reparar as consequências da violação. A Corte IDH não está submetida a essa exigência em sua avaliação sobre a procedência da reparação e, pelo contrário, afirmou sua competência absoluta para determinar a forma de reparação e a inaplicabilidade de normas

35 Corte IDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. MRC. 2001, §. 97.

36 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. MRC. 2005, §. 250.

37 *Ibidem*, §. 253.

de direito interno como obstáculo para sua determinação.³⁸ Tratou-se de uma decisão justificada pela sistematicidade e gravidade das violações de que conhece, e que se vê confirmada pela relutância dos Estados a cumprir inclusive as medidas ordenadas.³⁹

Assim, além de proferir a sentença, a Corte IDH exerce a discricionariedade que o artigo 63.1 da CADH lhe autoriza, avaliando em cada caso as medidas de reparação apropriadas. A gravidade das violações que a Corte IDH conheceu explica porquê na grande maioria dos casos em que entendeu que houve violação à CADH, ordenou reparações. Isso foi feito de forma adicional à determinação de medidas para garantir à pessoa lesada o exercício dos direitos violados, às vezes, como explicado, sem fazer distinções entre os dois. De fato, em praticamente todos os casos citados na seção anterior, a Corte IDH, além das medidas descritas, impôs o pagamento de reparações.⁴⁰

Em poucos casos a Corte IDH não ordenou o pagamento de uma compensação. Isso parece justificável em situações que não correspondem a violações do direito à vida ou à integridade física ou psíquica, nas quais a injustiça poderia ser reparada com sua mera declaração. Esse foi o caso em duas situações de violação do direito à informação, nas quais os prejuízos alegados também não foram claramente estabelecidos.⁴¹

Eventualmente, no entanto, o resultado desse exercício de discricionariedade feito pela Corte IDH é questionável, considerando que toda vítima de um ato culposo ou doloso que produz dano tem direito à reparação, e não apenas ao gozo de seus direitos e a um reconhecimento oficial de responsabilidade por meio de uma sentença, especialmente quando se trata de uma violação grave em que a declaração judicial não parece suficiente.

Em dois casos em que se constatou que a privação de liberdade se deu em condições que constituem tratamento cruel, desumano e degradante, a Corte IDH não determinou reparação por tais fatos; em vez disso, limitou-se a declarar a nulidade ou a revogação dos processos, por não atenderem às garantias judiciais estabelecidas pela CADH, e a reformar as normas nas quais esses processos se baseavam.⁴² Em um deles, acrescentou a ordem de adaptar as condições carcerárias aos padrões internacionais e a publicação da sentença.⁴³ Esse tratamento pode ser explicado por se tratar de pessoas condenadas por crimes graves, mas, mesmo assim, não justifica desconsiderar o seu direito à reparação, uma vez que a lei não exige o estabelecimento da inocência do titular do direito, objeto da acusação criminal.

Essa tendência é preocupante, principalmente por se tratar de um tribunal de instância única. Em um caso recente, a Corte IDH recusou-se novamente a conceder uma indenização pelo sofrimento causado a uma vítima de execução sumária, sem dar maiores explicações sobre seu raciocínio. Trata-se também um caso em que a vítima era membro de um grupo subversivo, o que poderia dar a impressão de que aqueles munidos de armas não teriam direito à reparação caso fossem executados ou torturados. Em outros casos, a Corte IDH não considerou que a conduta prévia das vítimas, ou a participação em grupos armados subversivos, seja um motivo para negar o direito à reparação, uma vez constatada a

38 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989, § 54.

39 Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. RC. 1996, § 35.

40 Como se indicou anteriormente, quando a violação se refere a um direito ou interesse difuso, como foi o caso de *A Última Tentação de Cristo*, a Corte IDH não impôs outras medidas de reparação, exceto o reembolso de gastos dos representantes. Cf. Corte IDH. *Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. MRC. 2001.

41 Em dois casos referentes ao direito à informação, a Corte IDH reconheceu a existência de uma violação à liberdade de buscar, receber e difundir informação, e do direito à integridade pessoal contra os proprietários e trabalhadores dos meios censurados. Não obstante, como medidas de reparação, limitou-se a determinar a obrigação de investigar os delitos ocorridos, publicar a sentença e adotar medidas necessárias para evitar restrições ou obstáculos à liberdade de informação dos afetados, declarando em todo o restante que a sentença constitui *per se* uma forma de reparação. Corte IDH *Caso Perozo e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, § 413-416. Corte IDH *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, § 403-406.

42 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. MRC. 1999, § 221-222, 225.

43 Corte IDH. *Caso Raxacó Reyes vs. Guatemala*. MRC. 2005, § 135-136.

existência de uma violação.⁴⁴No entanto, nesse caso, sem justificativa, a Corte IDH limitou-se a apontar o efeito reparador do proferimento de sua sentença e as ordens emitidas em matéria de investigação dos fatos e divulgação de informações da sentença.⁴⁵Ao fazê-lo, ademais, a Corte IDH deixou de cumprir sua obrigação, estabelecida no artigo 66.1 da CADH, de fundamentar suas decisões.

4.3. Alcance da obrigação de reparar: *restitutio in integrum*, reparação integral e reparação transformadora com enfoque de gênero

Uma vez esclarecido em que ocasiões a Corte IDH exerceu sua faculdade de dispor reparações, é preciso esclarecer o conteúdo dessa obrigação. Essa obrigação baseia-se, conforme afirmou a Corte IDH, em devolver à vítima a situação anterior, isto é, restaurar a situação em que se encontrava a vítima antes da violação (*restitutio in integrum*). Isso é consistente com a evolução do direito, essa figura é observada no Direito Romano e é reconhecida nos artigos sobre responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos, elaborados pela Comissão de Direito Internacional da ONU, em 2001.

A noção de *restitutio in integrum* na jurisprudência da Corte IDH não se limita ao conceito de restituição, mas se refere ao objetivo perseguido pela reparação, isto é:

*o restabelecimento da situação anterior e a reparação das consequências que a infração produziu e o pagamento de uma indenização como compensação pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais incluindo o dano moral.*⁴⁶

No entanto, a Corte IDH também reconheceu, desde os primeiros casos, que é impossível restabelecer a situação anterior, o que também torna necessário compensar todas as consequências do evento prejudicial. Qualquer ato humano é a causa de muitas consequências, algumas próximas e outras remotas. Um velho aforismo diz neste sentido: *causa causæ est causa causati*. Pense na imagem de uma pedra lançada em um lago e que produz na água círculos concêntricos cada vez mais distantes e menos perceptíveis. Assim, cada ato humano produz efeitos remotos e distantes. A Corte IDH compreendeu as diversas consequências acarretadas pelo ato internacionalmente ilícito:

Obrigar o autor de um ato ilícito a apagar todas as consequências que esse ato causou é inteiramente impossível, porque sua ação teve efeitos que se multiplicaram de modo incomensurável. [...] A solução dada pelo direito nessa matéria consiste em exigir do responsável a reparação dos efeitos imediatos dos atos ilícitos, mas somente na medida *juridicamente tutelada*. Por outro lado, em relação às várias formas e modalidades de reparação, a regra de *integrum restitutio* refere-se a uma maneira pela qual o efeito de um ato ilícito internacional pode ser reparado, mas não é a única forma de reparação, porque pode haver casos em que não seja possível, suficiente ou adequada (cf. *Usine de Chorzów, fond, supra 43, p. 48*). Assim, no entendimento da Corte, deve ser interpretado o artigo 63.1 da Convenção Americana.⁴⁷

A pretensão de restituição à situação anterior, particularmente em relação a esse tipo de dano, diferentemente dos danos meramente patrimoniais, é impossível.⁴⁸ Assim, o papel que a noção de *restitutio*

44 Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. MRC. 2006. Corte IDH. *Caso Neira Alegria e outros vs. Peru*. RC 1996. Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. MRC. 2004.

45 Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru*. EPMRC. 2015, § 483. Em relação a esse caso, ver Correa, C. *Derecho a la reparación: un peligroso precedente de la Corte Interamericana*. Publicação na seção de notícias do Instituto de Democracia e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica do Peru, e 7 de setembro de 2015. Disponível em: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/opinion/derecho-a-la-reparacion-un-peligroso-precedente-de-la-corte-interamericana/> (data de último acesso: 17 de dezembro de 2017).

46 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989, § 26. (grifo nosso)

47 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. RC. 1993, § 48-49. (grifo nosso)

48 Sobre esta matéria, ver García Ramírez, S. “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de reparaciones”, In *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Um Cuarto de Siglo*. Corte IDH, San José, 2005, pp. 39-43, e particularmente seu voto arrazoado no caso Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*

in integrum deve desempenhar é o de *orientar as decisões sobre o conjunto de medidas de reparação para que elas procurem, na medida do possível, aproximar-se desse ideal.*

A partir desta constatação, a Corte IDH desenvolveu a noção de *reparação integral*, que compreende uma série de medidas apreciadas em conjunto. A maneira como elas atuam em conjunto foi definida pela Corte IDH da seguinte forma:

A reparação do dano causado pela infração de uma obrigação requer, sempre que possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior. Caso isso não seja possível, como ocorre na maioria dos casos de violações de Direitos Humanos, o Tribunal determinará medidas para garantir os direitos violados, reparar as consequências que as infrações tenham provocado e estabelecer uma indenização que compense os danos ocasionados. Portanto, a Corte considerou a necessidade de dispor *diversas medidas* de reparação, a fim de ressarcir os danos *de maneira integral*, razão pela qual, além das compensações pecuniárias, as medidas de restituição, reparação e garantias de não repetição têm especial relevância pelos danos provocados.⁴⁹

Essa noção de devolver à vítima o estado de coisas anterior à violação se traduz na exigência de *proporcionalidade entre dano e reparação*. Assim, o dano constitui o padrão para definir este último, tanto como limite inferior quanto superior. Consequentemente, a Corte IDH rejeitou a imposição de indenizações punitivas, limitando a compensação aos danos causados.

A expressão “indenização justa” que utiliza o artigo 63.1 da CADH, por se referir a uma parte da reparação e por se dirigir à “parte lesada”, é compensatória, e não sancionatória.⁵⁰

Outra consequência importante dessa noção de reparação é que ela se centra na condição em que se encontra a vítima, e na capacidade da reparação de superar tal condição, em tudo aquilo que é resultado da violação.⁵¹ Essa perspectiva permitiu à Corte IDH desenvolver uma vasta jurisprudência em matéria de medidas de reparação, pois nelas, mais que apontar exclusivamente as violações cometidas ou as sanções ou omissões realizadas pelo Estados ou seus agentes, coloca no centro da determinação das modalidades de reparação das vítimas.

No entanto, assim como a noção de *restitutio in integrum* impõe uma exigência elevada em matéria de reparação, um limite para essa medida pode ser uma situação que implique um retorno às condições de injustiça, especialmente em situações em que a situação anterior à violação não era uma situação de pleno gozo de direitos. Situações de discriminação étnica ou de gênero, condições de pobreza e marginalidade ou condições de violação dos direitos culturais das comunidades autóctones não podem ser apresentadas como o ideal a ser reparado.

Atendendo a esse problema, a Corte IDH introduziu recentemente a noção de que, em contextos de discriminação estrutural, “as reparações devem ter uma vocação transformadora desta situação, de tal forma que as mesmas tenham um efeito não somente restitutivo, mas também *corretivo*”.⁵² A Corte IDH fundamentou essa posição afirmando que “não é admissível uma restituição à mesma situação estrutural de violência e discriminação”,⁵³ o que não implica, continua a Corte IDH, ignorar que “a natureza e quantidade da reparação ordenada dependem do dano ocasionado nos planos tanto material como imaterial”.⁵⁴ A Corte IDH faz um uso interessante dessa noção desenvolvida por Uprimny e Saffon,

la. RC. 2002.

49 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 241. (grifo nosso)

50 Embora alguns tribunais internos, em particular os anglo-americanos, estabeleçam indenizações cujos valores tenham finalidades exemplares ou dissuasivas, esse princípio não é aplicável no estado atual do Direito Internacional. Ver Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. RC. 1989, § 36.

51 Ver Nash Rojas, C., *op. cit.*, pp. 35-36.

52 Corte IDH. *Caso González e outros (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPMRC. 2009, § 450. (grifo nosso).

53 *Idem*.

54 *Idem*.

para um caso em que condenou um Estado por não implementar políticas que permitissem prevenir a morte de três jovens sequestradas em um contexto de prática frequente de sequestros e feminicídios e de discriminação com relação à proteção de mulheres contra a violência. No entanto, o potencial de incorporar a noção de reparação com uma vocação transformadora é ainda maior, pois permitiria incorporar uma perspectiva que vai além da noção tradicional de restituição à situação anterior, para incorporar medidas que apontem para a vigência de direitos econômicos, sociais e culturais, e para a reparação em contextos de discriminação estrutural no gozo desses direitos, como argumentam os autores.⁵⁵

Esse desenvolvimento, no entanto, não está isento de riscos. As condições de injustiça estrutural existentes no Continente poderiam dar lugar a um ambicioso programa de transformações que não pode ser promovido por um tribunal internacional. Sem desmerecer a justificativa para essa posição e a necessidade de levar em conta as condições estruturais da injustiça, é importante manter a cautela quanto ao que está dentro do escopo estrito de uma decisão judicial, e o que corresponde aos Estados na definição de suas políticas socioeconômica e de inclusão social.

Como consequência, a Corte IDH emitiu ordens muito precisas ao Estado para garantir a implementação de políticas de não repetição com forte enfoque de gênero. Assim, estabeleceu uma série de medidas sobre capacitação de funcionários públicos, implementação de protocolos de reação em casos de desaparecimento de mulheres, e busca de mulheres desaparecidas, que permitiram superar os prejuízos e as tendências que levaram à inação que provocou as violações. No entanto, a Corte IDH rejeitou outros pedidos dos representantes e da CIDH que não foram bem fundamentados.⁵⁶

A incorporação explícita dos impactos diferenciados de gênero parece ser uma tendência que a Corte IDH assumirá em suas decisões futuras, e que, em um continente com sério déficit em termos de discriminação contra a mulher, essa tendência pode ser muito importante. Será interessante observar em que medida essas noções também se aplicam a outras formas graves de discriminação ou marginalidade a que os povos indígenas, pessoas em situação de pobreza ou minorias sexuais estão sujeitas.

Em um esforço para alcançar uma posição equilibrada sobre o assunto, a Corte IDH resumiu em sete os requisitos a que submete sua avaliação das medidas de reparação solicitadas pela CIDH e pelos representantes. Os requisitos consistem em que i) refiram-se diretamente às violações declaradas pelo Tribunal; ii) reparem proporcionalmente os danos materiais e imateriais; iii) não signifiquem enriquecimento nem empobrecimento; iv) na maior medida possível, restabeleçam às vítimas a situação anterior à violação naquilo que não interfira com o dever de não discriminar; v) orientem-se a identificar e eliminar as causas de discriminação; vi) sejam adotadas sob uma perspectiva de gênero, levando em consideração os diferentes impactos que a violência causa em homens e mulheres, e vii) considerem todos os atos jurídicos e ações alegadas pelo Estado nos autos dirigidas a reparar o dano ocasionado.⁵⁷

Esses critérios foram retirados de sentenças posteriores.⁵⁸

No entanto, a mesma lista também contém as exigências de rigor e de relação estrita com os danos comprovados referentes às violações declaradas. Além disso, as medidas não implicam que a Corte IDH assuma um papel de ativismo judicial, estabelecendo, por sua própria iniciativa, medidas de reparação de caráter corretivo das discriminações que constate, mas que as mesmas devem ser objeto de pedidos precisos e fundamentados das partes. De fato, a Corte IDH não costuma determinar medidas de reparação *ex officio*, e o estabelecimento da lista não contradiz a doutrina estabelecida há muito tempo

55 Uprimny Yepes, R. e Saffon, M. P. "Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática", In Díaz Gómez, C. et al. (eds.) *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. ICTJ-DeJusticia, Bogotá, 2009.

56 *Ibidem*, § 474-543.

57 Corte IDH. *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") vs. México*. EPMRC. 2009, § 451.

58 Corte IDH. *Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010, § 213, 242, 246 e 249. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, § 223, 274 e 278. Corte IDH. *Caso Atala Rifo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, §. 267 e 271.

em suas decisões. As medidas devem ser solicitadas oportunamente,⁵⁹ além de justificadas.⁶⁰ Embora a Corte IDH não tenha sido rígida para determinar o momento processual de sua apresentação, exige que isso seja feito em condições e momentos que permitam ao Estado contestá-las.⁶¹

Essas considerações, e a mencionada anteriormente sobre o valor da restituição ao estado anterior das coisas no contexto de condições estruturais de violações de Direitos Humanos, nos forçam a refletir sobre o trabalho de um tribunal de Direitos Humanos no contexto de violações massivas ou estruturais. É possível perguntar: qual é o papel de um tribunal, que conhece de violações específicas, no enfrentamento de situações de violações massivas e sistemáticas, como as decorrentes de conflitos armados internos ou ditaduras e regimes autoritários e repressivos? Da mesma forma, cabe questionar o papel das reparações que um tribunal internacional pode determinar para tentar superar as condições de discriminação ou marginalidade às quais estão sujeitas porcentagens significativas dos habitantes do Continente. Em que medida a reparação pretendida por uma sentença referente a um incidente específico, em contextos de violações massivas e sistemáticas, ou de discriminação e exclusão estrutural, pode contribuir para a superação dessas condições?

É claro que a condenação do Estado por sua responsabilidade nesses casos tem imenso valor nos esforços empreendidos em cada país para superar as condições de discriminação estrutural ou violações massivas e sistemáticas. No entanto, as perguntas a fazer são: em que medida a sentença de reparação pode contribuir para tal? Em que medida a restituição da vítima do desaparecimento forçado ou das vítimas de um massacre à situação anterior ou sua tentativa pela via compensatória, pode contribuir para o respeito dos direitos das demais vítimas do regime repressivo que causou as referidas violações, e para que não haja mais vítimas?

Certamente, as medidas de reparação voltadas à garantia da não repetição, quando produzem um efeito que extrapola o caso específico, podem ter muito valor transformador ou corretivo, como afirmou a Corte IDH. Algumas medidas de satisfação também podem produzir efeitos indiretos, mesmo quando o pedido de desculpas públicas ou outros atos simbólicos se referem apenas ao caso específico. Tudo isso explica a tendência da Corte IDH de incorporar essas formas de reparação em suas sentenças, a fim de produzir efeitos para além dos casos específicos, especialmente nos casos de violações que são expressão de padrões estendidos. No entanto, é difícil extrapolar um efeito positivo para as demais vítimas de violações semelhantes e massivas nas medidas de reparação que se referem às vítimas diretas do caso em questão submetido à Corte IDH. Além disso, é natural encontrar expressões de ressentimento em algumas vítimas que, tendo sido submetidas a violações semelhantes, não conseguiram obter uma solução judicial.

Isso deve levar a um exame mais aprofundado da complementaridade, incluindo o possível conflito entre formas de reparação judicial e reparações massivas por meio de programas administrativos. A abordagem desse problema requer um estudo específico sobre o tema, que não é o objeto deste comentário. No entanto, um estudo sobre a jurisprudência da Corte IDH sobre a matéria deve ser ao menos mencionado, tal como será feito em uma das seções subsequentes.

4.4. Vínculo entre o ato ilícito declarado na sentença e os danos a serem reparados

O requisito de proporcionalidade entre as consequências da violação e a modalidade e o valor da reparação implica examinar a existência de um *nexo causal* entre o ilícito e os danos a serem reparados. Nesse sentido, a Corte IDH especificou que:

59 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 269.

60 A Corte IDH indicou que o dever de motivação constante do artigo 34.1. de seu Regulamento (art. 35.1.c. na versão atual do Regulamento), “não se cumpre com pedidos genéricos não acompanhados de provas ou argumentação, de fato ou de direito, que permitam analisar sua finalidade, razoabilidade e alcance. Essa exigência também se aplica aos Representantes.” Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPMRC, 2009, § 493.

61 Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. MRC. 2008, § 121.

[...] as reparações devem ter um nexo causal com os fatos do caso, as violações alegadas, os danos comprovados, bem como com as medidas solicitadas para reparar os respectivos danos. Portanto, a Corte deve observar a referida concorrência de fatores para se pronunciar adequadamente e em conformidade com o direito.⁶²

A exigência de um vínculo direto entre o ato ilícito e os danos reparáveis compreende diferentes questões, de acordo com os tipos de danos e as modalidades de reparação. Desse modo, a Corte IDH em suas sentenças de reparação parte de: 1. a verificação dos *fatos* que constituem violações de um direito ou liberdade protegido pela CADH; 2. a verificação de suas *consequências* sobre as vítimas; e 3. com base nisso, examina *o pedido*, com base no qual determina medidas de reparação.

No que diz respeito aos *danos emergentes*, essas questões referem-se à relação causal entre o ilícito e as perdas econômicas diretas atribuídas a ele. Em relação aos *lucros cessantes*, também são levantadas questões sobre a probabilidade de que as condições de vida e a renda projetada materializem-se efetivamente. Os *danos imateriais* referem-se ao vínculo entre a vítima e aqueles que demandam reparação e a determinação sobre o grau do dano sofrido pela vítima como resultado de sofrimento ou padecimento com relação aos demandantes. Da mesma forma, deve ser estabelecido um vínculo entre as violações verificadas e as *medidas de satisfação* e de *reabilitação* demandadas. Esse requisito é particularmente complexo em termos de *garantias de não repetição*, quando, como parte delas, é solicitada a reforma de instituições ou a reforma de leis. Assim, a Corte IDH reiterou em suas sentenças a obrigação de adequar a legislação interna à CADH, no tocante a certas leis e práticas específicas que permitiram a ocorrência da violação estabelecida, mas rejeitou os pedidos de avaliação em abstrato ou em termos genéricos da legislação nacional de um país. Essas questões serão examinadas em maior detalhe ao analisar a maneira como a Corte IDH considerou a maneira de reparar esses tipos de danos.

4.5. Causalidade e competência *ratione temporis* da Corte IDH

A Corte IDH somente tem competência para conhecer de violações realizadas depois que os Estados reconhecem sua competência contenciosa. Isso se traduziu na imposição de medidas de reparação referentes somente a violações posteriores.

Em um caso de desaparecimento forçado no qual foram encontrados os restos mortais da vítima e foi possível determinar sua data de morte, a Corte IDH condenou o Estado apenas pela violação dos direitos às garantias judiciais (art. 8.1) e à integridade física, psíquica e moral (art. 5) dos familiares da vítima, mas não pelo desaparecimento ou morte da vítima direta. Consequentemente, a reparação concedida excluiu o lucro cessante e os consequentes danos causados à vítima, reconheceu gastos incorridos na busca pela pessoa desaparecida, mas a partir da data de aceitação por parte do Estado da competência contenciosa da Corte IDH. Além disso, impôs o pagamento de despesas médicas incorridas por um irmão da vítima cuja saúde foi seriamente afetada pelos fatos, bem como a indenização por danos materiais pelo sofrimento causado à família.⁶³

Em um caso de execução sumária cometida antes da entrada em vigor da competência contenciosa da Corte IDH, esta limitou seu julgamento à denegação de justiça ocorrida após a aceitação da referida competência. A Corte IDH não fixou indenização por dano material, pois argumentou que “nem o representante nem a Comissão apresentaram argumentos ou provas que demonstrem que as violações declaradas na presente Sentença produziram dano material”.⁶⁴ Então, no que se refere aos danos imateriais, a Corte IDH considerou que:

62 Corte IDH. *Caso Ticona Estrada e outros vs. Bolívia*. MRC. 2008, § 110.

63 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. RC. 1999, § 49-50, 57.

64 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPMRC. 2006, § 160.

[a] sentença constitu[ía] *per se* uma forma de reparação, e que as medidas detalhadas [de adequação do direito interno e a continuação das investigações para identificar, julgar e, quando for o caso, sancionar os responsáveis] constitu[íam] uma devida reparação.⁶⁵

Para chegar a essa conclusão, a Corte IDH levou em consideração que os familiares da vítima sofreram devido à negação da justiça, mas também que o principal interesse das vítimas, expresso por seu representante, era a busca pela justiça e que eles haviam recebido reparação por meio de um programa administrativo estabelecido em lei, cujas medidas foram detalhadas no processo.⁶⁶

4.6. Reconhecimento e avaliação de medidas de reparação judicial ou administrativas

A Corte IDH afirmou sua competência para avaliar as decisões sobre reparação concedidas pelos tribunais nacionais, mas o grau de exame crítico que faz delas variou bastante, e nos últimos anos se observa uma maior aceitação das decisões adotadas no âmbito interno.

Em um primeiro caso relativo a um massacre que matou doze pessoas e deixou três feridos, a Corte IDH reconheceu e valorou as indenizações oferecidas pelo sistema interno (tribunais administrativos), mas observou:

[...] a forma de calcular e distribuir a indenização por perda de rendimentos em tais processos no âmbito interno [diferia da] forma pela qual o Tribunal realiza[va] o cálculo. [A] Corte consider[ou] que a indenização pela perda de rendimentos compreende os rendimentos recebidos pela vítima falecida durante sua vida provável. Esse montante, portanto, incorpora-se ao patrimônio da vítima falecida, mas se entrega a seus familiares.⁶⁷

Como consequência, a Corte IDH fez um novo cálculo, levando em consideração “as funções que desempenhavam [as vítimas] e suas remunerações correspondentes, suas idades e a expectativa de vida que tinham, bem como o fato de que foram concedidas algumas indenizações no âmbito interno”.⁶⁸ Assim, a Corte IDH autorizou ao Estado descontar das indenizações fixadas o que já havia sido entregue a cada família por conceito de lucros cessantes.⁶⁹

Quanto ao dano imaterial, e considerando que os representantes das vítimas manifestaram que as indenizações por “esses conceitos [foram], em geral, adequadas, a Corte [IDH] avaliou positivamente a indenização e ordenou o pagamento de indenizações a outras vítimas que não haviam recebido tais indenizações no processo contencioso administrativo”.⁷⁰

Em um caso posterior, referente à execução extrajudicial de um Senador, a Corte IDH começou a especificar sua doutrina, explicitando que:

[...] se houver mecanismos nacionais para determinar formas de reparação, esses procedimentos e resultados poderão ser avaliados. Se esses mecanismos não satisfazem critérios de objetividade, razoabilidade e efetividade para reparar adequadamente as violações de direitos reconhecidos na Convenção declaradas pelo Tribunal, corresponde a este último, no exercício de sua competência subsidiária e complementar, determinar as reparações pertinentes.⁷¹

65 *Ibidem*, § 161.

66 Embora a Corte IDH não tenha se pronunciado diretamente sobre a suficiência do programa de reparações, tendo em vista que se referiam à execução extrajudicial sofrida pela vítima a respeito da qual a Corte IDH não tinha competência, também considerou o fato de que os familiares da vítima receberam reparações provenientes de um programa administrativo de reparação por essa violação. *Idem*.

67 Corte IDH. *Caso do Massacre de la Rochela vs. Colômbia*. MRC. 2007, § 246.

68 *Ibidem*, § 248.

69 *Ibidem*, § 250.

70 *Ibidem*, § 265-266.

71 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, § 246.

Assim, a mera consideração “à forma como o faz este Tribunal” foi substituída por um critério que respeita a *autonomia do âmbito interno na medida em que satisfaz critérios de objetividade, razoabilidade e efetividade, e que responda adequadamente às violações estabelecidas na sentença*. No caso em particular, a Corte IDH considerou que os familiares da vítima tiveram acesso a um mecanismo interno, embora nem todos tenham feito uso dele, e considerou que o estabelecido naquela instância era razoável em termos de dano material.⁷² No entanto, com relação aos danos imateriais, a Corte IDH observou que as decisões no processo contencioso administrativo não incluíram a indenização pelo sofrimento da vítima direta, nem tampouco reconheceram plenamente os fatos e a responsabilidade do Estado. Com base nisso, a Corte IDH determinou indenizações por dano imaterial adicionais às determinadas pela jurisdição interna.⁷³

Em outro caso, resolvido dois anos depois, a Corte IDH pareceu aceitar ainda mais os critérios definidos por mecanismos internos. Ao decidir sobre o bombardeio com uma bomba de fragmentação e o fuzilamento aéreo de uma comunidade rural, causando a morte de dezessete pessoas, incluindo seis crianças, e deixando vinte e sete feridos, a Corte IDH não realizou um exame detalhado dos tipos de danos sofridos pelas vítimas em relação às violações reconhecidas no procedimento interno. Considerando que os valores alegados pelas partes eram, em vários casos, equivalentes ou mesmo inferiores aos valores concedidos pela jurisdição interna, a Corte IDH reconheceu a suficiência das indenizações pagas por danos materiais e imateriais às vítimas, com base em uma conciliação com o Ministério da Defesa aprovada pelo Conselho de Estado (tribunal superior do contencioso administrativo). Com relação às vítimas reconhecidas pela Corte IDH, mas que não foram objeto de conciliação, a Corte IDH ordenou a determinação de maneira expedita de tais indenizações, seguindo “critérios objetivos, razoáveis e efetivos da jurisdição contencioso administrativa colombiana”.⁷⁴

Esta última posição não implicou uma adesão absoluta aos critérios da jurisdição contencioso administrativa colombiana em outros casos. A Corte IDH insistiu em sua competência para analisar, em cada caso em particular, em que medida tal mecanismo interno deve ser considerado.

Em outro caso sobre a Colômbia que envolveu questões resolvidas pelo contencioso administrativo, a Corte IDH justificou a diferença de critérios utilizada no caso recém citado, argumentando que a solução do sistema interno derivou de uma conciliação judicial que incluiu a maioria das vítimas. A isso devia-se acrescentar o que foi dito na mesma decisão sobre a relação entre os valores exigidos pelos representantes e os valores acordados na conciliação. Essa seria a justificativa da Corte IDH para não aceitar o pedido do Estado de usar o precedente do caso *do massacre de Santo Domingo*.⁷⁵ Em sua decisão, a Corte IDH considerou insuficientes as decisões dos julgamentos internos, *porque se referiam apenas parcialmente ao caráter das violações*. Neles, o Estado havia sido condenado por “falha no serviço” e pelo modo “atropelado, imprudente e improvidente [*sic*] com que as Forças Armadas reprimiram a captura”. Acrescentou em seu arrazoado que somente em um caso as decisões internas condenaram o Estado por desaparecimentos forçados ou por outras violações determinadas pela Corte IDH. Contudo, ainda assim a Corte IDH reconheceu o *caráter coadjuvante e complementar* da jurisdição internacional em relação aos processos internos, “razão pela qual dev[ia] ser levado em conta o decidido nos processos contenciosos administrativos ao fixar-se a indenização justa”.⁷⁶

O resultado desse raciocínio foi que a Corte IDH examinou o disposto pelo Conselho de Estado colombiano em cada caso, avaliando especialmente se:

[...] se pronunciaram sobre todo o escopo de responsabilidade estatal contido no caso, assim como [uma avaliação sobre] se as indenizações [cumpriram os] critérios de objetividade,

72 *Idem*.

73 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, § 250-253.

74 Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPMRC. 2012, § 337.

75 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) vs. Colômbia*. EPMRC. 2014, § 590.

76 *Idem*.

razoabilidade e efetividade para reparar adequadamente as violações de direitos reconhecidos na Convenção declaradas pelo Tribunal.⁷⁷

A Corte IDH desenvolveu ainda mais seu argumento explicando que *reconhecer mecanismos internos não implica assumir acriticamente seus critérios*, mas a avaliação baseia-se na constatação de:

[...] que a concessão de indenizações por dano material na jurisdição contenciosa administrativa foi realizada sob critérios que, embora distintos, são objetivos e razoáveis, e, portanto, este Tribunal avalia que, em conformidade com o princípio da complementaridade ao qual obedece a jurisdição interamericana, não cabe a esta Corte determinar indenizações adicionais pelo conceito de dano material nos casos onde já foram outorgadas indenizações pela jurisdição contenciosa administrativa.⁷⁸

A respeito da indenização por danos imateriais, a Corte IDH observou que as indenizações recebidas por meio de decisões internas não incluíam as principais violações estabelecidas pela Corte IDH – e considerando que haviam transcorrido vinte e nove anos desde o início dos fatos –, ordenou o pagamento de indenizações adicionais. No entanto, ao serem complementares às já pagas, reconheceu a faculdade do Estado de deduzir dos valores determinados os valores já entregues às vítimas.⁷⁹

Em conclusão, a partir de 2010, e reforçada por decisões recentes, a Corte IDH consolidou sua posição de examinar e aceitar as decisões dos mecanismos internos, quando: 1. cumprem critérios de objetividade, razoabilidade e eficácia de tais mecanismos; e 2. incluem todas as violações à CADH estabelecidas pela Corte IDH.

Na falta de qualquer um desses critérios, a Corte IDH determinou indenizações adicionais, mas reconhecendo as que já foram concedidas e facultando ao Estado descontar esses valores do restante por indenizar. O caso do *massacre de Santo Domingo*, mais que indicar uma linha jurisprudencial diferente, obedece à aplicação das mesmas condições, em um caso em que a conciliação judicial pareceu ter cumprido todas elas.

No entanto, deve-se notar que não está totalmente claro que, neste caso, a segunda dessas condições tenha sido atendida. A conciliação entre o Estado e as vítimas teve como justificativa a falha do serviço, que teria causado as violações aos direitos à vida e à integridade pessoal. Não se especificou se foram incluídas as violações ao direito à propriedade, de circulação e residência estabelecidos pela Corte IDH, embora, a respeito dessa última, tenham sido implementadas medidas de assistência humanitária. A Corte IDH não estabeleceu violações às garantias judiciais nem à obrigação de investigar, particularmente em consideração à condenação em processo criminal dos tripulantes do helicóptero que lançou a bomba. Finalmente, se a deficiência da conciliação era a falta de reconhecimento da gravidade da violação, o ato público de reconhecimento de responsabilidade ordenado parecia suprir essa carência.

Uma solução similar foi alcançada pela Corte IDH em relação a acordos de reparação entre as partes e o Estado. Neles, a Corte IDH também fez um exame de seus conteúdos. É interessante notar que, dentre os fatores considerados para sua homologação, não só se incluem seu conteúdo material, mas também se considerou que esses acordos “buscam reparar os danos causados às vítimas e seus familiares, conservar viva a memória das vítimas e evitar que fatos como os do caso se repitam”, além de fatores como a sua divulgação e a participação das vítimas, definição prévia de certas modalidades de execução.⁸⁰

77 Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) vs. Colômbia*. EPRMC. 2014, § 593.

78 *Ibidem*, § 595.

79 *Ibidem*, § 602.

80 Corte IDH. *Caso Massacre de la Rochela vs. Colômbia*. MRC. 2007, § 280.

4.7. Efeito de programas administrativos e de outras medidas de reparação na definição de reparações da Corte IDH

Nos últimos anos, vários Estados responsáveis por violações massivas e sistemáticas dos Direitos Humanos cometidas durante ditaduras ou conflitos armados internos criaram, por lei, programas de reparação para as vítimas. Frequentemente, esses programas são uma resposta às recomendações feitas por comissões da verdade, constituindo uma expressão de reconhecimento de responsabilidade e uma tentativa de consolidar um regime democrático que se diferencie do período abusivo e esteja baseado na observância dos Direitos Humanos. Esses programas incluem processos em massa para registrar vítimas das violações mais graves, sob padrões probatórios que consideram sua sistematicidade, assim como as dificuldades probatórias que se dão em contextos nos quais a totalidade do aparato do Estado esteve, em certa medida, envolvido nas violações. Essas medidas de reparação dificilmente podem fazer uma avaliação detalhada dos danos causados para determinar a reparação, de modo que suas decisões são baseadas em avaliações gerais das consequências atuais de tais violações. Também incluem o estabelecimento dos fatos gerais que rodearam as violações individuais, formas de reconhecimento simbólico da responsabilidade do Estado e políticas destinadas a garantir sua não repetição, de modo que a política produza um efeito de reconhecimento e reparação para as vítimas.

Em relação à obrigação de indenizar os danos, a Corte IDH examinou o cumprimento dos “critérios de objetividade, razoabilidade e efetividade para reparar adequadamente as violações”,⁸¹ seguindo o mesmo raciocínio empregado para a avaliação de indenizações individualmente determinadas por tribunais ou órgãos nacionais.⁸² No entanto, ao analisar a suficiência das reparações, em algumas ocasiões determinou outras reparações com base em suas próprias distinções⁸³ e padrões de suficiência.⁸⁴

É impossível ignorar a contradição entre o reconhecimento da suficiência de programas e a imposição de medidas adicionais de reparação. Se a Corte IDH considerar que um programa administrativo não é suficiente em algum de seus aspectos, é importante que o justifique.

Em termos de *reabilitação*, a Corte IDH considerou insuficiente a mera existência do Serviço Único de Saúde do Brasil “apesar de sua ampla cobertura de serviços”, exigindo tratamentos especializados e adequados para os tipos de sequelas sofridas pelas vítimas, e por tempo indeterminado. Esse critério também foi empregado ao avaliar as medidas de reconhecimento, ordenando ao Estado a realização de um ato público de reconhecimento de responsabilidade pelas violações estabelecidas na sentença, sem prejuízo das múltiplas atividades de reconhecimento e de memória que até o momento foram implementadas pelo próprio Estado.⁸⁵ No entanto, considerou suficiente a existência do Dia Internacional dos Desaparecidos Políticos, não impondo o estabelecimento de outra data comemorativa.⁸⁶ A Corte IDH realizou uma análise pormenorizada de outras medidas implementadas pelo Estado e solicitadas pelos representantes ou pela CIDH, exigindo certa ênfase em medidas como educação em Direitos Humanos para o pessoal das forças armadas e da segurança, acesso público à documentação sobre o caso, bem como a adaptação da normativa para a tipificação do crime de desaparecimento forçado.⁸⁷ Por fim, a Corte IDH avaliou a eventual criação de uma comissão da verdade, mas advertiu - seguindo sua linha

81 Corte IDH. *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, § 303. No entanto, em outro caso em que o Estado expôs seu programa de reparação como forma de afirmar seu cumprimento com o dever de reparar, tais alegações não foram consideradas pela Corte IDH. Ver Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010, § 15, 254-256, 264, 266, 268, 272 e 274-278.

82 Corte IDH. *Caso do Massacre de la Rochela vs. Colômbia*. MRC. 2007, § 245-252, 257 e 266-273. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, § 246 e 250.

83 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, § 304. Em relação ao dano material sofrido pelos familiares das vítimas, ver *ibidem*, § 309-311.

84 *Ibidem*, § 264-269 e 274-297.

85 *Ibidem*, § 274-277.

86 *Ibidem*, § 278-280.

87 *Ibidem*, § 281-293.

jurisprudencial sobre o tema - que isso não substituíra a obrigação de investigar e julgar as responsabilidades individuais por meio de processos criminais.⁸⁸

A Corte IDH também se pronunciou sobre o valor de reparação das medidas de apoio às vítimas executadas pelo Estado. Em uma decisão em que a Corte IDH se pronunciou sobre medidas implementadas pelo Estado em favor das vítimas, desenvolveu uma série de critérios para seu exame e sua comparação com as reparações solicitadas: i) refiram-se diretamente às violações declaradas pelo Tribunal; ii) reparem proporcionalmente os danos materiais e imateriais; iii) não signifiquem enriquecimento nem empobrecimento; iv) na maior medida do possível, restabeleçam às vítimas a situação anterior à violação naquilo que não interfira com o dever de não discriminar; v) orientem-se a identificar e eliminar as causas de discriminação; vi) sejam adotadas sob uma perspectiva de gênero, levando em consideração os diferentes impactos que a violência causa em homens e mulheres, e vii) considerem todos os atos jurídicos e ações alegadas pelo Estado nos autos dirigidas a reparar o dano ocasionado.⁸⁹

Ao realizar esse exame, no caso em particular, a Corte IDH examinou o valor de reparação das medidas de auxílio implementadas pelo Estado em favor das vítimas, rejeitando-as como reparação, dada a forma como foram concedidas. Um aspecto importante nessa avaliação foi a inclusão explícita, em uma das medidas, de uma cláusula que estabelecia que a medida não constituía indenização ou reparação pelo dano, porque havia sido concedida “com a condição de que os familiares desconhecem seu direito de acesso à justiça e ao conhecimento da verdade”. A Corte IDH considerou que essa condição era contrária à CADH e constituía uma maneira de alegar seu próprio dolo em sua defesa.⁹⁰

A Corte IDH concluiu, assim, que “não pode ser confundida a prestação dos serviços sociais que o Estado concede aos indivíduos com as reparações a que têm direito as vítimas de violações de Direitos Humanos, em razão do dano específico gerado pela violação”.⁹¹ Esse pronunciamento é altamente relevante para a classificação jurídica das medidas que os Estados geralmente concedem em favor das vítimas, mas *sem reconhecer sua responsabilidade* pelas violações ou *exigindo condições que limitem seu direito de investigar* as violações ou *o exercício de recursos judiciais que os impeçam de conhecer a verdade*, como ocorre com alguns programas administrativos de reparação ou de ajuda humanitária.⁹²

Decisões posteriores permitem esclarecer melhor o argumento utilizado pela Corte IDH na avaliação desses programas de reparação.

Em um caso sobre uma série de massacres e outras violações que afetaram as comunidades Maya Achi na Guatemala, o Estado alegou a existência do Programa Nacional de Ressarcimento, através do qual foram entregues, entre outras medidas, valores indenizatórios de até 44.000 quetzales (aproximadamente US\$ 5.700) a vítimas de violações graves, apresentando uma lista de 102 pessoas pertencentes à comunidade que teriam recebido essa indenização. As vítimas indicaram que nem todas as pessoas da lista eram vítimas das violações estabelecidas na sentença, e que nem todas as vítimas de tais violações receberam as indenizações. Alegaram também que, para a reparação das violações cometidas, o montante da indenização não era apenas insuficiente, mas também era insuficiente que o referido programa limitasse a reparação somente a uma indenização. A Corte IDH, confrontada com a falta de evidências concretas sobre os danos materiais alegados pelas vítimas, mas presumíveis dada a magnitude das violações sofridas, adotou um critério prático e passou a definir, em equidade, os montantes indenizatórios, tanto por danos materiais quanto por danos imateriais, para diferentes categorias de vítimas, de forma

88 *Ibidem*, § 294-297.

89 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPMRC. 2009, § 451.

90 *Ibidem*, § 557-558.

91 *Ibidem*, § 529.

92 *Cf.* com o programa de reparações administrativas estabelecido pelo Decreto Supremo 1290 de 2008 da Colômbia, em que se reparam vítimas de grupos armados ilegais em virtude do chamado princípio de solidariedade, negando a responsabilidade do Estado nas violações (art. 3), e em que se desconta das indenizações previstas por lei os montantes pagos pelo Estado que constituem reparação, dentre os quais a ajuda humanitária (art. 5). Da mesma forma, a Lei 1448 de 2011 da Colômbia declara que constituem indenização as somas concedidas anteriormente como ajuda humanitária (art. 132)

adicional aos valores pagos através do Programa Nacional de Ressarcimento. Consequentemente, ordenou que os valores pagos às vítimas do caso fossem reconhecidos como indenização e descontados do valor determinado por ela.⁹³ No entanto, não fez um pronunciamento explícito sobre a insuficiência da indenização concedida pelo Programa.

Em relação às medidas de satisfação e, particularmente, aos atos de reconhecimento de responsabilidade e de reparação simbólica, a Corte IDH valorizou o estabelecido em normas gerais e políticas que fazem tais reconhecimentos. No entanto, insistiu na necessidade de realizar ações particulares referentes às violações estabelecidas na sentença.⁹⁴

A respeito das medidas de *reabilitação*, a Corte IDH ordenou a prestação de serviços específicos em favor das vítimas do massacre, sem prejuízo do informado pelo Estado sobre a existência de programas de reabilitação estabelecidos de maneira genérica em favor de todas as vítimas.⁹⁵ No entanto, não ordenou programas adicionais aos que o Estado indicou que já estava implementando em matéria de formação em Direitos Humanos e direito humanitário para o pessoal das forças armadas, uma vez que o conteúdo e as modalidades desses programas não foram questionados pelos representantes nem pela CIDH.⁹⁶

Em outro caso, que combina violações massivas e individuais, a Corte IDH fez uma distinção relevante em sua avaliação da capacidade reparadora do programa administrativo vigente. Trata-se de violações cometidas como resultado de uma operação militar, realizada em conjunto pelo Estado e por grupos paramilitares, o que causou o deslocamento massivo de comunidades afrodescendentes que moravam no local, e a execução de um dirigente por paramilitares.⁹⁷ Em sua decisão sobre reparações, a Corte IDH remeteu ao programa administrativo de reparações, contido na Lei de Vítimas e Restituição de Terras, todas as medidas relativas às violações estabelecidas, exceto no caso da única violação ao direito à vida e à integridade física estabelecido no caso, referente à execução extrajudicial do dirigente. A CIDH e os representantes solicitaram uma série de medidas de educação, fortalecimento da capacidade produtiva, moradia, transporte e comunicação, gestão de resíduos, água potável, recreação infantil e outros serviços básicos. As únicas medidas determinadas adicionalmente ao programa de reparação referiam-se à garantia de que os territórios fossem restituídos, e o local onde as comunidades viviam contassem com condições de segurança e de vida digna.⁹⁸

Em matéria de indenizações das vítimas de deslocamento forçado, a Corte IDH também se referiu ao programa administrativo estabelecido pela Lei de Vítimas e Restituição de Terras da Colômbia, determinando que a vítimas do caso tivessem acesso prioritário ao programa.⁹⁹ Isso se traduziu em indenizações de 17 a 27 salários mínimos legais na Colômbia (aproximadamente entre USD \$4.300 e \$6.800), por grupo familiar, de acordo com a data em que as vítimas fizeram seu pedido aos órgãos que implementaram as políticas de reparação administrativa. Ao fazê-lo, não aceitou os argumentos apresentados pela CIDH que consistiam, naquela época: 1. de uma nova lei que ainda estava em processo de implementação e ajuste, não estando demonstradas sua efetividade e sua eficácia, e a ausência de uma análise sobre sua conformidade com os padrões internacionais; 2. que desvirtuava a natureza do SIDH; 3. que exigia das vítimas encargos adicionais; e 4. que constituía um limite para a especificidade e o alcance das reparações que a Corte IDH poderia ordenar.¹⁰⁰

93 Corte IDH. *Caso Massacres de Rio Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, § 304.

94 Corte IDH. *Caso Massacres de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPMR. 2012, § 300-303.

95 *Ibidem*, § 307-309.

96 *Ibidem*, § 320.

97 Corte IDH. *Caso Operação Génesis vs. Colômbia*. EPMRC. 2013, § 280.

98 *Ibidem*, § 454-461. No parágrafo 474, a Corte IDH considerou, ademais, a existência de um programa de reparação coletiva, cuja implementação devia ser feita, de acordo com as normas que o regulavam, através de um procedimento acordado com as comunidades, que incluía sua consulta prévia.

99 *Ibidem*, § 475.

100 *Ibidem*, § 464.

A Corte IDH rejeitou esses argumentos, bem como aqueles apresentados pelos representantes sobre a insuficiência do programa administrativo, explicitando a natureza particular desses programas de reparação administrativa. Para isso, baseou-se em um documento elaborado pelo Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos,¹⁰¹ ressaltando que:

[...] o Direito Internacional contempla a titularidade individual do direito à reparação, em cenários de justiça transicional nos quais os Estados devem assumir seu dever de reparar massivamente a números de vítimas que excedem amplamente as capacidades e possibilidades dos tribunais internos, os programas administrativos de reparação constituem uma das maneiras legítimas de satisfazer o direito à reparação. Acrescentou que nestes contextos, essas medidas de reparação devem entender-se em conjunto com outras medidas de verdade e justiça, sempre e quando se cumpra uma série de requisitos relacionados, entre outros, com sua legitimidade –em especial, a partir da consulta e da participação das vítimas–; sua adoção de boa fé; o nível de inclusão social que permitem alcançar; a razoabilidade e a proporcionalidade das medidas pecuniárias, o tipo de razões utilizadas para fazer reparações por grupo familiar e não de forma individual, o tipo de critérios de distribuição entre membros de uma família (ordens de sucessão ou percentuais), parâmetros para uma justa distribuição que tenham em conta a posição das mulheres entre os membros da família ou outros aspectos diferenciadores tais como a existência de propriedade coletiva da terra ou de outros meios de produção.¹⁰²

Também apoiou sua decisão no reconhecimento que a Corte Constitucional colombiana havia feito ao programa de reparações, de acordo com a declaração de um perito proposto pelo Estado, e com a interpretação feita pela própria Corte colombiana sobre o pagamento da indenização às vítimas de desaparecimento forçado em dinheiro, e não mediante subsídios.¹⁰³ Por fim, seguindo seus próprios precedentes, a Corte IDH citou o princípio da complementaridade do Direito Internacional, reconhecido no preâmbulo da CADH.¹⁰⁴

No que concerne à indenização pela execução extrajudicial do dirigente, a Corte IDH considerou as circunstâncias especialmente cruéis do fato e o longo período em que o crime permaneceu impune, fixando uma indenização para seus familiares em equidade, de acordo com a parâmetros gerais seguidos pela Corte IDH. No entanto, em sua argumentação a Corte Interamericana não analisou os motivos pelos quais não aceitou submeter a indenização ao programa de reparações da Lei de Vítimas e Restituição de Terras, o que se traduziria na indenização de 40 salários mínimos legais por mês para todo o grupo familiar (aproximadamente US \$ 10.100).

Examinada em um contexto mais amplo, a solução apresentada pela Corte IDH é razoável. A solução apresentada pela Corte marca uma distinção significativa entre reparação por uma violação do direito à vida e violações do direito à propriedade, de circulação e residência, daqueles que permaneceram deslocados, mesmo quando é possível argumentar que o deslocamento forçado constitui uma violação múltipla de direitos, para além de cada um desses três considerados singularmente. Essa distinção é consistente com a jurisprudência da Corte IDH em outros casos de massacres nos quais também foi causado o deslocamento da população sobrevivente, e a Corte IDH ordenou o retorno voluntário e em condições de permanência, ou o reassentamento da referida população, além da implementação de um programa habitacional, mas não a compensação por danos materiais e imateriais.¹⁰⁵ A distinção é particularmente relevante no contexto da Colômbia, onde a existência de mais de sete milhões de vítimas registradas para acessar as medidas de reparação da Lei sobre Vítimas e Restituição de Terras –das

101 ONU. Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Instrumentos do Estado de Direito para sociedade que saíram de um conflito*. Programa de Reparações, 2008.

102 Corte IDH. *Caso das comunidades afrodescendentes deslocadas da bacia do rio Cacarica (operação Gênesis) vs. Colômbia*. EPMRC. 2013, § 470 (grifo nosso)

103 *Ibidem*, § 472.

104 *Ibid.*, § 474.

105 Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, § 345-346.

quais mais de seis milhões são vítimas de deslocamento—ameaça tornar-se incontrolável se se pretende seguir um parâmetro de estrita proporcionalidade para determinar os montantes das indenizações.

Não obstante, é criticável que a análise da Corte IDH fundamente-se no conteúdo das normas que criam o programa de reparações, e não na capacidade efetivamente demonstrada pelo Estado para implementá-lo. Nesse sentido, pareceu ter sido uma advertência prudente feita pela CIDH, no sentido de que a efetividade e eficácia da Lei sobre Vítimas e Restituição de Terras ainda não haviam sido demonstradas, particularmente no que diz respeito às medidas de reabilitação e às medidas para garantir a vida digna da população de regresso.¹⁰⁶

No entanto, em sua análise do programa de reparações colombiano, a Corte IDH não examinou o título em virtude do qual as reparações foram realizadas. Com efeito, o programa teve origem em políticas de assistência humanitária, nas quais a responsabilidade do Estado não foi reconhecida.¹⁰⁷ Regulamentos posteriores começaram a utilizar o termo reparação, mas com base em uma obrigação de solidariedade com as vítimas.¹⁰⁸ Isso se baseia no fato de que as medidas definidas referiam-se a violações cometidas por grupos armados ilegais, sem responsabilidade do Estado. A Lei sobre Vítimas e Restituição de Terras amplia sua cobertura às vítimas de atos cometidos por agentes do Estado, e deixa de usar o termo solidariedade para qualificar a reparação. Não obstante, estabelece que os valores concedidos como ajuda humanitária pelas normas anteriores, já pagos, constituem reparação,¹⁰⁹ atribuindo-lhes tal natureza retroativamente. Além disso, a norma estabelece explicitamente que o reconhecimento da qualidade da vítima e a prestação de reparações não implicam o reconhecimento de qualquer tipo de responsabilidade por parte do Estado.¹¹⁰ Por fim, deve-se notar que o principal componente simbólico dessa política, a entrega de uma “carta de dignificação” a cada vítima, juntamente com sua indenização, tampouco inclui esse reconhecimento.

A omissão do exame deste componente do programa de reparações pode dever-se ao fato de não ter sido alegado pelos representantes, uma vez que a falta de reconhecimento de responsabilidade neste caso não deriva de uma afirmação contundente, como a citada em relação ao caso *de González e outras vs. México*. Isso pode ser suprido pelas ordens emitidas na sentença em termos de reconhecimento público da responsabilidade internacional do Estado pelos fatos, e outras medidas de satisfação. No entanto, considerando que a sentença assume como suficiente a implementação do programa em relação à população deslocada, e considerando que em outros casos examinou se as medidas de reparação respondem a todas as violações estabelecidas pela Corte IDH, seria apropriado que especificasse a necessidade do Estado de tornar esse reconhecimento mais explícito.

A Corte IDH fez outras especificações a respeito de como devem ser analisados os alcances e a conformidade dos programas de reparação administrativa estabelecidos através de mecanismos internos. Em um caso contemporâneo ao anterior especificou que:

[...] a existência de programas de reparação administrativa deve ser compatível com as obrigações estatais conforme a Convenção Americana e outras normas internacionais e, portanto, não pode comprometer o dever estatal de garantir o “exercício livre e pleno” dos direitos às garantias e proteção judiciais, nos termos dos artigos 1.1, 25.1 e 8.1 da Convenção, respectivamente. Em outras palavras, os programas de reparação administrativa ou outras medidas ou ações normativas ou de outro caráter que coexistem com eles *não podem obstruir a possibilidade de as vítimas, em conformidade com os direitos às garantias e à proteção judiciais,*

106 Sobre a implementação do programa de reparações individuais contido na Lei de Vítimas e Restituição de Terras, ver Portilla, A. C. e Correa, C. *Estudio sobre la implementación del Programa de Reparación Individual en Colombia*. ICTJ, Bogotá-Nova York, 2015.

107 Leis 397 e 418, ambas de 1997.

108 Lei 975 de 2005 e Decreto 1290 de 2008, ver parágrafos 3 e 5 do Preâmbulo e artigos 1, 2 e 3 que definem a indenização como “indenização solidária”.

109 Lei 1448 de 2011, art.132, § 4.

110 Lei 1448 de 2011, art. 9.

interporem ações reivindicando reparações. Dada essa relação entre os programas de reparação administrativa e a possibilidade de interpor ações reivindicando reparação, é pertinente que a Corte examine os argumentos dos [R]epresentantes a esse respeito, assim como os do Estado.¹¹¹

A Corte IDH apoiou sua posição em um Comentário Geral do Comitê contra a Tortura da ONU, no qual se destacou que “embora as reparações coletivas e os programas de reparação administrativa possam ser uma forma aceitável de compensação, esses programas não podem deixar sem efeito o direito individual a um recurso efetivo e à obtenção de uma reparação”.¹¹²

Alguns programas de reparação, como os implementados na Argentina e na Alemanha—este último com relação a vítimas de trabalhos forçados ou em condições de escravidão—exigiram a renúncia de ações civis. Outros programas, como os implementados no Peru e no Chile, não continham esse requisito. Foi justamente por essa condição que a Corte IDH não condenou o Estado do Chile neste caso, pois considerou que não havia obstáculos para que a vítima tivesse apresentado ações judiciais de reparação, além das medidas administrativas recebidas.¹¹³ No entanto, a Corte IDH não pôde se pronunciar sobre a adequação dessas medidas, por carecer de competência *ratione temporis*.

Outra condição importante para a definição de programas de reparação administrativa é a sua acessibilidade. A Corte IDH afirmou a necessidade de que os recursos sejam efetivos, o que se traduz não apenas no direito a uma investigação adequada na esfera criminal ou no esclarecimento dos fatos, mas também em que a reparação não dependa exclusivamente da iniciativa processual e da apresentação de provas pelas vítimas.¹¹⁴ Consequentemente, esses programas devem conceder facilidades, utilizar presunções e realizar seus próprios esforços de investigação para reconhecer a qualidade de vítimas de violações em massa mesmo quando essas não contam com documentos. Além disso, a afirmação constitui um endosso à criação desse tipo de programas, caracterizados por baixos padrões de evidência, pelo reconhecimento de responsabilidade e pela iniciativa assumida pelos Estados de investigar e reparar, e não só de garantir condições para ser demandado.¹¹⁵

Em conclusão, de acordo com o princípio de complementaridade do Direito Internacional, a Corte IDH manteve sua avaliação dos mecanismos internos de reparação referentes a programas administrativos derivados de políticas de reparação, analogamente ao exame realizado em relação a decisões judiciais ou da esfera contencioso administrativa. Afirmou também sua faculdade de examinar e avaliar essas medidas, exigindo que incluam um reconhecimento de responsabilidade; que respondem a todas as violações estabelecidas pela Corte IDH; e que atendam aos critérios de suficiência, objetividade, razoabilidade e efetividade. A partir desses exames, ordenou medidas adicionais, incluindo indenizações por aspectos não incluídos nas sentenças internas ou nos programas administrativos, medidas de reabilitação e satisfação, também adicionais, ou priorização do acesso a medidas estabelecidas em programas de reparação para as vítimas. Esses critérios podem ajudar a melhorar a formulação de

111 Corte IDH. *Caso García Lucero e outras vs. Chile*. EPMR. 2013, § 190. (grifo nosso)

112 ONU. Comitê contra a Tortura. Observação Geral n.º 3 *Aplicação do artigo 14 pelos Estados partes*. Doc. CAT/C/GC/3. Distr. Geral, 13 de dezembro de 2012, p. 20.

113 Corte IDH. *Caso García Lucero e outras vs. Chile*. EPMR. 2013, § 206.

114 *Ibidem*, § 183.

115 Programas de reparações como os do Peru, da Colômbia e do Chile contêm regulações específicas que garantem a vítimas que carecem de documentos a possibilidade de serem incluídas. Ver o Regulamento de inscrição no Registro Único de Vítimas da Violência a cargo do Conselho de Reparaciones do Peru, artigos V e VI do título preliminar, e artigos 10 a 28, que detalham as exigências para cada categoria de vítima, admitindo graus importantes flexibilidade. No caso da Colômbia, a Lei 1448 de 2011, que cria o programa de reparação administrativa, estabelece em seu artigo 5 o princípio da presunção de boa-fé das vítimas, e o artigo 37 do Decreto 4800 de 2011, que regulamenta a referida legislação, consagra o procedimento de avaliação incorporando a análise de contexto e a capacidade para requerer informações a entidades estatais para completar os antecedentes. No caso do Chile, o Relatório da Comissão Nacional sobre Prisão Política e Tortura, vol. II, 42 a 47 e 73, detalha os critérios seguidos para a classificação de vítimas, que incluem a investigação pela Comissão e a admissão de pedidos sem exigir a apresentação de documentos probatórios.

sentenças e programas de reparação, no sentido de incluir todas as dimensões das violações cometidas e das diferentes consequências dos danos causados.

No entanto, em nenhum dos casos analisados, a Corte IDH pronunciou-se especificamente sobre a adequação das medidas implementadas por meio desses programas. Indicou que eles não cobrem nenhum tipo de dano, impondo uma distinção que o programa mencionado não contém, como entre danos imateriais pelo sofrimento causado à vítima direta e a seus familiares (como no caso *Gomes Lund vs. Brasil*), ou simplesmente não se pronunciando sobre tais programas, mas determinando indenizações adicionais (como nos casos *Massacres de Río Negro vs. Guatemala e Operação Gênesis vs. Colômbia*, este último em relação ao homicídio do líder Marino López). A falta de um pronunciamento claro sobre essa matéria mantém a dúvida sobre a avaliação da adequação de indenizações concedidas por meio de programas administrativos com base em avaliações genéricas dos danos causados, mas que tentam responder a inúmeras vítimas de violações graves.

4.8. A relação entre reparação individual e comunitária em casos de massacres ou violência massiva

Nos últimos anos, a Corte IDH pronunciou-se em várias ocasiões sobre casos de massacres cometidos contra comunidades campesinas ou indígenas. Nesses casos, os impactos sofridos não se limitam apenas às vítimas diretas dos atos de violência que afetaram seus direitos à vida ou à integridade pessoal, mas também às comunidades como um todo. Isso em função de que o deslocamento gera rompimento dos laços comunitários em contextos nos quais esses vínculos são particularmente estreitos e importantes para seus membros. As decisões da Corte IDH fizeram referência particularmente a casos de comunidades indígenas, onde a violência e suas consequências não só afetaram o modo coletivo de conviver, mas também a cultura ancestral dessas comunidades, suas práticas religiosas, seu idioma e outros elementos de sua identidade.

Esses casos não são fáceis de abordar pela Corte IDH. No entanto, a Corte conseguiu adaptar sua interpretação da CADH ao reconhecimento crescente dos direitos dos povos indígenas desenvolvido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Isso se expressou no reconhecimento de direitos coletivos, particularmente da propriedade coletiva da terra, da diversidade cultural e religiosa, do reconhecimento da especial vinculação com a terra, da relação com os mortos e da importância dos rituais funerários, do reconhecimento de formas de reabilitação adequadas a essas comunidades e inclusive de formas de dano de caráter espiritual.¹¹⁶

No caso particular dos massacres, esse desafio permanece. As reparações a vítimas individuais ou a seus familiares diretos são importantes e necessárias, mas podem ignorar outros impactos causados por atos de violência massiva. Além disso, o pagamento de indenizações individuais pode afetar vínculos comunitários. Isso é particularmente difícil em situações nas quais a Corte IDH carece de jurisdição *ratione temporis* para conhecer de todas as violações cometidas, devendo limitar o alcance das reparações àquelas violações e danos causados após a entrada em vigor de sua jurisdição contenciosa no respectivo país. A partir dessa perspectiva vale à pena examinar as decisões dos casos *Operação Gênesis*,¹¹⁷ *Santo Domingo*,¹¹⁸ *Río Negro*,¹¹⁹ e *El Mozote*,¹²⁰ já que o estudo de outros de seus componentes aponta conclusões interessantes.

116 Para uma análise mais aprofundada sobre esse reconhecimento crescente, ver o comentário à ‘Seção Especial. Jurisprudência da Corte IDH sobre o Povos Indígenas e Tribais. Mérito e reparações’, por Ruiz e Donoso.

117 Corte IDH. *Caso das comunidades afrodescendentes deslocadas da bacia do Rio Cacarica (operação Gênesis) vs. Colômbia*. EPMRC. 2013.

118 Corte IDH. *Caso massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. EPMR. 2012.

119 Corte IDH. *Caso massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012.

120 Corte IDH. *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012.

4.8.1. Medidas para assegurar o devido registro e acesso das vítimas às medidas de reparação

Outra complexidade que surge é a definição da parte lesada, devido à multiplicidade de violações, ao grande número de pessoas afetadas, à mobilidade das pessoas e dos registros civis e outros instrumentos de identificação nos países em questão. Diante disso, a Corte IDH começou a aplicar a exceção estabelecida no artigo 35.2 de seu Regulamento, ordenando a conclusão, em prazos determinados, dos processos de registro, mas também deixando os referidos registros abertos após o vencimento dos prazos.¹²¹ Da mesma forma, em um desses casos, estabeleceu uma obrigação específica para o Estado decorrente da constatação de falta de representação ativa perante a Corte IDH daqueles que não foram registrados, para garantir de boa-fé o seu direito à reparação. Indicou também que os referidos registros não são declaratórios da condição de vítimas, mas é necessário que as vítimas constantes do registro refiram-se especificamente às violações estabelecidas pela Corte IDH.¹²²

4.8.2. Particularidades da investigação judicial em situações de violações massivas

Ao ordenar a investigação completa e imparcial dos massacres de *El Mozote*, a Corte IDH ordenou que fossem consideradas a natureza e a escala das operações militares que causaram tais graus de violência, propondo estratégias específicas de investigação judicial, determinando que, ao fazê-lo, o Estado deveria levar em conta o padrão sistemático de violações de Direitos Humanos no contexto do conflito armado salvadoreño, bem como as operações militares em larga escala nas quais os fatos do caso foram enquadrados. Isso, com o objetivo de que os processos e investigações pertinentes fossem conduzidos considerando a complexidade dos eventos e o contexto em que ocorreram, evitando omissões na coleta de provas e no acompanhamento de linhas lógicas de investigação com base em uma avaliação correta dos padrões sistemáticos que deram origem aos fatos sujeitos à investigação.¹²³

Em outro caso, a Corte IDH determinou que:

Além das violações ao direito à vida, o Estado dev[ia] considerar outras possíveis violações graves à integridade e à liberdade pessoal, em particular os supostos atos de desaparecimento forçado, tortura, execuções extrajudiciais, estupro, escravidão e servidão, considerando também os impactos diferenciados causados por supostas violações sofridas por crianças e mulheres na comunidade de Rio Negro.¹²⁴

Por sua vez, na busca, identificação e entrega dos restos mortais dos desaparecidos, exigiu não apenas prazos peremptórios para realizar o levantamento de informações sobre possíveis locais de sepultamento, a continuação das operações de exumação e identificação conduzidas por entidades independentes, o emprego de meios técnicos e científicos, considerando padrões internacionais e a obtenção do consentimento informado dos familiares.¹²⁵ Também dispôs sobre a criação de um banco genético para futuras identificações de restos mortais.¹²⁶

Da mesma forma, a Corte IDH destacou a importância de encontrar os restos mortais das pessoas falecidas para avançar nas investigações judiciais, como forma de determinar o *modus operandi* dos autores, identificar as unidades às quais eles pertenciam e sua identidade. Também destacou a importância

121 Corte IDH. *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, § 310-311. Corte IDH *Caso das comunidades afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Genesis) vs. Colômbia*. EPMRC. 2013, § 430.

122 Corte IDH. *Caso das comunidades afrodescendentes deslocados da bacia do rio Cacarica (operação Gênesis) vs. Colômbia*. EPMRC. 2013, § 430.

123 Corte IDH. *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, § 31

124 Corte IDH. *Caso Massacres de Rio Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, § 257.

125 Corte IDH. *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, § 332.

126 Corte IDH. *Caso Massacres de Rio Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, § 268-269.

de sua localização para os propósitos da verdade histórica, o processo de luto e sua contribuição para a reconstrução de sua identidade cultural.

4.8.3. *Formas coletivas de responder a violações massivas*

Nos casos mencionados, a Corte IDH examinou os impactos coletivos da violência e recebeu requerimentos dos representantes e da CIDH para determinar medidas concretas para responder a eles. Em um caso, denominou essas formas de reparação sob o rótulo genérico de *reparação integral*, justificando que elas respondem a uma diversidade de violações não apenas individuais mas coletivas, incluindo consequências materiais, mas também sofrimentos e alterações em suas relações sociais e na dinâmica de suas famílias e comunidades, considerando particularmente sua natureza como comunidade indígena. Do mesmo modo, indicou que “esses danos são intensificados pela falta de esforços para encontrar e identificar as vítimas falecidas e a impossibilidade dos familiares de poder honrar adequadamente seus entes queridos”.¹²⁷

Apesar do uso dessa noção genérica, na sentença em questão a Corte IDH estabeleceu com precisão as medidas que o Estado devia adotar, distinguindo entre o fortalecimento de infraestrutura e serviços básicos, e o resgate da cultura indígena. As primeiras incluíam o fortalecimento do centro comunitário de saúde, programas de segurança alimentar, melhoria de ruas e avenidas, esgoto e água potável, melhoria de escolas e fornecimento de energia elétrica.¹²⁸ O segundo consistia na elaboração, em consulta com as vítimas, de um programa de promoção, divulgação e conservação dos usos e costumes do povo maia Achí.¹²⁹

Em outros dois casos examinados, a Corte IDH adotou decisões semelhantes, mas em vez de usar a vaga noção de reparação integral, caracterizou as medidas de desenvolvimento social como *restituição*. Assim, ordenou a implementação de um programa de desenvolvimento que incluísse melhorias nas estradas, serviços de água e luz, estabelecimento de um centro de saúde, uma escola e um centro para idosos. Também estabeleceu uma série de medidas para o retorno voluntário dos deslocados ou seu reassentamento. Por fim, exigiu a implementação de um programa habitacional voltado para as pessoas deslocadas identificadas na sentença.¹³⁰ Em outro caso, ordenou a restituição do uso, gozo e posse efetiva dos territórios das comunidades afetadas, justificando-o como garantia de não repetição e como mecanismo de segurança.¹³¹ Em matéria de infraestrutura e serviços de educação, moradia, capacidade produtiva e outros serviços, a Corte IDH limitou-se a estabelecer o acesso prioritário aos programas sociais e de reparação, incluindo os programas habitacionais e de restituição de terras.¹³²

Em relação às medidas de *reabilitação*, assim como na caracterização dos serviços de saúde nas comunidades afetadas, a Corte IDH determinou medidas específicas para garantir a efetividade e a pertinência de tais medidas. Essas medidas incluíam o emprego de uma aproximação que abordasse as diferentes dimensões dos danos, individuais e coletivos.¹³³ No caso dos massacres cometidos em comunidades indígenas, a Corte IDH agregou a esses serviços a participação de curandeiros indígenas, “de acordo com suas práticas de saúde e mediante o uso de medicamentos tradicionais”.¹³⁴

127 As medidas de satisfação incluem a publicação e divulgação da sentença, a realização de um ato público de reconhecimento de responsabilidade, a criação de um museu em homenagem às vítimas e uma série de programas sociais e de infraestrutura de serviços. Sob o título de reparação integral, a Corte IDH incluiu medidas de reabilitação (assistência médica e psicossocial) e medidas de não repetição (capacitação de promotores, juízes e forças armadas). *Ibidem*, § 272-292.

128 *Ibidem*, § 284.

129 *Ibidem*, § 285.

130 Corte IDH. *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, § 336-346.

131 Corte IDH. *Caso das comunidades afrodescendentes deslocadas da bacia do rio Cacarica (operação Gênesis)*. EPMRC. 2013, § 459-460.

132 *Ibidem*, § 461.

133 Corte IDH. *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. MRC. 2012, § 351-353.

134 Corte IDH. *Caso Massacres de Rio Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, § 288.

Não é fácil encontrar o equilíbrio certo entre as formas de reparação individual e coletiva, menos ainda para um sistema de justiça que opera a partir de parâmetros de direitos individuais e desde uma cultura alheia aos parâmetros dos povos que são vítimas de violações massivas. Isso implica reconhecer a dimensão das violações, quando os laços comunitários, os vínculos com a terra, com os animais domésticos e com o território em geral são estreitos e interdependentes, e quando estão diretamente relacionados à identidade e à espiritualidade. Implica também o desenho de políticas desde uma cultura alienígena, que, ademais, devem ser implementadas por um ente externo, que com frequência foi também o agressor, e que muitas vezes sustenta uma posição racista ou displicente com relação a tais vínculos, cultura e espiritualidade. Por sua vez, incorporar essas dimensões não pode negar as violações individuais àqueles indivíduos e famílias que sofreram violações específicas dos direitos à vida ou à integridade pessoal. Aquelas decisões nas quais a capacidade para definir formas específicas de reparação dentro de uma comunidade foram delegadas às próprias autoridades comunitárias –com os devidos mecanismos de controle¹³⁵– poderiam oferecer formas de concessão de reparações individuais e coletivas que reforcem os vínculos comunitários e a capacidade de agência das comunidades.

No entanto, é difícil fazer uma avaliação da *efetividade* da abordagem feita pela Corte IDH nesses casos, que tentam combinar aspectos individuais e comunitários. Essa efetividade só pode ser definida pelas próprias vítimas e comunidades afetadas. Faz-se necessária a realização de um estudo sobre a implementação das medidas de reparação determinadas pela Corte IDH, com foco em seus efeitos sobre os indivíduos, as famílias e as comunidades. No entanto, a realização desse estudo exige a implementação efetiva das medidas ordenadas como pré-requisito, que em muitos casos é parcial, mesmo após vários anos decorridos desde a sua determinação, conforme examinado abaixo.

4.9. O cumprimento das sentenças de reparação

As decisões da Corte IDH buscam produzir um efeito útil, e não serem meramente declarativas de direitos. Isso é relevante para as disposições das sentenças em matéria de reparação. Tendo em vista que se trata de um tribunal internacional, e devido à natureza de suas decisões, esse aspecto é particularmente importante, pois a capacidade de executar sentenças é mais limitada. O artigo 68 da CADH estabelece a obrigação dos Estados de “cumprir a decisão da Corte em todo o caso em que forem partes”. Por sua vez, o mesmo artigo afirma que “a parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.” Isso confere um caráter de título executivo às sentenças da Corte IDH em assuntos de natureza patrimonial, o que permite que seu conteúdo e os montantes fixados não possam ser objeto de questionamento pelos órgãos do Estado condenado. Dado o caráter obrigatório da CADH, não é necessária a promulgação de uma lei que incorpore essas disposições ao direito interno, embora isso possa ser aconselhável, desde que não implique um atraso no cumprimento das sentenças ou a possibilidade de questionar seu conteúdo.

No entanto, mesmo quando essas disposições existem, elas podem não ser suficientes para o cumprimento das sentenças de reparação. Conforme a Corte IDH expandiu as medidas de reparação que utiliza, outras formas de garantir o cumprimento fazem-se necessárias, particularmente no que diz respeito às medidas não patrimoniais. Isso explica o desenvolvimento de um trabalho adicional empreendido pela Corte IDH, como o monitoramento do cumprimento de suas sentenças.

Este trabalho não tinha, em sua origem, um respaldo convencional nem regulatório expresso. Desde sua primeira sentença em matéria de reparação, no entanto, a Corte IDH determinou que “supervisar[ia] o cumprimento das reparações acordadas e que somente depois [que forem declaradas cumpridas se]

135 Sobre esta proposta, ver o comentário na ‘Parte II: Reparações ordenadas pela Corte IDH’, na Seção Especial. Jurisprudência da Corte IDH sobre os Povos Indígenas e Tribais. Mérito e reparações, a cargo de Ruiz e Donoso. Em relação a decisão da Corte IDH no caso Comunidade indígena Yakye Axa, ver a comparação entre as soluções adotadas pela Corte IDH em dois casos de comunidades indígenas no Paraguai, em Beristain, C. M., op. cit., pp. 450-451.

arquivar[ia] o expediente”.¹³⁶ Esses processos de supervisão traduziram-se no envio de comunicações ao Estado, que nesse caso durou oito anos, até que a Corte IDH declarou a sentença cumprida.

Posteriormente, esses processos foram formalizados, em parte, devido ao maior grau de complexidade existente para supervisionar o cumprimento de obrigações, como as que envolvem legislar, anular processos judiciais, demarcar terras, implementar programas de capacitação para funcionários, prestar serviços às vítimas e tantas outras obrigações de fazer e não fazer. A última reforma do Regulamento levou em conta essa necessidade e determinou que a supervisão fosse realizada “mediante a apresentação de relatórios estatais e das observações correspondentes a esses relatórios por parte das vítimas ou de seus representantes”, os quais devem então ser objeto de observações da CIDH.¹³⁷ Além disso, a Corte IDH pode solicitar “a outras fontes de informação dados relevantes sobre o caso, [assim como] perícias e relatórios que considere oportunos”.¹³⁸ Também pode convocar audiências com a participação do Estado e dos representantes em que será ouvido o parecer da CIDH.¹³⁹

Os processos de supervisão do cumprimento de sentenças converteram-se em um trabalho intenso para a Corte IDH. De acordo com o relatório anual de 2017, havia cento e oitenta e nove casos na fase de supervisão de cumprimento.¹⁴⁰ Em um relatório anterior, prestando contas sobre esse tema, a Corte IDH esclareceu que “isso não significa, no entanto, que tais sentenças estejam ‘descumpridas’. Na maioria delas, ao contrário, parte importante dos pontos estão cumpridos ou encontram-se em processo de cumprimento”.¹⁴¹ A mesma Corte IDH reconhece que:

[...] pela natureza de algumas reparações ordenadas [...] –tais como investigações judiciais, criação e modificação de normas legais, mudanças estruturais ou prestação de serviços de saúde – é necessário que o Tribunal mantenha aberta a fase de supervisão por tempo maior que a de outro tipo de reparações de implementação menos complexa.¹⁴²

Um autor alertou sobre o problema dessa sobrecarga de trabalho, afirmando que a Corte IDH tem como desafio “conceber um novo esquema de reparações que possa equilibrar os direitos individuais da vítima com a importância de os Estados adotarem medidas para evitar que violações graves de Direitos Humanos voltem a ocorrer em seu território”.¹⁴³ No entanto, as medidas de reparação de âmbito institucional ou legislativo ordenadas pela Corte IDH nada mais são do que uma constatação de descumprimento, por parte dos Estados, de sua obrigação de adotar disposições de direito interno, estabelecidas no artigo 2 da CADH. Esses longos processos de monitoramento resultam da resistência interna, por parte dos Congressos, Poder Judiciário ou outras instituições do Estado, em assumir sua responsabilidade pelas violações cometidas e garantir efetivamente sua não repetição. Talvez a solução não seja impedir a Corte IDH de determinar esse tipo de medida de reparação –que com toda a certeza tem um impacto significativo na garantia da vigência dos direitos estabelecidos pela CADH–, mas aumentar sua capacidade para realizar monitoramento periódico e responder adequadamente a essa volumosa, mas cada vez mais importante, carga de trabalho. O trabalho da Corte IDH nesse aspecto é insubstituível, pois se trata de uma tarefa que tem um componente tanto de avaliação como jurisdicional.

136 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. F. 1988, ponto resolutivo 5.

137 Art. 69.1. do Regulamento.

138 *Ibidem*, art. 69.2.

139 *Ibidem*, art. 69.3.

140 Corte IDH. *Relatório Anual 2017*. São José, 2018, p. 68.

141 Corte IDH. *Relatório Anual 2017*. Corte IDH, São José, 2011, p. 13.

142 *Idem*.

143 Herencia Carrasco, S. “Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em Ambos, K. et al. (eds.) *Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Fundación Konrad Adenauer, Berlim, Cidade do México-Montevideu, 2011, p. 391.

5. Formas de reparação

Como se viu, a jurisprudência da Corte IDH realizou um interessante desenvolvimento das formas de reparação, que repousa na noção de *restitutio integrum* e de “indenização justa”, a qual o artigo 63.1 da CADH faz referência expressa. Isso é relevante não só para identificar formas de reparação de violações aos Direitos Humanos, mas porque a jurisprudência da Corte IDH pode ajudar a informar o que se entende por um recurso “simples e rápido”, como se estabelece no artigo 25 da CADH. Desse modo, a jurisprudência da Corte IDH sobre a matéria também pode contribuir para o desenvolvimento da jurisprudência dos tribunais nacionais em sua forma de definir reparação, tanto em casos de violações dos Direitos Humanos, como eventualmente para aperfeiçoar sua jurisprudência a respeito do direito a reparação com relação a outros crimes, especialmente tendo em vista a disparidade de critérios existentes no Continente em relação à indenização por danos morais.

A Corte IDH experimentou uma interessante evolução nos meios utilizados para reparar violações à CADH. Em suas sentenças iniciais, limitou-se a incluir como forma de reparação o pagamento da indenização em dinheiro, além das medidas para garantir o gozo dos direitos violados, quando apropriado, apesar da advertência prévia feita pelo ex presidente da Corte IDH, Cançado Trindade.¹⁴⁴ Posteriormente, começou a incluir, após a seção sobre reparação material e imaterial, uma seção sobre “outras reparações”, que incluía medidas que, em retrospectiva, constituem formas de satisfação e garantias de não repetição. Posteriormente, realizou um desenvolvimento mais completo dessas formas de reparação, fazendo distinções entre elas e usando uma linguagem coincidente com a dos Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito à Reparação da ONU.

Em suas últimas sentenças, após descrever em geral o fundamento jurídico da obrigação de reparar e definir no caso quem é a parte lesada, a Corte IDH distingue entre: 1. as medidas de satisfação, reabilitação e garantias de não repetição, e 2. as medidas de indenização compensatória. Em alguns casos recentes incluiu, antes desta seção, a obrigação de investigar, julgar e sancionar os responsáveis por uma violação. É interessante notar que, em seus julgamentos, inclui primeiro essas formas de reparação e, em seguida, aquelas que se referem à indenização compensatória. Isso reforça a importância que a Corte IDH atribui à noção de *reparação integral* que desenvolveu.

5.1. A obrigação de investigar, e medidas de satisfação, reabilitação e garantias de não repetição como medidas de reparação

Apesar da perspectiva patrimonial, inicialmente mantida pela Corte IDH para a determinação das medidas de reparação, a avaliação prática sobre as condições de vida das vítimas a levou a impor obrigações de fazer, e não apenas de dar. Depois de conceder uma quantia em dinheiro como parte da compensação pelos danos sofridos pelos herdeiros das vítimas de um massacre (para que os menores de idade pudessem estudar), a Corte IDH ordenou a abertura e o equipamento da escola da cidade onde viviam, ao verificar que a instituição estava fechada.¹⁴⁵ Em um caso posterior, a Corte IDH aprovou um acordo entre o Estado e os autores, que incluiu a designação com o nome de uma vítima de prisão, tortura e assassinato de ruas, praças ou escolas.¹⁴⁶ Em pouco tempo, começou a determinar a obrigação de investigar os fatos,¹⁴⁷ e de adequar a legislação à CADH.¹⁴⁸ Posteriormente, em um caso de privação de liberdade, determinou medidas de restituição ao posto de trabalho, pagamento de salários e demais

144 Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. RC. 1996, voto dissidente do juiz Cançado Trindade. Corte IDH. *Caso Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia*. RC. 1997, voto dissidente do juiz Cançado Trindade. Corte IDH. *Caso das “Crianças da Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. RC. 2001, voto dissidente do juiz Cançado Trindade.

145 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. RC. 1993, § 96.

146 Corte IDH. *Caso Benavides Cevallos vs. Equador*. MRC. 1998, § 48.5.

147 Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. RC. 1996, § 64.4.

148 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. MRC. 1999, § 222.

emolumentos, eliminação de antecedentes penais e medidas de reabilitação, mediante pagamento de despesas médicas futuras.¹⁴⁹

Como resultado desses desenvolvimentos, a Corte IDH incluiu progressivamente uma ampla variedade de medidas entre as quais se confundem formas de garantir os direitos violados com medidas que são propriamente de reparação.¹⁵⁰ Muitas delas têm amplo alcance e resultam na aprovação de leis ou na execução de políticas de aplicação geral que buscam melhorar a proteção dos direitos fundamentais não apenas das vítimas, mas também de outras pessoas em condições semelhantes. Talvez seja aqui onde resulta mais interessante estudar a jurisprudência da Corte IDH como forma de tornar aplicáveis as normas da CADH no direito interno.

5.1.1. Obrigação de investigar os fatos e identificar, julgar e eventualmente sancionar os responsáveis

Quando a Corte IDH constata a violação da obrigação de realizar investigações efetivas, e, portanto, a violação das garantias judiciais estabelecidas no artigo 8.1 da CADH e do direito à proteção judicial consagrado no artigo 25.1 do mesmo instrumento, também *determinou o dever de investigar os fatos e identificar, julgar e, quando for o caso, sancionar os culpados*. O conteúdo concreto dessa obrigação e a não aplicação de obstáculos decorrentes do direito interno são aspectos examinados mais detalhadamente nos comentários aos artigos citados da CADH examinados nesta obra coletiva. Neste comentário ao artigo 63 da CADH, basta salientar que:

[...] A Corte concluiu que durante a investigação e o julgamento, o Estado deve garantir o pleno acesso e capacidade de agir das vítimas em todas as etapas. Além disso, os resultados dos processos deverão ser divulgados publicamente, com a finalidade de que a sociedade [...] conheça a verdade dos fatos.¹⁵¹

Da mesma forma, em casos de desaparecimento forçado, a Corte IDH ordenou invariavelmente (em alguns casos como medida de satisfação,¹⁵² e em outros como parte da obrigação de investigar),¹⁵³ a determinação do paradeiro das vítimas, exigindo esforços adicionais aos que foram realizados de maneira infrutífera internamente, com garantias de independência e transparência.

Em alguns casos, isso implicou impor como condição para essas investigações que sejam realizadas pela justiça comum e não pela justiça militar. Em outros casos mais recentes, fez uma série de exigências com relação às investigações, tais como: 1. conduzir as investigações de modo a considerar a complexidade dos fatos e o contexto em que ocorreram; 2. abranger de maneira integral todos os elementos que configuram o desaparecimento forçado; 3. identificar e individualizar os autores materiais e intelectuais; garantir que as autoridades competentes realizem as investigações correspondentes *ex officio*, e que, para esse fim, tenham ao seu alcance e utilizem todos os recursos logísticos e científicos necessários para coletar e processar as provas e, em particular, disponham das condições para acessar a documentação e as informações pertinentes para investigar os fatos denunciados e realizar prontamente os atos e investigações essenciais para esclarecer o que aconteceu; 4. por se tratar de uma grave violação de Direitos Humanos, e considerando o caráter permanente ou contínuo do desaparecimento forçado, cujos efeitos não cessam enquanto não estiver estabelecido o paradeiro da vítima ou se identifiquem seus restos mortais, o Estado deve abster-se de recorrer a figuras como a anistia em benefício dos autores, assim como nenhuma outra disposição análoga, a prescrição, a irretroatividade da lei penal,

149 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. RC. 1998, §§ 116, 122, 129 inciso d).

150 Cabe precisar que esse desenvolvimento deve-se em grande parte à capacidade das partes de solicitar e argumentar medidas de reparação para além dos cânones tradicionais, e também do trabalho da CIDH, que foi capaz de escutar as vítimas e traduzir seu conhecimento em propostas e demandas criativas. Isso não desmerece a capacidade da Corte IDH para avaliar tais medidas e para acolher aquelas solicitações suficientemente fundamentadas.

151 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009, § 334.

152 *Ibidem*, §§ 335-336.

153 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. EPMRC. 2010, §§ 258-263.

coisa julgada, *ne bis in idem*, ou qualquer isenção similar de responsabilidade, para se eximir desta obrigação.¹⁵⁴

No entanto, o resultado dessas determinações foi muito limitado. Mesmo após extensos períodos em que a Corte IIDH manteve a supervisão do cumprimento de suas sentenças, as investigações ordenadas não avançaram ou simplesmente foram encerradas ou arquivadas por prescrição ou outra causa. É importante notar que, nesses casos, a Corte IDH insistiu:

[...] que, embora a prescrição deva ser devidamente observada pelo juiz para todos os acusados de um crime, sua invocação e aplicação são inaceitáveis quando restar claramente provado que o transcurso do tempo foi determinado por atos ou omissões processuais direcionados, com clara má-fé ou negligência, a promover ou permitir a impunidade.¹⁵⁵

Da mesma forma, rejeitou a aplicação do princípio *ne bis in idem* quando a sentença pronunciada sofre de vícios graves, produzindo “uma coisa julgada ‘aparente’ ou ‘fraudulenta’”,¹⁵⁶ ordenando a remissão de cópias das partes relevantes do processo para examinar se a coisa julgada proferida sofre vícios que a tornam fraudulenta.¹⁵⁷

5.1.2. Medidas de satisfação

A jurisprudência da Corte IDH não tem sido totalmente consistente em sua formulação de medidas de satisfação, frequentemente confundindo-as com garantias de não repetição. As medidas de satisfação estabelecidas constituem respostas precisas a algumas consequências das violações que não podem ser enfrentadas mediante pagamento de indenizações. No entanto, o que a Corte IDH chama em algumas situações de medidas de satisfação, seria mais corretamente classificado como garantias de não repetição. A confusão é compreensível, pois muitas garantias de não repetição são de grande importância simbólica para a satisfação das vítimas, e também se argumenta que a reivindicação histórica e a dignidade de uma vítima e de sua luta também são importantes para a não repetição dos fatos.

O componente simbólico da reparação não pode ser dado apenas por algumas medidas às quais esse efeito é atribuído. Toda reparação compartilha a dupla natureza de ser simbólica e material; pode-se afirmar que o conjunto das medidas de reparação deve ter como objetivo a satisfação das vítimas. De fato, a reparação pode ser entendida fundamentalmente como uma mensagem que é concedida às vítimas por meios simbólicos e materiais. A maneira de incorporar as vítimas em sua definição, ou a forma como essas medidas são executadas podem ser aspectos tão importantes quanto o conteúdo material das próprias medidas. Além disso, seu grau de satisfação será dado por esse conjunto de mensagens, bem como por aqueles que as vítimas recebem das diferentes autoridades e de outros atores sociais.¹⁵⁸ Assim, é possível afirmar que *todas elas compartilham a natureza de serem medidas de satisfação*.

Além de como a Corte IDH as catalogou, entre as medidas de satisfação que estabeleceu estão a realização de atos simbólicos de reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado,¹⁵⁹ a instalação de placas comemorativas em locais significativos, como o local onde a vítima permaneceu detida antes de seu desaparecimento,¹⁶⁰ a publicação de partes da sentença,¹⁶¹ a transmissão por rádio

154 Corte IDH. *Caso Contreras e outros vs. El Salvador*. MRC. 2011, § 185. Corte IDH. *Caso González Medina e familiares vs. República Dominicana*. EPMRC. 2012, § 285.

155 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Resolução de supervisão de cumprimento de sentença, 1 de julho de 2011, § 40. *Benavides Cevallos vs. Equador*. MRC. 1998, § 48.5.

156 *Ibidem*, § 41.

157 *Ibidem*, § 42.

158 Ver Correa, C. “Reparations for victims of massive crimes: making concrete a message of inclusion”, em Letschert, R. et al. (eds.) *Victimological Approaches to International Crimes: Africa*. Intersentia, Cambridge/ Antwerp/ Portland, 2011, pp. 185-233.

159 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, § 266.

160 *Ibidem*, § 267.

161 *Ibidem*, § 271.

de partes da sentença no idioma da vítima e de sua comunidade,¹⁶² medidas de comemoração e em homenagem à vítima,¹⁶³ e a criação de bolsas de estudos em seu nome.¹⁶⁴ Em outro caso, a Corte IDH levou em consideração o pertencimento da vítima a uma comunidade indígena para ordenar a busca, exumação na presença de seus familiares e a entrega de seus restos mortais a eles.¹⁶⁵

É interessante notar que não é indiferente a participação nessas medidas simbólicas. Nos casos em que a responsabilidade direta pela violação cabe às autoridades de um Estado, não basta às vítimas que apenas as autoridades do Governo Federal participem da cerimônia de desculpas.¹⁶⁶ Em um caso relacionado à emissão de sentenças e à prática de investigações discriminatórias por parte do Poder Judiciário, a Corte IDH ordenou que as autoridades desse poder estatal estivessem presentes na cerimônia de desculpas.¹⁶⁷

Apesar da importância dessas formas de reparação, em alguns casos, a Corte IDH rejeitou pedidos para construir um museu para homenagear um líder desaparecido, apoiar a cooperativa da qual era líder, renomear um instituto de estudos em seu nome e criar um fundo para conceder bolsas de estudos para uma escola de liderança, afirmando que o proferimento da sentença e as reparações determinadas eram suficientes.¹⁶⁸ Essas rejeições não são inteiramente justificadas, tendo em vista que no processo argumentou-se a existência de uma relação entre o legado da vítima ou as causas pelas quais ele dedicou sua vida, que o levaram a ser objeto de repressão. Em outro caso, a Corte IDH indeferiu o pedido para estabelecer um Dia do Detento Desaparecido por falta de motivação suficientemente, considerando as comemorações já existentes sobre o incidente em particular ao qual se referiam a sentença e as medidas de reparação simbólicas implementadas pelo Estado.¹⁶⁹

5.1.3. Garantias de não repetição

Garantir a não repetição das violações implica realizar as reformas institucionais ou implementar políticas educacionais ou de outra natureza que *incrementem a proteção dos direitos das pessoas e diminuam a cultura de abuso, tolerância ou discriminação* por parte de servidores públicos, operadores de justiça ou da população em geral.¹⁷⁰ Como já foi dito, esta seção das sentenças é a que oferece maiores possibilidades para incrementar a proteção geral do Estado aos direitos das pessoas. Pode-se entender que, através dela, a Corte IDH retira as lições fundamentais sobre o que fracassou nas instituições estatais e que deu origem à violação. Isso dá origem a mandatos da Corte IDH para a modificação de certas normas jurídicas, como forma concreta de adequação de seu direito interno à CADH;¹⁷¹ à tipificação de certos delitos (como o desaparecimento forçado de pessoas); a adequação de certos tipos penais para melhorar a proteção dos direitos garantidos pela CADH;¹⁷² ou a ratificação de certas convenções

162 Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010, § 245.

163 No caso do desaparecimento forçado de um líder político, a Corte IDH determinou como medida de satisfação – e como medida de preservação da memória – a realização de uma publicação e de uma documentário audiovisual sobre a vida do Sr. Cepeda Vargas, o que deveria ser feito em coordenação com seus familiares. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. EPMRC. 2010, §§ 227 a 230.

164 *Ibidem*, § 233.

165 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002, §§ 81-82.

166 Conforme relatado ao autor por Omeheira López, ex-chefe da Unidade de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos da Subsecretaria de Assuntos Jurídicos e Direitos Humanos da Secretaria de Governo do México, com base em sua constatação sobre a demanda das vítimas depois de participar da cerimônia. Entrevista realizada em novembro de 2011. Cf. ao estabelecido no comentário ao artigo 28 (cláusula federal), por Dulitzky, ainda que este problema possa surgir em outras formas de distribuição de competências territoriais e não em estruturas federais.

167 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 264.

168 Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010, §§ 249-252.

169 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, § 280.

170 *Ver*, de modo exemplar as medidas enumeradas no Princípio 23 dos Princípios e Diretrizes Básicos sobre o Direito à Reparação da ONU, *op. cit.*

171 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009, § 338. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPMRC. 2006, § 145, 151, 154-156.

172 Core IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009, § 338. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. EPMRC. 2009, § 344.

internacionais.¹⁷³ Também incluiu “medidas legislativas, administrativas ou de qualquer outro caráter que sejam necessárias”,¹⁷⁴ para garantir a não repetição dos fatos violadores. Alguns desses mecanismos referem-se precisamente à prevenção de certas violações cometidas, como a realização de um programa de registro e documentação para os habitantes de uma comunidade indígena sem a necessidade de transferência para a capital, para que os membros da comunidade tenham os documentos necessários para exercer seu direito ao reconhecimento da personalidade jurídica.¹⁷⁵

A jurisprudência da Corte IDH sobre esse tipo de medida especificou algumas de suas características: 1. Obrigam a todos os órgãos do Estado; 2. não implicam uma revisão em abstrato da legislação nacional, mas devem estar estritamente vinculadas à capacidade de prevenir a não repetição. Deve tratar-se de pedidos específicos e motivados, embora possam ter uma aplicação geral; 3. resultam da obrigação geral de garantia e de adoção de disposições do direito interno, mas também não obstam a obrigação geral dos Estados de garantir direitos e adaptar sua legislação interna; 4. variam de acordo com o grau de especificidade e detalhe, de acordo com as circunstâncias, com mais detalhes nos casos em que a Corte IDH considera necessário garantir a proteção de grupos vulneráveis; 5. quando implicam a implementação de programas, ações ou serviços ao Estado, também exige a existência de um vínculo direto e compreende a revisão das medidas adotadas pelo Estado, exigindo evidências empíricas das mudanças que foram produzidas para garantir a não repetição.

Cada uma dessas características será examinada brevemente a seguir.

5.1.3.1. Obrigação referida a todos os órgãos do Estado

Em virtude da aplicação do artigo 27 da CVDT, a Corte IDH afirmou que todos os órgãos do Estado estão obrigados a dar cumprimento às medidas de reparação adotadas. Isso oferece desafios particulares quando se trata de medidas que envolvem outros poderes que não o Executivo, que é aquele que participa de litígios. Dada a independência dos Poderes Judiciário e Legislativo, o executivo por si só não pode garantir o cumprimento dessas medidas. No entanto, isso não exime o Estado como um todo de cumprir suas obrigações, que são encaminhadas não ao Executivo, *mas a todos os órgãos e poderes do Estado*. Assim, a respeito de medidas de caráter legislativo, a Corte IDH especificou que:

Essa obrigação vincula a todos os poderes e órgãos estatais como um todo. Nesse sentido, o Estado não deve se limitar a ‘impulsionar’ o projeto de lei correspondente, mas assegurar sua sanção e *entrada em vigor*, de acordo com os procedimentos estabelecidos no ordenamento jurídico interna.¹⁷⁶

Como parte dessas medidas, a Corte IDH também lembrou aos Estados que “os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis estão obrigados a exercer *ex officio* um controle de convencionalidade entre as normas internas e a CADH.”¹⁷⁷

173 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, § 287.

174 Por exemplo, para “criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas, de acordo com o direito consuetudinário, os valores, usos e costumes destas”, isto é, não só referido à comunidade cujo direito foi violado neste caso, mas a todas as comunidades indígenas. Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, § 164.

175 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 307-308, em relação ao parágrafo 252.

176 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009, § 344. (grifo nosso)

177 *Ibidem*, § 339. É interessante notar que com posterioridade a essa e outras sentenças, o México aprovou uma importante reforma constitucional que incluiu a recepção do Direito Internacional dos Direitos Humanos no direito interno e a Corte Suprema de Justiça do país acolheu a obrigação de que todos os tribunais exerçam o controle de convencionalidade.

5.1.3.2. *Necessidade de um vínculo direto entre as modificações legislativas ordenadas e sua capacidade para prevenir a reincidência das violações estabelecidas*

A Corte IDH foi cautelosa em não ultrapassar, em função dessa atribuição, a revisão da legislação que se refere estritamente à violação específica. Assim, recusou-se a revisar aspectos da legislação de um país que são contrários à CADH, segundo a CIDH, quando aqueles aspectos específicos aos quais se referiu o caso haviam sido modificados durante a tramitação do processo. Ao fundamentar essa decisão, precisou:

[...] que a competência contenciosa da Corte não tem por objeto a revisão das legislações *em abstrato*, mas que é exercida para resolver casos concretos nos quais se alegue que um ato do Estado, executado contra pessoas determinadas, é contrário à Convenção.¹⁷⁸

Em outro caso, a Corte IDH explicou que não podia se pronunciar sobre pedidos de modificações legislativas se não houvesse sido estabelecido no processo que as violações foram cometidas como resultado de deficiências na legislação. A Corte IDH limitou-se a examinar a relação entre a aplicação judicial de certas normas com práticas discriminatórias. A Corte IDH não analisou a compatibilidade de uma determinada norma com a CADH, nem tampouco tratou dessa matéria no caso. Da mesma forma, os representantes não forneceram elementos suficientes que permitissem inferir que as violações derivaram de um problema das disposições legais em si mesmas. Portanto, a Corte IDH considerou que não era pertinente, nas circunstâncias do caso, determinar a adoção, modificação ou adequação de normas específicas de direito interno.¹⁷⁹

No entanto, isso não implica que essas disposições sejam limitadas ao caso específico. Uma vez identificada uma norma como contrária à CADH, em razão de ter sido causa direta de uma violação estabelecida no processo, a Corte IDH ordenou sua modificação ou derrogação com efeitos gerais. Isso foi particularmente explicado em relação às leis de auto-anistia, a respeito de uma das quais a Corte IDH ordenou não só “que não sig[a] representando um obstáculo para a continuação das investigações,”¹⁸⁰ no caso específico motivo do julgamento perante a instância interamericana, mas também que não o seja “para a investigação, julgamento e, se for o caso, punição dos responsáveis por outras violações similares”.¹⁸¹

Ao se pronunciar sobre o caso de um incêndio em um estabelecimento penitenciário que causou a morte de 107 pessoas, a Corte IDH constatou que já havia condenado o mesmo Estado por condições carcerárias precárias, tendo determinado uma série de medidas para sua melhora. No entanto, a Corte IDH constatou que:

há mais de seis anos da decretação da medida, a mesma ainda se enc[ontrava] pendente de cumprimento. Ademais, destac[ou] que [...] se s[eguia]m apresentando situações graves no sistema penitenciário hondurenho, tais como [...] recentes incêndios de grande magnitude, entre outras situações críticas de conhecimento público, onde ha[via]m perdido a vida centenas de pessoas.¹⁸²

Como resultado, a Corte IDH homologou as medidas acordadas entre as partes em um acordo de solução amistosa, mas especificou seu conteúdo, detalhando-o em termos de construção e aprimoramento desses centros, adoção de medidas legislativas e regulamentares, e capacitação de funcionários em planos de emergência.

À primeira vista, parecia que a Corte IDH excedeu-se em seu pronunciamento, ao se referir não apenas às condições carcerárias, mas em termos mais gerais, a uma das principais causas de superlotação

178 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPMRC. 2010, § 285. (grifo nosso)

179 Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. MRC. 2012, § 280.

180 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. EPMRC. 2006, § 171.1.

181 *Ibidem*, § 171.6.

182 Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras*. MRC. 2012, § 94.

nesses centros, como “políticas de ‘tolerância zero’ que pretendiam erradicar os ‘maras’ e as gangues para controlar a violência”.¹⁸³ No entanto, essas causas foram, desde o início do caso, objeto da contro-
vêrsia, e foram também objeto do reconhecimento completo de responsabilidade por parte do Estado, bem como do acordo de solução amistosa. Tudo isso permitiu à Corte IDH pronunciar-se não apenas sobre as condições carcerárias, mas também sobre as políticas policiais e judiciais.

Em um caso que envolveu uma solução amistosa entre as vítimas e o respectivo Estado, a Corte IDH homologou um acordo que compreendia várias medidas específicas para garantir a não repetição de atos de tortura policial. Um deles foi a realização de um seminário sobre:

[...] a aplicação da doutrina do imediatismo processual desenvolvida pelo Supremo Tribunal de Justiça da Nação, e encaminhar as conclusões do referido evento a vários servidores públicos encarregados do escritório da defensoria de ofício, assim como a busca e realização de justiça.¹⁸⁴

A outra medida homologada foi a capacitação de operadores de justiça “para que pu[dessem] identificar, reagir, prevenir, denunciar e sancionar o uso de práticas de tortura.”¹⁸⁵

5.1.3.3. *Garantias de não repetição e obrigação geral de garantia e de adoção de dispositivos de direito interno*

Sem prejuízo da inibição de se pronunciar sobre a adequação da legislação nesses casos, a Corte IDH insistiu em que a obrigação de garantir os direitos e adotar as disposições necessárias do direito interno persiste. Assim, recordou:

o Estado que deve prevenir a recorrência de violações de Direitos Humanos como as ocorridas e, por esse motivo, adotar todas as medidas legais, administrativas e de outra natureza que sejam necessárias para evitar que fatos similares voltem a ocorrer no futuro, em cumprimento de seus deveres de prevenção e garantia dos direitos fundamentais reconhecidos pela Convenção Americana.¹⁸⁶

Isso, disse a Corte IDH, referia-se não só à adoção de medidas diretamente relacionadas ao caso em questão, mas ao cumprimento de todas as obrigações decorrentes da CADH. Assim, embora a Corte IDH tenha se absterido de se pronunciar sobre uma norma questionada pela CIDH, mas que não foi aplicada contra a vítima, especificou que, como parte de seu dever de garantir, o Estado devia:

[...] adotar todas “as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para tornar efetivos” os direitos reconhecidos pela Convenção Americana [que deveriam], *se estender a todas as disposições jurídicas de caráter regulamentar e traduzir-se na efetiva aplicação prática*.¹⁸⁷

Da mesma forma, nos casos em que não ordenou modificações legislativas, a Corte IDH especificou o conteúdo da supremacia das normas da CADH sobre as normas internas, como resultado da inadmissibilidade de invocar o direito interno como justificativa para o não cumprimento de um tratado.

5.1.3.4. *Grau de especificidade das ordens de adequação normativa*

Em geral, ao ordenar medidas de adequação legislativa, a Corte IDH utiliza expressões amplas, definidas pelo objetivo perseguido, isto é, garantir os direitos consagrados na CADH. Essas expressões não especificam a maneira pela qual o Estado deve garantir a não repetição e se limitam a dispor, por exemplo, sobre a obrigação de “iniciar o processo pelo qual se incorpore ‘a figura jurídica que resulte

183 *Ibidem*, § 26.

184 Corte IDH. *Caso García Cruz e Sánchez vs. México*. MRC. 2013, § 88.

185 *Ibidem*, § 92.

186 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPMRC. 2010, § 286. (grifo nosso)

187 *Idem*. (grifo nosso)

mais conveniente' para tipificar o delito de execuções extrajudiciais",¹⁸⁸ ou "assegurar" que uma norma que viole um dos direitos consagrados pelo CADH "não continue representando um obstáculo"¹⁸⁹ ao exercício do direito violado.

No entanto, em alguns casos, a Corte IDH foi prescritiva a respeito do conteúdo da adequação legislativa que o Estado deve fazer, especialmente quando se trata de direitos cujo desenvolvimento na CADH não é suficientemente detalhado. Assim, dispôs que o Estado adote:

[...] as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para criar um sistema eficaz de reclamação de terras ancestrais ou tradicionais dos povos indígenas que possibilite a concretização de seu direito de propriedade. Este sistema deverá consagrar normas substantivas que garantam: a) que se leve em conta a importância de que os indígenas tenham sua terra tradicional, e b) que não seja suficiente que as terras reclamadas estejam em mãos privadas e sejam racionalmente exploradas para rejeitar qualquer pedido de reivindicação. Ademais, este sistema deverá consagrar que uma autoridade judicial seja competente para resolver os conflitos que sejam apresentados entre os direitos à propriedade dos particulares e dos indígenas.¹⁹⁰

Também foi prescritiva em casos referentes a violações causadas por políticas massivas que constituem violações de direitos estabelecidos na CADH. No caso de pessoas de origem haitiana cuja nacionalidade havia sido revogada, ou que haviam sido expulsas da República Dominicana, a Corte IDH determinou, além de medidas de capacitação para os operadores estatais vinculados à função de fronteira ou migratória,¹⁹¹ deixar sem efeito toda norma ou prática que resultara em "que a estada irregular de pais estrangeiros motiv[ara] a negação da nacionalidade dominicana a pessoas nascidas no território da República Dominicana".¹⁹² Também previa, em termos mais amplos, a adoção de medidas legislativas e constitucionais ou de qualquer outra índole que fossem:

[...] necessárias para regular um procedimento de registro de nascimento que dev[ia] ser acessível e simples, de modo a assegurar que todas as pessoas nascidas no território pu[dessem] ser registradas imediatamente após o nascimento, independentemente de sua ascendência ou origem, e da situação migratória dos pais.¹⁹³

Em algumas sentenças, a Corte IDH tentou melhorar a proteção do acesso a certos direitos a uma população mais ampla. Em um caso sobre o acesso à justiça de um menor que sofreu um acidente que lhe causou deficiência, a Corte IDH ordenou que:

[...] no âmbito da implementação das leis argentinas que regulamentam o acesso a serviços de saúde e de previdência social, o Estado deverá adotar as medidas necessárias para assegurar que no momento em que uma pessoa é diagnosticada com graves problemas ou sequelas relacionadas com deficiência, seja entregue à pessoa ou seu grupo familiar uma carta de direitos que resuma de maneira sintética, clara e acessível os benefícios contemplados nas mencionadas normas, os padrões sobre proteção das pessoas portadoras de deficiência mental estabelecidos nesta Sentença e as políticas públicas análogas, assim como as instituições que podem prestar ajuda para exigir o cumprimento de seus direitos. ¹⁹⁴

Da mesma forma, em um caso em que a Corte Interamericana afirmou o direito das pessoas a recorrer a sistemas de fertilização assistida, determinou, além de deixar sem efeito a proibição de sua

188 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. RC. 2001, § 50.5.b.

189 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. EPMRC. 2006, § 171.5.

190 Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kasek vs. Paraguai*. MRC. 2012, § 310.

191 Corte IDH. *Caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPMRC. 2014, §§ 464-465.

192 *Ibidem*, § 469.

193 *Ibidem*, § 470.

194 Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. EPMRC. 2012, § 295.

prática, regulamentar sua implementação e incluir tratamentos de infertilidade no sistema público de saúde. Essa última medida foi fundamentada no princípio de não discriminação.¹⁹⁵

Por outro lado, em um caso sobre um detento desaparecido, e com base no que foi definido no acordo de solução amistosa concluído entre os representantes e o Estado, a Corte IDH determinou uma medida para facilitar o acesso a outras vítimas de desaparecimento forçado a processos de localização, exumação e identificação, bem como investigação dos fatos. Homologou, assim, o acordo sobre a criação de uma comissão nacional de busca de vítimas de desaparecimento forçado e outras formas de desaparecimento. Em outra medida de impacto além das vítimas diretas ou indiretas, a Corte IDH também homologou o acordo sobre a entrega de 10 “bolsas de estudos” a filhos ou netos de outros detentos desaparecidos, a serem definidos pelos familiares da vítima.¹⁹⁶

Em outro caso referente a desaparecimentos forçados no mesmo país, referente a crianças sequestradas, juntamente com a execução sumária dos familiares ou adultos que estavam com eles durante operações militares, a Corte IDH determinou uma série de medidas para sua busca e também de outras crianças na mesma situação e outros detidos desaparecidos.¹⁹⁷

Medidas semelhantes foram adotadas em outro caso, referente à aplicação de tortura a um detido e à recusa em investigar o caso imediatamente. Nesse caso, o Estado indicou que as entidades correspondentes estariam operando de acordo com os diferentes protocolos de investigação de tortura (Protocolo de Istambul), de execuções sumárias (Protocolo de Minnesota) e com a obrigação de profissionais médicos em casos de tomar conhecimento de atos de tortura (Protocolo de Tóquio). No entanto, a Corte IDH acrescentou que tais protocolos deviam agregar-se aos padrões estabelecidos na sentença, não só a respeito da investigação do caso, *mas como uma medida de política geral*. Da mesma forma, ordenou a capacitação nesses padrões, incluindo a incorporação da perspectiva de gênero para a devida diligência na condução das investigações e a superação dos estereótipos de gênero. Além disso, em resposta à prática generalizada de violência sexual, especialmente contra mulheres durante o conflito armado interno no Peru, ocorrido entre 1980 e 2000, a Corte IDH determinou a implementação de um programa de cobertura ampla de atendimento psicossocial e médico a todas as vítimas de violência sexual.¹⁹⁸

Embora esse amplo conjunto de medidas constitua um fator positivo nas decisões da Corte IDH, que pode ter um impacto muito importante no aprimoramento do respeito e da proteção dos Direitos Humanos na região, não deixa de ser preocupante a dificuldade para fazer um acompanhamento ativo de sua implementação. Isso não deveria ser objeto de crítica à Corte IDH, no entanto, tendo em vista que esse acompanhamento é repassado aos respectivos países e aos ativistas de Direitos Humanos, estes podem encontrar na sentença um fundamento para suas ações de lobby e persuasão.

5.1.3.5. Exigências para dispor a implementação de ações, programas ou serviços para prevenir a não repetição das violações

A Corte IDH foi exigente tanto com os Estados como com os representantes das vítimas e com a CIDH para se pronunciarem sobre a implementação ou modificação de políticas, programas ou serviços que garantam a não repetição. A respeito do Estado, essa exigência refere-se à demonstração de que as políticas existentes efetivamente produzem o efeito esperado delas. Com relação aos representantes e à CIDH, as deficiências estão diretamente relacionadas à violação constatada no caso, ou que o seu aprimoramento ou a sua implementação são efetivamente necessários para garantir a não repetição. Para observar isso, é conveniente revisar os critérios adotados pela Corte IDH para rejeitar ou aceitar essas medidas ou os requisitos impostos às partes em relação a suas petições ou alegações.

195 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) vs. Costa Rica*. EPMRC. 2012, §§ 336-338.

196 Corte IDH. *Caso Garcia e familiares vs. Guatemala*. MRC. 2012, §§ 218, 221.

197 Corte IDH. *Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador*. MRC. 2014, §§ 189, 198, 204, 209 e 239.

198 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru*. EPMRC. 2014, §§ 322, 327, 330-331. Não obstante, recusou-se a se pronunciar sobre a exclusão, que dispunha o Programa Integral de Reparações de vítimas de violações aos Direitos Humanos, dos que foram membros de grupos subversivos, aduzindo que essa abordagem foi feita pelos representantes de forma extemporânea.

Como parte das medidas de satisfação –ou em outras ocasiões explicitamente como garantia de não repetição–, a Corte IDH incluiu a capacitação em Direitos Humanos ou em aspectos específicos relacionados à violação estabelecida, para funcionários públicos, particularmente os “membros do Ministério Público, do Judiciário e da Polícia”,¹⁹⁹ das “forças armadas”,²⁰⁰ ou “aos órgãos, autoridades e agentes públicos encarregados de responder os pedidos de acesso à informações sob o controle do Estado sobre a normativa que rege esse direito”.²⁰¹ Outros tipos de medidas, frequentemente ordenados pela Corte IDH, referem-se ao acesso à informação do Estado, seja a informação necessária para a realização das investigações ordenadas, ou em geral aquela cujo objetivo é fortalecer os mecanismos jurídicos e institucionais para garantir a transparência nas decisões públicas e acesso aos arquivos.²⁰²

No entanto, em alguns casos, para determinar essas medidas, a Corte IDH exigiu a demonstração de sua necessidade, e sua vinculação com a violação estabelecida. Rejeitou petições quando, no seu juízo, não foram suficientemente motivadas e fundamentadas, ou eram genéricas, não apresentando prova ou argumentação que permita analisar sua finalidade, razoabilidade e alcance.²⁰³ Em outros casos, acolheu apenas parcialmente o pedido, por exemplo, respondendo à demanda de criação de um centro de saúde integral na comunidade indígena de uma vítima de estupro, mediante o fortalecimento do centro de saúde existente em uma comunidade vizinha.²⁰⁴

Em um caso em que se solicitou um programa de divulgação geral, a Corte IDH recusou a solicitação ao constatar que tais programas já existiam e que os representantes não apresentaram informações sobre suas deficiências.²⁰⁵ Também foi recusada uma solicitação de capacitação de funcionários públicos sobre sua obrigação de cumprir as decisões judiciais em um caso em que a Corte IDH aduziu que não se demonstrou “a existência de padrões generalizados de descumprimento de decisões”.²⁰⁶

A Corte IDH avaliou os casos em que o Estado implementou uma série de medidas para garantir a não repetição, como processos de capacitação para funcionários públicos, a criação de instituições e programas de prevenção e atenção a vítimas de discriminação e inclusive adequações legislativas. Em relação a um deles, afirmou que as medidas adotadas “constituem indicadores estruturais relacionados à adoção de normas que, em princípio, têm como objetivo enfrentar a violência e a discriminação contra a mulher”.²⁰⁷ No entanto, também afirmou que *essas medidas não são evidência suficiente de seu impacto efetivo para garantir a não repetição*.

Para realizar essas avaliações, a Corte IDH exige da CIDH, dos representantes e também do Estado, que forneçam informações suficientes. Isso aconteceu especialmente diante de solicitações que envolvem medidas de alta complexidade, como as que se referem à superação de um contexto específico de discriminação estrutural. Em um caso desse tipo, a Corte IDH exigiu previamente informações sobre o impacto das medidas mencionadas para reduzir os níveis de discriminação constatados. Particularmente interessantes são os requisitos impostos pela Corte IDH em matéria de *indicadores* que demonstrem “como as políticas implementadas pelo Estado podem constituir reparações com uma perspectiva de gênero”.²⁰⁸ Os indicadores referem-se a que:

- i) questionem e estejam em capacidade de modificar, através de medidas especiais o *status quo* que causa e mantém a violência contra a mulher e os homicídios por razões de gênero; ii) tenham constituído claramente um avanço na superação das desigualdades jurídicas, políticas e sociais, formais ou *de facto*, que sejam injustificadas por causar, fomentar ou reproduzir

199 Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. EPMRC. 2010, § 245.

200 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú vs. México*. EPMRC. 2010, § 249.

201 Corte IDH. *Caso Claude Reyes vs. Chile* MRC. 2006, §§ 165.

202 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, § 293.

203 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010, §§ 232, 238 e 269.

204 *Ibidem*, § 260.

205 *Ibidem*, § 267.

206 Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. EPMRC. 2011, § 144.

207 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*. EPMRC. 2009, § 494.

208 *Ibidem*, § 495.

os fatores de discriminação por razão de gênero, e iii) sensibilizem os funcionários públicos e a sociedade sobre o impacto dos fatores de discriminação contra as mulheres nos âmbitos público e privado.²⁰⁹

A ênfase na obtenção de evidência empírica para pronunciar-se sobre as medidas adotadas é uma importante contribuição para garantir efetivamente a não repetição. Essa constitui uma exigência necessária em um contexto em que as declarações e normas promulgadas em muitas ocasiões não têm relação com as condições de vida das pessoas, especialmente a população pobre, os setores discriminados ou os membros das comunidades indígenas. No entanto, as exigências podem implicar processos de reformas políticas e até mesmo culturais que podem levar anos, e cuja avaliação pode resultar difícil para um tribunal com capacidade limitada de acompanhamento.

Em um caso de homicídio de uma jovem de 15 anos de idade, cometido por particulares, a Corte IDH considerou que o homicídio correspondia a um padrão generalizado de violência e de homicídios cometidos contra mulheres na Guatemala. Com base nisso, a Corte IDH estimou que o homicídio constituía uma violação ao dever de proteção, diante de uma situação específica de risco, de acordo com o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, referente à obrigação dos Estados de adotar medidas para prevenir, sancionar e erradicar a violência contra a mulher. Como forma de garantir a não repetição, a Corte IDH ordenou o fortalecimento do Instituto Nacional de Ciências Forenses, e a implementação completa de uma lei contra o feminicídio editada posteriormente aos fatos, incluindo o funcionamento de órgãos jurisdicionais especializados estabelecidos pela referida lei em todo o território nacional.²¹⁰ No entanto, a Corte IDH recusou outras solicitações, como se pronunciar sobre a insuficiência das políticas de superação da violência contra a mulher, discriminação ou impunidade, sem informações sobre as decisões estruturais que atravessariam essas políticas, os eventuais problemas em seus processos de implementação e, quando for o caso, seus resultados sobre o gozo efetivo de direitos por parte das vítimas de violência.²¹¹

Também considerou suficientes após examiná-las as medidas implementadas pelo Estado com relação ao estabelecimento de um sistema de alertas imediatos em casos de desaparecimento de meninas, adolescentes e mulheres, assim como a respeito da compilação e produção de estatísticas confiáveis e acessíveis sobre violência contra a mulher e feminicídio.²¹² Assim, acatou solicitação de implementação de programas e cursos para funcionários públicos pertencentes ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e à Política Nacional Civil, vinculados à investigação de atos de homicídio de mulheres, sobre padrões em matéria de prevenção, eventual sanção e erradicação de homicídios de mulheres, e capacitá-los quanto à devida aplicação da normativa pertinente na matéria.²¹³

Por sua vez, a Corte IDH recusou as solicitações de medidas de educação mais amplas e gerais, de educação desde o início da formação sobre o respeito das mulheres como iguais, ou sobre o rechaço à violência ou à discriminação contra as mulheres, por considerar que não foi demonstrado que o dever de garantir os direitos das mulheres não podia ser garantido por meio das medidas existentes.²¹⁴

Em resumo, a Corte IDH concordou em determinar medidas específicas, *vinculadas diretamente à prevenção de fatos similares*, depois de um exame de sua pertinência e da insuficiência das respostas estatais. Porém, *rejeitou solicitações gerais nas quais não restou demonstrada a sua necessidade para concretamente prevenir futuras violações do tipo estabelecidas*, sem prejuízo de enfatizar a existência das obrigações gerais dos Estados de garantir os direitos estabelecidos na CADH.

209 *Idem*.

210 Corte IDH. *Caso Véliz Franco e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2014, §§ 267-270.

211 *Ibidem*, §§ 265.

212 *Ibidem*, § 274-276.

213 *Ibidem*, § 275.

214 *Ibidem*, § 277.

Seguindo esse mesmo raciocínio, examinando um caso sobre a condenação a vários ativistas indígenas, com base em declarações de testemunhas protegidas que não puderam ser adequadamente interrogadas pela defesa, a Corte IDH considerou regular o uso dessas testemunhas, ordenando que o Estado:

[...] regul[asse] com clareza e segurança a medida processual de proteção de testemunhas relativa à reserva de identidade, assegurando que se trat[e] de uma medida excepcional, sujeita a controle judicial com base nos princípios de necessidade e de proporcionalidade, e que esse meio de prova não [seja] utilizado em grau decisivo para fundamentar a condenação, assim como regul[e] as correspondentes medidas de contrapeso que garantir[a]m que a afetação ao direito de defesa [seja] suficientemente compensada.²¹⁵

No entanto, rejeitou outras solicitações gerais de adequação do direito interno, considerando que essas adequações já haviam sido feitas, ou que os pedidos não se referiam a violações estabelecidas pela Corte IDH. Também considerou desnecessário determinar medidas gerais e não vinculadas diretamente aos fatos, como a erradicação dos prejuízos discriminatórios baseados na origem étnica dos acusados em processos penais, a implementação de uma política que valorizasse o aporte social dos povos indígenas ao desenvolvimento nacional, a restituição de terras ancestrais ao povo mapuche, ou a implementação de um fundo autogerido para a educação das crianças mapuche. Também se recusou a determinar a aplicação de sanções aos juízes e promotores que participaram dos processos penais nos quais se violou o direito no caso específico.²¹⁶

5.1.4. Medidas de reabilitação

Nas sentenças mais recentes, a Corte IDH incluiu, junto com as medidas de satisfação e garantias de não repetição, medidas de reabilitação. Essas medidas estão claramente diferenciadas e, com frequência, incluem a assistência médica e psicológica aos familiares de mortos ou desaparecidos ou de vítimas sobreviventes que sofreram traumas sérios como resultado das violações declaradas. As condições de prestação desses serviços foram progressivamente definidas pela Corte IDH. Em suas últimas sentenças, dispôs que esses serviços devem ser gratuitos e prestados por profissionais especializados, usualmente de instituições públicas (salvo que o Estado careça delas, em cujo caso se deverá recorrer a instituições privadas ou de assistência social especializadas). Também devem ser oferecidos em lugares próximos e acessíveis para as vítimas, devem incluir tratamentos familiares e individuais, de acordo com uma avaliação individual, e devem ser consentidos por elas.²¹⁷ Nos casos de vítimas que não residem no territórios do Estado condenado, a Corte IDH dispôs a outorga de uma soma em dinheiro nos casos em que foram solicitados esses tratamentos.²¹⁸ Também dispôs a outorga de bolsas de estudos para a vítima direta e seus familiares próximos, ao constatar que a violação “ocasionou mudanças significativas tanto em suas vidas como em suas relações, afetando assim seu desenvolvimento pessoal”.²¹⁹

Uma situação particular constitui os casos de desapropriação de terras a comunidades indígenas. Em um deles, a Corte IDH determinou também como medidas de reabilitação o suprimento de bens e a prestação de serviços básicos até que o território tradicional fosse entregue à comunidade. Isso compreendia a realização de um estudo sobre as necessidades da comunidade no que concerne a tais serviços e à periodicidade e à forma de sua entrega, o que deveria ser feito considerando o ponto de vista dos membros da comunidade.²²⁰

215 Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile*. MRC. 2014, § 436.

216 *Ibidem*, §§ 465-467.

217 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, § 268.

218 *Ibidem*, § 269.

219 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outras vs. México*. EPMRC. 2010, § 257. Esse ponto se analisa mais adiante em relação com o conceito de danos ao projeto de vida.

220 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC 2010, § 301-306.

Como se pode observar, esse conjunto de medidas podem ser entendidas tanto como formas de garantir o gozo de direitos violados, como restituição, ou como uma forma de satisfação. O importante não é tanto a qualificação feita pela Corte IDH nas sentenças, mas sua capacidade de responder às diferentes consequências que a violação de um direito produziu e de determinar o cumprimento de medidas apropriadas, algumas das quais referem-se à vítima em particular, mas que frequentemente tem um impacto maior no restante da sociedade.

5.2. Indenizações compensatórias

O pagamento de indenizações é a forma mais frequente e tradicional de entender a obrigação de reparar. Essa constitui a forma de reparar um dano causado, conforme referido pela Corte IDH desde sua primeira decisão sobre reparações,²²¹ particularmente a respeito de atentados contra a vida das pessoas.²²² A indenização do dano material e moral é entendida como uma forma substitutiva de reparação a favor dos familiares e dependentes da vítima por não ser possível a *restitutio in integrum* em caso de violação da vida.²²³ Como se explicou anteriormente, essa forma de reparação foi a única estabelecida pela Corte IDH em seus primeiros anos, influenciada pela tradição jurídica juspositivista e posteriormente foram incorporadas outras modalidades.²²⁴ Os fatores utilizados pela Corte IDH para definir essas indenizações não só podem ser relevantes para o litígio internacional, mas também podem ser de utilidade em litígios nacionais para apoiar a fundamentação e a definição de decisões em âmbito doméstico.

É importante notar, ademais, que a Corte IDH adotou uma série de medidas para proteger a integridade das condenações de indenização. Para efeitos de assegurar a manutenção de seu valor aquisitivo, essas são fixadas em dólares dos EE.UU., ou em uma quantia equivalente em moeda nacional, precisando que o tipo de câmbio deve corresponder àquele vigente no dia anterior na praça de Nova York. A Corte IDH estabelece um prazo para que o Estado faça o pagamento, dispondo em caso de atraso sobre a aplicação de juros moratórios bancários do país. Adicionalmente, quando dispôs sobre medidas de reparação a favor de pessoas que não menores de idade, ordenou a criação de fideicomissos em seu benefício, fixando padrões para sua segurança e integridade. Por sua vez, se os beneficiários não receberam o pagamento, o Estado deverá depositá-lo em uma conta ou certificado de depósito nas condições mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária, e, ao final do período de 10 anos, o Estado poderá reclamar sua devolução. Outra proteção importante é que esses montantes devem ser pagos integralmente aos beneficiários ou aos seus herdeiros, sem reduções derivadas de eventuais encargos fiscais. Essas medidas de proteção também são aplicáveis à condenação em custas.

5.2.1. Reparação do dano emergente

A Corte IDH definiu que a reparação do dano emergente “supõe a perda ou o comprometimento dos rendimentos das vítimas, os gastos efetuados em razão dos fatos e as consequências de caráter pecuniário que tenham um nexo causal com os fatos do caso *sub judice*”.²²⁵ Os tipos de prejuízo que a Corte IDH determinou que fossem incluídos como dano emergente variam segundo o caso e segundo a conclusão a que chega sobre os ilícitos cometidos e suas consequências. Assim, dispôs sobre o pagamento de indenizações compensatórias dos salários que a vítima deixou de receber durante sua privação de liberdade,²²⁶ dos salários e demais direitos trabalhistas que trabalhadores arbitrariamente despedidos deixaram de receber,²²⁷ os gastos médicos incorridos pela vítima,²²⁸ os gastos incorridos pelos familiares da vítima em suas visitas a seu lugar de reclusão,²²⁹ na busca de uma pessoa desaparecida

221 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989, § 25.

222 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989, § 189.

223 Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. RC. 1996, § 16.

224 Nash Rojas, C. *op cit.* p. 37.

225 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002, § 43.

226 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. RC. 1998, § 129, inciso a).

227 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. MRC. 2001, §§ 203-205.

228 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. RC. 1998, § 129, inciso b).

229 *Ibidem*, § 129, inciso c).

ou assassinada,²³⁰ ou dos gastos funerários e de transporte ao funeral da vítima.²³¹ Outra modalidade foi fixar uma soma para compensar gastos incorridos por familiares de uma vítima de desaparecimento forçado que padeceu de afetações à saúde física e psicológica, pelo conceito de dano emergente, fixando um montante em equidade que incluía também gastos efetuados na busca da vítima.²³²

Uma primeira confusão que surge ao observar a enumeração anterior se refere à qualificação da perda de salários como dano emergente. Em um caso de demissões arbitrárias, a indenização a qual teria direito um trabalhador arbitrariamente demitido, de acordo com o direito trabalhista e com seu regime de contratação é claramente um dano emergente. No entanto, os salários que uma pessoa deixou de receber desde a data em que parou de trabalhar, ou durante sua privação de liberdade, deveriam ser considerados como lucro cessante.

A Corte IDH, inicialmente, confundiu também o reembolso de custas com a reparação por gastos incorridos nas gestões judiciais no âmbito nacional. No entanto, isso foi corrigido, ao desenvolver os componentes que devem ser cobertos na condenação de custas.

A Corte IDH não se limitou a considerar dentro do dano emergente os prejuízos diretamente associados a uma violação. Fazendo uma interpretação extensiva do dano emergente, a Corte IDH reconheceu como tal o:

[...] dano patrimonial do grupo familiar pelos prejuízos materiais sofridos por seus integrantes, devido às consequências que trouxe consigo o desaparecimento de Ernesto Rafael Castillo Páez, em *detrimento das atividades laborais ou comerciais do grupo familiar* [...]. A Corte reconhece a dificuldade para determinar tanto o dano ocasionado sob essa rubrica, quanto sua quantia, especialmente porque não é possível estabelecer o nexo causal entre o fato e as supostas consequências dele derivadas, às quais se refere esta parte da pretensão: falência da atividade comercial do pai da vítima, venda da casa da família abaixo do preço de mercado e outros aspectos mencionados [...]. No entanto, a Corte considera que, em termos reais, existiu um dano patrimonial causado ao grupo familiar pelo desaparecimento de um de seus membros, por motivos imputáveis ao Estado, o que gerou à família transtornos econômicos e de outra índole que devem ser reparados.²³³

A sentença também incluiu as “despesas devido *ao traslado da família* [da vítima] para a Holanda, onde seus membros receberam refúgio humanitário e asilo político”.²³⁴

Em outra sentença, a Corte IDH considerou que devem ser indenizadas “as futuras despesas médicas da vítima [de detenção arbitrária e tortura] e de seus filhos, pois [...] hav[ia] provas suficientes que dem[onstravam] [que] seus sofrimentos se originaram com a reclusão da primeira, e esse fato não foi desvirtuado pelo Estado”,²³⁵ embora pudesse ser definido como um caso de reabilitação, mais do que de indenização por danos emergentes.

Os valores em todos esses casos não foram altos e determinados regularmente por equidade, em quantias muito inferiores aos pedidos. A Corte IDH fixou também em equidade a indenização como consequência das despesas de mudança para outra cidade de uma pessoa e sua família, vítima de censura e confisco de uma publicação.²³⁶

Como em todas as medidas de reparação, a Corte IDH exige um vínculo causal para reconhecer o dano emergente sofrido pelos familiares de uma vítima. Assim, denegou a reparação por esse conceito com relação à alegada perda de várias propriedades por parte dos filhos de uma vítima de

230 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. F. 1998, § 49.

231 Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. MRC. 2009, §§ 168-172.

232 Corte IDH. *Caso Ticona Estrada vs. Bolívia*. MRC. 2008, §§ 119, 122 e 125.

233 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. RC. 1998, § 76. (grifo nosso)

234 *Ibidem*, § 77. (grifo nosso)

235 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. RC. 1998, §§ 129, inciso d).

236 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. MRC. 2005, § 243.

desaparecimento forçado como resultado dos esforços de busca e da manutenção da família afirmando que:

[...] da prova aportada pelos representantes não se depreend[ia]m elementos suficientes que [...] permit[issem] estabelecer o dano alegado e sua conexão com os fatos de desaparecimento forçado do senhor Radilla Pacheco, de modo que não e[ra] possível fixar um montante específico a respeito.²³⁷

Outra exigência comum às demais medidas de reparação é a *demonstração dos prejuízos*. Em um caso, a Corte IDH não concedeu indenização por despesas de assistência médica e psiquiátrica, devido a que os representantes não apresentaram prova sobre tal assistência, nem tampouco uma estimativa dos custos incorridos, ainda quando pela natureza e gravidade dos fatos, as violações psicológicas resultavam evidentes, concluindo que “para que a Corte possa ordenar o reembolso de despesas por danos emergentes, esses devem ser comprovados”.²³⁸ No entanto, a Corte IDH concedeu indenização pelos gastos incorridos na busca da vítima e em suas demandas por justiça sem exigir a comprovação dos gastos, com base na equidade.²³⁹

Como se pode observar, nessas sentenças, a Corte IDH empregou critérios diferentes entre vítimas de casos resolvidos na mesma época a respeito do limiar de prova sobre o dano emergente. Pareceria que o critério definido foi a exigência de prova dos tratamentos médicos ou das perdas incorridas, e sua conexão com a busca ou as consequências da violação, mas não provas específicas de gastos incorridos e seus montantes. Isso se justifica dada a natureza dos casos conhecidos pela Corte IDH. No entanto, o uso desse critério flexível, que depende da faculdade da Corte IDH de determinar os montantes em equidade, traduz-se, com frequência, na falta de harmonia suficiente entre as diferentes sentenças quanto ao tratamento exigido pela Corte IDH. Observa-se, assim, avaliações diferentes para a concessão ou não de reparação por esse critério, ou para a determinação dos montantes. Essa situação constitui uma debilidade da jurisprudência da Corte IDH, tratando-se o dano emergente de uma matéria para cuja determinação deveriam existir bases mais sólidas.

5.2.2. Reparação por perda de rendimentos

A Corte IDH reconheceu de forma invariável a obrigação de reparar os lucros cessantes, isso de forma ainda mais acentuada do que no dano emergente, mas utilizou formas muito dispares para determiná-lo. Um dos fatores frequentes para sua determinação foi a rejeição do uso de mecanismos baseados na legislação interna, como os sistemas de seguridade social dos quais a vítima era beneficiária, embora os tenha admitido em casos de certa complexidade, como a avaliação de ganhos que deixou de receber no mercado de ações. Da mesma forma, quanto ao modo de estabelecer a reparação por esse tipo de dano, distinguiu entre se o beneficiário é a vítima direta ou a sua família, mas não foi sistemática no uso desse critério. Outros aspectos que a Corte IDH considerou importantes para determinar a reparação por lucros cessantes referem-se ao grau de certeza de que as eventuais receitas não recebidas seriam produzidas, e a existência de um vínculo causal entre a violação e a perda de tais rendimentos. No entanto, como observado, os padrões empregados pela Corte IDH para decidir essas questões variaram significativamente.

5.2.2.1. Uso de mecanismos nacionais para o cálculo da reparação por perda de rendimentos

Desde suas primeiras sentenças, a Corte IDH indicou que “o desaparecimento [da vítima] não pode ser considerado morte acidental para fins de sua indenização, posto que é o resultado de atos graves imputáveis [ao Estado]”,²⁴⁰ rejeitando assim a pretensão do Estado de usar como base de cálculo

237 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009, § 368.

238 *Ibidem*, § 369.

239 *Ibidem*, § 370.

240 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989, § 46.

da indenização as normas aplicáveis à vítima em conformidade com o sistema de seguridade social a que estava sujeita. Ao contrário, a Corte IDH afirmou nesse caso que “a base para fixar o valor da indenização não pode, por conseguinte, basear-se em prestações tais como o seguro de vida, mas deve calcular-se o lucro cessante de acordo com os rendimentos que a vítima tinha por receber até seu possível falecimento natural”.²⁴¹ Esse princípio foi afirmado na grande maioria das sentenças da Corte IDH, definindo o método de cálculo da reparação por perda de rendimentos.

No entanto, em um caso de natureza muito diferente, no qual uma pessoa foi privada de sua nacionalidade para restringir seu direito à liberdade de expressão, resultando na privação do uso e gozo de sua propriedade em um canal de televisão, a Corte IDH estabeleceu que “Quanto ao ressarcimento relativo aos dividendos e aos demais benefícios que houvessem correspondido [à vítima] como acionista majoritário e funcionário desta Companhia, deverá igualmente aplicar-se o direito interno. Para tudo isso, as petições respectivas devem ser submetidas às autoridades nacionais competentes”.²⁴² Essa remissão a mecanismos nacionais para a determinação da indenização dos lucros cessantes não é frequentemente utilizada, somente em casos de alta complexidade e especificidade.

5.2.2.2. Critério para a definição dos rendimentos deixados de receber por morte ou desaparecimento

Rejeitado o uso de mecanismos nacionais, a Corte IDH definiu seu próprio critério para definir a perda de rendimentos por morte ou desaparecimento forçado. Em sua primeira sentença sobre reparação, a Corte IDH estabeleceu seu critério básico sobre essa matéria:

Quando o destinatário da indenização é a vítima acometida por incapacidade total e absoluta, a indenização deve compreender tudo o que deixou de receber com os ajustes correspondentes segundo sua expectativa provável de vida. Nesse caso, a única renda para a vítima é o que ela teria recebido como o valor desse lucro perdido e que já não receberá mais.²⁴³

Esse critério foi confirmado posteriormente dispondo que:

[...] a perda de rendimentos causada pela interrupção não voluntária da vida laboral das vítimas, deve ser quantificada a partir de certos *indicadores objetivos* (idade do falecido, expectativa de vida no país, atividade laboral das vítimas, salário recebido ou salário mínimo mensal vigente no país).²⁴⁴

Para isso, a Corte IDH geralmente desconta 25% correspondentes às despesas pessoais nas quais a pessoa teria incorrido, exceto nos casos em que a vítima sobrevivente seja afetada por incapacidade absoluta.²⁴⁵

Contudo, a jurisprudência da Corte IDH não foi inteiramente uniforme na determinação de um dos fatores que compõem o cálculo da perda de rendimentos, qual seja, a consideração das *expectativas futuras de rendimento das vítimas* para o cálculo dos lucros cessantes. Em sua primeira sentença, a Corte IDH estabeleceu que o cálculo dos lucros cessantes deveria ser feito com base nos rendimentos atuais, e não na expectativa superior de rendimentos demandados pela família quanto à qualidade de estudante da vítima e à estimativa de que, finalizados seus estudos, seus rendimentos seriam maiores. No entanto, a Corte IDH fixou uma indenização por lucro cessante baseada na equidade. O montante concedido foi a metade do solicitado pela família da vítima, e um terço do valor ao qual se chegaria seguindo a projeção dos rendimentos que a vítima teria pelo resto de sua vida laboral.²⁴⁶ Assim, embora seja difícil discernir com exatidão a fórmula de cálculo empregada pela Corte IDH, o resolvido reconhece, em

241 *Idem*.

242 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. MRC. 2001, §§ 181.

243 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989, § 47.

244 Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. RC. 2002, § 80 d). (grifo nosso)

245 *Ibidem*, §§ 88-89.

246 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989, §§ 45, 46 e 49.

parte, que os rendimentos da vítima se incrementariam além de seu salário no momento dos fatos, ainda que considerando também a incerteza quanto a esse incremento.

O reconhecimento dessa incerteza foi acatado posteriormente pela Corte IDH, pois em uma sentença posterior negou a possibilidade de incremento. Para tanto, argumentou que:

a oportunidade [*sic*] certa de melhora nos futuros rendimentos da vítima [...] dev[ia] estimar-se a partir de um prejuízo certo com suficiente fundamento para determinar a provável realização de tal prejuízo. Nas circunstâncias do [...] caso, não existiam provas suficientes para assegurar a perda de oportunidade nos termos solicitados.²⁴⁷

Assim, em vez de usar como base de cálculo do lucro cessante a estimativa dos rendimentos que uma vítima de desaparecimento forçado que era professora e, simultaneamente, estudante de sociologia, teria como profissional, utilizou o salário mínimo. De forma inexplicável, a Corte IDH tampouco adotou como base o rendimento que a vítima tinha no momento de sua detenção como professora de matemática.²⁴⁸ Porém, em outras situações, a Corte IDH presumiu que a vítima completaria seus estudos e se desempenharia em uma profissão,²⁴⁹ ou que, no caso de várias vítimas que não estavam trabalhando no momento de seu falecimento, incorporar-se-iam a setores produtivos.²⁵⁰ Da mesma forma, nos casos em que não foi possível determinar as atividades que poderiam ser realizadas pelas vítimas se não tivessem sofrido a violação de seus direitos e, tratando-se de um número massivo delas, a Corte IDH fixou montantes iguais com base na equidade.²⁵¹

Dessa forma, a Corte IDH variou no uso de critérios, dependendo das circunstâncias e do que razoavelmente se pode esperar que as partes podem demonstrar. Para tanto, utilizou considerações de equidade ou o equivalente à renda mínima vigente no país, quando não é possível precisar com certeza os rendimentos futuros. Como afirma Nash, “parece que para a Corte é evidente que uma pessoa deve ter rendimentos por uma atividade em sua fase adulta, mas no caso de reclamar danos desse tipo mais específico, esses sim devem ser demonstrados de maneira confiável”.²⁵² Não obstante, mesmo com a utilização desses critérios há imprecisão, o que se exemplifica em casos –como o indicado acima– em que não há uma explicação clara para preferir o uso do salário mínimo mesmo havendo antecedentes precisos sobre os rendimentos da vítima.

5.2.2.3. Perda de rendimentos em casos de vítimas não falecidas ou de familiares impedidos de trabalhar em consequências dos fatos

Com relação ao lucro cessante no caso de pessoas falecidas ou desaparecidas, bem como no caso dos familiares da vítima que estejam impedidos de trabalhar em decorrência dos fatos, a Corte IDH impôs outras exigências. Uma delas é determinar a relação de causalidade entre a afetação e os rendimentos deixados de receber. No entanto, a Corte IDH deu tratamento diferente de acordo com a situação analisada abaixo.

Em um caso, a Corte IDH negou-se a ordenar o pagamento de indenização à advogada irmã de uma vítima por ter deixado o seu trabalho em razão de ter assumido a defesa da irmã, embora lhe tenha outorgado o pagamento de custas.²⁵³ Em outro caso, a Corte IDH ordenou a reparação por perda de rendimentos a quatro dos familiares das vítimas de um massacre e desaparecimento forçado que “deixaram de realizar as atividades às quais se dedicavam, ao momentos dos fatos, pois dirigiram todos os seus esforços à busca de justiça”. A Corte IDH não fez uma estimativa dos rendimentos perdidos, mas fixou uma indenização em equidade, distinguindo entre aqueles que abandonaram trabalho ou expectativas

247 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. RC. 1989, § 74.

248 *Ibidem*, § 75.

249 Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. RC. 2004, § 57.

250 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*. EPMRC. 2004, §§ 288-290.

251 Corte IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. MRC. 2006, §§ 424 e 425.

252 *Idem*.

253 Nash Rojas, C., *op cit.*, p. 49.

de maior remuneração (estudos universitários ou trabalhar como professora primária), que receberam por esse critério US\$25.000, e dois que abandonaram trabalhos que implicavam menores rendimentos (lavar roupa ou trabalhar no mercado), que receberam US\$20.000.²⁵⁴

Também utilizou critérios de equidade em outros casos, levando em consideração as maiores dificuldades para apresentar provas de vítimas que reúnem a dupla condição de ser indígenas e pobres. Em um deles, a Corte IDH indenizou o lucro cessante a uma vítima e a seu esposo que “trabalha[vam]m na colheita de sua parcela de terra, [considerando que] ambos descuidaram de suas tarefas em razão dos fatos do caso”.²⁵⁵ Dadas as circunstâncias do caso, a Corte IDH prescindiu de provas concretas acerca do valor da colheita, e baseou-se no testemunho das vítimas e nos laudos que demonstraram que se dedicavam a tais tarefas e que se viram obrigados a descuidá-las como consequência direta das violações cometidas contra si.²⁵⁶

No entanto, há casos nos quais a Corte IDH rejeitou a concessão de reparação por não existir vínculo de causalidade entre a violação determinada e a perda de rendimentos. Em um deles, a Corte IDH concluiu que, não se tendo demonstrado que as ordens judiciais de proibição de saída do país derivadas de um juízo que afetou a liberdade de expressão de uma pessoa lhe causaram perda de rendimentos, não era devida a determinação do pagamento de indenização por esse critério.²⁵⁷ Em outro caso, a Corte IDH negou a concessão de reparação por lucro cessante a favor de uma pessoa condenada à morte violando a obrigação estabelecida na CADH de não estender sua aplicação, assim como sua submissão a um regime de privação de liberdade que constituiu tratamento cruel, desumano e degradante. A rejeição fundamentou-se no argumento de que não se encontrou umnexo causal entre tais violações e a falta de atividades laborais da vítima durante sua prisão.²⁵⁸

5.2.2.4. *Requisitos impostos a familiares para receber indenização por rendimentos deixados de receber pela vítima como resultado da violação*

A Corte IDH especificou, no entanto, que nem todo familiar tem direito de receber reparações pela perda dos rendimentos que a vítima deixou de receber como resultado da violação. Nessa matéria, a Corte IDH exige a existência de um *prejuízo econômico* para ser credor de reparação material.²⁵⁸

Em um caso de desaparecimento forçado, a Corte IDH não concedeu indenização por esse critério aos irmãos e aos filhos extraconjugais de uma vítima destacando que o desaparecimento não havia causado prejuízo econômico aos familiares e ao não existir prova que determinasse que a vítima contribuía com seu sustento.²⁵⁹ Não obstante, concedeu a reparação por dano moral e reconheceu os filhos como herdeiros da indenização de que era titular a vítima direta.

5.2.2.5. *Outras modalidades de perda de rendimentos*

A reparação pelo lucro cessante não se limita somente à perda de rendimentos provenientes das atividades que as vítimas desempenhavam, ou com certa certeza se estimavam que teriam desempenhado se não houvesse ocorrido a violação aos seus direitos; esse critério também inclui a perda de rendimentos pela comercialização de um livro que foi censurado em um processo violador da liberdade de expressão e das garantias judiciais, além da perda de rendimentos causada pela rescisão unilateral de um contrato de serviços que afetou a vítima como consequência da violação.²⁶⁰

Em definitivo, a Corte IDH empregou critérios bastante diversos em suas sentenças para reconhecer a indenização por perda de oportunidades ou rendimentos. Não obstante, apesar dessa diversidade,

254 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. RC. 1998, §§ 131 e 180.

255 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. MRC. 2006, § 214.

256 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, § 286.

257 *Ibidem*, § 288.

258 Corte IDH. *Caso Ricardo Canse vs. Paraguai*. MRC. 2004, § 202.

259 Corte IDH. *Caso Raxacó Reyes vs. Guatemala*. MRC. 2005, § 130.

260 Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998, § 60.

é possível identificar uma tendência geral ao reconhecimento desse direito, bem como para estabelecer modalidades de definição de indenizações por perda de rendimentos que podem orientar as decisões de tribunais nacionais e dos litigantes perante o SIDH.

5.2.3. *Reparação do dano imaterial*

A indenização do dano moral é parte do que se entende no Direito Internacional como a obrigação de reparar integralmente os prejuízos. A indenização desse tipo de dano é parte da *restitutio in integrum* que, como se explicou, deve guiar a determinação de reparações, isto é, que a *reparação não é completa se se limita exclusivamente aos danos materiais*, e que o *sofrimento e outras consequências imateriais devem ser também objeto de reparação para restituir as vítimas à situação anterior*. Assim, a Comissão de Direito Internacional entendeu que inclui os prejuízos morais estão incluídos dentro dos danos que devem ser objeto de reparação,²⁶¹ e são incluídos também nos Princípios e Diretrizes Básicos sobre o Direito à Reparação da ONU.²⁶²

A Corte IDH dispôs sobre o pagamento de indenizações por dano imaterial na maioria dos casos em que houve uma declaração de infração à CADH. A respeito da procedência da reparação desse tipo de dano –em uma de suas primeiras sentenças– a Corte IDH explicitou sua justificação, com base na gravidade das violações estabelecidas nos casos Velásquez Rodríguez e Godínez Cruz. Por sua vez, o Estado havia solicitado que, tendo reconhecido sua responsabilidade unilateralmente, e com base na jurisprudência do TEDH, tal reconhecimento de responsabilidade bastaria como reparação equitativa por todos os danos.

A respeito da solicitação da CIDH, a Corte IDH destacou, em um critério que sustentou invariavelmente desde então, “que a jurisprudência serve de orientação para estabelecer princípios nessa matéria, não podendo ser invocada como critério unívoco a ser seguido, mas que deve ser analisado em cada caso particular”.²⁶³ Com relação ao sustentado pelo Estado, resolveu que:

[...] ainda quando uma sentença condenatória, p[udesse] constituir em si mesma uma forma de reparação e satisfação moral, [caso ocorra] ou não o reconhecimento de responsabilidade por parte do Estado, no [...] caso, esta não [era] suficiente, dada a específica gravidade da violação ao direito à vida e ao *sofrimento moral* causado às vítimas e suas famílias, as quais dev[ia]m ser indenizadas conforme a equidade.²⁶⁴

No entanto, a Corte IDH evoluiu em sua interpretação sobre o que compreende esse tipo de dano, ampliando progressivamente as matérias a que se refere. Também modificou as exigências que estabelece para reconhecer as formas de sofrimento que devem ser indenizadas, presumindo, em muitos casos, a existência de danos com base na constatação das violações.

De forma progressiva, a Corte IDH reconheceu essas modalidades de dano imaterial e as dificuldades ou suposições que isso às vezes pode implicar. Em seguida será exposta brevemente a forma através da qual a Corte IDH dispôs a reparação desse tipo de danos.

261 ONU. Comissão de Direito Internacional. Responsabilidade do Estado por fatos internacionalmente ilícitos, *op cit.*, art. 31.2.

262 Princípios e diretrizes básicos sobre o direito das vítimas à reparação da ONU. Princípio 20, inciso d).

263 Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. RC. 1996, § 34.

264 *Ibidem*, § 35. (grifo nosso)

5.2.3.1. *Jurisprudência progressiva da Corte IDH sobre formas de danos imateriais*

5.2.3.1.1. *Definição sobre que tipo de sofrimento deve ser indenizado e exigências probatórias*

Em sua primeira sentença, a Corte IDH não se pronunciou sobre o sofrimento padecido pela vítima, limitando-se às “consequências psíquicas nocivas em seus familiares imediatos, [...] que foram demonstradas”.²⁶⁵

Em pouco tempo, a Corte IDH adotou um critério diferente, vinculado à estimativa do dano moral, não ao sofrimento dos familiares, mas *ao das vítimas diretas* de execução extrajudicial. Nesse caso, não exigiu prova do sofrimento, argumentando que “este resulta[va] evidente, pois e[ra] próprio da natureza humana que toda a pessoa submetida às agressões e vexames [objeto de análise da sentença] experimente[aram] um sofrimento moral. A Corte estim[ou] que não se requ[er]iam provas para chegar a ess[a] conclusão”.²⁶⁶ Assim, diante da execução extrajudicial de várias pessoas, dispôs sobre o pagamento de um montante igual para cada uma das vítimas, mas concedendo uma soma superior em um terço àquela que sobreviveu à execução e sofreu padecimentos adicionais até a sua morte, ocorrida alguns dias depois. As somas deviam ser distribuídas entre seus familiares, sem requerer a demonstração do sofrimento padecido por cada um deles.²⁶⁷

Posteriormente, a Corte IDH desenvolveu uma distinção que manteve desde então: reconheceu o dano moral ocorrido como consequência do sofrimento causado tanto à vítima como a seus familiares, e presumiu a existência desse sofrimento. Assim, a Corte IDH começou a reconhecer um *direito próprio da vítima direta a ser reparada pelo sofrimento que se presume que lhe causou uma violação grave* (morte, tortura, desaparecimento forçado, etc.), *além do direito de seus familiares diretos*, tanto pelo sofrimento do qual padeceram em decorrência da violação, como por sua qualidade de sucessores da vítima.

Uma primeira aproximação a essa postura encontra-se em um caso de desaparecimento forçado de duas pessoas. Com relação a uma delas, a Corte IDH presumiu o sofrimento de sua mãe e ao mesmo tempo a considerou titular de reparação como herdeira de seu filho.²⁶⁸ Da mesma forma, fixou indenizações por danos morais, mas consideravelmente mais baixas, para os irmãos das vítimas que não eram seus herdeiros, e com relação aos quais não havia evidências “que dem[onstrassem] uma relação afetiva com a pessoa desaparecida que [fosse] além do simples vínculo sanguíneo”.²⁶⁹ No entanto, no caso de filhos extraconjugais de uma das vítimas quanto aos quais não se demonstrou que a houvessem conhecido, a Corte IDH afirmou que, embora “eles não possam invocar um direito a ser indenizados pelo dano moral sofrido com motivo do desaparecimento de seu pai [...] e[ra] indubitável que, como herdeiros [...] lhe suced[ia]m em todo o sofrimento padecido em vida por ele”.²⁷⁰ Por isso, embora não lhes tenha concedido reparação por seu próprio sofrimento, reconheceu como herdeiros da indenização por dano moral pelo sofrimento vivido por seu pai.

Uma ampliação desses critérios é observável na seguinte sentença, no caso de uma sobrevivente de prisão arbitrária. A respeito dela, a Corte IDH manteve sua postura de presumir seu sofrimento e conceder, com base nisso uma indenização por dano moral à vítima direta. A Corte IDH presumiu também os sofrimentos padecidos pelos filhos, pais e irmão da vítima, indicando que eles não foram compensados pelo Estado. É interessante notar a diferença com relação ao caso anterior no que tange

265 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. RC. 1989, § 51. (grifo nosso)

266 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe vs. Suriname*. RC. 1993, § 52.

267 *Ibidem*, §§ 91 e 97 b).

268 Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998, § 62. Cabe precisar que o valor da indenização por dano moral foi muito superior aos valores pagos nos casos anteriores.

269 Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998, § 64.

270 *Ibidem*, § 65.

aos irmãos, destacando nesse último caso “que como membros de uma família integrada, não podiam ser indiferentes às graves aflições da [vítima]”.²⁷¹

Da comparação desses dois casos pode-se concluir que a Corte IDH *tenta fazer uma avaliação da proximidade entre os familiares e a vítima, quando se trata de irmãos ou de outros familiares de linha colateral*, para o que considera a proximidade em que viviam, se se visitavam com frequência, e o impacto posterior que o estupro teve em suas vidas. Porém, demonstrando uma inconsistência com o afirmado, ao fixar os montantes de reparação, a Corte IDH concedeu aos irmãos da vítima no último desses casos, no qual havia estabelecido seu nível de proximidade com ela, a metade do concedido aos irmãos das vítimas no caso anterior, nos quais tal proximidade não havia sido demonstrada.

No seguinte caso, a Corte IDH reafirmou a distinção entre o direito dos familiares como herdeiros da vítima a receber a indenização por dano moral pelos sofrimentos padecidos por esta, por direito próprio como familiares a receber reparação. Para tanto, presumiu o sofrimento da pessoa desaparecida e reconheceu o direito de seus herdeiros à indenização por dano moral.²⁷² Dessa forma, reconheceu o dano moral causado pelo sofrimento da família da vítima, presumindo-o em relação a seus pais.²⁷³ A respeito da irmã da vítima, a Corte IDH considerou:

demonstrado que sofreu dolorosas consequências psicológicas como resultado do desaparecimento e da morte daquele, por tratar-se de seu único irmão, porque convivia sob o mesmo teto, porque viveu em sua própria carne, com seus pais, a incerteza do paradeiro da vítima, e porque se viu obrigada a mudar-se para a Europa, onde viveu como refugiada na Holanda. Tudo isso enseja uma indenização direta por ano moral.

Assim, a Corte IDH determinou o pagamento de uma indenização de dano moral pelos sofrimentos padecidos pela vítima, a ser distribuídos entre seus pais e irmã, além de uma indenização direta por dano moral para cada um dos pais e outra para sua irmã.²⁷⁴

A Corte IDH seguiu um critério semelhante nos casos de graves violações, como execuções extrajudiciais e desaparecimentos forçados. Por exemplo, em um caso sobre a execução de crianças, dispôs sobre o pagamento de uma indenização pelo dano moral causado a cada uma das vítimas,²⁷⁵ e que foi pago também às mães e à avó de uma delas em função do dano moral sofrido por elas, assim como a seus irmãos, levando em consideração os sofrimentos comprovados pelas partes.²⁷⁶

A partir dessas sentenças, a Corte IDH incluiu como parte da indenização por dano imaterial os sofrimentos padecidos pela vítima, que presume, dada a gravidade dos fatos como a execução, o desaparecimento forçado ou a tortura; e os sofrimentos dos familiares mais próximos.²⁷⁷ A respeito disso, também cabe distinguir, presume-se o sofrimento de pais e filhos, mas aceita-se com relação a eles a possibilidade de que esse sofrimento seja contestado pelo Estado. Com relação aos irmãos, são incluídos, às vezes, nesse caso; a inclusão, como já se afirmou, depende do grau de proximidade que mantinham com a vítima. Em alguns casos, isso implicou a padronização das indenizações a cada categoria de vítima e parente,²⁷⁸ mas em outros, foram introduzidas distinções a respeito de alguns parentes próximos, tomando como consideração formas específicas de violação sofridas por alguns deles, assim como a impunidade imperante no caso, que gera na família vulnerabilidade e impossibilidade de defesa

271 Corte IDH. *Caso Loayza Tomayo vs. Peru*. RC. 1998, § 143.

272 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. RC. 1998, § 86.

273 *Ibidem*, §§ 87-88.

274 Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. RC. 1998, § 89.

275 *Ibidem*, § 90.

276 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. RC. 2001, §§ 89-92.

277 Não obstante, em alguns casos, incluindo casos referentes a massacres, o tratamento massivo prescindiu de avaliar o sofrimento particular, ou inclusive presumido, dos familiares diretos das vítimas, concedendo-se somente uma indenização por dano imaterial às vítimas diretas. Ver Corte IDH *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPMRC. 2009, §§ 291-294.

278 Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. RC. 2002, § 110.

frente ao Estado.²⁷⁹ Não obstante, embora a Corte IDH tenha justificado os motivos pelos quais concede essas reparações aos familiares próximos, não foi suficientemente precisa ao estabelecer os motivos das diferenças significativas entre os montantes fixados em alguns deles.

A Corte IDH manteve esse critério geral de presumir e indenizar o sofrimento causado nos casos que não envolvem violações da mesma gravidade ao direito à vida ou à integridade física e psíquica. A comparação de dois casos recentes, de natureza similar, permite explicar o uso desse critério, assim como suas variações.

Ambos os casos se relacionam com a destituição de juízas, tendo ambas alegado que isso lhes causou importantes danos morais, ainda que não tenham aportado maiores provas sobre tal afirmação. No entanto, o relato de uma delas foi bastante mais descritivo do tipo de sofrimento e angústia padecidos, o que, ademais, foi confirmado por um laudo médico que a Corte IDH valorou como um testemunho. Em ambos os casos, a Corte IDH afirmou sua posição de que é “próprio da natureza humana que toda a pessoa que padece de uma violação a seus Direitos Humanos experimente um sofrimento, razão pela qual o dano imaterial resulta evidente”.²⁸⁰

Isso resulta relevante, pois reconhece a existência de um sofrimento indenizável em casos que não implicam atentados graves contra a vida ou a integridade física e psíquica. Não obstante, a diferença nos sofrimentos descritos pelas vítimas, o testemunho aportado através do laudo médico e a diferença entre os montantes demandados por cada uma levaram a Corte IDH a fixar uma quantidade três vezes mais elevada à primeira que à segunda.

5.2.3.1.2. *Indenização pelo comprometimento de valores muito significativos*

A Corte IDH começou também a ampliar o conceito de reparação do dano imaterial para além do sofrimento padecido pela vítima e por seus familiares diretos. Seguramente, como consequência da gravidade de um caso, referente a torturas e execuções extrajudiciais de crianças desamparadas, a Corte IDH reconheceu que:

[...] o referido dano moral pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causadas às vítimas diretas e a seus familiares próximos, *como o comprometimento de valores muito significativos para as pessoas e outras perturbações que não são suscetíveis de mensuração pecuniária*.²⁸¹

Essa noção se vincula ao conceito geral de violações graves aos Direitos Humanos, que não podem ser equivalentes somente ao cometimento de crimes. Essas violações constituem certamente um crime, mas ao serem cometidas por funcionários públicos, a quem a sociedade encarrega o cuidado da comunidade, não só são mais graves, mas têm um impacto muito mais sério na vítima e em sua família. As negativas posteriores a investigar e as acusações falsas ou insultos e expressões de desrespeito, por parte da autoridade, explicam a necessidade de reconhecimento dessa forma de dano imaterial para além do sofrimento causado pelo crime.

5.2.3.1.3. *Alterações das condições de existência da vítima ou de sua família*

Em uma sentença posterior, a Corte IDH incluiu “as alterações de condições de existência da vítima ou de sua família”.²⁸² Para tanto, constatou os graves impactos em cada um dos membros da família de uma vítima de tortura, assim como a desintegração familiar que a detenção, a tortura e o assédio moral sofridos por vários dos membros da família acarretou. A Corte IDH avaliou assim que as violações imateriais não só se referiram aos indivíduos, mas também à sua vida.

279 Corte IDH. *Caso de Viviana Gallardo e outras*. Resolução. 1981, §§ 264-267.

280 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. EPMRC. 2009, § 176. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. EPMRC. 2011, § 190.

281 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. RC. 2001, §§ 84. (grifo nosso)

282 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. RC. 2001, § 53.

Essa modalidade de dano imaterial deriva do desenvolvimento feito pela Corte IDH sobre o dano ao projeto de vida que será estudado mais adiante.

5.2.3.2. Formas de reparar o dano imaterial

O dano imaterial é inerentemente difícil de reparar. É claro que não há nada que possa compensar a dor, devolver um ente querido morto, recuperar o tempo ou as oportunidades perdidas como consequência da privação de liberdade e de muitas outras violações aos Direitos Humanos. A compensação desses tipos de sofrimento será sempre insuficiente e de caráter paliativo, traduzindo-se na concessão de um bem que não é equivalente, para tornar mais suportável um mal incomensurável.

Por isso, a reparação monetária nesses casos é insuficiente, ainda mais diante da constatação das formas de prejuízos descritas anteriormente. Isso foi reconhecido pela Corte IDH, que concluiu que:

é uma característica comum às distintas expressões do dano moral que, não sendo possível atribuir-lhes um equivalente monetário preciso, somente podem, para os fins da reparação integral das vítimas, ser objeto de compensação, e isso de duas maneiras. Em primeiro lugar, mediante o pagamento de uma soma em dinheiro ou da entrega de bens ou serviços apreciáveis em dinheiro, que o Tribunal determine aplicando razoavelmente o arbítrio judicial e em termos de equidade. E em segundo lugar, mediante a realização de atos ou obras de alcance ou repercussão públicos, que tenham efeitos como a recuperação da memória das vítimas, o restabelecimento de sua dignidade, o consolo de seus familiares ou a transmissão de uma mensagem de reprovação oficial às violações os Direitos Humanos de que se trata e de compromisso com os esforços tendentes a que não voltem a ocorrer.²⁸³

Isso se traduziu no desenvolvimento da interessante jurisprudência da Corte IDH em matéria de *reparação* simbólica, reconhecimento da memória das vítimas e de garantias de não repetição.

Nesse primeiro caso citado, em que a Corte IDH fez o reconhecimento, acolheu a solicitação das partes e ordenou ao Estado:

[...] designar um centro educativo com um nome alusivo aos dos jovens vítimas do caso, e colocar nesse centro uma placa com [seus nomes]. Isso contribuiria para despertar a consciência para evitar a repetição de fatos lesivos como os ocorridos [...] e conservar viva a memória das vítimas.²⁸⁴

Assim, a Corte IDH reforçou uma tendência que estava incipiente em algumas sentenças anteriores, nas quais havia determinado formas de reparação do dano moral que incluíam medidas adicionais ao pagamento de somas de dinheiro e que tinham elementos simbólicos, incorporando inclusive medidas para garantir a não repetição como forma de reparar os prejuízos imateriais.

A posterior separação conceitual dessas formas de reparação, não como dano moral, mas primeiro como “outras formas de reparação” e, em seguida, como “satisfação”, contribuiu para desenvolver essa forma de entender as diferentes formas de dano que as vítimas sofrem, assim como a complementariedade de diferentes medidas para efetivamente reparar tal dano.

Respondendo à constatação sobre o comprometimento de valores significativos, a Corte IDH incluiu como fatores para determinar a indenização do dano imaterial não só a gravidade das violações cometidas e o sofrimento padecido pelas vítimas, mas também “o tratamento que [elas] receberam, o tempo transcorrido desde a violação sexual, a denegação de justiça, assim como a mudança nas condições de vida e as restantes consequências de ordem imaterial que sofreram”.²⁸⁵ A consideração desses fatores para determinar a indenização do dano imaterial não só ajuda a objetivar sua determinação,

283 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. RC. 2001, §§ 84.

284 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. RC. 2001, §§ 103.

285 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega vs. México* EPMRC. 2010, § 293.

mais além da consideração meramente subjetiva do sofrimento causado por uma violação grave, mas também constitui uma forma simbólica de reconhecimento.

Em definitivo, a Corte IDH desenvolveu uma jurisprudência interessante em matéria de dano moral, ampliando os destinatários de reparação quando existe evidência de seu sofrimento, e incorporando vários fatores para avaliar a existência desse sofrimento. Deixou para trás a mera avaliação psicológica dos beneficiários, considerando diversos fatores que permitem concluir o impacto que a violação teve em suas vidas. Finalmente, reconheceu que um dano de natureza imaterial não pode ser somente reparado mediante prestações materiais, reconhecendo o valor reparador para essa forma de dano de medidas simbólicas de reconhecimento da dignidade das vítimas que devem ser acompanhadas das medidas materiais. Esse desenvolvimento pode ser de particular relevância para tribunais nacionais, que frequentemente devem resolver também situações de dano moral, com relação aos quais critérios exclusivamente patrimonialistas podem ser insuficientes para responder às complexas dimensões do dano.

5.2.3.3. *Reparação de dano imaterial a comunidades indígenas*

Em casos referentes a comunidades e povos indígenas, a Corte IDH desenvolveu, progressivamente, um critério de inclusão do sofrimento causado aos membros da comunidade pela violação dos direitos de alguns deles. Isso se observa, particularmente, na análise que a Corte IDH realizou sobre o vínculo causal entre as violações cometidas a indivíduos e o impacto no restante da comunidade, assim como as formas de demonstração dos danos imateriais sofridos por toda a comunidade.

Em um primeiro caso desse tipo, a Corte IDH rejeitou o pagamento de uma indenização aos membros da comunidade étnica à qual pertenciam as vítimas, argumentando que os assassinatos de seus integrantes não haviam prejudicado diretamente as organizações intermediárias às quais eles pertenciam, e que “se em algum caso excepcional foi concedida uma indenização nessa hipótese, tratou-se de uma comunidade que havia sofrido um dano direto”. Não obstante, em outro caso posterior –relacionado com outra comunidade indígena– sobre a falta de delimitação de terras e o estabelecimento de uma concessão florestal em seu território, em relação à qual não foram demonstrados danos direitos, a Corte IDH concluiu que cabia uma indenização por dano imaterial.²⁸⁶ A diferença de critério pareceu corresponder à natureza do dano; a Corte IDH assumiu que o assassinato de membros de uma comunidade, mesmo com estreitos laços comunitários, não teria o mesmo impacto para seus membros que o dano cometido contra ela como sujeito coletivo de direitos em razão da falta de delimitação de suas terras.

Em casos dessa natureza, nos quais se tenta reparar os sofrimentos e o impacto das violações em um grande número de indivíduos, impõem um desafio para demonstrar os danos imateriais. Não basta poder presumir a dor, o sofrimento ou o impacto dos fatos nos membros da comunidade; a Corte IDH baseou sua avaliação nos testemunhos de algumas pessoas, considerando-os como representativos dos sofrimentos experimentados por toda a comunidade. Esses testemunhos foram utilizados para concluir formas de reparação de danos coletivos e individuais.²⁸⁷ Entre os fatores considerados pela Corte IDH foram incluídas a impunidade contínua e as dificuldades para obter justiça, “o que provoca sentimentos de humilhação, ira e impotência aos membros da comunidade, e lhes infunde medo de que os espíritos ofendidos busquem vingar-se deles [...], medo de enfrentar hostilidade novamente se regressarem a suas terras tradicionais”.²⁸⁸ Outro fator considerado foi a impossibilidade de conhecer o que ocorreu com os restos mortais de seus entes queridos (mortos antes do reconhecimento da competência contenciosa da Corte IDH por parte do Estado e, portanto, fora do objeto de seu pronunciamento), o que a Corte IDH considerou que causava profunda angústia e desespero aos membros da comunidade por não poder honrá-los e sepultá-los segundo os rituais funerários de sua tradição. Devido a isso, reconheceu que “os membros da comunidade t[inha]m medo de contrair ‘enfermidades de origem espiritual’, que em seu entendimento po[dia]m afetar a linhagem natural completa e que, por não alcançar a reconciliação,

286 Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awajitjini vs. Nicaragua*. MRC. 2001, § 167.

287 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 201. Corte IDH. *Caso da Comunidad Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005, § 193.

288 Corte IDH. *Caso da Comunidad Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005, § 195 a.

persistir[ia] por gerações”.²⁸⁹ A Corte IDH também considerou o dano emocional, espiritual, cultural e econômico causado aos integrantes da comunidade, provocado por sua dispersão e a brusca interrupção de sua conexão com seu território ancestral.²⁹⁰ Em um caso posterior, que envolvia a violação do direito de propriedade ancestral de uma comunidade indígena, assim como a violação ao direito à vida de 16 de seus membros que faleceram devido às precárias condições sanitárias a que estiveram submetidos por sua realocação, a Corte IDH reconheceu o dano imaterial causado à comunidade pelo conjunto das violações, sem fazer distinção entre o impacto das mortes e as outras violações.²⁹¹

Quanto à forma de reparação do dano moral, nesses casos, a Corte IDH também inovou. Em um deles, referente a uma comunidade indígena que, como consequência de um massacre, dispersou-se e exilou-se de seu território ancestral, a Corte IDH outorgou indenizações por dano moral a cada um dos sobreviventes da comunidade, tenham ou não sido familiares diretos das vítimas do massacre.²⁹² Parece que isso se deveu ao próprio fato da dispersão, que exigiu abordar individualmente a reparação dos danos.

Em casos sobre violações do direito de propriedade de terras indígenas de comunidades que se mantiveram unidas, mas que em algumas ocasiões envolveram o deslocamento, desenraizamento, re-locação temporal em outras terras ou em condições de vida que inclusive causaram a morte de alguns integrantes por deficiências sanitárias, a Corte IDH reconheceu a existência de um dano moral causado à comunidade. A forma de repará-lo foi mediante o estabelecimento de um fundo de desenvolvimento comunitário para a execução de projetos de infraestrutura em diversas áreas. A Corte IDH determinou que o destino do fundo seria decidido por um comitê composto por um representante da comunidade, um do Estado e um terceiro designado por ambos ou, subsidiariamente, pela Corte IDH.²⁹³

Essa modalidade de criação de fundos administrados não inteiramente pela comunidade, mas por comitês de integração mista, foi criticada por ser “uma fórmula paternalista que não coincide com a visão das comunidades como titulares de direitos”.²⁹⁴ No entanto, para se pronunciar de forma certa sobre a questão pareceu conveniente fazer uma avaliação sobre a capacidade que esses programas tiveram para melhorar as condições de vida das comunidades. Por sua vez, em um desses casos, e em um interessante reconhecimento da autoridade e competência dos líderes comunitários, a Corte IDH ordenou também a entrega de fundos a elas como compensação por danos morais a favor dos membros da comunidade que faleceram, “para que em conformidade com seus costumes e tradições, entreg[asse]m a quantia que correspond[ia] aos familiares das pessoas falecidas ou convert[esse]m o dinheiro no que decid[iss]e a comunidade, conforme seus próprios procedimentos de decisão”.²⁹⁵

A jurisprudência da Corte IDH em matéria de reconhecimento do dano moral a comunidades, como resultado de violações sofridas por toda ela ou por alguns de seus membros, constitui uma importante forma de reconhecimento do valor da vida comunitária dos povos originários. Isso, somado à participação das comunidades na definição e administração de medidas de reparação, são tendências que incorporam elementos de multiculturalismo, muito necessários para a vigência dos Direitos Humanos no Continente, e que podem contribuir notavelmente com o trabalho dos juízes nacionais.

5.2.3.4. O projeto de vida

A Corte IDH desenvolveu em sua jurisprudência um conceito a respeito do dano produzido por graves violações aos Direitos Humanos: trata-se da violação ao projeto de vida. Essa noção, de acordo com a Corte IDH, diferencia-se do lucro cessante, o qual “é possível quantificar a partir de critérios

289 *Ibidem*, § 195 b.

290 *Ibidem*, § 195 c.

291 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, §§ 199-203.

292 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005, §§ 179-181, 196.

293 Corte IDH. *Caso da Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, §§ 205-206. Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, §§ 323-324.

294 Nash Rojas, C., *op cit.*, p. 55.

295 Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, §§ 325.

indicadores mensuráveis e objetivos”; o projeto de vida é um conceito que combina elementos tanto do lucro cessante como elementos do dano imaterial ou moral.

A Corte IDH indicou que o projeto de vida “atende à realização integral da pessoa afetada, considerando sua vocação, aptidões, circunstâncias, potencialidades e aspirações, que lhe permitem fixar razoavelmente determinadas expectativas e ascender a elas [...]”.²⁹⁶ Na sentença do caso Loayza Tamayo vs. Peru, a Corte IDH continua a descrição desse critério nos seguintes termos:

O ‘projeto de vida’ se associa ao conceito de realização pessoal, que por sua vez se sustenta nas opções que o sujeito pode ter para conduzir sua vida e alcançar o destino que se propõe. A rigor, *as opções são a expressão e garantia da liberdade*. Difícilmente se poderia dizer que uma pessoa é verdadeiramente livre se carece de opções para encaminhar sua existência e levá-la à sua natural culminação. Essas opções possuem, em si mesmas, um alto valor existencial. Por isso, seu cancelamento ou comprometimento implicam a redução objetiva da liberdade e a perda de um valor que não pode ser alheio à observação dessa Corte.

No caso que se examina, não se trata de um resultado seguro, que tenha de apresentar-se necessariamente, mas de uma *situação provável –não meramente possível– dentro do natural e previsível desenvolvimento do sujeito, que acaba interrompido e contrariado por atos violadores de seus Direitos Humanos. Esses atos mudam drasticamente o curso da vida, impõem circunstâncias novas e adversas e modificam os planos e projetos que uma pessoa formula à luz das condições ordinárias em que se desenvolve sua existência e suas próprias aptidões para leva-los a cabo com probabilidades de êxito.*

Em virtude disso, é razoável afirmar que os atos violadores de direitos impedem ou obstruem seriamente a obtenção do resultado previsto e esperado, e por fim, alteram de forma substancial o desenvolvimento do indivíduo. Em outros termos, o “dano ao projeto de vida”, entendido como uma expectativa razoável e acessível no caso concreto, implica o grave comprometimento de oportunidades de desenvolvimento pessoal, de forma irreparável ou muito dificilmente reparável. Assim, a existência de uma pessoa se vê alterada por fatores alheios a ela, que lhe são impostos de maneira injusta e arbitrária, com violação às normas vigentes e da confiança que pode depositar em órgãos do poder público obrigados a protegê-la e oferecer-lhe segurança para o exercício de seus direitos e a satisfação de seus interesses legítimos.

*Por todo o exposto, é perfeitamente admissível a pretensão de que se repare, na medida possível e com os meios adequados para isso, a perda de opções por parte da vítima, causada pelo ato ilícito. Dessa forma, a reparação se aproxima mais ainda da situação desejável, que satisfaz as exigências da justiça: plena atenção aos danos causados ilicitamente ou, em outros termos, se aproxima do ideal da *restitutio in integrum*.”²⁹⁷*

No entanto, para além da argumentação feita pela Corte IDH sobre o que significa uma reparação integral que tenha a capacidade de restituir à pessoa aquela parte de sua vida perdida, é interessante notar que, na mesma sentença, a Corte IDH não ordenou sobre nenhuma forma específica de reparação por esse critério:

A Corte IDH reconhece a existência de um grave dano ao “projeto de vida” de María Elena Loayza Tamayo, derivado da violação de seus Direitos Humanos. No entanto, a evolução da jurisprudência e a doutrina até a data não permitem traduzir esse reconhecimento em termos econômicos, e por isso, o Tribunal se abstém de quantificá-lo. Adverte, não obstante, que o acesso da vítima à jurisdição internacional e o proferimento da sentença correspondente implicam um princípio de satisfação nessa ordem de considerações.

296 Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. RC. 1998, § 147. (grifo nosso)

297 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. RC. 1998, § 148-151. (grifo nosso)

A condenação que se faz em outros pontos da presente sentença acerca dos danos materiais e morais contribui para compensar a vítima, em certa medida, pelas violações sofridas por causa dos atos violadores, embora dificilmente se poderia devolver-lhe ou proporcionar-lhe as opções de realização pessoal das quais se viu injustamente privada.²⁹⁸

Em casos posteriores a Corte IDH utilizou essa noção. No entanto, em nenhum deles esse critério serviu para justificar a aplicação de medidas especiais de reparação, de maneira que surge a dúvida sobre a utilidade desse critério como uma nova categoria de dano que deve ser reparado. Como argumenta Nash, “se não tem uma [utilidade] distinta àquela que concede o dano imaterial e as medidas para enfrentá-lo, não se aprecia o valor dessa figura, exceto no momento de quantificar o dano moral, em particular, se este está restrito à dor e ao sofrimento”.²⁹⁹

Em casos posteriores a Corte IDH utilizou a noção de dano ao projeto de vida, como parte de sua avaliação dos danos imateriais, isto é, como um fator adicional aos já incluídos sob essa noção com relação ao sofrimento padecido. Nessas sentenças observam-se menções sobre os critérios utilizados pela Corte IDH para descrever essa noção, como “as expectativas de desenvolvimento pessoal, profissional e familiar” da vítima,³⁰⁰ “o comprometimento de valores muito significativos para as pessoas, assim como as alterações, de caráter não pecuniário, nas condições de existência da vítima ou de sua família”,³⁰¹ ou “a mudança nas condições de vida e as restantes consequências de ordem imaterial ou não pecuniária sofridas”.³⁰² Em outros casos, a Corte IDH citou diretamente o termo ‘projeto de vida’ ao avaliar o dano imaterial sofrido tanto pelas vítimas como por “seus familiares próximos”,³⁰³ reconhecendo esse tipo de violação para fixar indenizações por dano moral dos familiares diretos.³⁰⁴

Pode-se concluir que, embora não parecesse constituir uma categoria independente de dano a reparar, foi considerada pela Corte IDH como uma forma de enriquecer o critério de dano imaterial. Isso se traduziu na inclusão de novas considerações para determinar a indenização do dano imaterial ou, em muitos casos, para dispor novas formas de reparação, geralmente sob o critério da satisfação.

A primeira sentença em que essa noção se traduziu em uma medida concreta de reparação consistiu precisamente na concessão de uma bolsa de estudos superiores a um sobrevivente de tortura, além das indenizações ordenadas em seu favor e de alguns membros de sua família por dano material e imaterial.³⁰⁵

Em um caso posterior, a Corte IDH fez uma elaboração mais explícita desse critério, estabelecendo que a detenção e a tortura de uma pessoa impediram a realização de suas expectativas de desenvolvimento pessoal e vocacional, factíveis em condições normais, e causaram danos irreparáveis à sua vida, obrigando-o a truncar seus laços familiares e a se mudar para o exterior, em condições de solidão, penúria econômica e padecimento físico e psicológico.³⁰⁶

A Corte IDH concluiu que “est[ava] provado que a forma específica de tortura que a vítima sofreu não só dei[xou] cicatrizes físicas, mas também [diminuiu] de maneira permanente sua autoestima e sua capacidade de realizar e gozar relações afetivas íntimas”.³⁰⁷

No entanto, posteriormente a Corte IDH decidiu:

298 *Ibidem*, §§ 153-154.

299 Nash Rojas, C., *op cit.*, p. 58.

300 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. EPMRC. 2004, § 245.

301 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPMRC. 2009, § 218.

302 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. FR. 2011, § 296.

303 Corte IDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. RC. 2001, par 89.

304 Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. EPMRC. 2009, §§ 110, 114, 175, 218, 221, 222.

305 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. RC 2001, § 80.

306 Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, § 88.

307 *Idem*.

Como em outros casos, no entanto, não quantifica-lo em termos econômicos, já que a condenação que se faz[ia] em outros pontos da [...] Sentença contribu[ui] a compensar o senhor Wilson Gutiérrez Soler por seus danos materiais e imateriais. A natureza complexa e integral do dano ao 'projeto de vida' exig[ia] medidas de satisfação e garantias de não repetição que [fossem] além da esfera econômica. Sem prejuízo disso, o Tribunal estim[ou] que nenhuma forma de reparação poderia devolver-lhe ou proporcionar-lhe as opções de realização pessoal de que se viu injustamente privado o senhor Wilson Gutiérrez Soler.³⁰⁸

Dessa forma, entre as medidas de satisfação, a Corte IDH utilizou a noção de violação do projeto de vida da vítima e seus familiares ao determinar para todo eles "tratamentos psicológicos e psiquiátricos, se eles assim o deseja[sse]m".³⁰⁹ Não obstante, medidas similares de reparação foram reconhecidas em casos posteriores sem que, para justificá-las, tenha-se recorrido a essa noção.³¹⁰

Uma consequência da adoção da violação ao projeto de vida é a consideração da família da vítima, não só com relação ao seu sofrimento e à sua dor, mas com relação à violação padecida em suas relações pessoais e seus projetos de realização. Isso se observa na inclusão de medidas de satisfação enfocadas a garantir condições de vida melhores para os filhos daqueles a respeito dos quais se estabelecem medidas de reparação, entendendo que uma parte importante para a realização pessoal é constituída por assegurar a qualidade de vida dos próprios filhos, e não somente de si mesmo.³¹¹ Assim, em um caso, a Corte IDH ordenou a concessão de bolsas de estudo completas a uma vítima de estupro e à sua filha, reconhecendo que as consequências dos fatos perduravam no tempo, e que haviam gerado mudanças significativas tanto em suas vidas como em suas relações, o que afetava seu desenvolvimento pessoal.³¹²

Em outro caso, a Corte IDH reconheceu o impacto das violações nas gerações seguintes, o que se traduziu na autorização aos irmãos de uma vítima, a quem havia concedido como medida de satisfação pelo seu desaparecimento forçado, o acesso a programas de educação de adultos, a possibilidade de transmitir o benefício aos seus filhos, na forma de bolsas de estudos. Essa modalidade foi justificada pela Corte IDH como necessária "para alcançar uma reparação integral em atenção às circunstâncias particulares do caso".³¹³ A Corte IDH fundamentou sua decisão nos seguintes termos:

A Corte leva em consideração que as graves violações de Direitos Humanos como as ocorridas no [...] caso deixam sequelas de impressão duradoura nas vítimas e nos familiares diretamente afetados, que por sua vez impactam as novas gerações. Assim, o dilema que vivem as gerações presentes, afetadas diretamente pela violação de seus Direitos Humanos, transcende às gerações futuras de diversas maneiras.³¹⁴

Pode-se dizer, em conclusão, que o dano ao projeto de vida não pode ser entendido como uma categoria específica do dano que deve ser reparado de forma adicional às categorias tradicionais que derivam do direito patrimonial. No entanto, essa noção permite aprofundar nas dimensões do dano que vão além de sua compensação meramente econômica. Se a reparação é entendida como algo maior que a resposta às consequências econômicas do dano, essa noção contribui para enriquecer o conceito de dano que é particularmente aplicado às perdas pessoais. As noções que surgiram posteriormente, como o "dano à vida em relação", o "comprometimento de valores muito significativos para as pessoas e seus familiares próximos" e de "alterações das condições de existência da vítima ou de sua família", ajudam

308 Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, § 89.

309 *Ibidem*, § 101.

310 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. EPMRC. 2008, § 256.

311 Observação pessoal do autor baseada em entrevistas a vítimas durante o funcionamento da Comissão Nacional sobre Prisão Política e Tortura do Chile, constatando que uma das medidas de reparação que os entrevistados diziam preferir era a concessão de bolsas de estudos para seus filhos, mais que para eles mesmos.

312 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú vs. México*. EPMRC. 2010, § 257.

313 Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. MRC. 2005, § 146.

314 *Idem*.

a entender melhor a necessidade de superar olhares exclusivamente patrimoniais na avaliação do dano por perdas pessoais, ainda mais em casos de violações graves aos Direitos Humanos.

Entretanto, ainda não resta de todo claro o conteúdo e o alcance desses conceitos. Eles certamente constituem um esforço justificado por incluir as diversas formas de irrupção ilegítima das violações na vida das pessoas. Não obstante, a distinção entre projeto de vida e meras expectativas é algo difícil de traçar. Tais projetos parecem ser uma tendência da vida urbana e moderna de pretensão de controle sobre o próprio futuro, que tem valor subjetivo, mas que não é tão clara a ponto de constituir um direito. Uma resposta definitiva sobre essas questões requer maior desenvolvimento, devendo-se avaliar a incorporação de noções que enriqueçam a compreensão sobre os danos pessoais como consequência de violações graves aos Direitos Humanos e outras perdas pessoais, ao mesmo tempo que se cuida para não cair em tendências subjetivistas que atribuam o caráter de direito à artificial sensação de segurança e de certeza pretendida que a vida moderna confere aos planos pessoais.

6. Titulares de reparação

No início do capítulo sobre reparações nas sentenças, a Corte IDH identifica a parte lesada. Isso se baseia na identificação de quem sofreu as violações que a Corte previamente constatou. No entanto, a determinação dos titulares de reparação vai além das pessoas que sofreram diretamente as violações, compreendendo aquelas que têm direito a recebê-la – por terem sofrido prejuízos diretos ou por serem herdeiras da vítima – e logo identificar quem são essas pessoas. Isso é de grande relevância, pois a Corte IDH possui um critério mais amplo que o TEDH para determinar esta matéria.³¹⁵ Dado que nos diferentes comentários que compõem esta obra foi explicado como se determina os titulares de reparação a respeito dos diferentes tipos de danos, esta seção se limitará a apresentar os três grandes problemas que a identificação da parte lesada implica e que não foram ainda tratados.

Primeiro, na definição dos titulares de reparação, a Corte IDH adotou uma série de critérios importantes de estudar. Entre eles, está a distinção de reparação por dano imaterial com base no sofrimento causado a vítimas falecidas e o causado aos seus familiares. Segundo, também é importante insistir na definição dos familiares que têm direito a reparação. Terceiro, se examinará a oportunidade para a identificação das pessoas que podem ser consideradas como parte lesada – que, apesar de ser uma questão processual, não deixa de ter grande relevância, dada a dificuldade representada em casos de massacres ou de violações massivas de Direitos Humanos.

6.1. Titulares de reparação por sofrimento em casos de violações com resultado de morte ou desaparecimento

Como foi indicado, a Corte IDH reconhece a titularidade do direito de reparação às vítimas diretas, assim como aquelas outras pessoas – frequentemente familiares próximos –, que se presume ou tenha sido demonstrado que tenham sofrido prejuízos. Ao reconhecer o direito à reparação por direito próprio das vítimas, quando tenham falecido ou desaparecido, a Corte IDH reconhece também o direito a receber tal reparação aos seus sucessores. Assim, em casos de falecimento da vítima direta, a Corte IDH concedeu reparação pelo dano moral sofrido pela vítima direta, como consequência de seu sofrimento, assim como pelo dano material (normalmente a perda de lucros, subtraídos 25% dos gastos pessoais). Tudo isso é transferido a seus herdeiros. Por sua vez, também reconheceu os danos materiais (se forem provados), assim como o sofrimento causado aos familiares diretos. Desta forma, um familiar direto pode receber ambas: indenização e herança.

315 Para um estudo comparativo entre a jurisprudência de ambos os tribunais em relação à inclusão de familiares de vítimas diretas, ver Rubio-Marín, R. *et al.* “Repairing family members: Gross Human Rights Violations and Communities of Harm”, em Rubio-Marín, R. (ed.) *The Gender of Reparations: Unsettling sexual hierarchies while redressing Human Rights Violations*. CUP, New York, 2009.

Analisada com atenção essa solução, a mesma parece ajustada ao direito. É claro que uma pessoa sofre intensamente nos momentos prévios à sua execução. Em sentido estrito, é possível afirmar que o direito de ser reparado por esse sofrimento ingressou à esfera jurídica da vítima antes da sua morte e, por isso, a indenização por esse dano moral deverá ser transmitida a seus herdeiros. No entanto, dada a dificuldade de determinar como definir o valor das indenizações por dano moral, é difícil distinguir quanto um filho ou uma filha, por exemplo, deveria receber pelo sofrimento causado pela ausência de seu pai, e quanto como herdeiro pelo sofrimento presumido antes de ser executado. Isso pode dar a impressão de que se está indenizando duas vezes por diferentes consequências de uma mesma violação.

Conforme indicado no momento, essa distinção, que a Corte aplica para determinar sua forma de definir as reparações, pode levar a conclusões que não estão totalmente justificadas, como ao impor essa distinção a outros processos de reparação. É o caso em que a Corte estabelece o pagamento de uma indenização por dano moral aos familiares diretos das vítimas pelo sofrimento causado a eles em razão do desaparecimento de seus familiares, mas que já haviam recebido reparação administrativa. A Corte IDH justificou sua decisão assumindo que a reparação administrativa equivalia ao dano material e imaterial sofrido pela vítima direta, mas que restava o pagamento do dano moral sofrido por seus familiares.³¹⁶

Se a Corte IDH estimasse a reparação administrativa estabelecida como insuficiente, poderia ter justificado dessa forma. No entanto, impor esta distinção significou afirmar a insuficiência do programa administrativo de reparação sem justificar os fatores precisos que a levaram a concluir tal insuficiência.³¹⁷

6.2. Familiares e outras pessoas com direito à reparação

A Corte IDH tem aplicado um conceito extenso e flexível de familiares para determinar quem tem direito a reparação, incorporando desde o princípio a noção de família que melhor se adapte à cultura das vítimas – especialmente em caso de certas comunidades com identidade própria.³¹⁸ Todavia, também tem exigido a prova da dependência econômica daquelas pessoas que não são familiares diretos, incluindo a exigência de pagamentos regulares e periódicos, e que tenham obedecido a uma necessidade que era satisfeita pela ajuda econômica que provinha da vítima.³¹⁹

Apesar disso, a Corte IDH não tem se limitado, sob o conceito de familiares diretos, à existência de vínculos consanguíneos. Em caso de uma vítima de detenção ilegal, torturas e execução sumária, a Corte IDH incluiu como beneficiários de reparação por dano imaterial diversos familiares, incluindo o cônjuge da mãe sob a categoria de “pai adotivo” porque o matrimônio não havia sido provado no processo. Para tal, a Corte IDH argumentou que:

[...] os sofrimentos físicos e psicológicos sofridos pela vítima falecida como consequência da tortura e da execução extrajudicial; o enterro dos restos mortais do senhor Juan Humberto Sánchez no lugar em que foi encontrado; a detenção arbitrária do pai e as ameaças que sofreram os familiares como parte do ocorrido com a vítima, [ocasionaram] diversos sofrimentos aos membros de sua família: filhas, companheiras, pais e irmãos da vítima.³²⁰

O Estado contestou essa conclusão através de uma demanda de interpretação da sentença, alegando que só deveriam ser declarados beneficiários os familiares que tinham dependência econômica com a vítima, e rejeitando o direito do pai adotivo, assim como de companheiras permanentes e mães de filhas extramatrimoniais da vítima. A Corte IDH distinguiu dano material e imaterial, indicando que o primeiro deveria ser pago àqueles que haviam efetivamente experimentado ou que haviam sofrido

316 Corte IDH. *Caso Gomes Lund vs. Brasil*. EPMRC. 2010, § 303, 309-311.

317 Ver seção 4.7. *supra* ‘Efeito de programas administrativos e outras medidas de reparação na definição de reparações da Corte IDH’. Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. RC. 1993, § 62.

318 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. RC. 1993, § 62.

319 *Ibidem*, § 68.

320 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPMRC. 2003, § 173.

a perda de renda demonstrada no processo. Em relação ao dano imaterial, a Corte IDH afirmou que sua indenização se fundamentou em seu próprio sofrimento e não em sua qualidade de sucessores da vítima. Ademais, a respeito do conceito de família,

[...] o Tribunal levou em consideração em suas decisões as situações concretas das famílias envolvidas nos casos; e, por sua vez, a realidade que nutria o conceito de família no continente, ou seja, que ‘o termo familiares significa familiares imediatos [...] ascendentes e descendentes em linha direta, irmãos, cônjuges ou companheiros permanentes, ou aqueles determinados pela Corte no caso’. Razão pela qual dispôs as pessoas que deveriam receber uma indenização por sucessão, ou por direito próprio. Nesse sentido, os familiares de uma vítima que tenha falecido poderiam, por sua vez, sofrer danos materiais, e cabe à Corte Interamericana estabelecer uma indenização que eles possam reivindicar, de maneira fundamentada em um direito próprio, mas não necessariamente condizente com os critérios da legislação sucessória interna.³²¹

Sendo assim, para reconhecer o sofrimento do padraсто em questão, a Corte IDH considerou toda a prova que demonstrava sua proximidade com a vítima, identificando assim o sofrimento por ele sofrido.

6.3. Oportunidade e exigência de identificação dos titulares de reparação

O Regulamento da Corte IDH estabelece que as supostas vítimas devem ser identificadas nos escritos do início do processo - ou seja, no Relatório da CIDH a que se refere o artigo 50 da CADH.³²² Na aplicação da norma, a Corte IDH exigia a plena identificação das vítimas por parte da CIDH e dos representantes, “indicados no processo e no relatório [de mérito] da Comissão”.³²³ Essa postura tinha fundamentos sólidos na CADH e seu Regramento, e se baseia no direito da parte demandada de poder questionar a lista de beneficiários apresentada. Porém, a aplicação rigorosa dessa norma deu lugar a problemas na identificação de cada uma das vítimas, especialmente em casos de massacres. Para responder à eventual falta de individualização de vítimas nestes casos, a Corte IDH tem “reservado a possibilidade de determinar [...] outras formas de reparação a favor de todos os membros das comunidades afetadas pelos fatos do caso”.³²⁴ Além disso, em outro caso ela rejeitou as pretensões de quem não foi plenamente identificado,³²⁵ mas, mais adiante, reiterou a admissibilidade de um tratamento excepcional, argumentando que seria justo reconhecer:

[...] como supostas vítimas as pessoas que não foram alegadas como tal no processo, sempre e quando se tenha respeitado o direito de defesa das partes e as supostas vítimas guardem relação com os fatos descritos no processo e com as evidências apresentadas perante a Corte.³²⁶

Essa solução de natureza jurisprudencial respondia razoavelmente ao problema, mas era questionável desde a perspectiva formal. Isso foi corrigido na reforma de 2009 do Regulamento, que dispôs expressamente que:

Quando se justificar que não foi possível identificar alguma ou algumas supostas vítimas dos fatos do caso, por se tratar de casos de *violações massivas ou coletivas*, o Tribunal decidirá em sua oportunidade se as considera vítimas.³²⁷

As condições são exigentes, pois devem se tratar de violações massivas ou coletivas, e devem também ser justificadas a impossibilidade de identificar as vítimas no relatório da CIDH.

321 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. EPMRC. 2003, § 57.

322 Art. 35.1. do Regulamento.

323 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. EPFRC. 2007, § 224.

324 Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. R. 2004, § 62. A Corte IDH ordenou reparações simbólicas e materiais individuais por meio de serviços de compensação e saúde e habitação, além de um programa de desenvolvimento em favor de toda a comunidade. *Ibidem*, § 109-111.

325 Corte IDH. *Caso do Instituto de Reeducação do Menor*. EPFRC. 2004, § 273.

326 Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2006, § 91.

327 Art. 35.2. do Regulamento. (grifo nosso)

Embora pareça justificável essa flexibilidade, é necessário advertir sobre as sérias consequências que a adoção de critérios flexíveis nesta matéria pode ter para o prestígio do SIDH. Conhecendo outro caso de massacre, que além disso deu lugar a um deslocamento massivo-, as condições que a CIDH e a Corte IDH tinham para determinar com precisão a identidade das vítimas eram limitadas. O relatório da CIDH só identificava algumas delas. Portanto, a Corte IDH aceitou, durante o curso do processo, novas vítimas, entre elas algumas identificadas pelo próprio Estado.³²⁸ Seis anos depois, descobriu-se que ao menos duas das vítimas identificadas posteriormente não deveriam sê-lo. O debate questionou a credibilidade da CIDH e da Corte IDH, mas a conclusão mais óbvia foi a incapacidade do Estado de promover um recurso efetivo e rápido diante de um massacre, e os problemas para, inclusive, determinar a identidade das vítimas.

Uma sentença recente explica o delicado equilíbrio que a Corte IDH deve manter nesta questão. Nela se reconhece que a individualização da parte lesada nos documentos iniciais do processo constitui uma condição básica de “segurança jurídica, [que] exige, como *regra geral*, que todas as supostas vítimas estejam devidamente identificadas em ambos os documentos, não sendo possível adicionar novas supostas vítimas no processo”.³²⁹ Trata-se de uma regra geral, não absoluta, mas cujas exceções devem ser devidamente justificadas e limitadas às condições estritas que estabelecem o novo Regulamento. Dessa forma, em situações de massificação em que a individualização das vítimas é incompleta, a Corte IDH concedeu prazos de dois anos para aqueles que não foram devidamente identificados; este prazo está limitado à possibilidade de precisar seus nomes, e não de agregar novas vítimas.³³⁰

7. Condenação de custas

A condenação ao pagamento de custas não está expressamente incluída no artigo 63.1 da CADH. Essa condenação é fruto da elaboração jurisprudencial da Corte IDH, sendo também incorporada em seus sucessivos Regulamentos. Este esforço por reconhecer para além do texto convencional revela sua importância. Como disse um juiz da Corte IDH, a possibilidade de condenar ao pagamento de custas tem a ver com o problema do acesso à justiça. De nada serviria um sistema muito elaborado de recursos e garantias nos tribunais se os particulares se vissem impedidos de chegar até ele, de maneira efetiva, por carecer dos recursos necessários para tal fim.³³¹

Por isso, é importante revisar a forma com que a Corte IDH tem entendido este direito, os elementos que têm considerado para determinar as custas e os requisitos exigidos.

Desde suas sentenças iniciais, a Corte IDH tem aceitado que se pode determinar a condenação ao Estado por pagamento das custas, mas em todas elas rejeitou o pedido por diferentes motivos. Na primeira delas, não houve condenação de custas, não porque o pedido não fosse procedente, mas sim porque o pedido não foi apresentado no momento correspondente – ou seja, junto com o escrito inicial.³³² Posteriormente, em um caso em que o pedido de condenação de despesas foi apresentado pela CIDH, esta pediu que fosse incluído como custas o reembolso de seus gastos de operação em relação ao caso, assim como suas gestões perante o Estado acusado. A Corte IDH especificou que isso não poderia prosperar, uma vez que os custos de seu funcionamento, tanto da própria Corte IDH como da CIDH, são financiados como parte do orçamento da OEA (a Corte IDH rejeitou incluir, na condenação, os gastos de viagem da Secretária Adjunta da Corte IDH ao país em questão).³³³ Além disso, a Corte IDH condenou o Estado ao reembolso dos “gastos incorridos pelas famílias em razão do desaparecimento

328 Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, § 252-261.

329 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai*. MRC. 2011, § 42. (grifo nosso)

330 Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. EPMRC. 2010, § 252.

331 García Ramírez, S., op. cit., p. 60.

332 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. M. 1988, § 193.

333 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. RC. 1993, § 113-114.

das vítimas, [os quais] foram determinados a partir dos valores reivindicados pela Comissão”.³³⁴ Esses gastos não se referiam exclusivamente às despesas do litígio internacional, de modo que sua natureza é confusa. Isso se deve ao fato de que, no processo, os familiares das vítimas não atuaram por conta própria, e sim por meio da CIDH.

Em outro dos casos iniciais, a CIDH solicitou a condenação de custas “incluindo os honorários razoáveis do advogado da vítima”.³³⁵ O Estado, por sua vez, solicitou a condenação de custas aos demandantes.³³⁶ A Corte IDH, finalmente, rejeitou a solicitação de condenar ao pagamento de custas em razão de que “a responsabilidade de Suriname e[ra] inferida”.³³⁷ A análise que sustenta a decisão da Corte IDH é a de que, embora tenha sido identificado que a vítima havia sido detida ilegalmente, não se estabeleceu que sua morte, por asfixia, era responsabilidade direta do Estado. No mesmo caso, a indenização fixada foi de caráter nominal.

Em casos posteriores, a Corte IDH reiterou sua jurisprudência com relação aos gastos de operação da CIDH, mas concedeu uma indenização em equidade aos familiares por gastos incorridos em suas distintas gestões realizadas no país, mesmo quando não haviam apresentado prova do montante.³³⁸

O primeiro caso em que houve uma condenação de custas se refere a uma sentença de 1998. Nesse processo, os advogados das vítimas solicitaram a condenação alegando as despesas incorridas no litígio, ao que o Estado não se opôs. Sobre sua procedência, a Corte IDH assinalou:

As custas constituem uma matéria a se considerar dentro do conceito de reparação a que se refere o artigo 63.1 da Convenção, visto que derivam naturalmente da atividade realizada pela vítima, seus titulares de direito ou seus representantes para obter a resolução jurisdicional em que se reconheça a violação cometida e se determinem suas consequências jurídicas. Dito de outra maneira, a atividade desempenhada pelos representantes para acessar a justiça que a Convenção prevê implica ou pode implicar desembolsos e compromissos de caráter econômico que devem ser compensados à vítima quando se profere uma sentença condenatória.³³⁹

Na mesma decisão, a Corte IDH especificou o que deveria ser compreendido por custas, incluindo “honorários [...] àqueles que provêm assistência jurídica”, especificando que se trata de “gastos necessários e razoáveis, segundo as particularidades do caso e efetivamente realizados ou causados por responsabilidade da vítima ou de seus representantes”.³⁴⁰ Estes incluem gastos incorridos tanto na etapa de acesso à justiça em nível nacional (que foram os incluídos pela Corte IDH em suas sentenças anteriores, ainda que denominados como indenização por gastos incorridos em suas gestões no país), e os gastos incorridos no procedimento no âmbito internacional. Esta última compreende suas duas instâncias: a CIDH e a Corte IDH.³⁴¹ A Corte IDH justifica a condenação de custas no reconhecimento do direito dos representantes das vítimas ou de seus familiares de apresentar seus próprios argumentos e provas, em virtude do Regulamento,³⁴² “o que abre a possibilidade de gastos associados com a referida representação.”³⁴³

Para sua determinação, a Corte IDH rejeitou utilizar como parâmetro uma proporção do montante da indenização obtida e considerou, em troca, o montante de custas que tinham sido oportunamente comprovadas, “as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição de proteção dos Direitos

334 *Ibidem*, § 94. (grifo nosso)

335 Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Suriname*. MCR. 1994, § 18.

336 *Ibidem*, § 19.

337 *Ibidem*, § 71, com relação ao parágrafo 62.

338 Corte IDH. *Caso Neira Alegria e outros vs. Peru*. RC. 1996, § 42.

339 Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998, § 79.

340 *Ibidem*, § 80. (grifo nosso)

341 *Ibidem*, § 81.

342 Artigo 23 do Regulamento de 1996, vigente no momento em que a Corte IDH ditou a sentença, direito que foi ampliado posteriormente de acordo com o artigo 25 do atual Regulamento.

343 Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. RC. 1998, § 81.

Humanos e as características do respectivo procedimento”.³⁴⁴ Com base nisso, a Corte IDH fixou um montante em equidade. Este raciocínio tem sido seguido pela Corte IDH em seus casos posteriores.

É possível resumir os critérios estabelecidos pela Corte IDH em matéria de condenação de custas nos seguintes pontos: 1. a condenação de despesas deve ser solicitada pelas partes no início do litígio, ou seja, na petição de solicitações e argumentos do litígio, sem prejuízo de que tais pretensões sejam atualizadas num momento posterior;³⁴⁵ 2. devem ser comprovados os gastos cujo reembolso se solicita, mas também deve-se apresentar “uma argumentação que relacione a prova com o fato que se considera representado, e que, ao se tratar de supostos desembolsos econômicos, sejam claramente estabelecidos os itens e as justificativas dos mesmos”;³⁴⁶ 3. não basta solicitar qualquer montante acordado entre as partes e seus representantes sem que a Corte IDH analise que o *quantum* seja razoável;³⁴⁷ 4. sem prejuízo dos gastos alegados ou comprovados, a Corte IDH frequentemente define o montante das despesas com base na equidade, considerando as dificuldades probatórias que podem representar certificar todos os gastos incorridos, mas também exigindo um critério de razoabilidade; 5. devem se referir diretamente às despesas incorridas por suas atuações na jurisdição interna ou internacional, devendo ter relação direta com o litígio;³⁴⁸ 6. é uma matéria disponível, na qual a falta de oposição do Estado gera efeitos, e que também pode ser renunciada;³⁴⁹ e 7. frequentemente são pagas à parte lesada, para que esta pague a quem a representou. No entanto, há casos em que a Corte IDH exige o pagamento diretamente aos representantes, para facilitar o processo, especialmente quando se trata da existência de muitas vítimas.³⁵⁰

Finalmente, cabe ressaltar que as condenações de custas têm sido objeto das mesmas formas de proteção da integridade dos montantes que a Corte IDH determina pelo conceito de indenização.

8. Medidas provisórias

O segundo parágrafo do artigo 63 outorga à Corte IDH o poder de adotar medidas provisórias para evitar danos irreparáveis às pessoas. O exercício deste poder está limitado a situações de extrema gravidade e urgência, seja em relação aos casos que estejam em conhecimento atual da Corte IDH ou em relação aos pedidos que a CIDH lhe apresente. São três requisitos cumulativos exigidos pela norma e que a Corte IDH tem sustentado de forma invariável em sua jurisprudência: 1. extrema gravidade, 2. urgência, e 3. que se trate de evitar danos irreparáveis às pessoas.

Essas três condições são coexistentes e devem estar presentes em toda situação em que se solicite a intervenção da Corte IDH. Do mesmo modo, as três condições descritas devem persistir para que a Corte Interamericana mantenha a proteção ordenada.³⁵¹ Trata-se de uma faculdade que, se bem limitada a circunstâncias estritas, oferece significativas possibilidades para a proteção dos Direitos Humanos.

8.1. Natureza desta faculdade e características como potencial medida tutelar de Direitos Humanos

A Corte IDH afirmou que as medidas provisórias ou cautelares por ela ordenadas vão além do propósito das medidas provisórias nos sistemas jurídicos internos, referidas para “preservar os direitos

344 *Ibidem*, § 82.

345 Corte IDH. *Caso Chaparrazo Álvarez e Lapo Ñíguez vs. Equador*. EPMRC. 2007, § 275.

346 *Ibidem*, § 277.

347 *Ibidem*, § 280.

348 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. EPMRC. 2009, § 382. Nas últimas sentenças, a Corte IDH reservou o direito de dispor do pagamento de custas nas quais as partes devem recorrer na etapa de supervisão de cumprimento da sentença. *Ver* Corte IDH. *Caso Torres Millacura e outros vs. Argentina*. MRC. 2011, § 200.

349 Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Peru*. MRC. 2005, § 117-118.

350 Corte IDH. *Caso do Massacre de Mapiripán vs. Colômbia*. [Mérito, Reparações e Custas] 2005, § 324-325.

351 Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”)*. Medidas provisórias em relação ao México. Resolução de 30 de junho de 2011, considerando 10. (grifo nosso)

das partes em controvérsia e assegurar que a sentença de mérito não seja prejudicada por suas ações *pendente lite*".³⁵² Assim, a Corte IDH afirmou que:

[...] no Direito Internacional dos Direitos Humanos, as medidas provisórias têm um caráter não somente cautelar, no sentido de que preservam uma situação jurídica, mas também fundamentalmente tutelar, dado que protegem Direitos Humanos na medida em que buscam evitar danos irreparáveis às pessoas. Sempre e quando se reúnam os requisitos básicos de extrema gravidade e urgência e de prevenção de danos irreparáveis às pessoas, as medidas provisórias se transformam em uma verdadeira garantia jurisdicional de caráter preventivo.³⁵³

Posteriormente, especificou estes conceitos ao distinguir medidas cautelares de tutelares.

O caráter cautelar das medidas provisórias está vinculado ao marco dos contenciosos internacionais. Sendo assim, essas medidas têm por objetivo e fim preservar os direitos em possível risco enquanto não se resolve a controvérsia. Seu objetivo e fim são assegurar a integridade e a efetividade da decisão de mérito e, dessa maneira, evitar que os direitos sejam infringidos, situação que poderia ser inofensiva ou desvirtuar o efeito útil da decisão final. As medidas provisórias permitem, assim, que o Estado em questão possa cumprir a decisão final e, quando apropriado, proceder às reparações ordenadas. Quanto ao *caráter tutelar* das medidas provisórias, esta Corte apontou que estas se transformam em uma verdadeira garantia jurisdicional de caráter preventivo, dado que protegem Direitos Humanos na medida em que buscam evitar danos irreparáveis às pessoas.³⁵⁴

Também considerou que a obrigação de dispor de medidas de proteção é resultado da obrigação *erga omnes* dos Estados de proteger a todas as pessoas que se encontrem sob sua jurisdição "não só em relação ao poder do Estado, mas também em relação a atuações de terceiros particulares, inclusive de grupos armados irregulares de qualquer natureza".³⁵⁵

Não deve escapar da atenção as potencialidades das faculdades de caráter tutelar destas atribuições, particularmente quando são exercidas em casos que não estão sendo conhecidos pela Corte IDH como parte de sua jurisdição contenciosa. Essa faculdade constitui um mecanismo de proteção de Direitos Humanos - como os que estabelecem órgãos de tratados no caso do sistema ONU - mas que pode dar lugar a decisões obrigatórias para os Estados.

De fato, essa faculdade - que ainda não foi suficientemente desenvolvida - pode ter um impacto maior na validade dos Direitos Humanos no continente do que a própria jurisprudência contenciosa da Corte IDH. A rapidez de suas decisões, sua natureza vinculante e a capacidade para fazer o acompanhamento de seu cumprimento, fazem dela um mecanismo de tutela muito poderoso. Chama a atenção sua limitada difusão e aplicação.

352 Corte IDH. *Caso do Centro Penitenciário Região Capital Yare I e Yare II (Prisão de Yare)*. Pedido de medidas provisórias apresentada pela CIDH em relação à República Bolivariana de Venezuela. Resolução de 30 de março de 2006, considerando 4.

353 Corte IDH. *Caso do Centro Penitenciário Região Capital Yare I e Yare II (Prisão de Yare)*. Pedido de medidas provisórias apresentadas pela CIDH com relação à República Bolivariana da Venezuela. Resolução de 30 de março de 2006, considerando 5. (grifo nosso)

354 Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros*. Medidas provisórias. Resolução de 6 de julho de 2009, considerando 16. (grifo nosso)

355 Corte IDH. *Caso da Comunidade de Paz de San José de Apartadó*. Medidas provisórias solicitadas pela CIDH em relação à Colômbia. Resolução de 18 de junho de 2002, considerando o parágrafo 11. *Ver* também a opinião do juiz Cançado Trindade sobre o surgimento de um direito à assistência humanitária e o caráter *erga omnes* desta obrigação do Estado, na Corte IDH. *Caso da Comunidade de Paz de San José de Apartadó*. Medidas provisórias solicitadas pela CIDH em relação à Colômbia. Resolução de 15 de março de 2005, voto concordante, bem como seus outros votos concordantes em decisões relacionadas a este mesmo caso.

8.2. Oportunidade e órgãos competentes

Essas medidas podem ser decididas em qualquer fase do procedimento, podendo a Corte IDH ordená-las de ofício. Também podem ser solicitadas em casos que ainda não são de conhecimento da Corte IDH, a pedido da CIDH.³⁵⁶ Elas podem ser decididas pela Corte IDH ou por seu presidente, caso a Corte não esteja reunida.³⁵⁷ Precisamente, a primeira delas foi decretada pelo presidente da Corte IDH, a pedido da CIDH, em razão de ameaças sofridas por testemunhas num caso que tramitava perante a CIDH, bem como pela vida de uma das vítimas e de um jornalista vinculado a ela. Em sua resolução, a Corte IDH requereu que do governo do respectivo país a adoção, sem demora, de quantas medidas fossem necessárias para a proteção dos direitos à vida e à integridade pessoal das pessoas ameaçadas, “em estrito cumprimento da obrigação de respeito e garantia dos Direitos Humanos [contraídas] em virtude do artigo 1.1 da Convenção”.³⁵⁸ A resolução do presidente convocou a Corte IDH a realizar uma sessão dois meses depois a fim de conhecer o pedido e a medida adotada, e convocou ao Estado e à CIDH para uma audiência pública sobre a matéria. Durante a audiência, a Corte IDH ouviu a CIDH e o Estado e, por este não ter implementado qualquer medida útil de proteção, concedeu um prazo de 30 dias para cumprimento do ordenado pelo presidente.³⁵⁹ Após seis meses, a Corte IDH avaliou a situação - com base em relatórios do Estado e da CIDH - e ordenou a continuação e a expansão das medidas de proteção. A Corte IDH especificou que sua jurisdição:

[...] limita-se a ‘casos de extrema gravidade e urgência, e quando se faça necessário evitar danos irreparáveis a pessoas ...’, em um caso ainda não submetido à Corte, uma vez que o Estado tenha adotado as medidas provisórias e, a menos que existam circunstâncias sérias do contrário, esta deve devolver o processo à Comissão. Contudo, esta decisão não inibe a Comissão, se a gravidade e a urgência do caso exigirem, de solicitar à Corte, a qualquer momento, a aplicação do artigo 63.2.³⁶⁰

Com o passar do tempo, a Corte IDH reduziu seus tempos de resposta. Em um caso, o presidente se pronunciou 20 dias após o envio do pedido da CIDH, e as medidas adotadas tiveram os prazos indicados. Mais recentemente, a primeira medida do presidente foi emitida dois dias depois de apresentado o pedido da CIDH; neste caso exigiu ao Estado que protegesse imediatamente as pessoas ameaçadas, que informasse sobre elas à CIDH em 15 dias, que os beneficiários informassem após sete dias de serem notificados do relatório do Estado, que a CIDH apresentasse um relatório à Corte IDH após cinco dias da notificação do relatório do Estado, e que este iniciasse um processo de relatórios periódicos. Ao invés de convocar a Corte IDH para uma sessão extraordinária, também ordenou que a Resolução fosse considerada pelos demais integrantes no próximo período ordinário de sessões.³⁶¹

Para fins de economia processual, a Corte IDH também ordenou a acumulação de situações que verssem sobre a mesma natureza e com relação ao mesmo país.³⁶² No entanto, em um caso em que houve essa acumulação, esclareceu que não implicava na atribuição de faculdades para se pronunciar sobre as

356 A CIDH solicita à Corte IDH que imponha medidas provisórias na ausência da implementação pelo Estado daquelas solicitadas pela CIDH e na persistência de uma situação de extrema gravidade e urgência;

357 A matéria é regulamentada pelo artigo 27 do Regulamento da Corte IDH.

358 Corte IDH. *Caso Bustíos-Rojas*. Medidas provisórias solicitadas pela CIDH a respeito do Peru. Resolução do Presidente da Corte IDH de 5 de junho de 1990.

359 Corte IDH. *Caso Bustíos-Rojas*. Medidas provisórias solicitadas pela CIDH em relação ao Peru. Resolução do Presidente da Corte IDH de 8 de agosto de 1990. É importante observar que a Corte IDH chama “medidas urgentes” àquelas que seu presidente emite provisoriamente quando a Corte IDH não está em sessão, e “medidas provisórias” àquelas determinadas quando a Corte IDH atua de maneira colegiada.

360 Corte IDH. *Caso Bustíos-Rojas*. Medidas provisórias solicitadas pela CIDH em relação ao Peru. Resolução do Presidente da Corte IDH de 17 de janeiro de 1991, considerando a cláusula 4.

361 Corte IDH. *Matéria Adrián Meléndez e outros*. Medidas urgentes em relação a El Salvador. Resolução do Presidente da Corte IDH de 23 de março de 2007, pontos resolutivos.

362 Corte IDH. *Matéria Centro Penitenciário de Aragua “Prisão de Tocarón”*. Medidas provisórias em relação a Venezuela. Resolução de 15 de maio de 2011, parágrafo dispositivo 1.

condições gerais de política penitenciária no país ou sobre as condições de reclusão em locais diferentes daqueles específicos aos quais se referiam os relatórios da CIDH que lhe outorgavam competência.³⁶³

8.3. Avaliação do cumprimento dos requisitos

A avaliação das circunstâncias exigidas pelo artigo 63.2 da CADH para dispor medidas provisórias deve ser feita precisamente em relação a cada uma das pessoas para quem a proteção é solicitada. Não obstante, isso não significa desconhecer o contexto geral que afeta “o beneficiário ou o coloca em posição de vulnerabilidade em um determinado momento”.³⁶⁴ A respeito dessa avaliação do contexto geral de ameaças, a Corte IDH declarou que:

[...] pode haver um conjunto de fatores ou circunstâncias que revelem graves agressões contra um grupo de pessoas em particular, o que coloca essas pessoas em uma situação de extrema gravidade e urgência de sofrer danos irreparáveis. Nesta situação extrema, por exemplo, uma série de ataques graves contra o grupo ao qual o beneficiário pertence permite deduzir razoavelmente que ele também será atacado, podendo, assim, justificar a concessão de medidas provisórias mesmo sem uma ameaça direta recente a esse beneficiário.³⁶⁵

Os requisitos para a adoção de medidas provisórias não variam entre casos contenciosos que a Corte IDH está conhecendo, ou casos apresentados pela CIDH que a Corte IDH ainda não está conhecendo, o que varia é a avaliação da existência de tais riscos. Em casos contenciosos - nos quais geralmente são solicitadas medidas para a proteção de testemunhas em juízo - existe um contexto que facilita a determinação de que, por exemplo, a entrada à residência de algumas das testemunhas, somada à identificação de seus nomes por um estação de rádio e a presença de agentes de inteligência no local onde se tomavam os testemunhos, justificou a adoção de medidas provisórias.³⁶⁶

O acúmulo de antecedentes necessários para que a Corte IDH tenha por estabelecido a existência das condições que justificam essas medidas em casos que não está conhecendo, são claramente maiores. Além disso, os pedidos devem, nesses casos, ser avaliados pela CIDH, enquanto, na primeira hipótese, podem ser apresentados diretamente pelas partes, o que implica diferença em matéria de acesso entre elas.

Por meio de sua jurisprudência recente, a Corte IDH detalhou os critérios exigidos para determinar o cumprimento dos requisitos para dispor dessas medidas em matérias que não correspondam a um caso contencioso. Nesse sentido, a Corte IDH indicou que:

[...] em vista do caráter tutelar das medidas provisórias, excepcionalmente, é possível que as ordene mesmo quando não exista propriamente um caso contencioso no Sistema Interamericano, em situações que, *prima facie*, possam ter como resultado uma violação grave e urgente dos Direitos Humanos. Para isso, é necessário fazer uma avaliação do problema abordado, da eficácia das ações estatais frente a situação descrita e do grau de falta de proteção em que as pessoas ficariam caso as medidas não sejam adotadas. Para atingir esse objetivo, é necessário que a Comissão Interamericana apresente uma fundamentação suficiente que inclua os critérios mencionados e que o Estado não demonstre de maneira clara e suficiente a efetividade de determinadas medidas que tenha adotado no âmbito interno.³⁶⁷

363 Corte IDH. *Assuntos de Determinados Centros Penitenciários da Venezuela*. Resolução de 6 de julho de 2011, considerando 5.

364 Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros*. Medidas Provisórias. Resolução de 6 de julho de 2009, considerando 26.

365 *Ibidem*, considerando 27.

366 Corte IDH. *Caso do “Massacre de Mapiripán”*. Medidas provisórias em relação à Colômbia. Resolução de 27 de junho de 2005, considerando a cláusula 6, em relação ao inciso 3.

367 Corte IDH. *Assunto do Centro Penitenciário de Aragua “Prisão de Tocarón”*. Medidas provisórias em relação à Venezuela. Resolução de 24 de novembro de 2010, considerando 7.

Na sentença deste trecho citado, a Corte IDH ponderou que as medidas adotadas pelo Estado para proteger todos os detentos de uma prisão onde ocorreram repetidos atos de violência, causando a morte de vários deles, “não teria[m] impedido que continuasse[m] ocorrendo casos de violência”,³⁶⁸ resolvendo ratificar a decisão do Presidente da Corte IDH quando ordenou medidas urgentes. Acrescentou também um requisito que tem sido regularmente incorporado neste tipo de resolução: que se organizem e se implementem com a participação dos beneficiários e que, em geral, eles sejam informados sobre o andamento de sua execução.³⁶⁹

8.4. Prova dos fatos para outorgar, ampliar e levantar as medidas provisórias

Em matéria de prova dos fatos que dão lugar à situação de ameaça, a Corte IDH indicou, após avaliar as circunstâncias do caso, que as afirmações da CIDH sobre os fatos eram suficientes para outorgar *prima facie*, a essa situação, as características de extrema gravidade e urgência que justificam que a Corte IDH adote as medidas provisórias que considerar pertinentes, a fim de evitar danos irreparáveis às pessoas a favor de quem são solicitadas.³⁷⁰ No entanto, advertiu que sua adoção não implica uma decisão sobre o mérito da controvérsia.³⁷¹

Da mesma forma, para sua manutenção, a Corte IDH declarou que:

Devido à sua competência, a Corte deve considerar, no âmbito de medidas provisórias, apenas argumentos estrita e diretamente relacionados à extrema gravidade, urgência e necessidade de evitar danos irreparáveis às pessoas. Assim, para decidir se as medidas provisórias permanecem em vigor, o Tribunal deve analisar se a situação de extrema gravidade e urgência que determinou sua adoção persiste ou se novas circunstâncias igualmente graves e urgentes justificam sua manutenção. Qualquer outra matéria só pode ser levada ao conhecimento da Corte através dos casos contenciosos correspondentes.³⁷²

Um dos problemas que a jurisprudência da Corte IDH tem nessa matéria é que não está claro quem tem o ônus da prova para a manutenção de medidas provisórias. A Corte IDH indicou que essa avaliação envolve os requerentes que apresentam provas sobre a persistência da ameaça e, se o Estado solicitar o levantamento das medidas, este deverá provar a mudança de circunstâncias.³⁷³ Na mesma resolução, estabeleceu que:

[...] diante do transcurso de certo período de tempo sem a ocorrência de ameaças, o Tribunal deve analisar as causas pelas quais essas ameaças não ocorrem mais para determinar se a manutenção das medidas provisórias é apropriada, sem perder de vista o caráter essencialmente provisório e temporário que [...] devem ter.³⁷⁴

O critério não está suficientemente estabelecido. Sendo medidas extraordinárias, devia-se presumir a não subsistência dos fatos. No entanto, na ausência de mudanças gerais dos padrões de violência e impunidade existentes, é injusto impor um ônus excessivo de prova aos requerentes. Assim, no caso em que as medidas foram renovadas por catorze anos e na ausência de ameaças por um determinado período de tempo, a Corte IDH solicitou ao Estado que fizesse uma avaliação individual do risco a que cada pessoa estava sujeita, e planos de contingência na eventual materialização desses riscos, indicando

368 *Ibidem*, considerando 10.

369 *Ibidem*, ponto decisivo 2.

370 Corte IDH. *Caso Caballero Delgado e Santana*. Medidas provisórias solicitadas pela CIDH em relação à Colômbia. Resolução de 7 de dezembro de 1994, considerando 3.

371 Corte IDH. *Caso Comunidades Jiguamiandó e Curbaradó*. Medidas provisórias em relação à Colômbia. Resolução de 17 de novembro de 2004, considerando 5.

372 Corte IDH. *Caso Caballero Delgado e Santana*. Medidas provisórias em relação à Colômbia. Resolução de 3 de fevereiro de 2010, considerando 11.

373 Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros*. Medidas provisórias. Resolução de 6 de julho de 2009, considerando 18.

374 *Ibidem*, considerando 19.

que, com base no referido relatório, e depois de ouvir a CIDH e os representantes, se pronunciaria sobre o levantamento das medidas.³⁷⁵

Contudo, mesmo no caso de suspensão das medidas, a obrigação geral de garantia do Estado permanece, além das medidas específicas decretadas ou revogadas. Os Estados são obrigados a fornecer proteção às pessoas sujeitas à sua jurisdição, e seus tribunais a ordenar as medidas que considerem necessárias para cumprir essa obrigação. Os Estados também são responsáveis pelas violações cometidas como resultado do não cumprimento desta obrigação.³⁷⁶

8.5. Conteúdo das medidas provisórias adotadas

As medidas que a Corte IDH determinou nesses casos são genéricas, sem incorrer em muitos detalhes sobre seu conteúdo. Elas não são prescritivas, mas referem-se, em geral, à adoção de “medidas que sejam necessárias e eficazes para evitar”³⁷⁷ o perigo iminente que se teme, ou “que adote, sem demora, quantas medidas forem necessárias para assegurar efetivamente a vida e a integridade pessoal” daqueles que se encontram em situação de risco comprovada.³⁷⁸ No entanto, essa generalidade não implica deixar de referir-se aos riscos específicos que a Corte IDH constatou.

Em resoluções referentes a casos que estavam sob o conhecimento da Corte IDH, esta solicitou aos Estados que apresentassem relatórios periódicos sobre o cumprimento das medidas provisórias ordenadas e que a CIDH apresentasse suas observações sobre os referidos relatórios.³⁷⁹ Esses processos de supervisão também são frequentes em assuntos conhecidos pela Corte IDH a pedido da CIDH. Eles se traduzem na exigência de relatórios periódicos que os Estados devem preparar sobre o cumprimento das medidas adotadas e das condições de ameaça em que as pessoas protegidas se encontram. A CIDH, por sua vez, elabora seus próprios relatórios para permitir à Corte Interamericana decidir sobre a manutenção, a suspensão ou a ampliação das medidas.

Esses processos de supervisão geralmente incluem tanto a existência de condições de risco quanto a investigação das ameaças que deram origem às medidas provisórias. Nesse caso, as medidas de proteção foram mantidas por quase 10 anos, o que não é excepcional. Elas estiveram em vigor até a CIDH avaliar, com a participação dos indivíduos sujeitos a proteção, a inexistência de situação de risco especial, embora a investigação das ameaças não tenha produzido resultados. Dada a natureza extraordinária dessas medidas,³⁸⁰ e não existindo condições especiais de risco, seu levantamento foi ordenado.³⁸¹

As medidas de proteção adotadas são variadas, dependendo da natureza das ameaças que pretendem enfrentar. No caso mencionado, caracterizado pela existência de um conflito interno, a Corte IDH ordenou não apenas a proteção dos membros das comunidades, mas também a investigação dos fatos, a adoção de medidas que permitissem que os membros das comunidades continuassem morando nas localidades em que habitavam, criar zonas humanitárias de refúgio, ajuda humanitária, estabelecer mecanismos de supervisão contínua e de comunicação permanente nas zonas de refúgio,

375 Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros*. Medidas provisórias. Resolução de 6 de julho de 2009, considerando 31.

376 *Ibidem*, considerando 21 e 24.

377 Corte IDH. *Assunto do Centro Penitenciário de Aragua “Prisão de Tocarón”*. Medidas provisórias. Resolução de 24 de novembro de 2010, parágrafo dispositivo 1.

378 Corte IDH. *Caso Blake*. Medidas provisórias solicitadas pela CIDH em relação à República da Guatemala. Resolução do Presidente da Corte IDH de 16 de agosto de 1995, parágrafo dispositivo 1. Foram também adotadas medidas para proteger outros direitos, como no caso *LM em relação ao Paraguai*, nos quais foram concedidos para evitar o atraso indevido de um procedimento de custódia de um menor de idade.

379 Corte IDH. *Caso Blake*. Medidas provisórias solicitadas pela CIDH em relação à República da Guatemala. Resolução de 22 de setembro de 1995, parágrafos resolutivos.

380 No entanto, posteriormente, afirmou que a insuficiência dessas investigações, por si só, não permite justificar a persistência da situação de ameaça, sem prejuízo do julgamento de uma possível violação da obrigação de fornecer um mecanismo eficaz, segundo o artigo 25 da CADH, pode ser objeto de uma análise substantiva do caso. *Ver* Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros*. Resolução de 6 de julho de 2009, considerando o parágrafo 24.

381 Corte IDH. *Caso Blake*. Medidas provisórias relativas ao Estado da Guatemala. Resolução de 14 de junho de 2005.

envolvendo os representantes dos beneficiários no planejamento e implementação de medidas de proteção estabelecidas.

A Corte IDH outorgou medidas de proteção não apenas a indivíduos, mas também a membros de comunidades que, embora “não tivessem sido previamente nomeados, [...] eram identificáveis e determináveis e estavam em situação de grave perigo devido à permanência em uma comunidade.”³⁸² No entanto, a questão de pertencer a comunidades tem sido objeto de debate, principalmente devido à dificuldade de identificar critérios objetivos de pertencer a certas famílias que vivem nas mesmas áreas. Também outorgou proteção a:

[...] uma pluralidade de pessoas que não foram nomeadas anteriormente, mas que são identificáveis e determináveis e que estão em situação de grave perigo devido à sua participação em um grupo ou comunidade, como pessoas privadas de liberdade em um centro de detenção.³⁸³

Ao observar as resoluções da Corte IDH ou de seu presidente sobre esse assunto, aprecia-se a magnitude do trabalho de proteção e monitoramento realizado pela Corte IDH. Alguns casos estão sujeitos a revisões periódicas por muitos anos. Nessa tarefa de acompanhamento, há um esforço coordenado, em suas respectivas áreas e funções, da Corte IDH com a CIDH. No entanto, a Corte IDH tomou cuidado para não ir muito longe no âmbito dessas medidas e se concentrar nas ameaças específicas que recebe. Isso é legítimo como ator fundamental na proteção dos Direitos Humanos no continente, com capacidade de agir prontamente e ordenar medidas que os Estados se sintam obrigados a cumprir.

Também é interessante notar que uma grande proporção das medidas provisórias outorgadas de caráter tutelar, que não estão relacionadas a casos contenciosos, se referem às condições carcerárias. Mortes massivas recentes em prisões em diferentes países da região demonstram que este não é um problema isolado em alguns Estados, mas uma tendência geral no Continente. O uso desse mecanismo pode contribuir para o aprimoramento dessas políticas em nível nacional, o que também pode contribuir para a implementação de medidas regionais que respondam à generalidade desse fenômeno. Assim como o poder de abordar alguns dos problemas mais sérios e comuns de Direitos Humanos em nível regional, a competência de ordenar medidas provisórias pode ser uma contribuição para melhorar as condições de proteção e vigência dos Direitos Humanos.

9. Conclusões

Em mais de vinte e oito anos desde que proferiu a primeira sentença de reparações em um caso exercendo sua jurisdição contenciosa, a Corte IDH desenvolveu uma notável jurisprudência sobre reparações e medidas cautelares. Essa jurisprudência reafirmou a noção sobre a existência da obrigação dos Estados de reparar as consequências que seus atos que violam a CADH produzem sobre as pessoas sujeitas à sua jurisdição. Tão importante quanto esse desenvolvimento, contudo, é que a jurisprudência da Corte IDH se traduziu em medidas concretas de reconhecimento de direitos em favor das vítimas de violações ou ameaças, expressas materialmente em medidas de reparação, garantias de não repetição e formas de proteção e prevenção.

A jurisprudência da Corte IDH contribuiu para o reconhecimento universal do direito das vítimas de violações graves de Direitos Humanos ao Direito Internacional Humanitário, conforme posteriormente incluído nos Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito das Vítimas à Reparação da ONU.

382 Corte IDH. *Caso Jiguamiandó e Curbaradó*. Medidas provisórias em relação à Colômbia. Resolução de 6 de março de 2003, considerando o parágrafo 9. Ver também a primeira resolução sobre essa matéria: Corte IDH. *Caso da comunidade Paz de San José de Apartadó*. Medidas provisórias solicitadas pela CIDH em relação à Colômbia. Resolução de 24 de novembro de 2000, considerando 7, e votos concordantes dos juízes Abreu Burelli e García Ramírez.

383 Corte IDH. *Assunto do Centro Penitenciário de Aragua “Prisão de Tocarón”*. Medidas provisórias em relação à Venezuela. Resolução de 15 de maio de 2011, considerando 13. (grifo nosso)

Com efeito, nos trabalhos preparatórios para a definição dos Princípios Básicos, é apreciada a influência da Corte IDH no desenvolvimento desse direito.³⁸⁴

A Corte IDH reconheceu o direito à reparação de pessoas físicas vítimas de violações dos Direitos Humanos, mas sem ir além do reconhecimento da personalidade de direito internacional feito pela Comissão de Direito Internacional. Ao reconhecer esse direito no contexto de um mecanismo específico que oferece às pessoas a possibilidade de litigar perante um órgão internacional, a Corte IDH não excedeu o atual grau de reconhecimento do papel das pessoas físicas nessa área. No entanto, afirmou claramente que a regulamentação do direito à reparação por violações das normas internacionais está sujeita ao Direito Internacional e que nenhuma norma do direito interno pode ser um obstáculo ao seu reconhecimento.

Por sua vez, a Corte IDH adotou, ao determinar formas específicas de reparação, uma abordagem flexível, exercendo sua autoridade para avaliar sua procedência e as medidas que melhor respondem às consequências diretas das violações cometidas. Observa-se que, em todos os casos em que a Corte IDH estabeleceu a existência de uma violação, foram tomadas medidas para garantir o gozo de direitos, embora essa linguagem tenha sido utilizada apenas em suas primeiras sentenças e, atualmente, todas as medidas caíam sob o rótulo nominal de reparação. No entanto, em vários casos, a Corte IDH afirmou que a sentença é uma medida suficiente de reparação, sem decretar compensação ou outras formas de reparação material. O acompanhamento realizado no cumprimento de suas sentenças também ajudou para que elas não constituíssem meros atos declaratórios, mas que haja consequências para o seu não cumprimento e que persista a atenção sobre o caso além do proferimento da sentença.

Por meio de uma decisão inicial, no caso *El Amparo vs. Venezuela*,³⁸⁵ assim como do uso profuso de considerações de equidade para determinar os montantes de indenizações e condenações de custas, a Corte IDH selecionou parâmetros precisos que regulam suas decisões nesta matéria. Em certas ocasiões, isso faz com que seja mais fácil para as vítimas que vivem na pobreza e com dificuldades comprovar seus gastos ou acontecimentos ocorridos no passado distante e no contexto de economias informais, de fornecer documentação de difícil obtenção. Também facilita o reconhecimento de direitos a grupos massivos de vítimas, em relação aos quais exigências probatórias estritas implicariam a rejeição de suas pretensões. Embora isso afete a segurança jurídica que se esperaria que exista em assuntos dessa natureza, está de acordo com a atribuição estabelecida no artigo 63.1 da CADH para avaliar a procedência ou improcedência da reparação. No entanto, algumas vezes o uso desse poder discricionário levou a Corte IDH a evitar se pronunciar sobre certos assuntos apresentados pelas partes, ou a não justificar com suficiência as diferenças entre a maneira pela qual os danos sofridos por certas pessoas são avaliados.

Embora a CADH outorgue um amplo grau de discricção à Corte IDH em matéria de definir se procede ou não uma reparação, isso não a exclui de sua obrigação de justificar suas decisões. Tampouco deveria implicar necessariamente negligência no momento de determinar o montante dos prejuízos imateriais, ou inclusive para determinar a forma de calcular danos materiais quando não existir certeza sobre sua apreciação. Sua natureza como tribunal de única instância, e sua autoridade como intérprete da CADH com caráter obrigatório para os Estados que aceitaram sua jurisdição contenciosa, obrigam a Corte IDH a fundamentar suas decisões. Porém, ainda mais importante para fortalecer a aplicação da CADH no continente, é o trabalho persuasivo com que pode atuar a Corte IDH para justificar suas decisões. Por esse motivo, seria recomendável que assumisse maior profundidade na argumentação de como chegar à definição das medidas de reparação, incluindo as decisões sobre determinação dos montantes de indenização que ordena, as razões que sustentam uma mudança nos critérios e as razões pelas quais as reivindicações das partes são aceitas ou rejeitadas. Os participantes: representantes, CIDH e Estados, também poderiam contribuir, exigindo em suas apresentações a adesão aos precedentes da

384 ONU. Comissão DHONU. Relatório do Relator Theo van Boven sobre o *Estudo do Direito à Restituição, Indenização e Reabilitação das Vítimas de Violações Flagrantes dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*, op. cit.

385 Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. RC. 1996, § 34.

Corte IDH, e argumentando como esses precedentes se ajustam ou não ao caso particular. Isso implica em não exigir um apego matemático, mas sim considerar a *ratio juris* dessas decisões, juntamente com as particularidades do caso em questão. Isso contribuirá para fortalecer a segurança jurídica em relação ao significado e interpretação da CADH em matérias de obrigação de reparar.

Nestes vinte e oito anos de desenvolvimento, a Corte IDH também evoluiu de posições mais formalistas para uma maior capacidade para escutar e responder às necessidades das vítimas. As medidas de reparação adquiriram maior integralidade, reconhecendo formas de violação não reconhecidas no princípio. Isso se observa, particularmente, na maneira de compreender os danos imateriais e a incorporação da noção de dano ao projeto de vida, ou das várias formas que este pode assumir - como danos aos vínculos familiares ou ao desenvolvimento pessoal. É interessante notar que esse avanço foi acompanhado pela prudência necessária para que esse conceito não seja confundido com uma forma adicional de reparação, mas que seja considerado para a incorporação de dimensões que enriquecem o conceito de dano imaterial ou de medidas de satisfação. No entanto, seu desenvolvimento também foi caracterizado por imprecisões e por conceitos equivocados e, às vezes, confusos. O reconhecimento nominal dessa noção no primeiro caso em que ela apareceu,³⁸⁶ mas sem se traduzir em uma expressão específica, contribuiu para essa confusão. As precisões subsequentes ajudaram a definir melhor o significado desse instituto, embora ainda seja necessário um debate acadêmico e jurisprudencial.

Essa evolução também envolveu o desenvolvimento de modalidades de reparação que vão além da limitação patrimonialista do direito civil, na qual geralmente se inspira o direito à reparação. A Corte IDH reconheceu a natureza especial das violações de Direitos Humanos como ações políticas e a necessidade de os Estados responderem politicamente às consequências de tais violações, e não apenas com base no patrimônio. Também reconheceu a importância de medidas simbólicas que devem acompanhar as medidas materiais. Por fim, reconheceu a importância da participação das vítimas no gerenciamento de certas medidas de reparação, bem como em medidas de precaução e proteção.

Esse desenvolvimento pode ser de grande contribuição para os tribunais nacionais, não apenas em casos de violações de Direitos Humanos, mas para em geral garantir uma reparação mais completa às vítimas de atos violentos. Pode contribuir para enriquecer o tratamento que em algumas jurisdições locais é dado à reparação de danos, principalmente no que diz respeito a danos e perda de oportunidades geradas por um evento traumático ou à busca de justiça. Além disso, pode contribuir para aprofundar o tratamento dado em certas jurisdições ao dano imaterial, os critérios para defini-lo, o uso de pressupostos sobre o sofrimento que eventos traumáticos causam na vítima e seus familiares mais próximos, o uso de um conceito amplo de beneficiários como aqueles cujas vidas foram seriamente afetadas pelos fatos e formas de reparação que combinam elementos materiais e simbólicos.

Apesar dessa tendência progressiva, a Corte IDH ainda mantém sua natureza de tribunal de direito e exige que as partes e a CIDH fundamentem e provem suas petições. A flexibilidade adotada, mesmo para determinar os beneficiários da reparação em casos de muitas vítimas, não implica impedir o Estado de apresentar objeções, argumentos ou prova em contrário. Assim, a Corte IDH manteve uma atitude de imparcialidade e aplicação rigorosa do princípio de audiência bilateral, apesar das críticas políticas que costuma receber dos Estados condenados a pagar reparações.

Do ponto de vista do direito a receber reparação por graves violações de Direitos Humanos, ainda está pendente um pronunciamento sobre a avaliação que a Corte IDH faz dos mecanismos políticos ou administrativos de reparação massiva, que às vezes são a única resposta possível para violações sistemáticas. Programas desse tipo foram ou continuam sendo implementados - ou se considerou a sua implementação - na Argentina, Chile, Guatemala, Brasil, Peru, Paraguai, Equador, México e Colômbia. A natureza desses programas tem sido muito variada e não é possível avaliar todos eles em conjunto. A Corte IDH mencionou alguns em suas sentenças, mas só realizou um pronunciamento claro no caso

386 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. RC. 1998, § 153.

CAPÍTULO IV- DISPOSIÇÕES COMUNS

Artigo 70

Os juízes da Corte e os membros da Comissão gozam, desde o momento de sua eleição e enquanto durar o seu mandato, das imunidades reconhecidas aos agentes diplomáticos pelo Direito Internacional. Durante o exercício dos seus cargos gozam, além disso, dos privilégios diplomáticos necessários para o desempenho de suas funções.

Não se poderá exigir responsabilidade em tempo algum dos juízes da Corte, nem dos membros da Comissão, por votos e opiniões emitidos no exercício de suas funções.

Artigo 71

Os cargos de juiz da Corte ou de membro da Comissão são incompatíveis com outras atividades que possam afetar sua independência ou imparcialidade conforme o que for determinado nos respectivos estatutos.

Artigo 72

Os juízes da Corte e os membros da Comissão perceberão honorários e despesas de viagem na forma e nas condições que determinarem os seus estatutos, levando em conta a importância e independência de suas funções. Tais honorários e despesas de viagem serão fixados no orçamento-programa da Organização dos Estados Americanos, no qual devem ser incluídas, além disso, as despesas da Corte e da sua Secretaria. Para tais efeitos, a Corte elaborará o seu próprio projeto de orçamento e submetê-lo-á à aprovação da Assembleia Geral, por intermédio da Secretaria Geral. Esta última não poderá nele introduzir modificações.

Artigo 73

Somente por solicitação da Comissão ou da Corte, conforme o caso, cabe à Assembleia Geral da Organização resolver sobre as sanções aplicáveis aos membros da Comissão ou aos juízes da Corte que incorrerem nos casos previstos nos respectivos estatutos. Para expedir uma resolução, será necessária maioria de dois terços dos votos dos Estados Membros da Organização, no caso dos membros da Comissão; e, além disso, de dois terços dos votos dos Estados Partes na Convenção, se se tratar dos juízes da Corte.

Bibliografia

Referências acadêmicas

BRUBAKER, J. R. "The Judge Who Knew Too Much: Issue Conflicts in International Adjudication". 26 Berkeley J. Int'l Law 111, 2008.

CANÇADO TRINDADE, A. A. *La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del Siglo XXI*. Vol. 46, IIDH, San José, 2007.

ALBUQUERQUE MELLO, C. D. *Curso de Direito Internacional público*. 14ª ed., Livraria Editora Renovar Ltda., Rio de Janeiro e São Paulo, 2002.

DREIER, H. (coord.) *Grundgesetz Kommentar. Vol. 2. [Art. 20 – 82]*. Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. “La independencia e imparcialidad de los miembros de la Comisión y de la Corte: Paradojas y desafíos”, em MENDÉZ, J. E. y COX, F. (coords.) *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004.

IKAWA, D., et al. “Introdução à Parte VI.A: O Sistema Internacional de Direitos Humanos”, em PIOVESAN, F. *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. DPJ, São Paulo, 2008.

LIMBACH, J. “Im Namen des Volkes”. *Macht und Verantwortung der Richter*, 1999.

MACKENZIE, R. y SANDS, P. “International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge”. *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, pp. 271-285.

MARTINS, L. *Derecho procesal constitucional alemán*. Porrúa, México, 2012. PERNICE, I. “Comentários ao Art. 95 GG”, em DREIER H. (coord.) *Grundgesetz Kommentar. Vol. 2. [Art. 20 – 82]*. 2ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.

PIEROTH, B. “Comentários aos Art. 97 e 98 GG”, em JARASS H. D. e PIEROTH B. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Kommentar. 11ª ed., Beck, Munich, 2011.

PIOVESAN, F. *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. DPJ, São Paulo, 2008.

RAINEY, B. et al. *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*. 6ª ed., Oxford University Press, 2014.

RUIZ-CHIRIBOGA, O. “The Independence of the Inter-American Judge”. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 11 (1), 2012, pp. 111-135.

SCHÖNSTEINER, J. “Alternative appointment procedures for the commissioners and judges in the Inter-American System of Human Rights”. *Revista IIDH*, vol. 46, 2007.

SCHULZE-FIELITZ, H. “Comentários aos Art. 97 e 98 GG”, em DREIER, H. (coord.) *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 3 [Art. 83-146], 2ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

Sumário

1. Introdução: sobre as “disposições comuns”	1084
2. Sistema de garantias e prerrogativas e seus propósitos	1085
3. Capacidade funcional da Corte IDH e da CIDH	1086
4. Garantias e prerrogativas em espécie	1086
4.1 Imunidades e privilégios diplomáticos (artigo 70.1. da CADH)	1086
4.2 Princípio do livre convencimento judicial e discricionariedade (artigo 70.2. da CADH).....	1088
4.3. Independência e incompatibilidades (artigo 71 da CADH, primeira parte)	1089
4.4. Imparcialidade e incompatibilidades (artigo 71 da CADH, segunda parte)	1090
4.5. Honorários e despesas de viagem (artigo 72 da CADH, primeira parte)	1091
4.6. Orçamento-programa da OEA (artigo 72, segunda à quarta frase)	1092
5. Processos contra membros da Corte IDH e da CIDH (artigo 73 da CADH) ..	1093

1. Introdução: sobre as “disposições comuns”

O capítulo IX da CADH, intitulado “disposições comuns”, encerra a Parte II da CADH,¹ e, com isso, seu corpo normativo (direito material, da Parte I, e direito processual, da Parte

¹ Sobre a parte II, que criou o SIDH e os mecanismos de supervisão da CADH, ver Ikawa, D., et al. “Introdução à Parte VI.A: O Sistema Internacional de Direitos Humanos”, em Piovesan, F. *Código de Direito Internacional dos Direitos*

II). O capítulo contém quatro artigos que definem garantias e prerrogativas aplicáveis tanto aos membros da CIDH quanto aos juízes da Corte IDH. Trata-se da corroboração da escolha política dos Estados Partes presentes no momento da adoção da CADH, pela equiparação dos órgãos responsáveis, respectivamente, por impulso oficial,² estabelecimento de procedimentos, fiscalização e consulta, por um lado e, por outro, pelos mecanismos sancionadores das ações propostas.

Essa “comunhão” de dispositivos entre a Corte IDH e a CIDH leva em consideração o trabalho conjunto dos dois órgãos: a CIDH tem o *ius postulandi* - junto à Corte IDH -, com discricionariedade para apresentar ou não um caso. Uma vez recebida a petição de uma suposta vítima de violação de Direitos Humanos, a CIDH avalia se estão presentes os pressupostos de admissibilidade dos artigos 46 e 47 da CADH,³ em seguida busca uma solução amistosa entre as partes,⁴ e, no caso de não chegar a uma solução, apresenta o caso à Corte IDH, atuando como defensora dos direitos da vítima em relação ao Estado acusado. Portanto, acumula as funções de fiscal de observância da CADH, responsável pelo juízo de admissibilidade dos procedimentos jurisdicionais e, também, parte perante a Corte IDH.⁵

Por isso, os quatro dispositivos, apreciados em seu conjunto, revelam um sistema de garantias e prerrogativas judiciais que devem ser interpretadas levando em consideração a sua finalidade, a saber: assegurar a plena capacidade funcional da CIDH e da Corte IDH, e seu principal objetivo de fazer a CADH eficaz. Com base nesse entendimento sistemático, se simplifica a tarefa de investigar o alcance preciso das prerrogativas e garantias em espécie. No entanto, é importante observar que as questões regulamentadas pelo artigo 73 (reserva de foro e instauração de procedimentos disciplinares contra membros da Corte IDH e da CIDH) devem ser apreciadas de maneira excepcional.

2. Sistema de garantias e prerrogativas e seus propósitos

Como observado, as garantias e prerrogativas estabelecidas nos artigos 70 a 73 da CADH constituem um sistema normativo que visa garantir a plena capacidade funcional da Corte IDH e da CIDH. Essa premissa deve orientar a interpretação do alcance e dos efeitos concretos dessas garantias e prerrogativas, bem como dos estatutos e regulamentos dos dois órgãos,⁶ cujos membros são os titulares; essas garantias e prerrogativas variam desde a garantia específica de ressarcimento por despesas de viagens (artigo 72) até as garantias mais genéricas de independência e imparcialidade (artigo 71), que requerem um maior esforço hermenêutico.⁷

Humanos Anotado. DPJ, São Paulo, 2008, pp. 1136-1158.

2 Cf. Ikawa, D., et al., *op. cit.*, DPJ, São Paulo, 2008, p. 1154. Da mesma forma, com relação à jurisdição da CIDH, ver comentário ao artigo 61 (jurisdição e funções da Corte Interamericana) de Nuño.

3 Ver os comentários aos artigos 46 e 47 (competência da CIDH) a cargo de Tojo.

4 Ver os comentários aos artigos 48 a 51 (procedimento perante a CIDH) a cargo de Tojo.

5 Essa dupla função foi criticada, cf. Cançado Trindade, A. A. *La persona humana como sujeto del derecho internacional: Avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del Siglo XXI*. IIDH, San José, vol. 46, 2007, p. 283. O autor destaca essa ambiguidade da CIDH, sendo representativa das supostas vítimas e, ao mesmo tempo, cumprindo a função de *interesses leigos* da CADH.

6 Isso ocorre porque estatutos e regulamentos, como direito comunitário secundário, precisam ser compatíveis com parâmetros convencionais, derivados diretamente da CADH. Sobre isso, ver Dreier, H. (coord.) *Grundgesetz Kommentar*, vol. 2. [art. 20-82]. Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, p. 535 e segs. Sob o título de “auto-vínculo da comunidade jurídica mundial”, trata da “constitucionalização da comunidade dos Estados” que limita a autonomia convencional dos Estados soberanos. Se a CADH for incompatível com os *jus cogens* do Direito Internacional Público, ela se tornaria parte do bloco constitucional, dependendo da admissão de suas normas. Portanto, é necessária a observância, por parte dos poderes constituídos (Corte IDH e CIDH), dos parâmetros constituintes convencionais derivados da CADH.

7 Em geral, o maior grau de necessidade de inscrição hermenêutica é responsável por aberturas discricionárias ao intérprete. No entanto, conceitos jurídicos indeterminados não podem justificar uma interpretação hermenêutica arbitrária. De acordo com a conhecida teoria da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais - perfeitamente aplicável aos Direitos Humanos protegidos pela CADH -, conceitos jurídicos indeterminados devem ser usados para tornar reconhecida a força normativa dos parâmetros, que são convencionais neste caso. Também para a interpretação de qualquer

3. Capacidade funcional da Corte IDH e da CIDH

Garantir a capacidade funcional da Corte IDH e da CIDH, considerando o principal objetivo dos dois órgãos de tornar efetiva a CADH dando-lhe força normativa, deve ser o propósito que orienta o controle de convencionalidade do direito convencional sumário (ou derivado),⁸ e de possíveis medidas administrativas - e até jurisprudenciais - dos países signatários da CADH.

Nesse sentido, a capacidade funcional da Corte IDH estará garantida se, em primeiro lugar, lhe for submetido um número razoável de casos, a fim de tornar efetiva sua função e evitar sobrecarga de trabalho.⁹ Em segundo lugar, seu bom funcionamento é assegurado pela independência funcional, material e pessoal da Corte IDH e de seus membros, levando em consideração a confiança (uma das principais acepções do Estado de Direito) dos Estados parte e dos indivíduos na imparcialidade de suas decisões. Portanto, a Corte IDH deve estar livre de pressão provenientes de agentes políticos e/ou, sobretudo, de agentes econômicos públicos ou privados.¹⁰

Por sua vez, a capacidade funcional da CIDH estará garantida se os recursos humanos e materiais disponíveis para seus membros forem suficientes para o cumprimento de sua função principal, conforme definido no artigo 41 da CADH.

4. Garantias e prerrogativas em espécie

4.1 Imunidades e privilégios diplomáticos (artigo 70.1. da CADH)

A delimitação conceitual entre imunidades e privilégios diplomáticos é bastante tênue, pois muito se especula sobre o que os diferencia e o que os torna semelhantes. Imunidades são garantias positivadas, proibições ao Estado de exercer seu poder em relação a um determinado agente. Privilégios, por sua vez, corresponderiam a concessões de vantagens.¹¹ Sem embargo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência internacional tendem a usar os dois termos como sinônimos, ou a estabelecer uma relação gênero-espécie, de modo que as imunidades configurariam espécies do gênero “privilégios diplomáticos”.¹²

Uma vez eleito o juiz da Corte IDH ou membro da CIDH, este dispõe, primeiramente, “das *imunidades reconhecidas aos agentes diplomáticos pelo Direito Internacional*”, desde a confirmação de sua eleição até o final de seu mandato. Como o dispositivo não exclui nenhuma imunidade destinada a agentes diplomáticos, deve-se entender que o legislador convencional estendeu aos juízes e comissários,

dispositivo normativo infra-convencional, não apenas pela Corte Interamericana e pela CIDH, mas também por órgãos judiciais dos Estados Partes. Por serem garantias funcionais, elas podem e devem ser interpretadas na análise das ações da Corte Interamericana e da CIDH, no sentido de exigir de seus membros uma certa carga argumentativa sempre que qualquer direito humano estabelecido na CADH for relevante (abertura de seu âmbito de proteção normativa)

- 8 Aqui, o conceito de “direito convencional secundário”, ou “direito convencional derivado” pode ser aplicado em paralelo ao uso europeu do “direito secundário da União Europeia”, que abrange todos os atos normativos dos órgãos da União, enfatizando as diretrizes da União Europeia que se baseia no Tratado da União Europeia ou no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que juntos formam o direito primário, bem como atos normativos baseados em delegações (*Ermächtigung*) derivadas de outro ato normativo infra-convencional. No SIDH, o direito convencional secundário é constituído pelos estatutos, regulamentos e outras normas da Corte Interamericana e da CIDH, no âmbito convencional da CADH.
- 9 Em relação a esse aspecto, existem regras organizacionais e processuais estabelecidas pela própria CADH. Ver os comentários dos artigos 52 a 60 (organização da Corte Interamericana) de Nuño. Cf. Os comentários de Schulze-Fielitz, H. “Comentários aos Art. 97 e 98 GG”, em DREIER, H. (coord.) *GrundgesetzKommentar*, vol. 3 [Art. 83-146], 2ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 567 a 597.
- 10 Cf. os comentários de Schulze-Fielitz, H. “Comentários aos Art. 97 e 98 GG”, em DREIER, H. (coord.) *GrundgesetzKommentar*; vol. 3 [Art. 83-146], 2ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 567 a 597.
- 11 Ver De Alburquerque Mello, C. D. *Curso De Direito Internacional Público*. 14ª ed., Livraria Editora Renovar Ltda., Rio de Janeiro e São Paulo, 2002, p. 1360.
- 12 *Idem*.

em princípio, todas as imunidades diplomáticas estabelecidas pela Convenção sobre Condição dos Estrangeiros de 1928 e pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961.

A imunidade diplomática, em sentido amplo, é o conjunto de garantias legais de que gozam os agentes diplomáticos e que limitam o poder do Estado onde o beneficiário da imunidade exerce suas funções.¹³ As principais garantias reconhecidas pelo Direito Internacional aos agentes diplomáticos foram sinteticamente incluídas na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, a qual estabelece em seu artigo 31 a “imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado; imunidade de jurisdição civil e administrativa”.¹⁴

Em segundo lugar, os juízes da Corte IDH e os membros da CIDH gozam de “privilégios diplomáticos”, desde o início até o final do exercício do mandato e “no exercício de seus cargos”. Os privilégios diplomáticos a respeito dos quais os juízes da Corte IDH e membros da CIDH podem ser titulares devem ser “necessários para o desempenho de suas funções”. Ao apontar que devem ser necessários, fica evidente que a interpretação da norma deve ser a mais restritiva possível, no sentido de buscar a adequação e o menor impacto possível no quadro legislativo. Ou seja, buscar a maior observância possível de igualdade no contexto das ordens jurídica e administrativa nacionais.¹⁵

Entre os privilégios diplomáticos mais reconhecidos internacionalmente estão as imunidades, mas existem outras, como a liberdade de movimento - ou outras igualmente necessárias que o Estado receptor reconheça ou conceda para o exercício adequado das funções de juiz ou comissário, e que vão além do conceito de imunidade.

O Convênio entre o Governo da República da Costa Rica e a Corte IDH estabeleceu as seguintes imunidades e privilégios pontuais para os funcionários da Corte IDH em seu artigo 10:

A Corte [IDH] gozará na República da Costa Rica de total franquia postal e de tratamento favorável em suas comunicações oficiais, igual ao outorgado às missões diplomáticas em matéria de prioridades, taxas ou impostos sobre cabos, telex, telegramas, rádio telegramas, telefones e outros meios de comunicação, bem como taxas de imprensa para materiais informativos destinados a publicidade por qualquer meio.

Por sua vez, o artigo 11 do mesmo convênio - fazendo referência expressa ao artigo 70 da CADH - reconheceu aos juízes da Corte IDH as imunidades e privilégios conferidos aos chefes de missões diplomáticas acreditadas junto ao Governo daquele país:

De acordo com o artigo 70 da C[ADH], os juízes disporão, desde o momento de sua eleição e enquanto durar seu mandato, de todas as imunidades e privilégios, isenções e franquias concedidas aos chefes de missão diplomática acreditados perante o Governo da República [...].

O mesmo artigo 11 do convênio, embora em princípio restrinja privilégios fiscais aos juízes costarriquenhos, estabelece uma ‘exceção à exceção’ em relação a atos oficiais ou relacionados ao seu trabalho como membros da Corte IDH:

[...] O Governo da Costa Rica não reconhecerá isenções ou concessões fiscais ou patrimoniais aos juízes que sejam nacionais do país [...], exceto em relação a seus atos oficiais ou de sua relação de serviço com a Corte, mas, em todo caso, não estarão sujeitos a medidas de restrição, execução ou compulsão, administrativas ou judiciais, enquanto sua imunidade não lhes seja levantada pela Corte.

13 Cf. De Albuquerque Mello, C. D., *op. cit.*, pp. 1335-1362.

14 Cf. *Ibidem*, pp. 1342-1346.

15 Uma das considerações indicadas no preâmbulo da CVDT declara: “[re]conhecendo que a finalidade de tais privilégios e imunidades não é beneficiar indivíduos, mas, sim, a de garantir o eficaz desempenho das funções das Missões diplomáticas”.

A análise sistemática das disposições da CADH e do convênio entre a Costa Rica e a Corte IDH revela a preocupação legislativo-convencional de deixar de lado as tradições patrimonialistas de muitos países latino-americanos ao estabelecer reservas aos privilégios e imunidades.¹⁶ Com isso, sem obviamente ignorar a grande importância dos respectivos cargos de juiz da Corte IDH ou comissário, o legislador convencional evita criar os pressupostos legislativos de uma ‘aristocracia judicial/comissária’ que seria incompatível com o espírito democrático do Estado de Direito da CADH.

4.2 Princípio do livre convencimento judicial e discricionariedade (artigo 70.2. da CADH)

A regra do artigo 70.2 estabelece, em primeiro lugar, no caso de sua aplicação aos juizes da Corte IDH, o conhecido princípio do *livre convencimento judicial*, uma vez que não exigir responsabilidade pelas decisões tomadas no exercício de sua função jurisdicional é, no campo técnico-jurídico, um pressuposto altamente relevante da independência judicial. Trata-se de um postulado típico da função jurisdicional de qualquer Estado, aqui, com a respectiva equivalência para esse órgão da OEA. A única exceção provável para o estabelecimento de responsabilidades legais poderia ser em caso de prevaricação.

No caso específico de sua aplicação aos membros da CIDH, estes contam com um poder discricionário, também paralelo ao que existe no âmbito processual nacional. De qualquer forma, existe uma garantia estendida à função essencial da administração da justiça com a concessão de legitimidade *ad causam* para acessar a jurisdição da Corte IDH.¹⁷

O livre convencimento judicial significa precisamente que os membros da Corte IDH não estão vinculados a nenhum método hermenêutico ou escola teórica em seu papel de intérprete privilegiado da CADH. A Corte IDH está vinculada - como órgão jurisdicional - apenas à CADH. A CIDH, como órgão consultivo especial da OEA, está vinculada à Carta da OEA de 1948 e, após a emenda da Carta pelo Protocolo de Buenos Aires de 1970 (quando adquiriu status convencional), também à CADH.

No entanto, de acordo com o padrão e a tradição jurídica dos países latino-americanos, membros da OEA - que partem do sistema jurídico de fontes de direito -, o princípio do livre convencimento judicial não poderia ser aplicado para justificar uma decisão notoriamente parcial ou arbitrária.¹⁸ O livre convencimento deve ser motivado pela interpretação dos dispositivos convencionais, aos quais os juizes também se encontram, assim como todos os outros destinatários, vinculados.

Quanto à discricionariedade da CIDH, essa, é claro, também tem limites, tanto em sua tarefa de submeter casos à Corte IDH após realizar o controle prévio de admissibilidade quanto em emitir pareceres e fazer recomendações aos governos, sugerir protocolos complementares à CADH e com todas as funções e atribuições definidas nos artigos 18 a 20 de seu Estatuto em relação, respectivamente, aos Estados membros da OEA, aos Estados Partes da CADH e aos Estados membros da OEA que não são signatários da CADH. Nesse sentido, não pode ignorar ou omitir suas funções ou competências, tampouco pode ir além delas. Para exercer sua competência em seu espaço discricionário, os membros da

16 Assim, essas reservas abrem uma certa margem discricionária ao Estado acreditado, assim como na dogmática dos direitos fundamentais que o constituinte original faz em favor do legislador comum. Isso é para que o Estado acreditado possa avaliar a proporcionalidade dos privilégios e imunidades à proteção da capacidade funcional da Corte Interamericana e da CIDH.

17 Assim, qualquer questão que deva ser ouvida pela Corte Interamericana em processos contenciosos deve ter passado pelo filtro anterior da CIDH. Ver comentário do artigo 61 (jurisdição e funções da Corte Interamericana) de Nuño.

18 Embora seja difícil estabelecer um limite, qualquer ato óbvio de arbitrariedade deve ser rejeitado no filtro interno dos juizes. Também a jurisprudência consolidada da própria Corte Interamericana serve como uma indicação para evitar qualquer arbitrariedade. Sobre esse assunto, tratando especificamente da independência material do magistrado perante o próprio Judiciário, ver Schulze-Fielitz, H., *op. cit.*, p. 589. O autor afirma que: “[...] [não pode ser entendido como] uma restrição da independência material, mas uma consequência necessária do princípio colegial de que juizes que são membros de órgãos judiciais buscam, por convicção, exercer influência sobre o outro. O controle colegiado recíproco é [pelo contrário] um instrumento decisivo da garantia de qualidade da jurisprudência”.

CIDH devem ter um conhecimento profundo da jurisprudência da Corte IDH e manter-se atualizados sobre a evolução do Direito Internacional Público.

4.3. Independência e incompatibilidades (artigo 71 da CADH, primeira parte)

A literatura especializada¹⁹ trata as garantias de independência e imparcialidade de maneira indistinta, uma vez que a disposição em questão, de acordo com seu próprio conteúdo, busca assegurar essa independência/imparcialidade restringindo o exercício de outras atividades pelos juízes ou comissários que poderiam afetar sua independência ou imparcialidade como membros dos referidos órgãos. No entanto, essas garantias podem e devem ser tratadas de forma autônoma, embora exista, de fato, um nexo lógico entre as duas. Assim, a independência material e pessoal de um órgão é determinada, mas não se confunde com a sua imparcialidade, nem a assegura, mesmo que esse seja seu principal objetivo.²⁰

Um aspecto comum em ambas é também a referência feita pela CADH aos “respectivos Estatutos”. Analisando o parâmetro convencional, primeiro apenas em face da garantia de independência, temos que esta pode ser definida como livre de ordens ou pressões externas, sem que, por isso, sejam admitidos “privilégios estamentais”.²¹ Isso porque a justiça não pode ser exercida no Estado de Direito sem a devida “independência [dos] juizes contra [influência externa] na tomada de decisões”.²²

No âmbito nacional, a independência ‘pessoal’ é assegurada em oposição à independência ‘material’ (intimamente ligada à garantia da imparcialidade), *em favor daqueles sujeitos à jurisdição*, por meio de garantias muitas vezes estabelecidas no texto constitucional, como estabelecer cargos vitalícios, a imobilidade e contar subsídios irredutíveis.²³ Essas garantias devem assegurar que o juiz possa decidir sem preocupação ou pressão pelas decisões tomadas no exercício de seu cargo, o que, obviamente, fomenta indiretamente sua imparcialidade.

Agora, embora a partir da leitura da CADH é possível determinar que o estabelecimento de mandatos fixos de seis anos para o cargo de juiz da Corte IDH, prorrogável por uma única vez,²⁴ não permite o estabelecimento dessas garantias (no contexto de interpretação do artigo 71, primeira parte, da CADH). No entanto, a garantia de independência dos juizes da Corte IDH implica especificamente na *não subordinação aos respectivos poderes executivos de seus países ou a qualquer outra organização internacional*.²⁵ Conforme estabelecido no Estatuto da Corte IDH em seu artigo 18.1, entre os principais cargos e atividades incompatíveis se destacam os seguintes:

19 Cf., entre outros, Faúndez Ledesma, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004. Faúndez Ledesma, H. “La independencia e imparcialidad de los miembros de la Comisión y de la Corte: Paradojas y desafíos”, em Méndez, J. e Cox, F. . (coords.) *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998, pp. 186-210. Mackenzie, R. e Sands, P. “International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge”. *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, pp. 271-285. Ruiz-Chiriboga, O. “The Independence of the Inter-American Judge”. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 11 (1), 2012, pp. 111-135. Schönsteiner, J. “Alternative appointment procedures for the commissioners and judges in the Inter-American System of Human Rights”. *Revista IIDH*, vol. 46, 2007, pp. 197-215.

20 Sobre a distinção entre independência material e independência pessoal, ver Schulze-Fielitz, H., *op. cit.*, p. 576.

21 *Idem*.

22 Para aprofundar-se neste tópico, cf. Limbach, J. “Im Namen des Volkes”. *Macht und Verantwortung der Richter*, 1999, pp. 96 e ss. e Schulze-Fielitz, H., *op. cit.*

23 Cf. artigo 95 da Constituição Política da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

24 De *conventione ferenda*, seria mais preciso seguir as disposições do constituinte alemão e estabelecer um prazo mais longo (12 anos) sem a possibilidade de reeleição imediata ou futura. Cf. Martins, L. *Derecho procesal constitucional alemán*. Porrúa, México, 2012.

25 Como ressalta o advogado Héctor Faúndez: “[...] o Estatuto da Corte [IDH] contempla expressamente a incompatibilidade do cargo de juiz da Corte [IDH] com o de membro ou alto funcionário do Poder Executivo”. Faúndez Ledesma, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, *op. cit.*, p. 195.

- a. membros ou altos funcionários do Poder Executivo, com exceção dos cargos que não impliquem subordinação hierárquica ordinária, bem como agentes diplomáticos que não sejam Chefes de Missão junto à OEA ou junto a qualquer dos seus Estados membros;
- b. funcionários de organismos internacionais;
- c. quaisquer outros cargos ou atividades que impeçam os juízes de cumprir suas obrigações ou que afetem sua independência ou imparcialidade, ou a dignidade ou o prestígio do seu cargo.

No caso da garantia de independência dos membros da CIDH, não está estabelecido no artigo 8.1 uma lista de cargos ou atividades incompatíveis com a função de Comissário, apenas é determinado que:

1. A condição de membro da C[IDH] é incompatível com o exercício de atividades que possam afetar sua independência e sua imparcialidade, ou a dignidade ou o prestígio do cargo na Comissão.

Essa abertura implica, mais uma vez, que o *ethos* profissional seja desenvolvido pelos próprios membros da CIDH, uma vez que se trata, também no caso deles - e apesar de ser um órgão de natureza política e não judicial -, de cuidar de sua reputação e imagem juntamente com a institucional.²⁶ Além disso, o artigo 4.1 do Regulamento da CIDH estabelece, paralelamente, os “prazos de quarentena” - muito bem conhecidos em nível nacional - após o término dos mandatos e posições públicas, e as proibições/reservas de representação de indivíduos e Estados após dois anos do término do respectivo mandato.²⁷

4.4. Imparcialidade e incompatibilidades (artigo 71 da CADH, segunda parte)

Além da independência, os juízes da Corte IDH e os membros da CIDH são titulares de garantias e proibições/reservas que, especificamente, visam garantir sua imparcialidade. A ênfase aqui recai, sem dúvida, sobre o órgão judicial, que é a Corte IDH, uma vez que a importância dessa garantia para a CIDH se limita ao fato de seus membros estarem livres de preconceitos, orientações ou influências externas (não vinculantes, inclusive) oriundas de qualquer órgão governamental ou não governamental. Entretanto, é importante enfatizar que, tratando-se de um órgão político por excelência como é a CIDH, cuja tarefa é a promoção e a observância dos Direitos Humanos, esta conta com um poder discricionário significativamente maior que o da Corte IDH (cuja competência precisa ser ativada).

As proibições a seguir, previstas no artigo 19 do Estatuto da Corte IDH, relativas a impedimentos, escusas e desqualificação, estabelecem parâmetros muito mais específicos para garantir a imparcialidade deste órgão:

26 O advogado Héctor Fáunderz enfatiza isso com muita precisão, inclusive revelando um exemplo concreto, nos seguintes termos: “[...] o artigo 8 do Estatuto acima mencionado simplesmente estabelece que a posição de membro da C[IDH] é incompatível com o exercício de atividades que possam afetar sua independência ou imparcialidade, ou a dignidade ou prestígio de sua posição na C[IDH], mas não menciona especificamente nenhuma posição ou atividade que - por sua natureza - seja incompatível com a associação à C[IDH] [...] Sem dúvida, um Ministro de Estado, um funcionário público, um juiz (qualquer que seja sua categoria) ou um membro de uma assembleia legislativa (nacional ou provincial), seria impedido de ser membro da C[IDH] sem que, previamente, renuncie a qualquer uma das condições mencionadas acima. Essa incompatibilidade *pode surgir mais tarde*, forçando o comissário a escolher entre uma ou outra posição; mas você não pode exercitar os dois. Nesse sentido, a renúncia apresentada pela comissária Marta Alto Aguirre em 1º de setembro de 2003, sendo presidenta da C[IDH], no momento em que havia indicado seu nome como candidata a uma assembleia parlamentar”, para garantir que não houvesse sombra de dúvida a afetar a credibilidade da C[IDH], constitui um precedente de importância ética e política transcendental”. Faúnderz Ledesma, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, op. cit., p. 146. (grifo nosso)

27 “O artigo 4, nº 1, do Regulamento da C[IDH] reitera o disposto no artigo 8 do Estatuto e acrescenta que, no momento de assumir suas funções, os membros da C[IDH] se comprometem a não representar as vítimas ou seus parentes ou Estados em medidas cautelares, petições e casos individuais perante a C[IDH], por um período de dois anos, contados do final de seu mandato como membros da C[IDH]”. Faúnderz Ledesma, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, op. cit., p. 146.

- 1 Os juízes estarão impedidos de participar em assuntos nos quais eles ou seus parentes tiverem interesse direto ou em que houverem intervido anteriormente como agentes, conselheiros ou advogados, ou como membros de um tribunal nacional ou internacional ou de uma comissão investigadora, ou em qualquer outra qualidade, a juízo da Corte [IDH].
2. Se algum dos juízes estiver impedido de conhecer, ou por qualquer outro motivo justificado, considerar que não deve participar em determinado assunto, apresentará sua escusa ao Presidente. Se este não a acolher, a Corte [IDH] decidirá.
3. Se o Presidente considerar que qualquer dos juízes tem motivo de impedimento ou por algum outro motivo justificado não deva participar em determinado assunto, assim o fará saber. Se o juiz em questão estiver em desacordo, a Corte [IDH] decidirá.
4. Quando um ou mais juízes estiverem inabilitados, em conformidade com este artigo, o Presidente poderá solicitar aos Estados Partes da Convenção [ADH] que em sessão do Conselho Permanente da OEA designem juízes interinos para substituí-los.

No que diz respeito à imparcialidade da Corte IDH, o *ethos* profissional também desempenha um papel bastante relevante. Nesse ponto, o trabalho de fundamentação rigorosa das decisões da Corte IDH tem o efeito de, a longo prazo, estabilizar o sistema de proteção dos direitos tutelados pela CADH. Isso porque a já mencionada liberdade de seleção de método não dispensa a fundamentação das decisões mediante uma argumentação racional e metódica.²⁸ Em outras palavras, a liberdade na escolha do método não implica ausência de método. A vinculação com a CADH não pode, portanto, - como acontece com qualquer parâmetro normativo abstrato - ser considerada uma exceção à independência material do juiz. Pelo contrário, trata-se da “expressão da legitimação material-democrática”,²⁹ de qualquer órgão judicial, assim como ocorre no sistema de fonte de *common law*. Levando em consideração o diálogo internacional cada vez mais intenso não apenas entre fontes jurídicas, mas também entre sistemas jurídicos distintos.

A partir da interpretação sistemática do artigo 70.2 se desprende que os membros da Corte IDH não podem, em princípio, ser penalizados por suas opiniões e decisões jurídicas estabelecidas em seus votos; no entanto, essa prerrogativa judicial não pode ser entendida no sentido de isentar a Corte IDH de uma análise crítica de sua jurisprudência por parte da academia e da comunidade jurídica em geral. Nesse sentido, a Corte IDH deve encontrar, como já mencionado, um ponto de equilíbrio entre timidez e omissão não convencional em face de questões macropolíticas implícitas na interpretação de dispositivos da CADH e um ativismo exagerado capaz de transformá-la de guardiã em ‘proprietária’ da CADH.³⁰ É imprescindível que os dois órgãos, mas especialmente a Corte IDH, guiem sua atuação independente com base na “transparência, responsabilidade, conhecimento especializado e compromisso com a proteção dos Direitos Humanos”.³¹

4.5. Honorários e despesas de viagem (artigo 72 da CADH, primeira parte)

Os redatores da CADH delegaram à legislação convencional secundária, especificamente aos Estatutos dos dois órgãos, a forma e as condições dos honorários e despesas de viagem que devem ser recebidos por seus respectivos membros.

De acordo com o artigo 26 do Estatuto da Corte IDH, que trata do orçamento e do regime financeiro:

28 Schulze-Fielitz, H., op. cit., p. 579.

29 *Idem*.

30 Esse jogo de palavras tornou-se quase comum na discussão germânica sobre o papel do Tribunal Constitucional Federal daquele país. Para uma introdução sobre o assunto, ver Martins, L., op. cit., pp. 1-6.

31 “Devido ao papel crucial que os órgãos do [SIDH] desempenham nos procedimentos e na interpretação da CADH, é vital a transparência, a responsabilidade [accountability], o conhecimento e o compromisso com a proteção dos Direitos Humanos, bem como a independência dos ao longo do tempo. A ética profissional é geralmente uma ferramenta muito importante para a proteção dos Direitos Humanos. No entanto, a estabilidade a longo prazo do sistema parece sugerir que tanto os responsáveis pelo mandato como os usuários do sistema (também lhes concedam) garantias institucionais (que acompanham os padrões éticos e profissionais) [...]”. Cf. Schönsteiner, J., op. cit., p. 203. (tradução livre)

1. A Corte [IDH] elaborará seu próprio projeto de orçamento e submetê-lo-á à aprovação da Assembleia Geral da OEA, por intermédio da Secretaria-Geral. Esta última não lhe poderá introduzir modificações.
2. A Corte administrará seu orçamento.

Agora, o artigo 13 do Estatuto da CIDH estabelece que:

Os membros da C[IDH] receberão pagamento de despesas de viagens, diárias e honorários, conforme o caso, para participação nas sessões da C[IDH] ou em outras funções que a C[IDH] lhes atribua, individual ou coletivamente, de acordo com seu Regulamento. Esses pagamentos de despesas de viagem, diárias e honorários serão incluídos no orçamento da Organização e seu montante e condições serão determinados pela Assembleia Geral.

As disposições transcritas concedem ao legislador secundário uma margem discricionária ilimitada com o objetivo de estabelecer honorários e despesas de viagem, para que sejam estabelecidas de acordo com “a importância e independência” das funções desempenhadas. Aqui, novamente, trata-se de uma questão do uso inevitável de conceitos jurídicos indeterminados, cuja configuração pode ser estabelecida com base em critérios já mencionados. A importância indubitável dos dois órgãos e de seus membros deve sempre ser vigorosamente defendida; isso deve, no entanto, ocorrer no espírito republicano, contra o claro objetivo de garantir independência funcional em favor da capacidade funcional, ou seja, em geral, do devido e adequado exercício de suas funções convencionais.

Uma vez estabelecidos e determinados esses parâmetros, as normas estatutárias em vigor atualmente são elas próprias convencionais, mas devem sempre ser interpretadas à luz dos dispositivos convencionais. Além disso, sua alteração deve sempre passar pelo filtro convencional.

4.6 Orçamento-programa da OEA (artigo 72, segunda à quarta frase)

Além de delegar um poder normativo discricionário ilimitado ao legislador estatutário, o artigo 72 da CADH, nos parágrafos dois a quatro, estabelece uma instância de controle orçamentário externo: a Assembleia Geral da OEA.

Primeiro, “tais honorários e despesas de viagem serão fixados no orçamento-programa da O[EA]”, juntamente com os gastos ordinários da Corte IDH e de sua Secretaria. Em segundo lugar, atribui-se à Corte IDH o direito de iniciativa legislativa do orçamento. O próprio projeto de orçamento da Corte IDH deve ser submetido à aprovação da Assembleia Geral por meio de sua Secretaria Geral.

No direito regional secundário, o artigo 18 do Estatuto da CIDH estabelece que, como parte das funções e poderes frente aos Estados membros, a CIDH poderá apresentar seu orçamento-programa ao Secretário-Geral da OEA, para que, por sua vez, possa submeter à Assembleia Geral.³²

Por fim, a CADH proíbe a Secretaria Geral de fazer alterações no projeto de orçamento original apresentado pela Corte IDH.

Ao analisar esses procedimentos e o relacionamento entre os dois órgãos com a Assembleia Geral da OEA, surgem as seguintes perguntas: a Assembleia Geral da OEA pode alterar o projeto apresentado pela Corte IDH? Em caso afirmativo, como isso pode ser conciliado com a garantia de independência da própria Corte IDH? E existem particularidades que devem ser levadas em consideração no caso do

32 Anteriormente, o orçamento da Corte Interamericana, como o da CIDH, foi criticado por alguns Estados Partes que defendem a reforma do SIDH. Na votação do orçamento para 2013, a expansão dos orçamentos foi criticada abertamente pelos representantes da Bolívia, Venezuela e Nicarágua que eram contra o aumento e queriam, inclusive, condicionar o aumento do orçamento às medidas de reforma do sistema interamericano de defesa dos Direitos Humanos. Além disso, ver o projeto de resolução do Orçamento-Programa da Organização para 2013 e as contribuições para o FEMCIDI (Acordado pelo Conselho Permanente, na sessão extraordinária realizada em 14 de novembro de 2012) AG / doc.9 (XLIII- E / 12). Até mesmo a eliminação da CIDH foi proposta, seguindo o caminho percorrido no Sistema Europeu de Direitos Humanos. Cf. Rainey, B. et al. *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*. 6ª ed., Oxford University Press, 2014.

orçamento da CIDH? Isso ocorre porque, a partir da segunda frase do artigo 72 da CADH, nenhuma referência adicional é feita ao referido órgão. A seguir tentamos dar uma resposta.

Primeiro, de acordo com a Carta da OEA, a Assembleia Geral é responsável por aprovar o orçamento-programa apresentado pela Secretaria Geral³³ e submetido à própria Comissão Preparatória da Assembleia, que examinará o projeto e apresentará um relatório com as recomendações que julgar pertinentes.³⁴ Em seguida, a Assembleia Geral aprova o projeto de orçamento e fixa as cotas dos Estados membros.³⁵ As disposições em questão proíbem mudanças no orçamento original apresentado pela Corte IDH e pela CIDH. A Comissão Preparatória pode sugerir mudanças no projeto, e cabe à Assembleia Geral aceitar ou não as mudanças nos orçamentos apresentados.

Segundo, como o orçamento da Corte Interamericana está sujeito às mudanças sugeridas pela Comissão Preparatória e, portanto, seria possível alterar o projeto original apresentado, há de fato uma relativização da independência da Corte IDH que só poderia ser remediada com a reforma do respectivo parâmetro da Carta da OEA.

Terceiro, os projetos de orçamento da CIDH também são preparados pelos órgãos da Secretaria Geral da OEA, em termos de seu Estatuto e da CADH - que, por sua vez, os incluirão no orçamento-programa proposto e submeterá à Comissão Preparatória e, posteriormente, à própria Assembleia Geral.³⁶

5. Processos contra membros da Corte IDH e da CIDH (artigo 73 da CADH)

De maneira semelhante à estabelecida pelo legislador ordinário alemão na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal (último dispositivo da portaria § 105 BVerfGG), que inseriu a possibilidade, com a devida autorização do TCF (§ 105, IV BVerfGG), para que o Presidente Federal, como órgão constitucional do chefe de Estado, possa, entre outros, exonerar um juiz do Tribunal Constitucional Federal, os redatores da CADH ‘fecham’ esse corpo normativo com uma regra similar.

A ordem jurídica alemã não se refere à “autorização” (do *Bundesverfassungsgericht kann den Bundespräsidenten ermächtigen*) ao órgão externo - uma vez que essa competência recai exclusivamente no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha -, mas simplesmente no “pedido”. A diferença terminológica entre essa ordem e o procedimento estabelecido na CADH deve-se, em primeiro lugar, à provisão de um procedimento mais contencioso típico dos sistemas jurídicos latino-americanos, em oposição a uma configuração mais objetiva do processo constitucional em vigor na Alemanha. Segundo, a “autorização” é necessária (§ 105, I BVerfGG) para reconhecer explicitamente a aplicação da sanção de exoneração do cargo de juiz do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que não é o caso do artigo 73, que afirma que é apenas responsabilidade da Assembleia Geral da OEA, a pedido da própria CIDH ou da Corte IDH, decidir: “sobre as sanções aplicáveis aos membros da C[IDH] ou aos juizes da Corte [IDH] que incorrerem nos casos previstos nos respectivos estatutos”.

No entanto, o paralelismo normativo entre os dois sistemas jurídicos levantados para discussão é óbvio: mediante solicitação autorizada, a Corte IDH e (como resultado da ampla comparação da CIDH estabelecida na CADH) também a CIDH submetem a direção, ou pelo menos o *acompanhamento do processo disciplinar*, ao órgão constitucional (no caso do § 105, I BVerfGG) ou órgão convencional externo (no caso da CADH, a Assembleia Geral da OEA).

33 Cf. Carta da OEA, artigo 112.c.

34 Cf. *Ibidem*, artigo 60.c.

35 Cf. *Ibidem*, artigo 54.c.

36 Cf. *Ibidem*, artigo 112.c.

As faltas disciplinares estão previstas nos respectivos Estatutos, aos quais o legislador convencional se refere expressamente.

No caso dos membros da Corte IDH, de acordo com o artigo 20 do Estatuto deste órgão:

1. Os juízes e o pessoal da Corte deverão manter, no exercício de suas funções e fora delas, uma conduta acorde com a investidura dos que participam da função jurisdicional internacional da Corte. Responderão perante a Corte por essa conduta, bem como por qualquer falta de cumprimento, negligência ou omissão no exercício de suas funções.
2. A competência disciplinar com respeito aos juízes caberá à Assembleia Geral da OEA, somente por solicitação justificada da Corte, constituída para esse efeito pelos demais juízes.
3. A competência disciplinar com respeito ao Secretário cabe à Corte, e com respeito ao resto do pessoal, ao Secretário, com a aprovação do Presidente.
4. O regime disciplinar será regulamentado pela Corte, sem prejuízo das normas administrativas da Secretaria-Geral da OEA, na medida em que forem aplicáveis à Corte em conformidade com o artigo 59 da Convenção.

Por sua vez, no caso dos membros da CIDH, o artigo 9 de seu Estatuto indica alguns deveres que, se quebrados, implicariam a abertura do devido processo disciplinar. Entre eles:

1. Assistir, salvo impedimento justificado, às reuniões ordinárias e extraordinárias da Comissão, que se realizarem em sua sede permanente ou na sede à qual houver acordado trasladar-se provisoriamente.
2. Fazer parte, salvo impedimento justificado, das comissões especiais que a Comissão decidir constituir para a realização de observações in loco ou para cumprir quaisquer outros deveres de que forem incumbidos.
3. Guardar absoluta reserva sobre os assuntos que a Comissão considerar confidenciais.
4. Manter, nas atividades de sua vida pública e privada, comportamento acorde com a elevada autoridade moral de seu cargo e a importância da missão confiada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

É de responsabilidade exclusiva da Assembleia Geral da OEA decidir sobre as sanções aplicáveis. A conclusão do procedimento será dada por resolução a ser emitida pela Assembleia Geral. Como no caso da maioria exigida pelo legislador alemão, para que uma resolução seja aprovada contra um membro da CIDH, é necessária uma maioria de dois terços “dos votos dos Estados membros da Organização”. Se o apelo à responsabilidade ético-disciplinar for de um juiz da Corte IDH, será necessária uma maioria de dois terços dos “Estados Partes da C[ADH]”.

Essa diferença de quórum, dependendo se for um juiz da Corte IDH ou um membro da CIDH, se justifica em razão da missão especial da Comissão de contemplar também a proteção dos Direitos Humanos “consagrados na D[ADDH], com relação aos demais Estados membros” (artigo 1.2.a do Estatuto da CIDH) e não apenas aos “direitos definidos na C[ADH] com relação aos Estados Partes da mesma” (artigo 1.2.b Estatuto da CIDH), que se aplica à Corte IDH, uma vez que este órgão está vinculado apenas à CADH.

PARTE III
DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS

**CAPÍTULO X- ASSINATURA, RATIFICAÇÃO, RESERVA, EMENDA,
PROTOCOLO E DENÚNCIA**

Artigo 74

1. Esta Convenção fica aberta à assinatura e à ratificação ou adesão de todos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos.
2. A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou de adesão na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro Estado que a ratificar ou que a aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou de adesão.
3. O Secretário-Geral informará todos os Estados membros da Organização sobre a entrada em vigor da Convenção.

Artigo 75

Esta Convenção só pode ser objeto de reservas em conformidade com as disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de maio de 1969.

Artigo 76

1. Qualquer Estado Parte, diretamente, e a Comissão ou a Corte, por intermédio do Secretário-Geral, podem submeter à Assembleia Geral, para o que julgarem conveniente, proposta de emenda a esta Convenção.
2. As emendas entrarão em vigor para os Estados que ratificarem as mesmas na data em que houver sido depositado o respectivo instrumento de ratificação que corresponda ao número de dois terços dos Estados Partes nesta Convenção. Quanto aos outros Estados Partes, entrarão em vigor na data em que depositarem eles os seus respectivos instrumentos de ratificação.

Artigo 77

1. De acordo com a faculdade estabelecida no artigo 31, qualquer Estado Parte e a Comissão podem submeter à consideração dos Estados Partes reunidos por ocasião da Assembleia Geral, projetos de protocolos adicionais a esta Convenção, com a finalidade de incluir progressivamente no regime de proteção da mesma outros direitos e liberdades.
2. Cada protocolo deve fixar as modalidades de sua entrada em vigor, e se aplicará somente entre os Estados Partes no mesmo.

Artigo 78

1. Os Estados Partes poderão denunciar esta Convenção depois de expirado um prazo de cinco anos, a partir da data da entrada em vigor da mesma e mediante aviso prévio de um ano, notificando o Secretário-Geral da Organização, o qual deve informar as outras Partes.
2. Tal denúncia não terá o efeito de desligar o Estado parte interessado das obrigações contidas nesta Convenção, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por ele anteriormente à data na qual a denúncia produzir efeito.

CAPÍTULO XI- DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Seção 1. Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Artigo 79

Ao entrar em vigor esta Convenção, o Secretário-Geral pedirá por escrito a cada Estado membro da Organização que apresente, dentro de um prazo de noventa dias, seus candidatos a membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O Secretário-Geral preparará uma lista por ordem alfabética dos candidatos apresentados e a encaminhará aos Estados membros da Organização pelo menos trinta dias antes da Assembleia Geral seguinte.

Artigo 80

A eleição dos membros da Comissão far-se-á dentre os candidatos que figurem na lista a que se refere o artigo 79, por votação secreta da Assembleia Geral, e serão declarados eleitos os candidatos que obtiverem maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados membros. Se, para eleger todos os membros da Comissão, for necessário realizar várias votações, serão eliminados sucessivamente, na forma que for determinada pela Assembleia Geral, os candidatos que receberem menor número de votos.

Seção 2. Corte Interamericana de Direitos Humanos

Artigo 81

Ao entrar em vigor esta Convenção, o Secretário-Geral solicitará por escrito a cada Estado Parte que apresente, dentro de um prazo de noventa dias, seus candidatos a juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Secretário-Geral preparará uma lista por ordem alfabética dos candidatos apresentados e a encaminhará aos Estados Partes pelo menos trinta dias antes da Assembleia Geral seguinte.

Artigo 82

A eleição dos juízes da Corte far-se-á dentre os candidatos que figurem na lista a que se refere o artigo 81, por votação secreta dos Estados Partes, na Assembleia Geral, e serão declarados eleitos os candidatos que obtiverem maior número de votos e a maioria absoluta

dos votos dos representantes dos Estados Partes. Se, para eleger todos os juizes da Corte, for necessário realizar várias votações, serão eliminados sucessivamente, na forma que for determinada pelos Estados Partes, os candidatos que receberem menor número de votos.

EM FÉ DO QUE, os Plenipotenciários abaixo assinados, cujos poderes foram investidos de boa e devida forma, assinam esta Convenção, que se chamará “PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA”, na cidade de San José, Costa Rica, em vinte e dois de novembro de mil novecentos e sessenta e nove.

Bibliografia

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C n.º 54. Doravante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. 1999.

Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C n.º 55. Doravante: Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. 1999.

Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad e Tobago*. Exceções Preliminares. Sentença de 1 de setembro de 2001. Série C n.º 80. Doravante: Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad e Tobago*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de março de 2005. Série C n.º 123. Doravante: Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. MRC. 2005.

Pareceres Consultivos

Corte IDH. *O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. Série A n.º 2. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC2/82. *O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1982.

Corte IDH. *Restrições à pena de morte (Arts. 4.2 e 4.4 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A No. 3. Doravante: Corte IDH. Parecer Consultivo OC-3/83. *Restrições à pena de morte (Arts. 4.2 e 4.4 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. 1983.

Documentos adotados por organizações internacionais

Organização dos Estados Americanos

OEA. Conferência Especializada em Direito Humanos, San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

OEA. *Documentos Básicos em Matéria de Direitos Humanos*. Secretaria General OEA, Washington, D.C., 1996.

Organização das Nações Unidas

ONU. Comissão de Direito Internacional, Segundo Relatório do Relator Especial Alain Pellet, CDI, A/CN.4/477/add.1 de 13 de junho de 1996.

Referências acadêmicas

AUST, A. *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge University Press, Reino Unido, 2000.

EDWARD, R. W. “Reservations to Treaties”, em MJIL, n.º 10(2), Spring 1989.

RUDA, J. M. “Reservations to treaties”, em *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*. La Haya, 1975-III.

SALGADO PESANTES, H. “Las reservas en los tratados de derechos humanos”, em *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 1998.

Outras referências sugeridas

CASSEL, D. El Perú se retira de la Corte: ¿Afrontará el reto el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?, em *Revista IIDH*, vol. 29, 1999.

GUTIÉRREZ BAYLÓN, J. de D. *Derecho de los Tratados*. Porrúa, México, 2010.

NACIONES UNIDAS. Cláusulas Finales de Tratados Multilaterales, Manual, Naciones Unidas, 2003.

NACIONES UNIDAS. Manual de Tratados, Oficina de Asuntos Jurídicos, Naciones Unidas, 2001.

REUTER, P. *Introducción al Derecho de los Tratados*. UNAM-FCE, México, 1999.

RODRÍGUEZ HUERTA, G. *Tratados sobre Derechos Humanos, El Sistema de Reservas*. Porrúa-ITAM, México, 2005.

Sumário

1. Introdução	1098
2. Assinatura, ratificação, adesão, entrada em vigor e depositário	1099
3. Reservas	1100
3.1. Regulamentação específica de reservas nos tratados de Direitos Humanos.....	1102
3.2. Declarações interpretativas e reservas	1104
4. Emendas e protocolos	1109
5 Denúncia	1110
5.1. Denúncia da competência contenciosa da Corte IDH?.....	1111
5.2. Denúncia da competência da CIDH?	1111
6. Disposições transitórias	1112
6.1 CIDH.....	1112
6.2 Corte IDH	1112

1. Introdução

Um tratado internacional pode ser elaborado de diferentes maneiras. No entanto, todos os tratados incluem um título, um preâmbulo, o texto principal, cláusulas finais também chamadas de disposições gerais, fórmula de conclusão, bloco de assinatura e anexos, se for o caso. Via de regra, as cláusulas gerais de um tratado referem-se a aspectos processuais e não substantivos do mesmo. Uma vez adotado, um tratado produz alguns efeitos jurídicos mesmo antes de sua entrada em vigor; assim, as disposições gerais, por sua natureza e objetivo, são aplicadas imediatamente, conforme estabelece o parágrafo 4 do artigo 24 da CVDT de 1969, e mais, se não se aplicam de maneira imediata, o tratado não poderá entrar em vigor:

4. Aplicam-se desde o momento da adoção do texto de um tratado as disposições relativas à autenticação de seu texto, à manifestação do consentimento dos Estados em obrigarem-se pelo tratado, à maneira ou à data de sua entrada em vigor, às reservas, às funções de depositário e aos outros assuntos que surjam necessariamente antes da entrada em vigor do tratado.

As disposições gerais de um tratado desempenham um papel fundamental em relação ao resto do documento, pois determinam, entre outras coisas, o início de sua vigência, sua possível modificação através de emendas ou reservas, assim como a possível rescisão das obrigações convencionais. Em muitas ocasiões, essas disposições são percebidas como meras cláusulas formais que são copiadas ou adaptadas de outros tratados similares, no entanto, são essenciais para a operatividade dos acordos internacionais.

A redação clara e precisa dessas cláusulas possibilita o funcionamento do tratado, sua aplicação por parte do depositário e das partes, além de poderem ter consequências importantes para as partes substantivas do tratado, como pode ser o caso das reservas.

Diferentes questões de um tratado são reguladas por suas cláusulas gerais, alguns exemplos são os mecanismos para solução de controvérsias, emendas, duração, rescisão ou denúncia, início de vigência,

assinatura, ratificação ou adesão, depositário do tratado, aplicação provisória, aplicação territorial, registro, etc. A inclusão ou não de algumas dessas cláusulas depende do conteúdo e da natureza do tratado.

A aplicação das disposições gerais e dos artigos transitórios é essencial para o bom funcionamento da CADH, já que se referem ao nascimento do instrumento convencional como norma vinculante, à possibilidade de emendas ou ampliação de direitos protegidos, bem como à possível desvinculação da mesma.

2. Assinatura, ratificação, adesão, entrada em vigor e depositário

As disposições gerais dos tratados especificam os Estados, as organizações internacionais e outras entidades que podem fazer parte deles. A CADH é um tratado regional de Direitos Humanos adotado no seio da OEA e aberto à participação de todos os Estados membros dessa organização. As partes negociadoras da CADH consideraram que, dada a sua natureza, sendo um tratado de Direitos Humanos, deveria ser entendido como um instrumento entre Estados, não aberto a organizações internacionais ou outras entidades.

Para ser parte de um tratado multilateral, um Estado deve expressar, por meio de um ato específico, seu consentimento em ficar obrigado pelo tratado. Existem várias maneiras pelas quais o Estado pode expressar esse consentimento, sendo as formas mais utilizadas a assinatura definitiva, ratificação, aprovação e adesão.¹

O artigo 74 da CADH estabelece que a mesma está aberta para assinatura e ratificação ou adesão. Isso pressupõe, em primeiro lugar, que a assinatura esteja aberta indefinidamente, isto é, que não está limitada a um período de tempo. A maioria dos tratados de Direitos Humanos adota essa fórmula. Em segundo lugar, pressupõe-se que se trata de uma assinatura simples, que esteja sujeita a ratificação. A assinatura simples não constitui uma manifestação do consentimento para se obrigar ao tratado, mas é uma manifestação da intenção do Estado de adotar medidas positivas que permitem expressar seu consentimento em se vincular ao tratado em uma data posterior. No entanto, a assinatura cria para o Estado signatário a obrigação de abster-se de atos que frustrem o objeto e a finalidade do tratado, enquanto esse Estado não tiver manifestado claramente sua intenção de não fazer parte do tratado; este princípio fundamental encontra-se consagrado no artigo 18 da CVDT. A assinatura simples confere, assim, alguns direitos ao Estado signatário: está autorizada a fazer parte do tratado que assinou e tem o direito de receber comunicações e notificações do depositário relativas ao instrumento. No caso da CADH, há Estados membros da OEA -como Canadá e Santa Lúcia- que não assinaram o tratado, ou o caso dos Estados Unidos, que somente o assinaram, mas não o ratificaram. Como já assinalamos, ao assinar a CADH, os Estados Unidos manifestaram a intenção de fazer parte do tratado e, portanto, estão obrigados a não frustrar seu objetivo e sua finalidade, que é a proteção dos Direitos Humanos nas Américas.

A maioria dos tratados multilaterais prevê que os estados expressem seu consentimento em se obrigar mediante a assinatura sujeita a ratificação, aceitação ou aprovação. Essa é a fórmula adotada pela CADH, que permite que os Estados disponham de tempo para buscar a aprovação do tratado no âmbito interno e promulgar a legislação nacional necessária para aplicar o tratado antes de assumir as obrigações jurídicas do tratado no âmbito internacional.

Um Estado também pode expressar seu consentimento em ficar vinculado por um tratado através da adesão. A adesão tem os mesmos efeitos jurídicos que a ratificação, isto é, constitui a manifestação de consentimento em obrigar-se. A adesão, diferentemente da ratificação, não é precedida de assinatura. A adesão é usada pelos Estados que, por qualquer motivo, não podem assinar o tratado. Isso pode

1 Isso de acordo com o disposto no artigo 11 da CVDT.

ocorrer porque a data de assinatura do tratado já transcorreu ou quando circunstâncias internas do Estado assim o impeçam.²

Para que um tratado multilateral seja vinculante de acordo com as normas do Direito Internacional, é necessário que cumpra as condições para sua entrada em vigor estabelecidas no referido tratado em suas disposições gerais. Geralmente cada tratado define a data ou o método da sua entrada em vigor. O método adotado pela CADH é o seguinte: “a Convenção entrará em vigor logo que onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão”. Em outras palavras, a CADH condiciona sua entrada em vigor à data em que um número de Estados tenham depositado o instrumento que expressa seu consentimento em se obrigar por ele.

A expressão “logo que” indica que, imediatamente após o depósito do décimo primeiro instrumento de ratificação ou adesão, a CADH entrou em vigor sem nenhuma outra condição ou requisito adicional. Diferentemente de outros tratados, que estabelecem que deve transcorrer um determinado período de tempo entre a data do depósito do número de instrumentos necessários e a data de sua entrada em vigor, a CADH entrou em vigor em 18 de julho de 1978, quando foi depositado o instrumento de ratificação de Granada.³

Uma vez que a CADH entrou em vigor, o tratado existe como norma e rege, a partir dessa data, as relações dos Estados contratantes. Para os Estados que aderiram ou ratificaram o tratado após sua entrada em vigor, a data na qual inicia a vigência do tratado, isto é, que passa a fazer parte dele, é aquela em que tenham depositado seu instrumento de ratificação ou adesão, conforme indicado pela CVDT em seu artigo 24.3.

O artigo 74.3 indica que o Secretário Geral da OEA deve informar a todos os Estados membros da Organização sobre a entrada em vigor da CADH, função que lhe corresponde como depositário do tratado. A proliferação de tratados multilaterais e o aumento das partes dos tratados levaram à criação da figura do depositário. Inicialmente, apenas os Estados eram depositários, mas com o surgimento de organizações internacionais e com o aumento dos tratados adotados em seu seio, essas organizações, através de suas Secretarias, são atualmente depositárias da maioria dos tratados multilaterais. A custódia da CADH foi confiada ao Secretário-Geral da OEA. As funções do depositário estão estabelecidas nos artigos 76 e 77 da CVDT.⁴

3. Reservas

As reservas são atos unilaterais, que excluem ou limitam os efeitos do tratado, desde que não se refiram às suas disposições substantivas; uma reserva é definida como:

Uma declaração unilateral, feita por um Estado ou por uma organização internacional, seja qual for a sua redação ou denominação, ao assinar, ratificar, confirmar formalmente, aceitar, aprovar um tratado ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a este Estado ou a esta organização.⁵

2 No caso da CADH, Estados como Brasil, Bolívia e México expressaram seu consentimento em ficar vinculados por ela através da adesão.

3 Para conhecer o estado das assinaturas e ratificações da CADH até o momento, visitar o seguinte link: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm (data de último acesso: 06/06/2018).

4 Entre as funções do depositário estão: a custódia do texto original do tratado, receber os instrumentos de assinatura, ratificação e adesão, informar os atos, as notificações e comunicações relativos aos tratados aos Estados partes e os Estados facultados para sê-lo; informar aos Estados facultados a se tornarem partes sobre a data em que houver sido depositado o número de instrumentos de ratificação ou adesão necessário para a entrada em vigor do tratado.

5 Artigo 1, d), da CVDT. Esta definição foi usada pela Corte Internacional de Justiça no parecer consultivo sobre *reservas à Convenção para prevenir e sancionar o delito de genocídio*.

Essa instituição jurídica foi regulada e desenvolvida dentro do Direito dos Tratados, o que demonstra sua relevância na aplicação dos tratados, assim como em seus efeitos jurídicos. A importância das reservas dentro do Direito dos Tratados é que elas permitem aos Estados adaptar suas obrigações convencionais aos seus interesses e possibilidades. As reservas confirmam, assim, a regra geral do Direito Internacional de que obrigações decorrem da vontade das partes, por um lado, e, por outro, confirmam o relativismo do Direito Internacional.

A reserva é uma declaração unilateral, isto é, uma declaração feita fora do tratado e não dentro dele, portanto sua origem é um ato unilateral, pois, se fosse um ato bilateral ou multilateral, seria uma cláusula acordada dentro do tratado e, portanto, parte deste.⁶

De acordo com as disposições da CVDT de 1969, a reserva é uma declaração de que, qualquer que seja seu nome ou denominação, se destina a excluir ou modificar certos efeitos de um tratado. O que importa, então, é a intenção de um Estado ao fazer uma declaração unilateral a respeito de um tratado, e não a denominação da referida declaração, pois pode haver certas declarações, como as chamadas declarações interpretativas,⁷ declarações obrigatórias e as declarações facultativas,⁸ que podem ser uma declaração geral da política de um Estado ou incluir determinado conteúdo que aduza a procedimentos internos cuja intenção não seja a modificação de obrigações e, portanto, não devem ser consideradas como reservas. Assim, ao contrário, pode apresentar-se o fato de um Estado pretender fazer passar verdadeiras reservas como meras declarações interpretativas.

As razões pelas quais um Estado pode querer “reservar” certas disposições de um tratado podem ser, entre outras: 1. Seu desacordo com certos pontos substantivos que considera contrários aos seus interesses, mas sua concordância com os termos gerais da maioria das obrigações contidas no instrumento. 2. Seu desacordo com as disposições procedimentais, por exemplo, com as cláusulas relativas aos mecanismos de solução de controvérsias. 3. Quando considera que algumas disposições do tratado não são compatíveis com seu direito interno. 4. No caso de um Estado federal, quando não desejar aplicar o tratado em todo o seu território, devido à divisão de competências estabelecidas em seu direito interno (reserva à cláusula federal).⁹

Continuando com as disposições do artigo 2, parágrafo 1(d), da CVDT, observamos que as reservas devem ser feitas no momento de assinar, ratificar, aprovar ou aderir a um tratado; se o tratado não entra em vigor com a assinatura, a reserva feita no momento da assinatura deve ser ratificada.

A reserva formulada por um Estado a certas disposições de um tratado, cujo objetivo é ‘excluir’ certos efeitos particulares desse tratado, é reconhecida -tanto na doutrina quanto na prática dos Estados- como o tipo comum de reservas. O termo ‘modificar’ pode ter dois significados possíveis pois pode implicar uma declaração restritiva ou uma declaração extensiva. No entanto, deve-se levar em consideração que o termo modificar só pode ser entendido como uma declaração restritiva de certas disposições do tratado, uma vez que uma declaração extensiva implicaria uma renegociação do acordo no momento em que sua negociação já esteja fechada.

Outro tema relacionado às reservas são as emendas aos tratados,¹⁰ sobre o que é conveniente fazer uma distinção. Como o próprio nome indica, as emendas alteram uma ou mais disposições do próprio

6 Ruda, J. M. “Reservations to treaties”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*. La Haya, 1975-III, p.105.

7 A questão das declarações interpretativas foi levada em consideração pela CDI na elaboração da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, mas a Comissão de Direito Internacional decidiu não incluí-la no artigo 2, § 1 (d) da Convenção.

8 Esse tipo de declarações são as que formulam os Estados quando aceitam a competência dos órgãos de supervisão de Direitos Humanos. Como estabelece o artigo 62 da CADH, a respeito da aceitação da jurisdição da Corte IDH.

9 Edward, R. W. “Reservations to Treaties”, em *MJIL*, n° 10 (2), primavera de 1989, p. 363.

10 Cf. Parte IV, artigos 39 a 41 da CVDT.

tratado. No caso das reservas, as disposições do tratado permanecem inalteradas; somente as obrigações assumidas pelo Estado que fez a reserva -em virtude do tratado- são as que sofrem alterações.

A figura das reservas está diretamente relacionada a tratados internacionais de caráter multilateral. No caso dos tratados bilaterais, a formulação de uma reserva por uma das partes revela sua intenção de modificar ou invalidar a disposição em questão; nesses casos, o que realmente está sendo formulado é uma oferta de renegociação.¹¹

Como observado acima, a reserva é uma declaração unilateral; no entanto, esse ato não produz qualquer efeito jurídico até que seja aceito, de uma maneira ou de outra, por outro Estado. No caso de reservas para um tratado multilateral, não há problema se as outras partes aceitam as reservas; no entanto, pode haver vários efeitos legais, por exemplo, no caso de um grupo de Estados aceitar reservas apresentadas por um Estado, enquanto outros apresentem objeções a elas.

As reservas para tratados multilaterais são cada vez mais comuns, o que fez com que os depositários dos referidos tratados -que em muitas ocasiões são organizações internacionais- vejam-se diante de uma situação em que precisam decidir sobre a validade das reservas, por exemplo, quando e como devem ser consideradas aceitas e quais são os efeitos para aqueles que aceitaram as reservas e para aqueles que se opuseram a elas. Assim, o tema das reservas é uma das questões mais controvertidas do Direito Internacional contemporâneo. Até pouco tempo, havia um acordo geral sobre as regras aplicáveis às reservas, claramente estabelecidas no Direito dos Tratados, no entanto, essas regras foram objeto de discussão e subsequentes mudanças,¹² especialmente no que se refere às reservas a tratados de Direitos Humanos, tema do qual nos ocupamos a seguir.

3.1. Regulamentação específica de reservas nos tratados de Direitos Humanos

Se revisarmos o grande número de tratados de Direitos Humanos que existem, observamos que alguns tratados dessa categoria não regulam o aspecto das reservas, outros, ao contrário, proíbem qualquer tipo de reserva, enquanto um terceiro grupo inclui uma autorização geral para fazer reservas. A seguir, analisaremos os diferentes regimes de reservas estabelecidos nas convenções de Direitos Humanos.

Em relação aos tratados que proíbem a formulação de reservas, observamos que esse grupo adota uma posição rígida em relação às reservas, proibindo-as em sua totalidade, para que os Estados assumam todas as obrigações estabelecidas nessas convenções sem a possibilidade de transformá-las ou excluí-las. Quanto aos instrumentos que as permitem, surgem tratados que concedem quase uma autorização geral para reservar suas disposições.¹³

Dentro do grupo que permite a autorização de reservas, alguns estabelecem uma lista de reservas proibidas, enquanto outros estabelecem uma lista de reservas permitidas, ou podem adotar uma abordagem mista.¹⁴ Outros exigem o cumprimento de algumas condições, nesse caso não se proíbe a

11 Durante a Conferência de Viena (que precedeu a adoção da CVDT), as delegações da China, do Chile e da Hungria propuseram acrescentar a palavra 'multilateral' antes da palavra 'tratado' no texto do artigo 2, parágrafo 1 (d) do documento de trabalho que precedeu a CVDT; no entanto, essa proposta não foi aceita e a Comissão de Direito Internacional da ONU manteve sua posição sobre a possibilidade de reservas em tratados bilaterais, embora ciente de que a possibilidade de fazer uma reserva em um tratado bilateral implica, de fato, uma reabertura das negociações.

12 Ruda, J. M., *op. cit.*, p. 101.

13 A Convenção sobre os Direitos Políticos das Mulheres de 1952 estabelece em seu artigo VII: "se, no momento da assinatura da ratificação ou da adesão, um Estado formular uma reserva a um dos artigos da presente Convenção, o Secretário-Geral comunicará o texto da reserva a todos os Estados que são ou vierem a ser partes desta Convenção." Essa é uma autorização quase geral, o limite é estabelecido pelo critério de compatibilidade com o objeto e a finalidade do próprio tratado.

14 No primeiro grupo, encontramos a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 (artigo 42) e a Con-

formulação de reservas, mas as condiciona. Outro grupo se refere à Convenção de Viena de 1969 para determinar a validade das reservas.¹⁵ Alguns estabelecem como limite, de maneira expressa, o objeto e a finalidade do tratado, adotando a fórmula do Parecer Consultivo da CIJ de 1951 ao qual fizemos menção.¹⁶

Alguns outros criam um sistema misto, pois exigem que as reservas sejam compatíveis com o objeto e a finalidade do tratado, mas a decisão sobre a incompatibilidade ou compatibilidade das reservas permanece nas mãos de uma decisão colegiada. Esse mecanismo busca alcançar um equilíbrio entre uma maior participação dos Estados e a uniformidade das obrigações e dos direitos protegidos.¹⁷ Por fim, outros tratados são omissos a respeito das reservas, o que significa, de acordo com os critérios estabelecidos pela CIJ, que as reservas estão permitidas.¹⁸

O tema das reservas aos tratados de Direitos Humanos não é novo -basta lembrar que essa foi a base de um dos primeiros pareceres consultivos solicitados à CIJ-. No entanto, atualmente, apresentam-se uma série de fenômenos que os redatores da CVDT não puderam prever, como a adesão massiva de países aos tratados nessa matéria, o que, por um lado, fez do universalismo uma realidade e, por outro lado, também ampliou a possibilidade de limitar as obrigações internacionais mediante a formulação de reservas. Esse fenômeno tem o efeito prático de limitar em grande medida a aplicação e a efetividade dos tratados. Este último gera novas abordagens jurídicas sobre os efeitos que essas reservas podem ter para o cumprimento das obrigações estatais.¹⁹

A possibilidade de fazer reservas aos tratados de Direitos Humanos pode gerar maior confiança aos Estados no cumprimento de suas obrigações internacionais, como seria a implementação interna de medidas que levem em consideração seu desenvolvimento, tanto material quanto cultural.

O fato de um Estado ter ratificado um tratado de Direitos Humanos, na maioria dos casos, é um gesto genuíno de boa-fé que não é simplesmente um ato 'de propaganda'. No entanto, também é verdade que a capacidade dos Estados de implementar os Direitos Humanos exige muito mais do que a ratificação de um instrumento formal, como no caso dos direitos econômicos, sociais e culturais, por exemplo, que dependem do orçamento estatal para sua implementação. Da mesma forma, é pertinente ressaltar que nem todas as normas de Direitos Humanos estabelecidas nos tratados são auto executáveis, mas há outras que exigem atos positivos e sua incorporação por parte dos Estados. Às vezes, as reservas permitem que os Estados reconheçam que não estão prontos para implementar essas normas, ou podem responder que certas disposições do tratado conflitam com aspectos religiosos, como no caso dos Estados islâmicos e os direitos da mulher reconhecidos em tratados específicos.

Compreender a capacidade dos Estados para implementar normas de Direitos Humanos é uma abordagem importante para o problema das reservas, o que também permite adotar uma aproximação pragmática e saber o que podemos esperar delas. Por mais universais que sejam as aspirações a respeito dos tratados de Direitos Humanos, fica claro que, na atualidade, muitos Estados não estão na posição de garantir plenamente os padrões existentes. Talvez fosse mais conveniente se deixássemos que o

venção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1953 (artigo 38). No segundo grupo está o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 (artigo 7).

15 O artigo 75 da CADH de 1969 observa: “[e]sta Convenção só pode ser objeto de reservas em conformidade com as disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de maio de 1969.”

16 É o caso da Convenção dos Direitos da Criança de 1989 (artigo 51) e da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 (artigo 28).

17 O artigo 20, parágrafo 2, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, estabelece: “[n]ão será permitida uma reserva incompatível com o objeto e o escopo desta Convenção nem uma reserva cujo efeito seria a de impedir o funcionamento de qualquer dos órgãos previstos nesta Convenção. Uma reserva será considerada incompatível ou impeditiva se a ela objetarem ao menos dois terços dos Estados partes nesta Convenção.”

18 É o caso da Convenção para a Prevenção e Punição do Delito de Genocídio, o PIDCP e o PIDESC.

19 Ver ONU. Comissão de Direito Internacional, Segundo Relatório do Relator Especial Alain Pellet, CDI, A / CN.4 / 477 / add.1, de 13 de junho de 1996.

fizessem progressivamente. A formulação de reservas aos tratados de Direitos Humanos constitui a formalização dessa posição, desde que não frustrem o objeto e a finalidade do tratado.

3.2 Declarações interpretativas e reservas

Conforme observado na primeira parte desta seção, as reservas são declarações unilaterais dos Estados feitas no momento de assinar, ratificar ou aderir a um tratado internacional. No entanto, os Estados realizam outros tipos de declarações, denominadas declarações interpretativas.²⁰ Declarações interpretativas são caracterizadas por ambiguidade em sua redação. A possibilidade de fazer tais declarações quase nunca decorre dos tratados;²¹ no entanto, a prática dos Estados mostra sua permissibilidade.²²

A ambiguidade das declarações dificulta a sua distinção com relação às reservas, assim como os efeitos que elas exercem sobre as obrigações assumidas pelos Estados. Portanto, eventualmente, se ao examinar o conteúdo de uma declaração, observamos que, em verdade, trata-se de uma reserva, a declaração deve ser submetida ao regime estabelecido para estas últimas. O que é importante distinguir entre uma reserva e uma declaração interpretativa não é então sua denominação, mas seu conteúdo e objeto.

Ao observar a prática dos Estados em relação aos tratados de Direitos Humanos, percebe-se que formulam tanto reservas como declarações interpretativas e que, na maioria dos casos, os textos dos convênios sobre a matéria geralmente não se referem às segundas.

Assim, podemos encontrar declarações interpretativas, em sentido estrito, a convenções sobre Direitos Humanos, como algumas feitas à CADH. Como exemplo, citaremos o caso da Argentina, que ao ratificar a CADH fez uma reserva e formulou três declarações interpretativas, o conteúdo das duas primeiras declarações é o seguinte:

O artigo 5, parágrafo 3, [sobre o direito à integridade pessoal] deve ser interpretado no sentido de que a pena não pode transcender diretamente a pessoa do delinquente, ou seja, não haverá sanções penais vicariantes.

No artigo 7, parágrafo 7, [direito à liberdade pessoal] deve ser interpretado no sentido de que a proibição de “detenção por dívidas” não permite ao Estado a possibilidade de subordinar a imposição de sanções à condição de que certas dívidas não sejam satisfeitas, quando a pena não se imponha pelo descumprimento da dívida, mas por um fato penalmente ilícito anterior independente.²³

Em outra ordem, também podemos mencionar as ‘declarações políticas’, entre as quais as chamadas reservas de não reconhecimento, que são declarações políticas por meio das quais um Estado se pronuncia sobre outro Estado. Por exemplo, a respeito da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, encontramos a seguinte declaração: “[a] adesão dos Emirados Árabes Unidos à referida Convenção não constitui de forma alguma o reconhecimento de Israel nem o estabelecimento de nenhuma relação convencional com este”.

Esta afirmação tem o mesmo efeito de uma objeção qualificada, ainda que na verdade não seja. Essas declarações têm por objeto o não reconhecimento de Estados, embora ultimamente tenham surgido também declarações de não reconhecimento de governos. Na prática, o Secretário-Geral, em sua função

20 Em sentido estrito, uma declaração interpretativa não pretende excluir ou modificar os efeitos jurídicos das disposições convencionais, mas especificar o significado das mesmas.

21 A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, que proíbe qualquer tipo de reservas, permite, no artigo 310, que os Estados façam “declarações e manifestações”.

22 É importante observar que as declarações interpretativas não são contempladas na CVDT. A possível confusão entre os efeitos jurídicos das reservas e as declarações interpretativas poderia justificar a proposta feita pelo diplomata mexicano Cesar Sepúlveda durante a 21ª sessão da Comissão Plenária da Conferência das Nações Unidas sobre o Direito dos Tratados, de 10 Abril de 1968, de aceitar a distinção entre ambas as instituições jurídicas, a fim de dotar as declarações interpretativas de um regime jurídico adequado dentro da CVDT.

23 OEA. *Documentos Básicos em Matéria de Direitos Humanos, op. cit.*, p. 61.

de depositário, qualificou esse tipo de declarações como objeções.²⁴ Outras constituem verdadeiras reservas, já que excluem ou modificam algumas obrigações convencionais.

3.2.1. O regime de reservas da CADH

Quanto ao regime de reservas da CADH, a CIDH apresentou um projeto que foi discutido na Conferência Especializada em Direitos Humanos, em novembro de 1969, em San José da Costa Rica. O texto original do projeto era o seguinte:

O Estado Parte poderá, no momento do depósito de seu instrumento de ratificação ou adesão a esta Convenção, formular reservas se uma norma constitucional vigente em seu território estiver em contradição com alguma disposição da Convenção. A reserva deve ser acompanhada pelo texto da norma a que se refere. A disposição que foi objeto de uma reserva não se aplicará entre o Estado reservante e os demais Estados partes. Para que a reserva tenha esse efeito, não será necessária a aceitação dos outros Estados partes.

As emendas propostas a este texto foram as seguintes: “[n]o 1 parágrafo (terceira linha), depois de ‘constitucional’ adicionar as palavras ‘ou legal’”; no entanto, posteriormente foi pedida a eliminação dessa menção quando se observou que poderia haver um conflito com o estabelecido no artigo 2, que estabeleceu o dever dos Estados partes de adotar as medidas legislativas necessárias para tornar efetivos os direitos consagrados na Convenção. No que se refere ao momento em que a reserva pode ser feita, sugeriu-se incluir um terceiro parágrafo que estabelecia que a reserva poderia ser feita: “[a] qualquer momento[,] todo Estado que tenha formulado uma reserva poderá retirá-la, e se notificará essa retirada da forma pertinente”.²⁵ Isso gerou um debate muito amplo que terminou com uma proposta de artigo por parte da delegação uruguaia, que é a norma vigente da CADH.²⁶

A CADH contém uma disposição específica a respeito do regime de reservas aplicável a ela, que, na realidade, remete aos princípios estabelecidos na CVDT.²⁷ De acordo com esta disposição ‘cruzada’, a regra geral é que as reservas são permitidas, com a limitação de que sejam compatíveis com o objeto e a finalidade do tratado e que cumpram os requisitos formais, entre eles, que sejam apresentadas por escrito no momento que o Estado expresse seu consentimento de obrigar-se pela CADH. Isso implica o estabelecimento de um sistema de reservas bastante flexível, mitigado significativamente com o critério de compatibilidade com o objeto e a finalidade do Pacto de San José.

A Corte IDH, no exercício de sua função consultiva, decidiu sobre questões relacionadas aos efeitos das reservas à CADH; ao resolver as questões levantadas remeteu-se à CVDT, referindo-se, em particular, aos artigos 19 e 20 deste tratado. Em primeiro lugar, deixou claro que o Pacto de San José permite reservas quando são compatíveis com o objeto e a finalidade da Convenção, isto é, aplicou o artigo 19, seção c) da CVDT. Também determinou que os parágrafos 2 e 3 do artigo 20 da CVDT não são aplicáveis à CADH; quanto aos casos de aceitação e objeção de reservas estabelecidos no artigo 20.4, considerou que essas premissas não são aplicáveis, dada a natureza especial dos tratados de Direitos Humanos; no caso da CADH, concluiu que somente seria aplicável o parágrafo 1 do artigo 20, isto é, as reservas não precisam da aceitação dos demais Estados contratantes.²⁸

24 Existem outros tipos de declarações que foram denominadas “declarações de bons desejos”, como a que fez a República Dominicana ao assinar a CADH em 7 de setembro de 1977: “[a] República Dominicana ao assinar o C[ADH], aspira (a) que o Princípio da Proibição da Pena de Morte chegue a ser pura e simplesmente de aplicação geral para os Estados da região americana”.

25 Entre outras propostas, a Delegação dos Estados Unidos insistiu na eliminação do artigo ou, na sua falta, na sua substituição por outro que simplesmente fizesse referência ao fato de que em matéria de reservas, aplicar-se-ia o disposto na CVDT.

26 Salgado Pesantes, H. “Las reservas en los tratados de derechos humanos”, em *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 1998, p. 4.

27 “Artigo 75: [e]sta Convenção só pode ser objeto de reservas em conformidade com as disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de maio de 1969.”

28 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-2/82. *O efeito das reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Ame-*

Em um segundo parecer consultivo, a Corte IDH se pronunciou sobre as reservas feitas pela Guatemala ao ratificar a CADH.²⁹ Nesse caso, a Corte IDH estabeleceu que toda a reserva destinada a permitir ao Estado a suspensão ou derrogação de certos direitos básicos e essenciais -cuja derrogação é proibida em qualquer hipótese como o direito à vida-, deve ser considerada incompatível com o objeto e a finalidade da CADH e, conseqüentemente, não autorizada pelo instrumento convencional.³⁰

Nesse parecer a Corte IDH estabeleceu uma conexão entre reservas incompatíveis com o objeto e a finalidade do tratado e direitos inderrogáveis, no entanto, surge a dúvida sobre se essa relação existe apenas quando o objetivo da reserva seja privar do desfrute de um desses direitos, e se essa reserva seria permitida quando o objetivo fosse simplesmente restringir certos aspectos de um direito inderrogável. Nesse caso, como se determina que uma reserva é compatível com o objeto e a finalidade do tratado?

Parece, então, que o controle das mesmas teria de ser ‘institucionalizado’; de alguma forma, essa é a função que a Corte IDH exerceu por meio de pareceres consultivos, mas a Corte IDH estaria habilitada a fazê-lo em um caso contencioso? De acordo com o artigo 62.3 da CADH, a Corte IDH tem competência para aplicar e interpretar as normas do Pacto de San José, portanto, poderia interpretar o artigo 75 que estabelece o sistema de reservas, para resolver um caso contencioso, e seria obrigada a aplicar o princípio de compatibilidade com o objeto e a finalidade da CADH.

Até o momento, nove Estados partes na CADH apresentaram reservas,³¹ com algumas declarações interpretativas.³² Algumas das reservas são relativas ao artigo 8, em que se estabelece o direito às garantias judiciais; outras limitam direitos e liberdades fundamentais, incluindo alguns direitos que, sob a própria CADH, não podem ser suspensos, mesmo em situações de emergência. Algumas outras afetam as condições estabelecidas na CADH a respeito da aplicação da pena de morte.³³ Outras se referem ao artigo 5, que consagra o direito à integridade pessoal, no sentido de que o tal artigo não deve ser entendido como se proibisse o castigo corporal.

Algumas das reservas ao Pacto de San José compartilham a característica de serem extremamente vagas, o que gera, potencialmente, uma ampla gama de interpretações. A CADH adota um sistema

ricana sobre Direitos Humanos. 1982.

- 29 O Governo da Guatemala, ao ratificar a CADH, em 25 de maio de 1978, formulou uma reserva ao artigo 4, inciso 4 (sobre o direito à vida), uma vez que, à época, a Constituição da República da Guatemala, em seu artigo 54 somente excluía da aplicação da pena de morte os delitos políticos, mas não crimes comuns conexos com os políticos. O Governo da Guatemala retirou a referida reserva em 20 de maio de 1986, por carecer de fundamento constitucional à luz da nova ordem jurídica vigente.
- 30 Corte IDH. Parecer Consultivo OC-3/83. *Restrições à pena de morte*. 1983, § 61.
- 31 Argentina, Barbados, El Salvador, Guatemala, México, Uruguai, Venezuela, Trinidad e Tobago, República Dominicana. A República Dominicana realizou certas reservas a disposições do Pacto de San José, no sentido de que os artigos 21.2 (direito à propriedade privada) e 27 (suspensão de direitos) devem ser interpretados à luz das disposições de sua Constituição. No mesmo sentido, El Salvador fez uma reserva na qual salvaguarda as disposições de sua Constituição a respeito da aplicação da CADH: “[s]e ratifica a C[ADH] fazendo a ressalva de que essa ratificação seja entendida sem prejuízo das disposições da C[ADH] que possam entrar em conflito com os preceitos expressos da Constituição da República”.
- 32 O México, ao ratificar a CADH, apresentou duas declarações interpretativas e uma reserva. As declarações interpretativas indicam o seguinte: “com relação ao parágrafo 1 do artigo 4, considera que a expressão ‘em geral’, utilizada no parágrafo acima mencionado, não constitui uma obrigação de adotar ou manter em vigor legislação que proteja a vida ‘a partir do momento da concepção’, uma vez que essa matéria pertence ao domínio reservado dos Estados. Por outro lado, de acordo com o Governo do México, a limitação estabelecida pela Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, no sentido de que todo ato público de culto religioso deverá ser celebrado precisamente dentro dos templos, é uma das quais estão compreendidas pelo parágrafo 3, artigo 12”. A reserva estabelece o seguinte: “[o] Governo do México faz reserva expressa a respeito do parágrafo 2 do artigo 23, uma vez que a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, em seu artigo 130, estabelece que os Ministros de cultos não terão voto ativo, nem passivo, nem direito de associação com fins políticos”.
- 33 A reserva de Trinidad e Tobago, por exemplo, estabelece: “com relação ao artigo 4 (5) da CADH [se] formula uma reserva porque nas leis de Trinidad e Tobago não há proibição de aplicar a pena de morte a pessoas com mais de setenta (70) anos de idade”.

liberal, uma vez que é tolerante a respeito das reservas que os Estados podem formular, incluindo aquelas relacionadas a normas internas. O caráter liberal do sistema transfere, embora timidamente, aos órgãos do sistema a possibilidade de avaliar as reservas e determinar sua validade.

3.2.2. Reservas à competência contenciosa da Corte IDH

De acordo com a CADH, o reconhecimento da competência contenciosa da Corte IDH é realizado pelos Estados partes através de uma declaração. De acordo com o disposto no artigo 62 do instrumento convencional:

1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.
2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte.
3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.

Como resulta do preceito transcrito, a aceitação da jurisdição da Corte IDH é feita pelos Estados através de uma declaração facultativa; esta declaração não implica uma mudança fundamental dos termos em que a CADH foi ratificada.³⁴ Contudo, esse não parece ser o caso na perspectiva de alguns Estados, como México e Trinidad e Tobago, que buscaram reinterpretar os termos em que a CADH foi aceita. Analisemos primeiro o caso do México:

1. Os Estados Unidos Mexicanos reconhecem como obrigatória de pleno direito a competência contenciosa da Corte I[DH], sobre os casos relativos à interpretação ou aplicação da CADH, em conformidade com seu artigo 62.1, *com exceção dos casos derivados da aplicação do artigo 33 da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos*.
2. A aceitação da competência contenciosa da Corte I[DH] somente será aplicável aos fatos ou aos atos jurídicos posteriores à data do depósito desta declaração, de modo que não terá efeitos retroativos.
3. A aceitação da competência contenciosa da Corte I[DH] é feita com caráter geral e continuará em vigor até um ano depois da data em que os Estados Unidos Mexicanos notifiquem sua denúncia.³⁵

Se fizermos uma interpretação correta do artigo 62.1 da CADH, conforme estabelece a CVDT (artigos 31, 32 e 33), parece que o referido artigo não permite a celebração de nenhum tipo de reserva como a pretendida. Independentemente das considerações particulares que temos em relação à aplicação do artigo 33 constitucional em matéria de Direitos Humanos, a aceitação da referida reserva implicaria implicitamente na reserva pelo governo mexicano de uma série de direitos consagrados na CADH no caso de estrangeiros.³⁶ Isto é, implicaria reservas à própria CADH nos artigos 1 (obrigação de

34 De acordo com o relatório anual 2017 da Corte IDH, dos 35 Estados que conformam a OEA, 20 Estados reconhecem a competência contenciosa da Corte IDH: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai.

35 Declaração para o reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos feita pelo México (grifo nosso). Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/basicos3.htm> (data de último acesso 20/07/2017).

36 De acordo com a Secretaria de Relações Exteriores do México, são muito poucos os casos em que o artigo 33 é aplicado, e nos demais procedimentos previstos na Lei Geral de População, a garantia de audiência é respeitada, o que na prática é realmente relativo, uma vez que as disposições legais e regulamentares da matéria

respeitar os direitos), 2 (dever de adotar disposições de direito interno), 8 (proteção judicial), 13 (liberdade de pensamento e de expressão), 24 (igualdade perante a lei) e 25 (proteção judicial), entre outros. Isso não é possível de acordo com o Direito dos Tratados, uma vez que as reservas a eles só podem ser feitas no momento em que o Estado manifesta seu consentimento em se obrigar pelo tratado e esse consentimento foi expresso pelo México em 1981, além de ir contra o objeto e a finalidade do tratado.

O governo mexicano pretende fundamentar sua reserva na suposta prática dos Estados partes na CADH de excluir certos tipos de casos da competência da Corte IDH, utilizando como base os casos da Argentina e do Chile.³⁷ Esses casos, na realidade, não guardam relação com a reserva feita pelo México. No caso da Argentina, ao aceitar a jurisdição contenciosa da Corte IDH fez referência explícita à declaração de reserva formulada ao ratificar a CADH e, no caso do Chile, trata-se de uma reserva expressa à interpretação da CIDH e da Corte IDH do artigo 21 da CADH (direito à propriedade privada), o que implica, na verdade, uma reserva à CADH e não à competência contenciosa da Corte IDH. Além da leitura incorreta dessas reservas, a prática majoritária dos Estados partes da CADH, que aceitaram a competência contenciosa da Corte IDH, é declarar tal aceitação sem reservas nem restrições.

Por outro lado, de acordo com a definição de reserva estabelecida no início desta seção, há uma referência direta aos artigos específicos do tratado internacional, os quais o Estado pretende reservar porque, de alguma forma, afetam seus interesses; no caso apresentado, não há referência específica a uma norma do tratado, mas é uma reserva geral à competência da Corte IDH e da CADH em tudo o que se opõe à aplicação do artigo constitucional 33, que é o direito interno do Estado. Seria necessário analisar se a reserva formulada dessa maneira não viola o artigo 27 da CVDT.³⁸

As únicas opções em relação aos termos em que a Declaração pode ser feita são as estabelecidas no artigo 62.2 da CADH, ou seja, a declaração pode ser feita incondicionalmente ou sob condição de reciprocidade, por um período determinado ou para casos específicos. Se o ponto 3 do projeto de Declaração estabelece que a aceitação da competência contenciosa da Corte IDH é feita com caráter geral, isso se traduz na aceitação incondicional da competência da Corte IDH, de maneira que existe uma contradição entre o ponto 1 e o ponto 3 da Declaração.

Quanto ao ponto 2 da declaração, que estabelece o início da vigência da competência contenciosa da Corte, no caso específico do México, isso é perfeitamente válido de acordo com o espírito da CADH e a prática dos Estados referente à aceitação da jurisdição contenciosa de um tribunal internacional.

Quanto à legalidade da reserva feita por Trinidad e Tobago à competência contenciosa da Corte IDH, isso foi resolvido pela Corte IDH em uma sentença sobre exceções preliminares. A reserva foi formulada nos seguintes termos:

[...] com relação ao artigo 62 da C[ADH], o Governo da República de Trinidad e Tobago reconhece a jurisdição obrigatória da Corte I[DH] estipulada no referido artigo apenas na medida em que esse reconhecimento seja compatível com seções pertinentes da Constituição da República de Trinidad e Tobago, e sempre que uma sentença da Corte [IDH] não viole, estabeleça ou anule direitos ou deveres existentes de cidadãos particulares.³⁹

permitem uma atuação discricionária da autoridade. Não obstante essa argumentação, a utilização de termos como “permanência inconveniente” e “estrangeiros perniciosos”, cujo conteúdo é determinado pela autoridade, produz grande insegurança jurídica.

37 Espino, M. Documento en relación a la propuesta de Declaración que formula el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 1998.

38 O referido artigo estabelece a relação entre o direito interno e Direito Internacional. Desse artigo se depreende a proibição geral, para os Estados, de invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o cumprimento de suas obrigações internacionais.

39 Cf. Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad e Tobago*. EP. 2001.

A Corte I[DH] rejeitou a reserva, considerando que era incompatível com o objeto e a finalidade de C[ADH]. A reserva feita pelo Estado teria o efeito de excluí-lo do sistema jurisdicional, uma vez que subordina o exercício da jurisdição às disposições do direito interno, de forma praticamente absoluta.

4. Emendas e protocolos

No contexto do Direito dos Tratados, a emenda é a modificação formal das disposições de um tratado pelas partes. As disposições de um tratado podem ser modificadas através do procedimento indicado no tratado em questão. No caso da CADH, as emendas podem ser sugeridas diretamente pelos Estados partes à Assembleia Geral da OEA, ou pela Corte IDH ou CIDH através do Secretário-Geral da Organização. Assim, se estabelece no procedimento de entrada em vigor das emendas, que é necessário que as mesmas sejam aceitas por dois terços dos Estados partes da CADH; a respeito dos demais Estados partes, entrarão em vigor na data em que depositem o instrumento de ratificação da emenda.

Durante a Conferência Especializada em Direitos Humanos, a delegação uruguaia declarou que as emendas deveriam entrar em vigor não apenas para os Estados Partes que as ratificaram, mas também para os demais Estados Partes, em vista da dificuldade de mudar a estrutura ou operação dos organismos de proteção dos Direitos Humanos para alguns Estados, mas não para outros. No entanto, a maioria considerou que uma emenda não deveria ser aplicada a um Estado sem seu consentimento prévio através do processo de ratificação.⁴⁰

Embora, até o momento, a CADH não tenha sofrido nenhuma emenda, o próprio instrumento estabelece uma série de regras que regulam esse aspecto. A emenda entrará em vigor quando do depósito dos instrumentos de ratificação de dois terços dos Estados partes. Para os demais Estados, a entrada em vigor será no momento em que depositarem o seu instrumento de ratificação. No entanto, a fórmula de dois terços dos Estados partes deixa indeterminada a data de entrada em vigor da emenda e levanta algumas dúvidas: isso significa dois terços das partes no tratado no momento em que a emenda é aprovada, ou dois terços das partes no tratado a qualquer momento após essa aprovação?⁴¹

Quanto ao consentimento das partes em estarem obrigadas pelas emendas, os Estados partes na CADH devem consentir formalmente em se obrigar por uma emenda após sua aprovação, mediante o depósito de um instrumento de ratificação da emenda. Ou seja, uma emenda, desde a sua entrada em vigor, vincula apenas os Estados que a aceitaram. Esta regra tem o efeito negativo de criar diferentes regimes sob o mesmo tratado. Um regime será aplicado aos Estados que são partes da emenda, e outro regime aos Estados que são parte apenas do tratado original. Como a CADH não estabelece um regime que regule a relação das emendas com os Estados que se tornam parte da CADH após a entrada em vigor da referida emenda, supomos que se aplica a regra da CVDT de 1969, a qual estabelece que: “[q]uando um Estado se tornar parte de um tratado que tenha sido emendado, se tornará parte do tratado em sua forma emendada, a menos que tenha manifestado uma intenção diferente (seção a) do parágrafo 5 do artigo 40”.

Em relação aos protocolos, a CADH em seu artigo 77.1 estabelece a possibilidade de que qualquer Estado parte ou a CIDH submeta à consideração dos Estados reunidos na Assembleia Geral da OEA a elaboração de protocolos adicionais à CADH, a fim de incluir progressivamente outros Direitos

40 OEA. Conferência Especializada em Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 ao 22 de novembro de 1969. Atas e Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 379.

41 No caso dos tratados internacionais nos quais o Secretário-Geral da ONU atua como depositário, este conta todas as partes em qualquer momento dado para determinar quando uma emenda entra em vigor. Em consequência, os Estados que sejam parte do tratado depois da aprovação de uma emenda, mas antes de sua entrada em vigor, são contados também. Naciones Unidas, Manual de Tratado, Sección de tratados de la Asuntos Jurídicos, Naciones Unidas, 2001, p. 24.

Humanos em seu regime de proteção. A CIDH esclareceu no texto do artigo 78 que qualquer Estado Parte e a CIDH poderiam submeter os projetos adicionais à Assembleia Geral que considerassem pertinentes.⁴²

Artigo 77.2 da CADH salienta que cada protocolo estabelecerá as modalidades de sua entrada em vigor e, sob o princípio *res inter alios acta*, somente imperará entre seus Estados partes.

No contexto do Direito dos Tratados, um protocolo tem as mesmas características de um tratado internacional. Este termo é utilizado para denominar os acordos de caráter menos formal do que os denominados acordos ou convenções, e tem como objetivo emendar, complementar ou esclarecer um tratado multilateral, ou ainda concentrar-se de forma mais detalhada em um aspecto particular do tratado do qual dependa. O protocolo geralmente está aberto à participação das partes do tratado.

Atualmente, a CADH conta com dois protocolos adicionais: 1. Protocolo relativo à Abolição da Pena de Morte, e 2. Protocolo Adicional em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ou o “Protocolo de San Salvador”.

5 Denúncia

Um Estado parte pode denunciar ou retirar-se de um tratado, de acordo com as disposições nele contidas. Os termos “denúncia” e “retirada” expressam o mesmo conceito jurídico. A denúncia é um processo unilateral iniciado por um Estado para considerar rescindidas as obrigações jurídicas de um tratado; para o restante dos Estados partes, o tratado em questão continuará produzindo efeitos.

A CADH estabelece no artigo 78 a possibilidade de denúncia do instrumento, sujeitando-a a certos requisitos:

[...] (i) Os Estados Partes poderão denunciar esta Convenção depois de expirado um prazo de cinco anos, a partir da data da entrada em vigor da mesma e mediante aviso prévio de um ano, (ii) notificando o Secretário-Geral da Organização, o qual deve informar as outras Partes. (iii) Tal denúncia não terá o efeito de desligar o Estado Parte interessado das obrigações contidas nesta Convenção, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por ele anteriormente à data na qual a denúncia produzir efeito.

Ao estabelecer a possibilidade de denunciar a CADH, reconhece-se que, assim como os Estados estão vinculados de maneira soberana ao instrumento convencional, da mesma forma podem deixar de fazer parte dele, desde que o façam segundo as premissas e condições estabelecidas no artigo 78.

A denúncia à CADH produz efeitos um ano depois de que o Estado a notifica ao Secretário-Geral da OEA. Portanto, a denúncia da CADH não isenta os Estados do cumprimento de suas obrigações enquanto a CADH estiver em vigor para os mesmos. Da mesma forma, a Corte IDH mantém competência para conhecer dos fatos que ocorrem antes dessa data e que constituem possíveis violações das obrigações consagradas na CADH.

Até hoje, apenas Trinidad e Tobago e Venezuela denunciaram a CADH.⁴³

42 A CIDH eliminou a referência constante do projeto de Convenção Americana aos direitos previstos na DAD-DH, considerando que não se devia limitar o caráter dos direitos que poderiam ser incluídos em futuros protocolos.

43 A denúncia de Trinidad e Tobago foi feita nos seguintes termos: “[...] O Governo de Trinidad e Tobago não está em posição de conceder que a incapacidade da C[IDH] de lidar rapidamente com petições relacionadas a casos de imposição da pena de morte, frustre a execução dessa pena legal com a qual o crime de homicídio é punido em Trinidad e Tobago. A constitucionalidade das sentenças proferidas contra os condenados e sentenciados à morte após o devido processo judicial é determinada perante os tribunais de Trinidad e Tobago. Por fim, existem salvaguardas suficientes para a proteção dos Direitos Humanos e fundamentais dos presos condenados. Por

Estrategicamente, um dia antes do início da vigência da denúncia de Trinidad e Tobago da CADH, a CIDH submeteu à Corte IDH o caso *Hilaire e*, subsequentemente, o caso *Constantine e Benjamin*, os três contra Trinidad e Tobago. Como afirmou no caso *Caesar vs. Trinidad e Tobago*, a Corte IDH observou que os fatos *sub judice* ocorreram quando o Estado ainda fazia parte da CADH, ou seja, a denúncia não gerou efeitos, de modo que os fatos do caso acabaram sujeitos à competência *ratione temporis* da Corte IDH.⁴⁴

5.1. Denúncia da competência contenciosa da Corte IDH?

Em 4 de agosto de 1999, o Ministro e o Conselheiro da Embaixada do Peru na Costa Rica compareceram perante a Corte IDH para devolver a demanda no caso *Ivcher Bronstein* e seus anexos. Os funcionários entregaram à Secretaria uma nota datada de 2 de agosto de 1999, assinada pelo Ministro de Relações Exteriores do Peru, na qual manifestava o seguinte:

- a) Mediante Resolução Legislativa nº 27152, de 8 de julho de 1999 [...] o Congresso da República aprovou a retirada do reconhecimento da competência contenciosa da Corte I[DH].
- b) Em 9 de julho de 1999 o Governo da República do Peru depositou junto à Secretaria Geral da OEA, o instrumento pelo qual declara que, de acordo com a C[ADH], a República do Peru retira a declaração de reconhecimento da cláusula facultativa de submissão à competência contenciosa da Corte I[DH] [...]
- c) [A] retirada do reconhecimento da competência contenciosa da Corte [IDH] produz efeitos imediatos a partir da data do depósito desse instrumento perante a Secretaria Geral da OEA, isto é, em 9 de julho de 1999, e aplica-se a todos os casos em que o Peru não tenha contestado a demanda apresentada perante a Corte [IDH].⁴⁵

A retirada ‘imediate’ do reconhecimento da competência contenciosa da Corte IDH por parte do Peru pretendia que a Corte IDH não conhecesse do caso *Ivcher Bronstein*. Este ato unilateral do Estado não estava previsto na CADH, de maneira que não tinha nenhum fundamento jurídico. A Corte IDH, aplicando o princípio *compétence de la compétence*,⁴⁶ decidiu que a pretensa retirada do Peru era inadmissível.

É importante ressaltar que a CADH é clara quanto às regras que regulam a denúncia da CADH, de acordo com as quais não é permitida a denúncia ou a retirada de suas ‘seções’ ou ‘cláusulas’. Assim, nem a intenção das partes, nem a natureza do tratado decorrem dessa possibilidade. Mesmo na hipótese de que tal retirada fosse possível, -uma hipótese que a Corte IDH rejeita-, tal denúncia não poderia de forma alguma produzir ‘efeitos imediatos’ como reclamava o Peru. O artigo 56.2 da CVDT estipula um prazo de antecipação de “pelo menos doze meses” para a notificação de um Estado parte de sua intenção de denunciar um tratado ou retirar-se dele. Apesar de seu caráter facultativo, a declaração de aceitação da competência contenciosa de um tribunal internacional, uma vez efetuada, não autoriza o Estado a alterar posteriormente seu conteúdo e alcance.⁴⁷

5.2. Denúncia da competência da CIDH?

Alguns Estados fizeram declarações sobre sua intenção de ‘retirar-se’ da CIDH, o que é juridicamente inviável. Basta lembrar que a CIDH foi criada em 1959 e se reuniu pela primeira vez em 1960. Inicialmente sua função era garantir o cumprimento por parte dos Estados da DADDH; com a posterior

consequente, de acordo com as disposições do artigo 78 da C[ADH], o Governo de Trinidad e Tobago notifica o Secretário-Geral da O[EA] da retirada de sua ratificação da mencionada Convenção [...]”.

44 Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. MRC. 2005, § 11.

45 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. 1999, § 23.

46 O termo francês *compétence de la compétence* (derivado do alemão *kompetenz-kompetenz*) é um dos princípios do direito processual internacional que rege os tribunais internacionais e de arbitragem, e refere-se ao fato de que o próprio tribunal é competente para decidir se deve contar ou não com jurisdição.

47 Corte IDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. 1999, § 50-52. Corte IDH *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. 1999, § 51-53.

adoção e entrada em vigor da CADH, a CIDH foi integrada a ela como um dos órgãos de supervisão e cumprimento, e como um dos dois órgãos competentes para conhecer de violações desse instrumento pelos Estados.

A CIDH é um dos órgãos principais da OEA,⁴⁸ de modo que as funções de supervisão que desempenha sobre os Estados fazem parte da associação do Estado em questão na Organização. Desse modo, se um Estado quiser denunciar a competência da CIDH, isso implicará, na verdade, em que o Estado deixe a Organização.

6. Disposições transitórias

As disposições ou artigos transitórios de um tratado são medidas de caráter legal e cumprimento obrigatório que se põem em prática por um curto período de tempo. No que diz respeito às disposições transitórias, que não são muito comuns nos tratados, foram estabelecidas para indicar os prazos e os processos de nomeação dos dois órgãos encarregados de velar pela CADH.

No texto da CADH há quatro disposições transitórias que se referem ao processo de seleção dos candidatos que integrariam pela primeira vez tanto a CIDH quanto a Corte IDH.

6.1 CIDH

Uma vez que a CADH entrou em vigor, o Secretário-Geral da OEA solicitou aos Estados membros da OEA que indicassem seus candidatos a membros da CIDH. O Secretário preparou uma lista dos candidatos e a enviou aos Estados membros da Organização. A eleição dos membros foi feita por votação secreta na Assembleia Geral e foram eleitos os candidatos que obtiveram o maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados membros. A integração e eleição dos membros da CIDH são regidas pelo capítulo VII da CADH.

6.2 Corte IDH

Depois que a CADH entrou em vigor, o Secretário-Geral da OEA solicitou aos Estados Partes da Convenção uma lista de seus candidatos a juizes da Corte Interamericana dentro de noventa dias. O Secretário preparou uma lista dos candidatos em ordem alfabética e a comunicou aos Estados Partes, que votaram secretamente na Assembleia Geral da OEA. Como no caso da CIDH, os candidatos eleitos obtiveram o maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados Partes. A integração e o processo de seleção dos juizes são estabelecidos no capítulo VIII da CADH.

48 Ver o comentário aos artigos 34 e 41 (organização e funções da CIDH), por Tojo.

Seção Especial

Jurisprudência da Corte IDH sobre Povos Indígenas e Tribais Mérito e Reparações

Bibliografia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. Mérito. Sentença de 4 de dezembro de 1991. Série C n.º 11. Doravante: Corte IDH. *Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. M. 1991.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. Reparações e Custas. Sentença de 10 de setembro de 1993. Série C n.º 15. Doravante: Tribunal de Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros Suriname*. RC. 1993.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. Exceções Preliminares. Sentença de 1º de fevereiro de 2000. Série C n.º 66. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. EP. 2000.

Corte IDH. *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C No. 70. Doravante: Corte IDH. *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. M. 2000.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C n.º 79. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001.

Corte IDH. *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparações e Custas. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C No. 91. Doravante: Corte IDH. *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002.

Corte IDH. *Caso do Massacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 29 de abril de 2004. Série C No. 105. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*. M. 2004.

Corte IDH. *Caso do Massacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparações. Sentença de 19 de novembro de 2004. Série C No. 116. Doravante: Corte IDH. *Caso do Massacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*. R. 2004.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença 15 de junho de 2005. Série C No. 124. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C No. 125. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005.

Corte IDH. *Yatama vs. Nicarágua*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de junho 2005. Série C No. 127. Doravante: Corte IDH. *Yatama vs. Nicarágua*. EPMRC. 2005.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. Série C n.º 141. Doravante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de fevereiro de 2006. Série C n.º 142. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Interpretação da sentença de MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de fevereiro de 2006. Série C n.º 145. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Interpretação da sentença de MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C n.º 146. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. MRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C 165. Doravante: Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. MRC. 2007.

Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C n.º 172. Doravante: Corte IDH HR. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007.

Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C n.º 185. Doravante: Corte IDH. *Caso do Povo Sara maka vs. Suriname*. Interpretação da sentença do EPMRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2008. Série C n.º

190. Doravante: Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. MRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C. n.º 212. Doravante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C n.º 214. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México* Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C n.º 215. Doravante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México* EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México* Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C n.º 216. Doravante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México* EPMRC. 2010.

Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. Mérito e Reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C. n.º 245. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012.

Corte IDH. *Caso dos Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custos. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C n.º 250. Doravante: Corte IDH. *Caso dos Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do povo indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de maio de 2014. Série C. n.º 279. Doravante: Corte IDH. *Caso Popular Mapuche indígena vs. Chile*. MRC. 2014.

Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C n.º 284. Doravante: *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPMRC. 2014.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de outubro de 2015. Série C n.º 304. Doravante: Corte IDH. *Caso da Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015.

Corte IDH. *Caso da Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de outubro de 2015. Série C n.º 305. Doravante: Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2015. Série C n.º 309. Doravante: Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. MRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Membros da Aldeia Chichupac e Comunidades Vizinhas do Município de Rabinal vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de novembro de 2016. Série C. n.º 328. Doravante: *Caso Membros da Aldeia Chichupac e Comunidades Vizinhas do Município de Rabinal vs. Guatemala*. EPMRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Acosta e outros vs. Nicarágua*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Acórdão de 25 março de 2017. Série C n.º 334. Doravante: Corte IDH. *Caso Acosta e outros Nicarágua*. EPMRC. 2017.

Corte IDH. *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C n.º 346. Doravante: Corte IDH. *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil* EPMRC. 2018.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIDH. *Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34, 28 de junho de 2007.

Documentos adotados por organizações internacionais

Organização dos Estados Americanos

OEA Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Aprovada na segunda sessão plenária realizada em 14 de junho de 2016, AG/RES.2888 (XLVI-O/16).

Organização Internacional do Trabalho

OIT. Convenção N.º 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes. Adotada em 27 de junho de 1989, entrou em vigor em 5 de setembro de 1991.

Organização Nações Unidas Nações Unidas

Comissão DHONU, *Relatório do Relator Especial sobre a situação dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais dos povos indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de janeiro de 2003.

ONU, Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, *Considerações sobre os relatórios apresentados pelos Estados Partes em conformidade com o artigo 9 da Convenção*, Observações finais sobre o Equador, Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junho de 2003.

ONU, Declaração sobre os direitos dos povos indígenas. Aprovado pela Assembleia Geral em 13 de setembro de 2007. A/RES/61/295.

ONU, Conselho DHONU, *Relatório do Relator Especial sobre a situação dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais dos povos indígenas*, James Anaya. Doc. Das Nações Unidas A/HRC/12/34, 15 de julho de 2009.

ONU, Conselho DHONU, *Relatório do Relator Especial sobre a situação dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais dos povos indígenas*, James Anaya. Doc. Das Nações Unidas A/66/288, 10 de agosto de 2011.

Referências acadêmicas

ARTHUR, P. (Ed.) *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divided Societies*. Cambridge University Press, Nova Iorque, 2011.

BERISTAIN, C. M. *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano*. Universidad Santo Tomás-PNUD-IIDH, Bogotá, 2010.

CITRONI, G. e QUINTANA, K. I. “Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”, em LENZIRINI, F. (Ed.) *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives*. Oxford University Press, Nova Iorque, 2008.

CULBERSTON, R. e POULIGNY, B. “Re-imagining Peace after Mass Crime: A Dialogical Exchange between an Insider and Outsider Knowledge”, em POULIGNY, B. et al (Eds.) *After Mass Crime: Rebuilding States and Communities*. United Nations University Press, Tóquio, 2008.

DE SOUSA SANTOS, B. “The Heterogenous State and Legal Plurality”, em *Law and Society Review*, nº 40(1), p. 39, 2006.

DONOSO, G. “I have never worked with victims so victimized. Political Trauma and the Challenges of Psychotherapy in Ecuador” (A ser publicado em 2018).

ESCOBAR, A. “Worlds and Knowledges Otherwise”, em *Cultural Studies*, nº 21(2), p. 179, 2007.

GÓMEZ, N. “Indigenous Peoples and Psychosocial Reparation: The Experience with Latin American Indigenous Communities”, em LENZIRINI, F. (Ed.) *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives*. Oxford University Press, Nova Iorque, 2008.

HAMBER, B. “Narrowing the Micro and Macro: A Psychological Perspective on Reparations in Societies in Transition”, em DE GREIFF, P. (Ed.) *The Handbook for Reparations*. Oxford University Press, Nova Iorque, 2008.

HERMAN, J. *Trauma and recovery: The aftermath of violence from domestic abuse to political terror*. Nova York: Basic Books, 1992.

HUYSE, L. e SALTER, M. (Eds.) *Transitional Justice and Reconciliation after Violent Conflict. Learning from African Experiences*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance - IDEA, Estocolmo, 2008.

LETSCHERT, R. e VAN DIJK, J. *The New Faces of Victimhood: Globalization, Transnational Crimes and Victim Rights*. Springer, Londres/Nova Iorque, 2011.

MIGNOLO, W. “Introduction: Coloniality of Power and De-colonial Thinking”, em MIGNOLO, W. e ESCOBAR, A. *Globalization and the Decolonial Option*. Routledge, Londres-Nova Iorque, 2010.

RUBIO-MARÍN, R. et al. “Indigenous Peoples and Claims for Reparations: Tentative Steps in Peru and Guatemala”, em ARTHUR, P. (Ed.) *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divided Societies*. Cambridge University Press, Nova Iorque, 2011.

RUIZ CHIRIBOGA, O. “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano”, em *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, nº 5, año 3, p. 43, 2006.

SAID, E. “From Orientalism”, em WILLIAMS, P. e CHRISMAN, L. (Eds.) *Colonial Discourse and Post-Colonial Theory: A Reader*. Harvester Wheatsheaf, Nova Iorque-Londres, 1993.

VAN DER KOLK, B. A. *The Body Keeps the Score: Brain, Mind, and Body in the Healing of Trauma*. Nova Iorque: Viking, 2014.

VRDOLJAK, A. “Reparations for Cultural Loss”, em LENZIRINI, F. (Ed.) *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives*. Oxford University Press, Nova Iorque, 2008.

Outras referências não acadêmicas

ESPINOZA CUEVAS, V. et al. *Comisiones de la Verdad, ¿Un camino incierto? Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo, Asociación para la Prevención de la Tortura, Santiago do Chile*, 2003.

International Center for Transitional Justice (ICTJ), Truth and Memory. Strengthening Indigenous Rights through Truth Commissions: A Practitioner's Resource, Nova Iorque, 2012.

Outras fontes bibliográficas sugeridas

AKERMAN SHEPS, A.P. "The Dispute over the Raposa Serra do Sol Reserve Demarcation: A Matter of Indigenous Constitutional Rights or National Sovereignty?", em *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, no. 10, p. 279, 2010.

ALMENDRA MARTINS, E. e MONT'ALVERNE BARRETO LIMA, M. "Proteção dos povos originais e tribais como reforço da pluralidade no Estado: incentivo na formação de uma cidadania plural por meio das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos", em D'ÁVILA LOPES, A. M. e MONT'ALVERNE BARRETO LIMA, M. (Eds.) *A internalização de tratados internacionais de Direitos Humanos na América do Sul*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2017.

ALVARADO, L. J. "Prospects and Challenges in the Implementation of Indigenous Peoples' Human Rights in International Law: Lessons from the Case of *Awas Tingni vs. Nicaragua*", em *Arizona Journal of International and Comparative Law*, n° 24(3), p. 609, 2007.

ÁLVAREZ, Y. "Derechos territoriales indígenas, pluralismo jurídico y alternativas al desarrollo: Notas sobre una relación indisoluble", em *Revista Deusto de Derechos Humanos*, n° 2, p. 95, 2017.

AMIOTT, J. A. "Environment, Equality, and Indigenous Peoples' Land Rights in the Inter-American Human Rights System: *Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni vs. Nicaragua*", em *Environmental Law*, n° 32, p. 873, 2002.

ANAYA, S. J. e WILLIAMS, R. "The Protection of Indigenous Peoples' Rights Over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System", em *Harvard Human Rights Journal*, n° 14, p. 33, 2001.

ANAYA, S. J. e GROSSMAN, C. "The Case of *Awas Tingni vs. Nicaragua*: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples", em *Arizona Journal of International and Comparative Law*, n° 19(1), p. 1, 2002.

ANTKOWIAK, T. M. "*Moiwana Village vs. Suriname*: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights", em *Berkeley Journal of International Law*, n° 25(2), p. 268, 2007.

ANTKOWIAK, T. M. "Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court", em *University of Pennsylvania Journal of International Law*, n° 35(1), p. 113, 2014.

ANTKOWIAK, T. M. "A Dark Side of Virtue: The Inter-American Court and Reparations for Indigenous Peoples", em *Duke Journal of Comparative & International Law*, n° 25(1), p. 1, 2014.

BARELLI, M. "The Interplay Between Global and Regional Human Rights Systems in the Construction of the Indigenous Rights Regime", em *Human Rights Quarterly*, n° 32, p. 951, 2010.

BENNET, T. et al. *African Perspectives on Transitional Justice*. Intersentia, Cambridge, 2012.

BERRAONDO, M. "Indigenous Peoples and Natural Resources under the Inter-American System of Human Rights: Between Privatization and the Exercise of Human Rights", em DE FEYTER, K. e GOMEZ ISA, F. (Eds.) *Privatization and the Exercise of Human Right in the Age of Globalization*. Intersentia, Antwerp-Oxford, 2005.

BERRAONDO, M. (Coord.) *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

BRUNNER, L. "The Rise of Peoples' Rights in the Americas: The *Saramaka People Decision* of the Inter-American Court of Human Rights", em *Chinese Journal of International Law*, n° 7, p. 699, 2008.

BURGORGUE-LARSEN, L. "The Rights of Indigenous Peoples", em BURGORGUE-LARSEN, L. e ÚBEDA DE TORRES, A., *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*. Oxford University Press, Oxford, Nova York, 2011.

BURKE, S. "Indigenous Reparations Re-Imagined: Crafting a Settlement Mechanism for Indigenous Claims in the Inter-American Court of Human Rights", em *Minnesota Journal of International Law*, n° 20, p. 123, 2011.

CAMPBELL-DURUFLÉ, C. "El derecho indígena a la propiedad como ocasión de reafirmar la indivisibilidad de los derechos humanos", em *Revista CEJIL*, n° 5, p. 65, 2009.

CASTRILLÓN ORREGO, J. D. "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas", em BECERRA RAMÍREZ, M. (Coord.) *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. UNAM, México, 2007.

CASTRILLÓN ORREGO, J. D. *Globalización y derechos indígenas: el Caso de Colombia*. UNAM, México, 2006.

CHING SOTO, L. "Los derechos de los pueblos indígenas. El Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", em ZERBINI RIBEIRO LEÃO, R. *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos - Ensaio em Homenagem ao Prof. Antonio Augusto Cançado Trindade*, n° 5, SAFE, Porto Alegre, 2005.

CHING SOTO, L. "Reparations in the Inter-American System of Human Rights: An Analysis of the Jurisprudence on Collective Cases of Indigenous Peoples and the Economic, Social and Cultural Aspects of their Reparations", em *Revista IBDH*, n° 10(10), p. 219, 2010.

CLARIDGE, L. "Implementing Minority and Indigenous Peoples' Rights: Regional Comparisons", em *Inter-American and*

European Human Rights Journal, nº 8, 2016.

CLAVERO, B. “El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano, Venezuela y Awás Tingni”, em *Revista IIDH*, nº 39, p. 257, 2004.

CONTRERAS-GARDUÑO, D. e ROMBOUITS, S. “Collective Reparations for Indigenous Communities Before the Inter-American Court of Human Rights”, em *Merkourios: Utrecht Journal of International and European Law*, nº 27, p. 4, 2010.

COPELLO BARONE, N. P. “Igualdad y no discriminación: análisis de su aplicación al caso de las comunidades originarias”, em *Revista IIDH*, nº 62, 2015.

CUNEO, I. M. “The Rights of Indigenous Peoples and the Inter-American Human Rights System”, em *Arizona Journal of International and Comparative Law*, nº 22(1), p. 53, 2005.

DE OLIVEIRA REBELO, M. N. “O Povo Saramaka versus Suriname: Uma Análise Sob O Olhar De Clifford Geertz”, em *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, nº 14, p. 95, 2011.

DEL VALLE CÓBAR, D. *Violencia política y poder comunitario*. ECAP, Guatemala, 2004.

DONOSO, G. “Inter-American Court of Human Rights’ Reparation Judgments. Strengths and Challenges for a Comprehensive Approach”, em *Revista IIDH*, nº 49, p. 29, 2010.

DONOSO, G. “Sacred Fire as Healing. Psychosocial Rehabilitation and Indigenous Peoples in the Inter-American Court’s Judgments”, em HAECK, Y. et al. (Eds.) *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*. Intersentia, Cambridge, 2015.

DULITZKY, A. “Los pueblos indígenas: jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, em *Revista IIDH*, nº 26, p. 137, 1998.

DULITZKY, A. “Cuando los afrodescendientes se transformaron en ‘pueblos tribales’”, em *El Otro Derecho*, nº 41, p.13, 2010.

DURANGO CORDERO, R. “Los derechos de los pueblos indígenas y la protección al medio ambiente dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, em *American University International Law Review*, nº 24(1), p. 7, 2008.

FODELLA, A. “Indigenous Peoples, the Environment, and International Jurisprudence”, em Boschiero, N. et al (Eds.) *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*. Springer, The Hague, 2013.

FUENTES, I. “Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: innovaciones en el Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa”, em *Revista CEJIL*, nº 2, p. 69, 2006.

FUENTES, A. “Protection of Indigenous Peoples’ Traditional Lands and Exploitation of Natural Resources: The Inter-American Court of Human Rights’ Safeguards”, em *International Journal on Minority and Group Rights*, nº 24(3), p. 229, 2017.

GILLER, J. “Caring for ‘Victims of Torture’ in Uganda: Some personal reflections”, em BRACKEN, P. J. e PETTY, C. (Eds.) *Rethinking the Trauma of War*. Free Association Books, Londres, 1998.

GÓMEZ ISA, F. (Ed.) *El Caso Awás Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.

GÓMEZ ISA, F. “El derecho de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales: conflicto social y ambiental a la luz del caso Awás Tingni”, em *Conflicto Social*, nº 7, p. 87, 2012.

GÓMEZ ISA, F. “Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective: The Approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights”, em *Human Rights Quarterly*, nº 36(4), p. 722, 2014.

GONZÁLEZ VOLIO, L. “Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: El Caso Yatama contra Nicaragua”, em *Revista IIDH*, nº 41, p. 317, 2005.

GUERRA GONZÁLEZ, G. *Derechos de los pueblos indígenas. Legislación en América Latina*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1999.

HANNUM, H. “The Protection of Indigenous Rights in the Inter-American System”, em HARRIS, D. e LIVINGSTONE, S. (Eds.) *The Inter-American System of Human Rights*. Clarendon Press, Oxford, 1998.

HERZFELD-BACIC, R. et al. *Muerte y desaparición forzada en La Araucanía: Una aproximación étnica*. Universidad Católica de Temuco, Santiago de Chile, 1998.

IORNS MAGALLANES, C. J. “Indigenous Political Representation: Latin America and International Human Rights Law”, em *Journal of New Zealand Studies*, nº 11, p. 93, 2011.

ITUARRE, C. “Los pueblos indígenas, el medio ambiente y la progresividad de los derechos humanos en el Sistema Interamericano”, em MARTIN, C. et al. (Eds.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Universidad Iberoamericana, American University & Distribuciones Fontamara, México, 2004.

ITURRALDE, D. “Pueblos indígenas, derechos económicos, sociales y culturales y discriminación”, em *Revista IIDH*, nº

39, p. 233, 2004.

KREIMER, O. “Collective Rights before the Inter-American Human Rights System”, em Organization of American States, *American Society of International Law Proceedings*, 2000.

LENZERINI, F. (Ed.) *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives*. Oxford University Press, Nova York, 2008.

LÓPEZ MURCIA, J. D. “La protección de la propiedad de la tierra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al Caso de las comunidades campesinas en Colombia”, em *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 14, p. 71, 2009.

MACKAY, F. *Guía para los derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de derechos humanos*. IWGIA, Copenhagen, 2002.

MCKENZIE, S. “Yakye Axa v. Paraguay: Upholding and Framing the Human Right to Water”, em HAECK, Y. *et al.* (Eds.) *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*. Intersentia, Cambridge, 2015.

MARTIN, C. “The Moiwana Village Case: A New Trend in Approaching the Rights of Ethnic Groups in the Inter-American System”, em *Leiden Journal of International Law*, nº 19, p. 491, 2006.

NASH ROJAS, C. “Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em AYLWIN, J. (Ed.) *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*. Universidad de la Frontera, Temuco, 2004.

ODELLO, M. “Indigenous peoples’ rights and cultural identity in the inter-American context”, em *The International Journal of Human Rights*, nº 16(1), p. 25, 2012.

ORMACHEA, P. A. “Moiwana Village: The Inter-American Court and the ‘Continuing Violation’ Doctrine”, em *Harvard Human Rights Journal*, nº 19, p. 283, 2006.

PASQUALUCCI, J. M. “The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System”, em *Human Rights Law Review*, nº 6(2), p. 281, 2006.

PASQUALUCCI, J. M. “International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in the Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, em *Wisconsin International Law Journal*, nº 27 (1), p. 51, 2009.

PATIÑO PALACIOS, L. A. “Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas”, em *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, nº 7, p. 69, 2014.

PENTASSUGLIA, G. “Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights”, em *European Journal of International Law*, nº 22(1), p. 165, 2011.

POSENATO, N. “La giurisprudenza della Corte Interamericana in materia di diritti alla vita e alla proprietà dei popoli indigeni e tribali”, em *Revista DPC Online*, nº 34(1), 2018.

RAISZ, A. “Indigenous Communities before the Inter-American Court of Human Rights: New Century, New Era?”, em *Miskolc Journal of International Law*, nº 5(2), p. 35, 2008.

RAMÍREZ, A.D. “El Caso de la comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, em *Revista IIDH*, nº 41, p. 347, 2005.

RINALDI, K. “Casos Pueblo Saramaka y Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku: ¿Un Paso atrás en cuanto al Fundamento de los Derechos de las Sociedades Tradicionales?”, em *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, nº 12, p. 243, 2012.

RIVERA, F. e RINALDI, K. “Pueblo Saramaka vs. Surinam: El derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblo”, em *Revista CEJIL*, nº 4, p. 80, 2008.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, L. “El Caso Awas Tingni y el régimen de derechos territoriales indígenas en la Costa Atlántica de Nicaragua”, em AYLWIN, J. (Ed.) *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*. Universidad de la Frontera, Temuco, 2004.

RUIZ CHIRIBOGA, O. “La justicia indígena en el Ecuador: Pautas para una compatibilización con el derecho estatal”, em GAMBOA, C. *et al.* *Aportes andinos sobre derechos humanos. Investigaciones monográficas*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2005.

RUIZ CHIRIBOGA, O. “Propiedad comunal vs. propiedad privada e intereses estatales”, em HUBER, R. *et al.* (Coord.) *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales*. Konrad Adenauer Stiftung, México, 2008.

RUIZ CHIRIBOGA, O. “Cláusulas autónomas, subordinadas e incorporadas de igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano”, em MEJÍA, J. (Ed.) *Los Derechos Humanos en las Sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras*. Casa San Ignacio, Tegucigalpa, 2012.

RUIZ CHIRIBOGA, O. “Indigenous Corporal Punishments in Ecuador and the Prohibition of Torture and Ill-Treatments”, em *American University International Law Review*, nº 28(4), p. 975, 2013.

RUIZ CHIRIBOGA, O. “The International Responsibility of the State for the Conduct of Indigenous Legal Systems: The

Case of Ecuador”, em HAECK Y. *et al.* (Eds.) *International Human Rights Law from Theory to Practice*. Intersentia, Antwerp, 2013.

RUIZ CHIRIBOGA, O. “Finding the Right Judge: Challenges of Jurisdiction between Indigenous and Ordinary Adjudicators in Ecuador”, em *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, nº 49(1), p. 3, 2017.

RUIZ CHIRIBOGA, O. “You Have No Right to Remain Silent: Self-Incrimination in Ecuador’s Indigenous Legal Systems”, em *American Journal of Comparative Law*, nº 65, p. 659, 2017.

SALMÓN, E. “Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Estándares en torno a su protección y promoción”. GTZ, Lima, 2010.

Outras fontes não bibliográficas sugeridas

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Manual de litigio de casos de racismo ante el Sistema Interamericano de derechos humanos*. IIDH, San José, 2008.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Manual sobre derechos humanos de las mujeres indígenas*. IIDH, San José, 2008.

Organización Panamericana de la Salud. *La salud mental en situaciones de desastres y emergencias*. Manuales y Guías sobre Desastres, Washington D.C., 2002.

Sumário

1. Introdução 1120

2. Parte I:

Jurisprudência da Corte IDH quanto ao mérito do assunto 1121

- 2.1. Povos indígenas e povos tribais 1121
- 2.2. Autoidentificação dos povos indígenas 1121
- 2.3. Violações em prejuízo da comunidade ou de seus membros? 1122
- 2.4. Direito à personalidade jurídica (artigo 3 da CADH) 1124
- 2.5. Direito à vida (artigo 5 da CADH) 1126
- 2.6. Direito à integridade pessoal (artigo 5 da CADH) 1129
- 2.7. Garantias judiciais (artigo 8 da CADH) 1131
- 2.8. Direito a usar a própria língua (artigo 13 da CADH) 1133
- 2.9. Direito à família (artigo 17 da CADH) 1134
- 2.10. Direito à propriedade comunal (artigo 21 da CADH) 1134
- 2.11. Consulta prévia, acessível, livre e informada 1147
- 2.12. Direitos das crianças (artigo 19 da CADH) 1156
- 2.13. Direitos políticos (artigo 23 da CADH) 1157
- 2.14. Defensores de direitos indígenas 1160

3. Parte II:

Reparações ordenadas pela Corte IDH 1161

- 3.1. Beneficiários das reparações 1162
- 3.2. Dano material 1164
- 3.3. Dano imaterial 1166
- 3.4. Identificação, demarcação, titulação, entrega, reabilitação e desintrusão do território ancestral 1167
- 3.5. Criação de um mecanismo eficaz de recuperação de terras 1169
- 3.6. Garantir o direito de consulta 1170
- 3.7. Estudos sobre impacto ambiental 1170
- 3.8. Entrega de suprimentos básicos 1171
- 3.9. Reconhecimento da Personalidade Jurídica 1171
- 3.10. Concessão de bolsas de estudos para educação 1171
- 3.11. Atendimento médico e psicológico 1171
- 3.12. Programa de registro e documentação 1174
- 3.13. Sistema de comunicação para casos de emergência 1174

3.14 Reformas da legislação interna para garantir a participação política dos povos indígenas	1174
3.15 Educação	1175
3.16. Busca da pessoa desaparecida	1175
3.17. Sanção aos responsáveis de violações de Direitos Humanos	1176
3.18. Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional.....	1176
3.19. Publicação e difusão no idioma indígena	1178
3.20. Recuperação da memória coletiva.....	1178
3.21. Programas de habitação, saúde, produção, infraestrutura e desenvolvimento	1179
3.22. Garantias de segurança	1180
3.23. Programas de capacitação a funcionários públicos.....	1181
3.24. Riscos.....	1181
4. Conclusões	1182

1. Introdução

As violações dos Direitos Humanos dos povos indígenas em nosso continente não foram estranhas à Corte IDH. O Tribunal conheceu uma série de casos que incluem o desconhecimento de direitos territoriais, massacres e execuções extrajudiciais de povos indígenas; violações sexuais de mulheres indígenas; indígenas privados de liberdade; impedimentos à participação política, entre outros temas. Em cada um dos casos, a Corte IDH fez uso de uma interpretação evolutiva da CADH, de modo que as normas nela estabelecidas, mesmo quando não foram originalmente projetadas para cobrir as peculiaridades dos povos indígenas, estão em consonância com os avanços do Direito Internacional e do direito nacional dos Estados partes.¹ Conceitos como propriedade coletiva, uso do próprio idioma e integridade cultural são alguns exemplos de como o Tribunal conseguiu construir, a partir dos artigos da CADH, pautas que os Estados do continente devem seguir para resolver questões indígenas ou proteger os direitos coletivos desses povos nas legislações domésticas.

Nas seções anteriores deste trabalho, falou-se sobre a doutrina do controle de convencionalidade, segundo a qual juízes e tribunais nacionais devem garantir que a interpretação e aplicação da normativa local esteja em consonância com a CADH e as interpretações realizadas pela Corte IDH. Nesse sentido, esta seção especial tem como objetivo apresentar ao leitor os padrões que a Corte IDH estabeleceu em relação aos direitos dos povos indígenas e as reparações que lhes devem ser concedidas no caso de violação desses direitos.

Duas subseções compõem este capítulo. A primeira mostra todos esses avanços jurisprudenciais por tema ou direito, em uma espécie de sistematização dos critérios mais relevantes adotados pela Corte IDH ao longo de sua história. A segunda subseção é dedicada ao estudo das reparações que a Corte IDH ordenou em casos de violação aos direitos dos povos indígenas e tribais. Vale ressaltar que a análise aprofundada de cada direito ou tema já foi apresentada neste trabalho por outros autores, portanto, o que é descrito abaixo é um panorama muito mais restrito, onde cada direito ou tema é analisado de maneira única e exclusivamente relacionada aos povos indígenas e tribais. O leitor deve ter em mente que os padrões interamericanos geralmente descritos nos comentários anteriores, bem como os padrões específicos detalhados abaixo, são aplicáveis aos povos indígenas.

¹ Para um estudo mais completo das técnicas interpretativas utilizadas pela Corte IDH, ver o comentário sobre o artigo 29 (normas de interpretação), por Rodríguez.

2. Parte I: Jurisprudência da Corte IDH quanto ao mérito do assunto

2.1. Povos indígenas e povos tribais

As reclamações por violações de Direitos Humanos perante o SIDH provêm tanto de povos originários -os povos indígenas- como de povos que, embora não sejam nativos de nosso continente, ainda conservam grande parte de sua cultura, e têm formas de organização próprias -os povos tribais. Assim, a Corte IDH teve de definir se a aplicação da Convenção deve ou não ser a mesma para cada um desses povos.

No caso do *Povo Saramaka*, a Corte IDH observou que os membros desse povo não eram originários da região em que viviam, mas foram trazidos como escravos da África durante a época da colonização do que hoje se conhece como Suriname. Seus ancestrais escaparam para as regiões do interior do país onde estabeleceram comunidades autônomas.² A Corte IDH considerou que os membros do povo *Saramaka* formavam uma comunidade tribal cujas características sociais, culturais e econômicas eram diferentes de outras seções da comunidade nacional, particularmente graças ao relacionamento especial que existe com seus territórios ancestrais e porque eles eram regulados, pelo menos parcialmente, por meio de suas próprias normas, costumes e tradições. A Corte IDH concluiu que sua jurisprudência sobre os povos indígenas também se aplicava aos povos tribais, uma vez que eles compartilhavam “características sociais, culturais e econômicas distintivas, incluindo a relação especial com seus territórios ancestrais, o que requer medidas especiais de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a fim de garantir a sobrevivência física e cultural desse povo.”³

Considerando o anterior, tudo o que será analisado a seguir é aplicável tanto aos povos indígenas como aos povos tribais.

2.2 Autoidentificação dos povos indígenas

No caso *Povo Saramaka*, citado anteriormente, o Estado argumentou que a inclusão voluntária de alguns membros do povo Saramaka na “sociedade moderna” havia afetado sua distinção cultural, dificultando defini-los como uma personalidade jurídica. O Estado questionava se podia definir legalmente os Saramakas de uma forma que levasse em consideração os diferentes graus em que vários membros desse povo aderiram às leis, costumes e economia tradicional, particularmente aqueles que viviam fora do território Saramaka.

A Corte IDH decidiu que o fato de alguns membros viverem fora do território tradicional e de maneira diferente de outros Saramakas que viviam dentro do território em conformidade com os costumes de seu povo, não afetava “a distinção desse grupo tribal nem o uso e o gozo coletivo de sua propriedade”. A questão de saber se alguns membros poderiam reivindicar certos direitos coletivos em nome do povo era uma questão a ser resolvida “apenas pelo povo Saramaka, de acordo com seus próprios costumes, e não pelo Estado ou [pela] Corte”. A falta de identificação individual a respeito das tradições e das leis Saramaka por parte de alguns membros não poderia ser utilizada, na opinião da Corte IDH, como um pretexto para negar ao povo Saramaka os seus direitos.⁴

Em outro caso, a Corte IDH constatou que duas famílias que anteriormente pertenciam à comunidade Yakye Axa -cujo caso havia sido decidido anteriormente pela Corte IDH-⁵ agora formavam parte da comunidade Sawhoyamaya. A respeito, a Corte IDH resolveu:

2 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 79.

3 *Ibidem*, § 84-86.

4 *Ibidem*, § 164.

5 Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005.

Embora seja verdade que essas famílias figuram como membros da comunidade Yakye Axa e, portanto, como vítimas das violações de Direitos Humanos declaradas pela Corte Interamericana em sua sentença sobre esse caso, com base no censo realizado em dezembro 2004 figuram agora como membros da comunidade Sawhoyamaya. A decisão dessas famílias de se separar da comunidade Yakye Axa para integrar a comunidade Sawhoyamaya, ambas comunidades indígenas do povo Enxet-Lengua, bem como a decisão dos membros da comunidade Sawhoyamaya de aceitá-los como parte de sua comunidade, só pode ser respeitada por este Tribunal.⁶

No caso *Xákmok Kásek*, o Estado solicitou a suspensão do processo internacional porque encontrou “contradições” na denominação e pertencimento étnico da comunidade, o que, no seu entendimento, “impediriam a titulação de terras a seu favor”⁷. Apontou diferentes documentos que, em sua opinião, produziriam confusão quanto à identificação ou ao pertencimento étnico da comunidade, sendo que em alguns casos aparecia como pertencente ao povo Enxet, em outros como idioma *enxet-lengua* e em outras ocasiões como *sanapaná*. O Estado explicou que o pertencimento étnico a um povo constituía “um elemento essencial para a transferência de propriedade”.⁸

A Corte IDH observou que a identificação da comunidade, desde o nome até a sua composição, era “um fato social histórico” que fazia parte de sua autonomia. Portanto, a Corte IDH e o Estado deviam limitar-se “a respeitar as determinações que a comunidade apresente nesse sentido, isto é, a maneira como esta se auto identifique”. Sem prejuízo do anterior, a Corte IDH, com base na prova produzida, determinou que a história particular da comunidade e da zona em que habitava explicaria sua conformação multiétnica, que o Estado “conhecia ou deveria conhecer previamente”. Além disso, comprovou que, como alegou o Estado, a comunidade fora registrada nos registros públicos com um nome diferente de Xákmok Kásek. No entanto, os representantes da comunidade pediram às autoridades públicas que corrigissem o erro, pedido que não teve resposta. O Tribunal determinou que, considerando que as retificações solicitadas dependiam dos órgãos estatais correspondentes, “não seria razoável considerar procedente a solicitação do Estado em relação à suspensão do [...] caso”⁹.

No caso *Triunfo de la Cruz*, o Estado alegou que a comunidade petionária não seria um povo indígena ou nativo. A Corte IDH rejeitou esse argumento, lembrando que o Estado nunca questionou a condição da comunidade indígena no procedimento perante a CIDH. O Estado esperou até a audiência pública na Corte IDH para apresentar este argumento. Segundo a Corte IDH, se um Estado adotou uma determinada posição, não pode depois, em virtude do princípio de *estoppel*, assumir outra conduta que seja contraditória com relação à primeira e que mude o estado de coisas com base no qual se guiou a outra parte.¹⁰ Além disso, a Corte IDH lembrou que a proteção oferecida pela CADH é a mesma no âmbito internacional, independentemente da qualificação dada no âmbito interno, de modo que “o desconhecimento do Estado da comunidade como povo originário não tem incidência alguma nos direitos dos quais esta e seus membros são titulares, nem nas obrigações estatais correspondentes”.¹¹

2.3 Violações em prejuízo da comunidade ou de seus membros?

Outro aspecto que a Corte IDH teve de enfrentar é a definição de quem pode ser considerado vítima em casos de violação em detrimento dos povos indígenas: a coletividade ou seus membros. A posição inicial da Corte IDH era considerar como vítimas os membros do povo ou comunidade, mas não a comunidade ou povo como entidade coletiva. A Corte IDH nunca deu a conhecer os motivos de sua decisão. A única explicação contada foi dada pelo juiz García Ramírez em seu voto fundamentado na sentença do caso *Yatama*. Segundo o juiz García Ramírez, à luz do artigo 1.2 da CADH, o conceito

6 Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 206.

7 Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 33.

8 *Idem*.

9 *Ibidem*, § 37, 43 e 49.

10 Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, § 22.

11 *Ibidem*, § 57.

de “pessoa” inclui apenas o ser humano, o indivíduo como detentor de direitos e liberdades, e a Corte IDH não poderia “exceder essa fronteira estabelecida pela Convenção que fixa sua competência”.¹²

Esta posição da Corte IDH em relação ao detentor dos direitos protegidos pela CADH colidiu com sua posição de vanguarda em relação ao conteúdo dos direitos protegidos. Como veremos a seguir, a Corte IDH interpretou que certos direitos da CADH têm um significado coletivo. Por exemplo, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, o direito à propriedade sobre terras e recursos naturais ou o direito de possuir uma organização com o objetivo de participar das eleições, todos eles foram interpretados coletivamente, mas foram depositados nos membros do grupo e não no grupo como tal. Contrariamente, muitas das reparações concedidas pela violação desses direitos foram ordenadas em favor da comunidade como tal. Esse tipo de interpretação criou discrepâncias difíceis de resolver. Para citar uma, em *Saramaka* muitos dos membros do Povo tinham reconhecida sua propriedade individual de suas parcelas de terra. Da mesma forma, nenhum dos membros do povo queixou-se de qualquer violação do seu direito individual ao reconhecimento de sua personalidade jurídica; o problema era que o povo, a coletividade, não tinha um título reconhecido de propriedade sobre as terras tradicionais e o Povo, a coletividade, não era reconhecido como pessoa jurídica. Em ambas as situações, a Corte IDH constatou uma violação dos Direitos Humanos, mas não depositou a titularidade dos direitos no Povo, mas em seus membros, quando os membros individualmente considerados não tinham problema algum, mas era o Povo quem não podia exercer ou defender seus direitos. Reconhecer, então, que o Povo é a vítima da violação traria mais nitidez e menos equívocos na análise jurídica.

Por outro lado, culpa e punição, vitimização e reparação são vistas como coletivas em muitas sociedades, enquanto sistemas modernos de justiça são projetados para identificar responsabilidades individuais. Nesse sentido, é essencial o reconhecimento de grupos indígenas como coletividades com identidades, características e requerimentos específicos. Sem esse reconhecimento, é provável que as medidas adotadas para garantir a verdade, a justiça e a reparação não cumpram efetivamente seu objetivo e, pior ainda, podem chegar a causar danos ao grupo (por exemplo, causar rupturas na comunidade ou impor alterações de tradições e costumes).¹³

Felizmente, essa posição tradicional da Corte IDH começou a ceder gradualmente. Os primeiros passos foram dados com o voto individual do juiz Vio Grossi no caso *Xákmok Kásek*. O juiz Vio Grossi explicou que o Direito Internacional atual está se voltando para a proteção dos direitos coletivos dos povos indígenas e tribais como povos, de modo que deveria começar a considerar o povo como vítima de violação dos direitos protegidos na CADH.¹⁴

O passo final para o reconhecimento da comunidade ou povo como sujeito de direitos foi dado pela Corte em 2012 em sua sentença no caso *Sarayaku*. A Corte IDH observou:

Em oportunidades anteriores, em casos relativos a comunidades ou povos indígenas e tribais, o Tribunal declarou violações em detrimento dos integrantes ou membros das comunidades e povos indígenas ou tribais. Entretanto, a legislação internacional relativa a povos e comunidades indígenas ou tribais reconhece direitos aos povos como sujeitos coletivos do Direito Internacional e não unicamente a seus membros. Tendo em vista que os povos e comunidades indígenas ou tribais, unidos por suas particulares formas de vida e identidade, exercem alguns direitos reconhecidos pela Convenção de uma perspectiva coletiva, a Corte salienta que as considerações de direito expressas ou expostas na presente Sentença devem ser entendidas nessa perspectiva coletiva.¹⁵

12 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPMRC. 2005. Voto do juiz Sergio García Ramírez, § 6.

13 Arthur, P. (Ed.) *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divided Societies*. Cambridge University Press, Nova York, 2011, p. 24.

14 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010. Voto do juiz Eduardo Vio Grossi, § 25 e 26.

15 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012, § 231.

Desde *Sarayaku*, a Corte IDH tem declarado a violação dos direitos do povo ou da comunidade indígena e não apenas de seus membros. Conseguiu assim uma sincronização entre a jurisprudência interamericana e os novos desenvolvimentos do Direito Internacional relativos aos direitos dos povos indígenas.

2.4. Direito à personalidade jurídica (artigo 3 da CADH)

2.4.1 Direito à personalidade jurídica dos membros de uma comunidade

No caso *Aloeboetoe*, a identificação dos filhos das vítimas, seus cônjuges e antepassados apresentou sérias dificuldades para as partes e para a Corte IDH. Eles eram membros de um povo que vivia na selva e se expressavam apenas em sua língua nativa. Casamentos e nascimentos geralmente não eram registrados pelo Estado e, quando isso acontecia, eram incluídos dados insuficientes para provar completamente a filiação das pessoas. A questão da identificação tornou-se ainda mais difícil devido à prática da poligamia.¹⁶

O Estado do Suriname afirmou que, para conceder as reparações solicitadas pelas vítimas, era necessário conhecer, com base em dados racionais e certamente comprováveis, detalhes específicos de todas as vítimas, em relação ao grupo familiar que ficou desprotegido.

A Corte IDH considerou que a identidade das pessoas deveria ser comprovada “em geral, através da documentação correspondente”, mas, dado que no caso em questão fora demonstrado que a situação em que as vítimas se encontravam se devia em grande parte ao fato de que o Estado não mantinha registros civis na região em número suficiente e, portanto, não podia conceder documentação a todos os habitantes, a Corte IDH decidiu que:

O Suriname não p[odia] então exigir que se pr[ovasse] a filiação e identidade das pessoas mediante elementos que não fornece a todos os seus habitantes naquela região[,] [além disso,] o Suriname não se ofereceu durante o litígio para suprir sua inação, fornecendo outras provas sobre a identidade e filiação das vítimas e seus sucessores.¹⁷

Por esses motivos, a Corte IDH rejeitou a argumentação do Estado e passou a decretar o pertinente às pessoas que a CIDH identificou com as evidências de que dispunha e que foram classificadas pela Corte como “verossímeis”, “levando em consideração as circunstâncias do caso”. A Corte IDH, no entanto, não decretou uma violação do direito reconhecido no artigo 3 da CADH. De fato, a CIDH também não solicitou em seu pedido que tal violação fosse declarada.

Anos depois, em *Sawhoyamaya*, a Corte IDH considerou que 18 membros da comunidade que morreram e cujas mortes foram atribuídas a omissões do Estado, não possuíam registros de nascimento e morte, ou qualquer outro documento fornecido pelo Estado capaz de provar sua existência e identidade.¹⁸ Os membros da comunidade viviam em condições de extremo risco e vulnerabilidade e tinham sérios impedimentos econômicos e geográficos para obter o registro adequado de nascimentos e óbitos, além de outros documentos de identidade.

A Corte IDH indicou que o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica representava um parâmetro para determinar se uma pessoa possuía ou não os direitos em questão e se poderia exercê-los. Ressaltou que a violação desse reconhecimento deveria “ignorar em termos absolutos a possibilidade de possuir esses direitos e obrigações contratuais” e colocar o indivíduo em uma situação vulnerável. Segundo a Corte Interamericana, era dever do Estado “obter os meios e condições legais em geral, para que o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica pudesse ser exercido por seus titulares”. Em particular, o Estado foi obrigado a “garantir às pessoas em situação de vulnerabilidade, marginalização

16 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. RC. 1993, § 63.

17 *Ibidem*, § 64.

18 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 190.

e discriminação as condições legais e administrativas que assegurariam o exercício do direito, de acordo com o princípio da igualdade perante a lei”.¹⁹

Como foi demonstrado: 1. os membros da comunidade permaneceram em um “limbo jurídico” no qual, “embora tenham nascido e morrido no Paraguai, sua própria existência e identidade nunca foram reconhecidas legalmente, ou seja, não tinham personalidade jurídica” ; e 2. o dever do Paraguai era implementar mecanismos que permitisse a todos obter o seu registro de nascimento ou outros documentos de identificação, garantindo que esses processos, em todos os níveis, [fossem] acessíveis jurídica e geograficamente. Para efetivar o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, a Corte IDH constatou que o Estado havia violado o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica consagrado no artigo 3 da CADH.²⁰ A Corte IDH reiterou essa jurisprudência em outro caso indígena contra o Paraguai: o caso *Xákmok Kásek*.²¹

Em suma, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica inclui, entre outros, o direito a documentos de identidade, que permitem ao portador exercer seus direitos e obrigações contratuais. Para efetivar esse direito, o Estado tem a obrigação de adotar medidas positivas que facilitem o acesso a esses documentos para pessoas em situação de vulnerabilidade, como os membros de povos indígenas e tribais. A falta de medidas positivas levaria à responsabilidade internacional do Estado.

2.4.2. Direito à personalidade jurídica da comunidade

No julgamento do caso *Yakye Axa*, a Corte IDH considerou que a concessão de personalidade jurídica às comunidades indígenas servia para “operacionalizar” os direitos já existentes de tais comunidades, “que as exercem historicamente e não desde o nascimento como pessoas coletivas”. É assim que:

seus sistemas de organização política, social, econômica, cultural e religiosa, e os direitos deles resultantes, como a designação de seus próprios líderes e o direito a reclamar suas terras tradicionais, são reconhecidos não à pessoa jurídica que deve inscrever-se para cumprir um formalismo legal, mas à comunidade em si mesma.

A personalidade jurídica era “o mecanismo legal” que lhes daria a condição necessário para gozar de certos direitos e exigir sua proteção sempre que violados. A Corte IDH concluiu que a personalidade jurídica, de acordo com o direito interno paraguaio, era “outro direito garantido à comunidade indígena como sujeito de direitos”²².

Nesse caso, a Corte Interamericana não decretou uma violação do artigo 3 da CADH, uma vez que a comunidade *Yakye Axa* era legalmente reconhecida no Paraguai e possuía personalidade jurídica própria. O resultado foi diferente no caso *Povo Saramaka*, no qual o Estado não reconheceu o povo *Saramaka* como uma entidade jurídica capaz de usar e desfrutar da propriedade comunal como um grupo tribal. Da mesma forma, o Estado não reconheceu o povo como uma entidade jurídica capaz de obter acesso igualitário à proteção judicial contra qualquer violação de seus direitos.²³

Essa condição colocou as pessoas em uma “situação vulnerável”.²⁴ Nesse sentido, a Corte IDH observou que, sem desconsiderar que era necessário o reconhecimento da personalidade jurídica de membros individuais das comunidades, “esse reconhecimento individual não considera o modo como membros dos povos indígenas e tribais em geral, e o *Saramaka* em particular, gozam e exercem um direito em especial”.²⁵ Em particular, com relação ao direito à propriedade comunal, a Corte IDH observou que, embora qualquer membro individual do povo *Saramaka* pudesse obter proteção judicial

19 *Ibidem*, § 189.

20 *Ibidem*, § 186-194.

21 Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 251.

22 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 82-84.

23 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 167.

24 *Ibidem*, § 173.

25 *Ibidem*, § 168.

contra violações de seus direitos individuais propriedade, uma decisão a seu favor também poderia ter um efeito favorável em toda a comunidade:

Em um sentido jurídico, estes membros individuais não representam a comunidade em seu conjunto. As decisões correspondentes ao uso desta propriedade individual dependem do indivíduo e não do povo Saramaka conforme suas tradições. [Para a Corte IDH,] o reconhecimento de sua personalidade jurídica é um modo, ainda que não seja o único, de assegurar que a comunidade, em seu conjunto, poderá gozar e exercer plenamente o direito à propriedade, de acordo com seu sistema de propriedade comunal, bem como o direito a igual proteção judicial contra toda violação deste direito.²⁶

Além disso, considerou que o direito a que o Estado reconheça a personalidade jurídica do grupo é uma das *medidas especiais* que devem ser fornecidas aos povos indígenas e tribais “a fim de garantir que eles possam desfrutar de seus territórios de acordo com suas tradições”. Essa foi, segundo a Corte IDH, “consequência natural do reconhecimento do direito a gozar de certos direitos de forma comunitária dos membros dos grupos indígenas e tribais”.²⁷ Nesse caso, a Corte IDH declarou a violação do direito dos membros do povo Saramaka ao reconhecimento da personalidade jurídica, de acordo com o artigo 3 da CADH, em relação ao direito de propriedade, em conformidade com o artigo 21 do referido instrumento, e ao direito à proteção judicial, em conformidade com o artigo 25 do mesmo instrumento jurídico.²⁸

2.5. Direito à vida (artigo 5 da CADH)

2.5.1. Massacres

No caso *Plan de Sánchez*, a Corte IDH considerou que entre os anos de 1962 e 1996, na Guatemala, houve um conflito armado interno que representou grandes custos humanos, materiais, institucionais e morais. O Exército, baseado na doutrina da segurança nacional, identificou os membros do povo indígena maia como “inimigos internos”, considerando que eles constituíam ou poderiam constituir a base social dos guerrilheiros. Esses povos foram vítimas de massacres e operações de terra arrasada, o que significou a completa destruição de suas comunidades, casas, gado, colheitas e outros elementos de sobrevivência, de sua cultura, o uso de seus próprios símbolos culturais, suas instituições sociais, econômicas e políticas, seus valores e práticas culturais e religiosas.²⁹

No domingo, 18 de julho de 1982, um comando de aproximadamente 60 soldados e patrulheiros chegou a Plan de Sánchez, e procedeu a maltratar, estuprar e executar os habitantes indefesos da aldeia. Cerca de 268 pessoas, incluindo crianças, foram executadas no massacre.³⁰

A CIDH e os representantes das vítimas solicitaram à Corte IDH que classificasse os eventos narrados como “genocídio”. A Corte IDH respondeu que em assuntos contenciosos “somente é competente para declarar violações à CADH e a outros instrumentos do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos que a conferem” competência. No entanto, apontou que eventos como os indicados, que “afetaram seriamente os membros do povo Maia Achí em sua identidade e valores e que ocorreram dentro de um padrão de massacres”, causaram um “impacto agravado” que comprometeu a responsabilidade internacional do Estado, um impacto que a Corte IDH levou em consideração “na hora de decidir sobre as reparações”.³¹

Igualmente dramáticos foram os fatos do caso *Massacres de Río Negro vs. Guatemala*, no qual a Corte IDH verificou a perseguição e eliminação das vítimas, por meio de uma série de massacres

26 *Ibidem*, § 171.

27 *Ibidem*, § 172.

28 *Ibidem*, § 175.

29 Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. M. 2004, § 42.7.

30 *Ibidem*, § 42.12-42.21.

31 *Ibidem*, § 51.

realizados pelo Exército da Guatemala e membros das PAC nos anos 1980 e 1982, que produziram mais de 500 pessoas mortas, vários indígenas sujeitos a desaparecimento forçado e tortura, e várias famílias deslocadas. Os massacres foram planejados por agentes estatais com o objetivo de exterminar a comunidade.³²

2.5.2. Execução de um líder comunitário

Em *Escué Zapata*, a CIDH e os representantes da vítima denunciaram que a execução do Sr. Germán Escué Zapata, cometida por membros do Exército colombiano, estava ligada “à sua condição de líder e autoridade tradicional de seu povo e ao trabalho realizado nessa condição de maneira ativamente comprometida com a recuperação do território ancestral do povo Paez e com a sobrevivência e o desenvolvimento de seu modo de vida particular”. O Estado contestou o exposto, declarando que a morte ocorreu como consequência de “um conflito *intra* étnico que derivou na desinformação do Exército por parte de uma pessoa indígena da mesma [e]tnia e do abuso de poder por parte de alguns agentes estatais”.³³

A Corte IDH não pôde considerar como comprovado o motivo da execução da vítima; especificamente, não foi possível determinar se os militares agiram em seu próprio nome ou por instigação de outros povos indígenas ou proprietários de terras com o objetivo específico de executar Germán Escué Zapata em razão de sua liderança na comunidade. Isso ocorreu em grande parte devido à falta de eficácia das investigações internas que não puderam esclarecer os fatos. Apesar disso, a Corte Interamericana reconheceu que a perda de um líder para o povo Paez significou um

[...] desmembramento e danos à integridade da comunidade; frustração com a enorme confiança depositada nele para ajudá-los a realizar o bem viver e sentimentos de perda nos esforços coletivos feitos para que, apoiado por sua comunidade, ele pudesse atuar no desenvolvimento de sua missão como pessoa especial.³⁴

2.5.3. Direito a uma vida digna

No caso *Yakye Axa vs. Paraguai*, no tocante à situação de miséria e abandono da referida comunidade devido à falta de devolução de seu território tradicional, a Corte IDH decidiu sobre as obrigações decorrentes do direito à vida, reconhecidas no artigo 4.1 da CADH. A Corte IDH declarou que:

[...] uma das obrigações que o Estado inevitavelmente deve assumir em sua posição de garante, com o objetivo de proteger e garantir o direito à vida, é a de criar as condições de vida mínimas compatíveis com a dignidade da pessoa humana e a de não produzir condições que a dificultem ou impeçam. Nesse sentido, o Estado tem o dever de adotar medidas positivas, concretas e orientadas à satisfação do direito a uma vida digna, em especial quando se trata de pessoas em situação de vulnerabilidade e risco, cuja atenção se torna prioritária.³⁵

A Corte IDH concluiu que os membros da comunidade Yakye Axa viviam em condições de extrema miséria “como consequência da falta de terra e acesso a recursos naturais”, bem como da “precariedade do assentamento temporário em que foram forçados a permanecer e aguardar a resolução do seu pedido de reivindicação de terras”. A Corte IDH observou que os membros da comunidade Yakye Axa “poderiam ter produzido parcialmente os bens necessários para sua subsistência se estivessem de posse de suas terras tradicionais”. O deslocamento dos povos indígenas para essas terras os levou a ter dificuldades especiais e sérias na obtenção de alimentos, principalmente porque a área que incluía seu assentamento temporário não possuía condições adequadas para o cultivo ou para a prática de suas atividades tradicionais de subsistência. Da mesma forma, nesse assentamento, os membros da comunidade estavam impossibilitados de “encontrar habitação adequada com serviços mínimos básicos, além

32 Corte IDH. *Caso Massacres de Rio Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012.

33 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. MRC. 2007, § 54.

34 *Ibidem*, § 124.

35 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, pr. 162.

de água potável e serviços sanitários”. Essas condições impactaram negativamente a nutrição adequada dos membros da comunidade. Soma-se a isso as deficiências especiais na educação recebida pelas crianças e a inacessibilidade física e econômica dos cuidados de saúde.³⁶

Para a Corte IDH, as afetações especiais do direito à saúde e intimamente relacionadas a ela, as do direito à alimentação e ao acesso à água potável, impactaram “de maneira aguda, o direito a uma existência digna e as condições básicas para o exercício de outros Direitos Humanos, como o direito à educação ou o direito à identidade cultural”. Para os povos indígenas, o acesso às suas terras ancestrais e o uso e aproveitamento dos recursos naturais que nelas “se encontram estão diretamente vinculados com a obtenção de alimento e o acesso à água limpa”.³⁷

Em consequência, a Corte Interamericana declarou que o Estado violava o artigo 4.1 da CADH, em detrimento dos membros da comunidade Yakye Axa, em razão da falta de adoção de medidas em face das condições que afetavam suas chances de ter uma vida digna.³⁸

Nesse mesmo caso, a CIDH e os representantes alegaram que o Estado também foi responsável pela morte de 16 membros da comunidade por razões que poderiam ter sido evitadas com alimentação e assistência médica adequadas. A Corte Interamericana considerou que não dispunha de elementos probatórios suficientes para estabelecer as causas das mortes acima mencionadas, portanto não decretou uma violação do direito à vida atribuível ao Estado pelas mortes acima mencionadas.³⁹

Posteriormente, a Corte Interamericana ouviu o caso Sawhoyamaxa vs. Paraguai, no qual a comunidade Sawhoyamaxa estava em condições muito semelhantes de abandono, também aguardando a devolução de suas terras tradicionais. Nesse caso, a Corte Interamericana reiterou sua jurisprudência estabelecida no caso Yakye Axa e acrescentou que:

[...] um Estado não pode ser responsável por qualquer situação de risco ao direito à vida. Levando em consideração as dificuldades envolvidas no planejamento e adoção de políticas públicas e escolhas operacionais que devem ser tomadas de acordo com prioridades e recursos, as obrigações positivas do Estado devem ser interpretadas de modo a não impor um ônus impossível ou desproporcional às autoridades. Para que essa obrigação positiva seja ativada, deve-se estabelecer que, no momento dos fatos, as autoridades sabiam ou deviam saber da existência de uma situação de risco real e imediato para a vida de um indivíduo ou grupo de indivíduos específico, e que não tomaram as medidas necessárias dentro do âmbito de suas atribuições que, razoavelmente julgados, poderiam impedir ou evitar esse risco.⁴⁰

No caso em análise, não houve controvérsia entre as partes de que as condições em que os membros da comunidade Sawhoyamaxa viviam eram inadequadas para uma existência digna, nem em relação à realidade e iminência do perigo que essas condições representavam para suas vidas. A controvérsia consistia em determinar se o Estado era responsável por que as vítimas estivessem nessas condições e se havia adotado as medidas necessárias para prevenir ou evitar o risco ao direito à vida.⁴¹ Depois de estudar as evidências apresentadas, a Corte considerou que tais as mortes eram atribuíveis ao Estado.⁴²

Apesar dessa jurisprudência que define as medidas necessárias que o Paraguai deve adotar para proteger o direito à vida digna dos povos indígenas, um novo caso contra o Paraguai, praticamente idêntico aos anteriores, chegou à Corte Interamericana alguns anos depois. É o caso de *Xákmok Kásek vs. Paraguai*, no qual a Corte IDH concluiu novamente que o Estado não havia fornecido prestações básicas para proteger o direito a uma vida digna a todos os membros da comunidade, o que constituiu

36 *Ibidem*, § 164-165.

37 *Ibidem*, § 167.

38 *Ibidem*, § 176.

39 *Ibidem*, § 177-178.

40 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 155.

41 *Ibidem*, § 156.

42 *Ibidem*, § 176.

uma violação do artigo 4.1 da CADH.⁴³ Da mesma forma, a Corte IDH observou que várias pessoas morreram de “doenças facilmente evitáveis se houvessem recebido assistência regular e constante ou por meio de controle adequado da saúde”, o que também comprometeu a responsabilidade internacional do Estado.⁴⁴

2.6. Direito à integridade pessoal (artigo 5 da CADH)

2.6.1. Estupro

No caso *Fernández Ortega e outros*, a Corte IDH analisou o estupro de uma indígena da comunidade me’phaa, no estado de Guerrero, no México. Em 22 de março de 2002, um grupo de aproximadamente onze militares cercaram a casa da senhora Fernández Ortega. Três deles ingressaram no domicílio sem seu consentimento e perguntaram-lhe, várias vezes, onde se encontrava seu esposo. Ao não obter resposta, os militares a estupraram.

O México afirmou perante a Corte IDH que os múltiplos relatos dos fatos feitos pela vítima no processo interno –assim como no internacional– continham várias imprecisões. A Corte IDH observou que a senhora Fernández Ortega falava me’paa e que para ser entendida pelo funcionário do Ministério Público que recebeu sua denúncia, precisou contar com a assistência de uma pessoa que não era intérprete de ofício. Outros relatos dos fatos realizaram-se mediante a apresentação de um documento escrito, e não através do testemunho direto da vítima. Esse documento escrito, embora assinado pela vítima, foi redigido por um terceiro, que precisou ainda reproduzir em espanhol o que a vítima manifestava em me’paa, ou redigir o que um intérprete para o espanhol lhe indicava, circunstância que, segundo o entendimento da Corte IDH, “indubitavelmente pod[ia] derivar também em imprecisões”. Como consequência, a Corte IDH resolveu que: “as diferenças de relato, mais que um problema de consistência, podem ser devidas a obstáculos na expressão, à intervenção de terceiros, ou produto do uso de diferentes idiomas ou interpretações nas traduções”. Ademais, os fatos relatados pela vítima referiam-se a um momento traumático, cujo impacto podia causar “determinadas imprecisões ao lembrá-los”.⁴⁵

Depois de considerar provados os fatos denunciados, a Corte IDH considerou que o estupro constituía um ato de tortura nos termos dos artigos 5.2 da CADH e 2 da CIPST.⁴⁶ Também destacou que os mesmos fatos violavam o direito reconhecido no artigo 11 da CADH, pois o conceito de vida privada contemplado nesse artigo era um termo amplo, não suscetível de definições exaustivas, mas que compreendia, entre outros, a vida sexual e o direito a estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos. A Corte IDH estabeleceu que o estupro da vítima violou:

[...] valores e aspectos essenciais de sua vida privada, significou uma intromissão em sua vida sexual e anulou seu direito a tomar livremente as decisões a respeito de com quem ter relações sexuais, perdendo de forma completa o controle sobre suas decisões mais pessoais e íntimas e sobre as funções corporais básicas.⁴⁷

Desse modo, a Corte IDH estabeleceu o que Estado havia incorrido em deficiências graves na investigação dos fatos, entre outras, em razão da falta de tradutores que falassem me’paa.⁴⁸ Por tudo isso, a Corte IDH concluiu que as autoridades estatais não atuaram com a devida diligência na investigação do estupro. Fatos muito similares foram apresentados em *Rosendo Cantú e outra*.⁴⁹ A senhora Rosendo Cantú, outra indígena pertencente à comunidade me’paa, que no momento dos fatos era menor de idade, denunciou que em 16 de fevereiro de 2002 encontrava-se em um arroio próximo ao seu domicílio

43 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010.

44 *Ibidem*, § 223-234.

45 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, § 105.

46 *Ibidem*, § 121-128.

47 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, § 129.

48 *Ibidem*, § 184-198.

49 Corte IDH. *Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010.

quando oito militares se aproximaram dela e a rodearam. Dois militares a interrogaram mostrando-lhe a fotografia de uma pessoa e uma lista com nomes. Depois de a vítima responder que não conhecia tais indivíduos, os militares procederam a estuprá-la e agredi-la.

Horas depois do ataque, a senhora Rosendo Cantú foi a um centro de saúde e indicou ao pessoal médico que recebera golpes com armas militares, mas não mencionou o estupro. Dias mais tarde, foi a um hospital onde tampouco indicou que havia sido estuprada. A Corte IDH considerou que o fato de que a vítima não indicou que havia sido estuprada nas duas primeiras consultas médicas devia ser contextualizado “nas circunstâncias próprias do caso e da vítima”. A Corte IDH indicou que “as agressões sexuais correspond[ia]m a um tipo de delito que a vítima não costuma denunciar”, e que isso ocorria nas comunidades indígenas “pelos particularidades tanto culturais como sociais que a vítima t[inha] que enfrentar”, em especial a rejeição por parte de sua comunidade, assim como por medo de represálias. A Corte IDH teve em conta que a vítima “era uma criança que [havia sido] submetida a um evento traumático em que, além de ser agredida física e sexualmente, recebeu por parte dos militares que a atacaram ameaças de morte contra os membros de sua comunidade”.⁵⁰ É com base nisso que, segundo a Corte IDH, o fato de não ter indicado o estupro desde o princípio não desacreditava suas declarações posteriores nas quais narrou o ataque.

Uma vez que a Corte IDH considerou provados os fatos denunciados, determinou que os mesmos cumpriam os elementos objetivos e subjetivos que qualificam o fato como tortura,⁵¹ razão pela qual declarou responsável o Estado mexicano pela violação dos artigos 5.2 da CADH e 2 da CIPST. Assim como no caso Fernández Ortega, nesse caso a Corte IDH também declarou a violação do direito à vida privada, consagrado no artigo 11 da CADH.⁵²

No caso Río Negro, a Corte IDH considerou provado que durante os massacres realizados contra a comunidade, várias mulheres e meninas foram constantemente estupradas e depois executadas.⁵³

2.6.2. Violação à integridade pessoal

Em Bámaca Velásquez, caso relativo ao desaparecimento forçado do indígena Efraín Bámaca Velásquez, a Corte IDH considerou que “o cuidado com os restos mortais de uma pessoa é uma forma de observância do direito à dignidade humana”. Da mesma forma, destacou que “os restos mortais de uma pessoa merecem ser tratados com respeito diante de seus parentes, pelo significado que tem para eles”. O respeito aos restos mortais, observado em todas as culturas, assume “um significado muito especial” na cultura maia, à qual pertencia o senhor Bámaca Velásquez.⁵⁴

No caso Moiwana, a Corte IDH considerou que uma das principais fontes de sofrimento para os membros da comunidade foi que desconheciam o paradeiro de seus entes queridos que foram executados no massacre perpetrado por agentes estatais. Como resultado, não podiam honrar os seus mortos e enterrá-los segundo os princípios fundamentais de sua cultura. As violações emocionais também eram derivadas do fato de que vários dos cadáveres foram incinerados, o que era contrário aos costumes tribais. Esses fatos foram considerados pela Corte IDH como violações ao artigo 5 (direito à integridade pessoal) dos familiares.⁵⁵ Ademais, a Corte IDH considerou que havia sido afetada a integridade pessoas dos membros da comunidade “pelo sofrimento que lhes ha[via] causado o impedimento, apesar de seus esforços persistentes, de obter justiça em função do ataque à sua aldeia, particularmente à luz da ênfase dos N’djuka em sancionar apropriadamente as violações cometidas”.⁵⁶ A ausência de recursos efetivos foi considerada pela Corte IDH como fonte de sofrimento e angústia para as vítimas e seus

50 *Ibidem*, § 95.

51 Para uma análise dos elementos objetivos e subjetivos da tortura, ver o comentário ao artigo 5 (direito à integridade pessoal), por Nash.

52 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010, § 118-121.

53 Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012.

54 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002, § 81.

55 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005, § 100.

56 *Ibidem*, § 93.

familiares; inclusive criou nos membros da comunidade a convicção de que o Estado os discriminava ativamente.⁵⁷

Devido à impunidade e ao desconhecimento por parte dos membros da comunidade acerca dos motivos de tal ataque, estes haviam sofrido “uma profunda ansiedade” frente à possibilidade de enfrentar hostilidades se regressassem a suas terras tradicionais”.⁵⁸ Por todo o exposto, a Corte IDH concluiu que os membros da comunidade Moiwana sofreram emocional, psicológica, espiritual e economicamente, o que constituía uma violação do artigo 5.1 da CADH por parte do Estado.

No caso *Xákmok Kásek*, as condições de vida miseráveis que padeciam os membros da comunidade, a morte de vários de seus membros e o estado geral de abandono em que se encontravam geraram, a critério da Corte IDH, “sofrimentos que necessariamente afetam a integridade psíquica e moral de todos os membros da Comunidade”, tudo isso em violação ao artigo 5.1. da CADH.⁵⁹

No caso de Río Negro, as vítimas executadas extrajudicialmente nos massacres não receberam sepultura em conformidade com as tradições da comunidade. Os corpos foram jogados em um barranco e cobertos com pedras e galhos, enterrados em fossas clandestinas, algumas vítimas foram enterradas parcialmente, outras deixadas à intempérie, e certos corpos foram calcificados. Além disso, os indígenas não puderam realizar qualquer outro tipo de rituais, pois os lugares sagrados aos quais costumavam ir encontravam-se inundados pela construção de uma hidrelétrica. À diferença dos casos citados anteriormente, a Corte IDH não só declarou a violação do direito à integridade pessoal, mas também declarou a violação do direito à liberdade de consciência e religião.⁶⁰

2.7. Garantias judiciais (artigo 8 da CADH)

2.7.1. Direito das vítimas a contar com um intérprete

O acesso à justiça estatal por parte dos povos indígenas está estreitamente relacionado com sua capacidade de se fazer entender em seu próprio idioma. Em *Tiu Tojín*, relativo ao desaparecimento forçado dos indígenas, a Corte IDH considerou demonstrado que os familiares das vítimas desaparecidas enfrentaram obstáculos para acessar a justiça, em razão de seu pertencimento ao povo indígena Maia.⁶¹

Para garantir o acesso à justiça das vítimas e que a investigação dos fatos fosse realizada com a devida diligência, sem obstáculos e sem discriminação, o Estado devia “assegurar que aquelas pessoas possam compreender e fazer-se compreender nos procedimentos judiciais iniciados, facilitando-lhes intérpretes ou outros meios eficazes para tal fim”. Do mesmo modo, o Estado devia garantir, na medida do possível, que as vítimas não tivessem que fazer “esforços desmedidos ou exagerados para acessar os centros de administração de justiça encarregados da investigação”.⁶²

No caso *Rosendo Cantú e outra*, quando a vítima, que não falava espanhol com fluidez, veio a denunciar o estupro sofrido, não obteve a assistência de um intérprete. Isso foi qualificado pela Corte IDH como um fato que não respeitou a identidade cultural da vítima e não foi adequado “para assegurar a qualidade do conteúdo da declaração nem para proteger devidamente a confidencialidade da denúncia”.⁶³

Os casos narrados nesta seção mostram que o direito a contar com um intérprete não é exclusivo das pessoas acusadas de um delito, mas também é um direito das vítimas de violações a seus Direitos Humanos ou de seus familiares. Contar com um intérprete para a língua oficial do órgão investigador ou

57 *Ibidem*, § 94.

58 *Ibidem*, § 97.

59 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 244.

60 Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, § 154-165.

61 Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. MRC. 2008, § 97.

62 *Ibidem*, § 100.

63 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010, § 179.iv.

julgador é uma garantia básica do acesso à justiça, caso contrário, as violações aos direitos das pessoas que não falam o idioma oficial restariam praticamente impunes por falta de denúncia. Não obstante, várias questões restam ainda por resolver.

Em primeiro lugar, não é clara a fonte normativa da qual se deriva essa obrigação. Nos dois casos narrados anteriormente, o Tribunal localizou suas considerações nos parágrafos relativos ao artigo 8 (garantias judiciais) da CADH, mas não resta claro a que obrigação concreta do artigo 8 corresponde esse direito. Recordamos que o artigo 8 é uma norma que contém uma série de obrigações para o Estado, a serem cumpridas em procedimentos judiciais e administrativos de natureza variada.⁶⁴ Pareceria que a seção mais adequada para localizar esse direito é o “direito a ser ouvido”, contido no parágrafo 1º do artigo 8. Uma pessoa não poderia ser ouvida e, por fim, ativar a ação estatal em seu benefício ou em sua proteção, se o Estado não facilita a compreensão entre a vítima e os investigadores e julgadores.

Em segundo lugar, não resta claro se esse direito é unicamente dos indígenas ou se corresponderia também a não indígenas que não falam o idioma oficial (e.g. estrangeiros). Considerando que a regra geral é a de que todas as pessoas têm Direitos Humanos independentemente de sua nacionalidade, sexo, religião ou outras considerações, parece lógico concluir que o direito das vítimas de ilícitos de contar com um intérprete é um direito que protege a todos aqueles que se encontram sob a jurisdição de um Estado. Não obstante, seria ilógico exigir do Estado que tenha tradutores capacitados em praticamente todos os idiomas do mundo, no caso em que um turista estrangeiro seja vítima de delito enquanto passeia pelo território nacional. O mais razoável seria então interpretar de maneira flexível o dever estatal de prover um intérprete, sendo mais estritos em certos casos e menos em outros. Por exemplo, frente ao caso de estrangeiros, o Estado deveria adotar medidas razoáveis para que quem fale o idioma oficial possa se fazer entender na hora de denunciar o ilícito de que tenha sido vítima (e.g. proporcionar-lhe os dados de contato da embaixada do país de nacionalidade do estrangeiro). No caso de povos indígenas e tribais, a obrigação do Estado deve ser interpretada de maneira muito mais estrita, posto que os indígenas habitam o território estatal, são cidadãos do Estado em questão, e é de se esperar que os Estados tenham políticas públicas que garantam aos integrantes desses grupos o exercício de seus direitos em igualdade de condições com os demais integrantes da sociedade. No caso de membros de povos indígenas que falam idiomas em extinção ou que o número total de falantes seja extremamente reduzido, a obrigação do Estado poderia ser menos estrita, em função das dificuldades práticas em conseguir um intérprete oficial, mas ainda caberia analisar se o Estado tem alguma responsabilidade pela perda desse idioma.

Em terceiro lugar, não resta claro na jurisprudência da Corte IDH se a ausência de um intérprete na hora de denunciar um delito poderia violar outros direitos diferentes do direito a ser ouvido. Em *Tiu Tojin*, a Corte IDH fala de “devida diligência” e “sem discriminação”, enquanto em *Rosendo Cantú* fala-se da “identidade cultural” e a “confidencialidade da denúncia”, mas não se decretam violados outros direitos além do artigo 8 da CADH. Nada impediria, no entanto, que dependendo das circunstâncias do caso concreto, a falta de um intérprete capacitado viole a igualdade perante a lei, protegida dependendo do caso pelos artigos 1.1 ou 24 da CADH, ou a autonomia pessoal e privada (que incluiria a vida cultural e o sigilo de certos dados pessoais), protegida pelo artigo 11 da CADH. Teremos de esperar que a Corte IDH responda a essas interrogações em um caso futuro.

Finalmente, em *Tiu Tojin* a Corte IDH indicou que o dever do Estado é facilitar um intérprete “ou outros meios eficazes para tal fim”. Isso quer dizer que esse direito poderia ser satisfeito por meios alternativos a um intérprete. Quais são esses outros meios? É uma pergunta que a Corte IDH dificilmente poderia responder de maneira geral. O único padrão que a Corte IDH estabeleceu é que tais outros meios sejam “eficazes” para conseguir o fim desejado, isto é, para facilitar que as vítimas de violações a seus Direitos Humanos apresentem denúncias às autoridades estatais. Dependerá de cada Estado ou de

64 Para uma análise das obrigações estatais estabelecidas no artigo 8 da CADH (garantias judiciais), ver o comentário a cargo de Ibáñez.

cada caso a eleição entre intérpretes ou outros meios, mas seja qual for o meio escolhido, o fim último de proteger o direito a ser ouvido deve ser realizado na mais alta medida possível.

2.7.2. Direito a ser assistido por um defensor

No caso *Yakye Axa*, a Corte IDH analisou o processo penal contra alguns membros da comunidade indígena. Esse processo teve início através de denúncias feitas às autoridades pelos proprietários das terras que a comunidade reclamava, que acusavam os indígenas de terem iniciado incursões sistemáticas dentro da propriedade.⁶⁵

Os líderes da comunidade designaram um advogado a fim de que os representasse no processo penal, o que foi aceito inicialmente pelo juiz da causa. Entretanto, diante da oposição da parte autora, o juiz revogou sua providência anterior e não permitiu a participação do advogado defensor.⁶⁶

A Corte IDH considerou que a falta de um advogado defensor constituía uma violação às garantias judiciais estabelecidas no artigo 8 da CADH. Afirmou que os acusados tinham direito, com o objeto de exercer sua defesa, a examinar os testemunhos que declararam contra si e a seu favor, assim como o de fazer comparecer em juízo as pessoas que pudessem trazer luz sobre os fatos.⁶⁷ A Corte IDH considerou que o Paraguai, ao impedir a participação do advogado defensor dos indígenas, desconheceu os direitos consagrados nos artigos 8.1, 8.2.e, 8.2.f e 25 da CADH.⁶⁸

2.7.3. Estereótipos e prejuízos sociais nas sentenças internas

No caso *Norín Catrimán* e outros, a Corte IDH considerou demonstrado que em várias passagens das sentenças condenatórias de líderes mapuches que reclamavam seu território, foram empregados estereótipos e preconceitos étnicos. A Corte IDH considerou que a utilização por si só de argumentos que denotam estereótipos e preconceitos na fundamentação das sentenças configura uma violação do princípio de igualdade e não discriminação e do direito à igual proteção da lei.⁶⁹

Segundo a Corte IDH, pode haver uma aplicação discriminatória da lei penal “se o juiz ou o tribunal condena a uma pessoa baseando-se em um argumento fundado em estereótipos negativos que associem um grupo étnico com o terrorismo para determinar algum dos elementos da responsabilidade penal”.⁷⁰ A Corte IDH definiu o significado de “estereótipos” como “pré-concepções sobre os atributos, condutas, papéis ou características possuídas por pessoas que pertencessem a um grupo identificado”. Desse modo, a Corte IDH indicou que as condições discriminatórias baseadas em estereótipos “socialmente dominantes e socialmente persistentes”, agravam-se quando os estereótipos refletem, implícita ou explicitamente, em políticas e práticas, particularmente no argumento e na linguagem das autoridades”.⁷¹

2.8. Direito a usar a própria língua (artigo 13 da CADH)

No caso *López Álvarez* denunciava-se que o diretor de um centro penitenciário proibiu a população Garífuna reclusa nesse centro de falar em seu idioma tradicional, incluindo o senhor Alfredo López Álvarez. A Corte IDH indicou que o artigo 13.1 da CADH consagra expressamente a liberdade de difundir oralmente informação, e considerou que “um dos pilares da liberdade de expressão é precisamente o direito de falar, e que este implica necessariamente o direito das pessoas a utilizar o idioma de sua eleição na expressão de seu pensamento”. A expressão e a difusão de pensamentos e ideias “são

65 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 50.78.

66 *Ibidem*, § 115.

67 *Ibidem*, § 117.

68 *Ibidem*, § 119.

69 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. MRC. 2014, § 228.

70 *Ibidem*, § 223.

71 *Ibidem*, § 224.

invisíveis, de modo que uma restrição das possibilidades de divulgação representa diretamente, e na mesma medida, um limite ao direito de expressar-se livremente”.⁷²

A proibição imposta ao senhor López Álvarez e aos demais Garífunas foi qualificada pela Corte IDH como uma medida injustificada que lesionava “a individualidade do detido” e não obedecia a “condições de segurança ou a necessidade de tratamento”. Dessa forma, sustentou que “a observância de regras no tratamento coletivo dos detidos dentro de um centro penitenciário não concede ao Estado, no exercício de seu poder de punir, a faculdade de limitar de forma injustificada a liberdade das pessoas de se expressar por qualquer meio e no idioma de sua eleição”. A proibição de falar na língua Garífuna adquiria uma “especial gravidade”, posto que “o idioma materno representa um elemento de identidade do senhor Alfredo López Álvarez como Garífuna”. Desse modo, a proibição “violou sua dignidade pessoal como membro de tal comunidade”.⁷³

A Corte IDH adicionou que os Estados “dev[iam] abster-se de produzir normas discriminatórias ou que [tivessem] efeitos discriminatórios nos diferentes grupos da população no momento de exercer seus direitos”. Ademais, os Estados “dev[iam] levar em consideração os dados que diferenciam os membros de povos indígenas da população em geral, e que conformam sua identidade cultural”. Sendo a língua “um dos mais importantes elementos de identidade de um povo, precisamente porque garante a expressão, difusão e transmissão de sua cultura”. Consequentemente, declarou que ao proibir o senhor Alfredo López Álvarez de se expressar no idioma de sua escolha durante sua detenção, “o Estado aplicou uma restrição ao exercício de sua liberdade de expressão incompatível com a garantia prevista na Convenção e que, por sua vez, constituiu um ato discriminatório contra ele”, o que implicou na violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão, e do direito à igualdade perante a lei, consagrados nos artigos 13 e 24 da CADH.⁷⁴

2.9. Direito à família (artigo 17 da CADH)

No caso *Chitay Nech e outros vs. Guatemala*, a Corte IDH reconheceu o significado especial da convivência familiar no contexto da família indígena, a qual não se limita ao núcleo familiar, mas inclui as distintas gerações que a compõem e, inclusive, a comunidade da qual forma parte.⁷⁵ Neste caso, a família Chitay sofreu constantes ameaças e perseguições, seus integrantes tiveram de se deslocar para fora de sua comunidade, o núcleo familiar se viu fragmentado e o pai da família, senhor Florencio Chitay, foi vítima de desaparecimento forçado. A Corte IDH considerou que houve uma afetação direta aos membros da família Chitay, o que constituía um descumprimento por parte do Estado de sua obrigação de proteger a toda pessoa contra ingerências arbitrárias ou ilegais em sua família. Consequentemente, declarou a violação do direito reconhecido no artigo 17 da CADH.⁷⁶

Em outro caso guatemalteco, *Chichupac*, relativo ao desaparecimento forçado de vários indígenas, a Corte IDH declarou a violação do direito à integridade pessoal dos familiares das vítimas desaparecidas, mas também declarou a violação do direito à família. Segundo a Corte IDH, a falta de um enterro de acordo com as tradições da cultura Maia Achí “rompeu as relações de reciprocidade e harmonia entre vivos e mortos, afetando a união das famílias com seus ancestrais”.⁷⁷

2.10. Direito à propriedade comunal (artigo 21 da CADH)

2.10.1. Fonte normativa do direito à propriedade comunal

72 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. MRC. 2006, § 164.

73 *Ibidem*, § 166-169.

74 *Ibidem*, § 170-174.

75 Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010, § 159.

76 *Ibidem*, § 163.

77 Corte IDH. *Caso Membros da Aldeia Chichupac e comunidades vizinhas do Município de Rabinal vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, § 165.

Nenhum dos instrumentos internacionais que conformam o SIDH reconhece textualmente o direito dos povos indígenas e tribais sobre seus territórios tradicionais. No entanto, a Corte IDH interpretou que tal direito se encontra garantido no artigo 21 da CADH, que protege o direito à propriedade privada.

Para proteger o direito à propriedade comunal, a primeira tarefa da Corte IDH foi interpretar o conteúdo e o alcance do artigo 21. Da leitura deste artigo, a Corte IDH concluiu, em *Awas Tingni*, que o termo “bens” se referia a “aquelas coisas materiais apropriáveis, assim como todo direito que possa formar parte do patrimônio de uma pessoa”. Esse conceito compreenderia “todos os móveis e imóveis, os elementos corpóreos e incorpóreos e qualquer outro objeto imaterial suscetível de ter um valor”.⁷⁸

Mediante uma “interpretação evolutiva” da CADH, tomando em consideração as normas de interpretação aplicáveis e, em conformidade com o artigo 29.b do tratado –que proíbe uma interpretação restritiva de direitos–, a Corte IDH considerou que o artigo 21 da CADH protegia “o direito à propriedade em um sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas no âmbito da propriedade comunal”.⁷⁹

Posteriormente, a Corte IDH ressaltou que “tanto a propriedade privada dos particulares como a propriedade comunitária dos membros das comunidades indígenas contam com a proteção convencional oferecida no artigo 21 da Convenção Americana”.⁸⁰

Nos casos *Triunfo de la Cruz e Xucuru*, a Corte IDH explicou que o direito de propriedade dos povos indígenas sobre seus territórios tradicionais, e o dever de proteção que emana do artigo 21 da CADH, “à luz das normas da Convenção 169 da OIT, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, assim como dos direitos reconhecidos pelos Estados em suas leis internas ou em outros instrumentos e decisões internacionais”, conformam um *corpus juris* que define as obrigações dos Estados em relação à proteção dos direitos de propriedade indígena.⁸¹ Chama a atenção que a Corte IDH não tenha citado a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, instrumento regional que também deveria guiar a tarefa interpretativa da Corte IDH e dos Estados da região.

2.10.2. Importância do território para os povos indígenas e tribais

A noção que os indígenas têm do domínio e da posse sobre suas terras tradicionais não necessariamente corresponde à concepção clássica de propriedade, “mas merecem igual proteção do artigo 21 da Convenção Americana”. A Corte IDH destacou que:

[...] desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a sustentar que somente existe uma forma de usar e dispor dos bens, o que por sua vez significaria fazer ilusória a proteção do artigo 21 da Convenção para milhões de pessoas.⁸²

Essas formas específicas de uso e gozo do território foram estudadas em *Awas Tingni*, onde a Corte IDH reconheceu que entre os indígenas:

[...] existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento a esta não se concentra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas

78 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, § 144.

79 *Ibidem*, § 148.

80 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 143.

81 Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, § 103. Corte IDH *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*. EPMRC. 2018, § 116.

82 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 120. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 87.

a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações.⁸³

No caso *Yakye Axa*, a Corte IDH voltou a ressaltar a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra, a qual devia ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de sua cultura, vida espiritual, integridade sobrevivência econômica e sua preservação e transmissão às gerações futuras.⁸⁴ Da mesma forma, sustentou que a cultura dos membros das comunidades indígenas:

[...] corresponde a uma forma de vida particular de ser, de ver e de atuar no mundo, constituído a partir de sua estreita relação com seus territórios tradicionais e os recursos que ali se encontram, não apenas por serem estes seu principal meio de subsistência, mas também porque constituem um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e, deste modo, de sua identidade cultural.⁸⁵

Ademais, a Corte IDH reconheceu em *Sarayaku* que a falta de acesso aos territórios pode impedir as comunidades indígenas de “usar os recursos naturais necessários, e deles usufruir, para procurar sua subsistência, mediante suas atividades tradicionais; e de ter acesso aos sistemas tradicionais de saúde e a outras funções socioculturais”, o que os exporia a condições de vida precárias, a maior vulnerabilidade diante de doenças e situações de desproteção. Tudo o que poderia implicar em “várias violações de seus Direitos Humanos, além de ocasionar-lhes sofrimento e prejudicar a preservação de sua forma de vida, costumes e idioma”.⁸⁶

Entre esses outros direitos básicos que poderiam ver-se afetados pela falta de acesso ao território tradicional, a Corte IDH identificou em *Xucuru* o direito à identidade cultural e “a própria sobrevivência das comunidades indígenas e seus membros”.⁸⁷

2.10.3. A posse das terras é suficiente para o reconhecimento oficial

A propriedade indígena sobre seus territórios tradicionais se fundamenta no uso e posse tradicional das terras e recursos necessários para a subsistência física e cultural dos povos indígenas e tribais. Em *Awás Tingni*, a Corte IDH indicou que “a posse da terra deveria bastar para que as comunidades indígenas que careçam de um título real sobre a propriedade da terra obtenham o reconhecimento oficial dessa propriedade e o respectivo registro”.⁸⁸

No caso *Moiwana*, as partes que compareceram perante a Corte IDH estavam de acordo com que os membros da comunidade não tinham um título legal formal –coletivo ou individual– sobre suas terras tradicionais. O território pertencia ao Estado.⁸⁹ No entanto, os membros da comunidade *Moiwana* possuíam uma “relação abrangente” com suas terras tradicionais. Essa relação não se centrava no indivíduo, mas na comunidade como um todo. Além disso, a ocupação tradicional da aldeia de *Moiwana* e as terras circundantes havia sido reconhecida e respeitada durante anos por outros clãs e pelas comunidades indígenas vizinhas. Por isso, essa ocupação tradicional devia, a critério da Corte IDH, “bastar para obter o reconhecimento estatal de sua propriedade”, embora os limites exatos desse território devam ser determinados “após consulta às referidas comunidades vizinhas”.⁹⁰ No caso *Xucuru*, a Corte IDH inclusive afirmou que “a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes aos do título de pleno domínio concedido pelo Estado”.⁹¹

83 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, § 149.

84 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 131.

85 *Ibidem*, § 135.

86 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MR. 2012, § 147.

87 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*. EPMR. 2018, § 115.

88 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, § 151.

89 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005, § 130.

90 *Ibidem*, § 133.

91 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*. EPMR. 2018, § 117.

Tendo em vista que o fundamento da propriedade comunal é o uso e a ocupação históricos, os direitos territoriais dos povos indígenas e tribais existem, mesmo assim, sem atos estatais ou sem um título formal de propriedade.⁹² As ações de reconhecimento oficial devem ser consideradas não como meras transferências ou como a concessão de novos direitos, mas como formas de credenciamento de um domínio anterior.

O exercício do direito de propriedade comunal não está condicionado ao seu reconhecimento expresso por parte do Estado, pois a existência de um título formal de propriedade não é requisito para a existência do direito à propriedade territorial indígena sob o artigo 21 da CADH.⁹³

A dissociação entre o direito consuetudinário de propriedade indígena e a existência ou não de um título formal de propriedade implica que o ato de titulação por parte do Estado seja um ato de reconhecimento e proteção oficial, mas não constitutivo de direitos. A posse e o uso consuetudinário dos povos indígenas deve ser o critério reitor da identificação e garantia desses direitos através da titulação. Em suma, para definir quais são as terras que determinado povo ou comunidade usa ou possui deve-se observar as formas e modalidades de controle, propriedade uso e usufruto dos territórios e recursos naturais. Como expôs a Corte IDH, a relação única com o território tradicional:

[...] pode se expressar de distintas maneiras, segundo o povo indígena do que se trate e as circunstâncias concretas em que se encontre, e pode incluir o uso ou presença tradicional, seja através de laços espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; caça, pesca ou coleta sazonal ou nômade; uso de recursos naturais vinculados aos seus costumes; e qualquer outro elemento característico de sua cultura.⁹⁴

A noção de posse do território indígena é entendida pela Corte IDH em um sentido amplo, que compreende a ocupação física do território, assim como atividades de caráter permanente ou sazonal e usos relacionados com a cultura e a espiritualidade dos povos indígenas ou tribais.

2.10.4. Delimitação dos territórios indígenas

Embora o reconhecimento oficial não seja constitutivo do direito de propriedade comunal sobre os territórios tradicionais, isso não quer dizer que o Estado esteja isento de reconhecer e delimitar o território indígena. A delimitação é necessária tanto para assegurar os direitos territoriais, como para oferecer segurança jurídica. Por exemplo em *Awas Tingni*, existiam “traslapes” ou sobreposições através das quais outras comunidades indígenas alegavam direitos sobre as mesmas terras reclamadas pela comunidade *Awas Tingni*. O Estado sustentava que parte das terras reclamadas eram de sua propriedade. A comunidade *Awas Tingni* não tinha um título oficial de propriedade sobre as terras que reclamava.⁹⁵ A Corte IDH advertiu que os limites do território sobre o qual existia o direito de propriedade dessa comunidade não haviam sido efetivamente delimitados e demarcados pelo Estado. Essa situação havia criado “um clima de incerteza permanente” entre os membros da comunidade enquanto não sabiam com certeza até onde se estendia geograficamente seu direito de propriedade comunal e, consequentemente, desconheciam até onde podiam usar e gozar livremente dos respectivos bens.

Por esse e outros motivos, a Corte IDH declarou que o Estado havia violado o direito ao uso e o gozo dos bens dos membros da comunidade *Awas Tingni*, e entendeu que os indígenas tinham direito a que o Estado: 1. delimitasse, demarcasse e titulasse o território tradicional; e 2. se abstivesse de realizar, até que não procedesse à delimitação, atos que pudessem levar os agentes do próprio Estado ou terceiros que agiram com sua aquiescência ou sua tolerância, a afetar a existência, valor, uso ou gozo dos bens localizados na área geográfica da comunidade.⁹⁶

92 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 118.

93 *Idem*.

94 *Ibidem*, § 131.

95 Corte IDH. *Caso da Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingi vs. Nicaragua*. MRC. 2001, § 103.

96 *Ibidem*, § 153.

Para efeitos de identificar o território tradicional, a Corte IDH examinou a ocupação e a utilização históricas das terras e recursos por parte da comunidade, o desenvolvimento de práticas tradicionais nessas terras, a toponímia da zona, e estudos e documentação técnicos,⁹⁷ sempre tendo em consideração que “o território tradicional relevante, para efeitos da proteção do direito à propriedade comunitária dos membros da Comunidade, não é o de seus antepassados, mas o da própria Comunidade”.⁹⁸

Em suma, o reconhecimento oficial da propriedade dos povos indígenas e tribais sobre seus territórios não é um ato que permanece na esfera de discricionariedade do Estado, mas é uma obrigação, que requer medidas positivas. Esse reconhecimento oficial deve estar consagrado em um título jurídico formal,⁹⁹ devidamente registrado.¹⁰⁰ Tendo em vista que a visão indígena sobre seus territórios é de caráter coletivo, a titulação e o correspondente registro oficial devem também ser de caráter coletivo, refletindo-se na propriedade comunitária da terra,¹⁰¹ sem prejuízo das formas de organização interna dos povos indígenas em relação à posse da mesma.

O título de propriedade sobre os territórios indígenas deve, ademais, conferir segurança jurídica. A Corte IDH definiu que a segurança jurídica garante:

[...] estabilidade nas situações jurídicas, e é parte fundamental da confiança do cidadão na institucionalidade democrática. Essa confiança é um dos pilares essenciais sobre os quais reside um Estado de Direito, desde que se fundamente em uma real e efetiva certeza dos direitos e liberdades fundamentais.¹⁰²

A segurança jurídica se vê assegurada “enquanto exista confiança de que os direitos e liberdades fundamentais serão respeitados e garantidos a todas as pessoas sob a jurisdição de um Estado Parte”.¹⁰³

Aplicando esses padrões gerais sobre segurança jurídica ao caso específico dos territórios indígenas, a Corte IDH concluiu que “Um reconhecimento meramente abstrato ou jurídico das terras, territórios ou recursos indígenas carece de sentido caso as populações ou povos interessados não possam exercer plenamente e de forma pacífica seu direito”.¹⁰⁴ Assim, a Corte IDH entendeu que “o dever dos Estados de adotar medidas para assegurar aos povos indígenas seu direito à propriedade implica, necessariamente, em atenção ao princípio da segurança jurídica, que o Estado deve limitar, demarcar e titular os territórios das comunidades indígenas e tribais”.¹⁰⁵

Finalmente, a Corte IDH destacou que conceder aos indígenas meros privilégios para usar as terras, em vez de garantir-lhes o uso e gozo permanente de seu território, não é suficiente para garantir seu direito à propriedade conforme o artigo 21 de CADH.¹⁰⁶

2.10.5. Devolução do território tradicional perdido

Como se indicou anteriormente, o artigo 21 da CADH protege tanto o direito à propriedade comunal dos povos indígenas e tribais, como o direito à propriedade privada dos particulares. Seja qual for o caso, –propriedade privada ou comunitária–, o direito à propriedade não é um direito absoluto e, portanto, sua proteção tampouco o é. A Corte IDH sustentou –a respeito da propriedade comunal– que embora:

97 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 93-107.

98 *Ibidem*, § 95.

99 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 194.

100 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, § 153 e ss.

101 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 194.

102 Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*. EPMR. 2018, § 122.

103 *Ibidem*, § 123.

104 *Ibidem*, § 124.

105 Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, § 104.

106 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 115.

[...]reconheça a interconexão entre o direito dos membros dos povos indígenas e tribais ao uso e gozo de suas terras e o direito aos recursos necessários para sua sobrevivência, estes direitos de propriedade, como muitos outros direitos reconhecidos na Convenção, estão sujeitos a certos limites e restrições.¹⁰⁷

Quanto à propriedade privada, a Corte IDH destacou que:

[o] direito à propriedade privada deve ser entendido dentro do contexto de uma sociedade democrática onde, para a prevalência do bem comum e dos direitos coletivos, devem existir medidas proporcionais que garantam os direitos individuais. A função social da propriedade é um elemento fundamental para o funcionamento da mesma, e é por isso que o Estado, a fim de garantir outros direitos fundamentais de vital relevância para uma sociedade específica, pode limitar ou restringir o direito à propriedade privada, respeitando sempre os pressupostos contidos na norma do artigo 21 da Convenção, e os princípios gerais do Direito Internacional.¹⁰⁸

Quanto à propriedade coletiva, a Corte IDH determinou que:

Em relação ao direito à propriedade coletiva, faz-se necessário reiterar que não é absoluto, e que, quando os Estados impõem limitações ou restrições ao exercício do direito dos povos indígenas ou tribais, a propriedade sobre suas terras, territórios e recursos naturais devem respeitar certas pautas, as quais devem ser estabelecidas por lei, ser necessárias, proporcionais e com o fim de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática. Dessa forma, o primeiro parágrafo do artigo 21 da Convenção estabelece o direito à propriedade e destaca como atributos da propriedade o uso e gozo do bem e inclui uma limitação a tais atributos da propriedade em razão do interesse social. Por sua vez, o segundo inciso se refere à expropriação de bens e os requisitos para que essa atuação do Estado possa ser considerada justificada.¹⁰⁹

Tendo em vista que ambos os direitos (propriedade comunal e propriedade privada) não são absolutos, como deveriam ser resolvidos os casos em que os direitos territoriais dos povos indígenas entram em colisão com o direito à propriedade privada de terceiros, sejam esses indivíduos ou empresas?

A Corte IDH respondeu a essa pergunta de duas maneiras. Em primeiro lugar, a Corte IDH revisou a legislação nacional do Estado demandado concede prioridade a um direito de propriedade sobre o outro. No caso de a legislação nacional priorizar o direito à propriedade comunal, a Corte IDH decidirá nesse sentido, protegendo o direito ao território indígena.¹¹⁰

Em segundo lugar, se a legislação nacional não concede prioridade à propriedade indígena sobre a propriedade privada, a Corte IDH analisou três questões: 1. se os indígenas têm direito a reclamar a devolução do território perdido; 2. se o direito a solicitar a devolução, caso existir, tem um limite temporal, e 3. sob quais premissas seria aceitável retirar os donos atuais das terras para entregá-las aos indígenas, ou vice-versa, negar aos indígenas sua reivindicação territorial reconhecendo o direito à propriedade privada que assiste aos donos atuais. Em qualquer caso, as limitações ou restrições ao direito à propriedade coletiva dos povos indígenas e tribais não devem implicar “uma denegação de sua subsistência como povo”.¹¹¹

2.10.5.1. O direito à devolução das terras

Se uma comunidade perdeu a posse de suas terras tradicionais por causas alheias à sua vontade, mantém o direito de propriedade sobre as mesmas, “ainda na ausência de título legal, salvo quando as terras tenham sido legitimamente trasladadas a terceiros de boa fé”.¹¹²

107 *Ibidem*, § 127.

108 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPM. 2001, § 60.

109 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, § 154.

110 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*. EPMR. 2018, § 127.

111 *Ibidem*, § 155.

112 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 128. Corte IDH. *Caso Comuni-*

Nesse aspecto, as questões de prova devem focar-se em demonstrar que o abandono das terras foi um ato forçado ou não desejado. Ademais, para que se aplique a exceção assinalada, corresponderá demonstrar que os atuais proprietários das terras às adquiriram de boa-fé; por exemplo, se deverá demonstrar que os atuais donos não foram aqueles que expulsaram os indígenas à força para apropriar-se de suas terras ou recursos naturais.

Se os indígenas já não têm de suas terras e estas foram transferidas legitimamente a terceiros possuidores de boa-fé, entender-se-á que os indígenas perderam a propriedade das terras, mas “têm o direito de recuperá-las ou a obter outras terras de igual extensão e qualidade”. A posse, então, “não é um requisito que condiciona a existência do direito à recuperação das terras indígenas”.¹¹³ Cabe indicar, no entanto, que assim como o direito à propriedade não é absoluto, o direito de solicitar a sua recuperação tampouco o é, pode ser delimitado no tempo e pode ser derrotado frente a outro tipo de direitos (propriedade privada) ou interesses coletivos (bem comum ou interesse público). Isso será analisado adiante.

2.10.5.2. Caducidade do direito de reclamar as terras

O segundo ponto consiste em elucidar se o direito a solicitar a devolução das terras tem um limite temporal. Para responder a essa questão, a Corte IDH levou em conta que “a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas se sustenta principalmente em sua relação única com suas terras tradicionais”, e concluiu que “[e]mbora essa relação exista, o direito à reivindicação permanecerá vigente, caso contrário, se extinguirá”.¹¹⁴

A Corte IDH, ademais, esclareceu como deve ser produzida a prova. Destacou que a relação com a terra:

[...] pode se expressar de diversas maneiras, segundo o povo indígena do qual se trate e as circunstâncias concretas em que se encontre, e pode incluir o uso ou presença tradicional, seja através de laços espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; caça, pesca ou relação sazonal ou nômade; uso de recursos naturais vinculados a seus costumes; e qualquer outro elemento característico de sua cultura.¹¹⁵

Disso se deduz que, se uma comunidade consegue demonstrar que: 1. as terras que reclama são suas terras tradicionais, e 2. que mantém uma relação com as mesmas apesar de estarem em posse de terceiros, poderia afirmar-se que o direito a reclamá-las permanece vigente.

A isso, deve agregar-se uma consideração especial que a Corte IDH destacou acertadamente: a relação com a terra deve ser possível. No caso *Sawhoyamaxa*, a Corte IDH afirmou:

Em outros casos como o presente, em que a relação com a terra se manifesta *inter alia* nas atividades tradicionais de caça, pesca e coleta, se os indígenas realizam poucas ou nenhuma dessas atividades tradicionais dentro das terras que perderam, porque foram impedidos de fazê-lo por causas alheias à sua vontade, que impliquem um obstáculo real para manter essa relação, como violações ou ameaças contra si, se entenderá que o direito à recuperação persiste até que tais impedimentos desapareçam.¹¹⁶

A Corte IDH concluiu que a relação entre a comunidade *Sawhoyamaxa* e seu território não havia caducado. Chegou a uma conclusão similar em *Xákmok Kásek*.¹¹⁷

2.10.5.3. A que direito dar prioridade?

dade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai. MRC. 2010, § 111.

113 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 128.

114 *Ibidem*, § 131.

115 *Idem*.

116 *Ibidem*, § 132.

117 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 116.

O passo seguinte, tem a ver com a possibilidade de que as terras de uma comunidade indígena ou tribal estejam em mãos de terceiros que atuaram de boa-fé ao adquiri-las, e que o direito da comunidade de reclamá-las permaneça vigente.

O primeiro que se deve ter presente é que ambos direitos estão protegidos pela CADH e, por isso, não se pode alegar, sem mais, que sempre que se apresenta essa colisão de direitos um prevaleça sobre o outro. Assim assinalou a Corte IDH quando expôs que:

[...] o mero fato de que as terras reclamadas estejam em mãos privadas, não constitui per se um motivo ‘objetivo e fundamentado’ suficiente para denegar *prima facie* os pedidos indígenas. Caso contrário o direito à devolução careceria de sentido e não ofereceria uma possibilidade real de recuperar as terras tradicionais.¹¹⁸

Um segundo elemento que precisa ser levado em conta é que, em certos casos, outros bens, direitos, ou princípios podem estar acompanhando o direito à propriedade privada ou o direito à devolução das terras tradicionais, de tal maneira que forme um conjunto de direitos que está em conflito com outro conjunto de direitos, ou um contra vários. Por exemplo, poderia dar-se o caso de que nas terras que a comunidade reivindica se encontrem cemitérios, lugares sagrados ou de culto ou bens culturais indispensáveis ao exercício de sua liberdade religiosa e à manutenção de sua cultura.

A resposta a esse tipo de casos está no que a Corte IDH chamou “juízo de proporcionalidade”.¹¹⁹ Esse juízo tem em conta: 1. a legalidade da restrição; 2. o fim que se busca com a restrição e a idoneidade das medidas que servem para alcançar esse fim; 3. a necessidade da restrição; e 4. a estrita proporcionalidade da medida, isto é, se se garante em forma ampla um direito, sem tornar nulo o outro.¹²⁰

2.10.5.4. Legalidade da restrição

No caso *Sawhoyamaxa*, a legalidade da restrição consistiu em analisar se existia no Paraguai um procedimento estabelecido pela lei que permitisse solicitar a expropriação de terras de propriedade de particulares com a finalidade de entregá-las aos indígenas. Esse procedimento existia e, portanto, a possível restrição à propriedade privada teria sido legal.

Agora, suponhamos que em um determinado país não exista normativa que permita a expropriação e se possam apresentar dois casos: 1. que se exproprie de todos os modos as terras dos particulares e as entregue aos indígenas, ou 2. que todas as reivindicações indígenas sejam rechaçadas por falta de lei. Na primeira hipótese, ainda quando o direito dos indígenas possa estar satisfeito, os proprietários particulares poderiam denunciar que o Estado retirou-lhe suas terras ilegalmente. Nessa hipótese, o Estado teria descumprido ao menos o princípio da reserva legal e seria responsável frente aos particulares. Por sua vez, na segunda hipótese, os indígenas poderiam demandar ao Estado por não lhes oferecer um procedimento que lhes permita a reivindicação de suas terras. Assim o entendeu a Corte IDH quando afirmou que:

[d]e acordo com o artigo 2 da Convenção, deverão ser instituídos procedimentos adequados no marco do sistema jurídico nacional para processar as reivindicações de terras dos povos indígenas interessados. Os Estados deverão estabelecer estes procedimentos a fim de resolver os reclamos de modo que estes povos tenham uma possibilidade real de devolução de suas terras. Para isso, a obrigação geral de garantia estabelecida no artigo 1.1 deste tratado impõe aos

118 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 138.

119 *Ibidem*, § 131.

120 Antes da jurisprudência que introduziu o “juízo de proporcionalidade”, a ordem segundo a qual se prestavam os elementos avaliativos das restrições era o seguinte: “Quando a propriedade comunal indígena e a propriedade privada particular entram em contradição real ou aparente, a própria Convenção Americana e a jurisprudência do Tribunal oferecem as diretrizes para definir as restrições admissíveis ao gozo e ao exercício destes direitos, a saber: a) devem estar estabelecidas por lei; b) devem ser necessárias; c) devem ser proporcionais, e d) devem ser feitas com o fim de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática”. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 144.

Estados o dever de garantir que os trâmites destes procedimentos sejam acessíveis e simples, e que os órgãos responsáveis contem com as condições técnicas e materiais necessárias para dar resposta oportuna às solicitações que sejam feitas no âmbito destes procedimentos.¹²¹

2.10.5.5. Finalidade e idoneidade da restrição

Para a Corte IDH, “neste passo da análise, o primeiro que se deve indagar é se a restrição constitui um meio idôneo ou adequado para contribuir à obtenção de uma finalidade compatível com a Convenção”.¹²² Como se destacou anteriormente, tanto a proteção da propriedade privada, como a comunal, são fins compatíveis com a CADH. Ambos os direitos estão protegidos pelo artigo 21 de referido tratado e ambos os direitos são necessários para uma sociedade democrática.

Quanto à idoneidade da medida, no caso *Sawhoyamaya* não havia discussão entre as partes a respeito de que privar os particulares de suas terras de maneira legítima era um meio idôneo para satisfazer o direito à propriedade comunal dos indígenas. Por essa razão, a Corte IDH considerou cumprida essa segunda etapa do juízo de proporcionalidade.

No que se refere à prova, a finalidade pareceria –em princípio– que não requer maior comprovação, mas sim uma eficiente argumentação que convença ao julgador de que o objetivo buscado é compatível com a CADH. Em vez disso, para o critério de idoneidade, seria necessário demonstrar que a medida proposta –expropriação– é o meio adequado para satisfazer a propriedade comunal.

2.10.5.6. Necessidade da restrição

No juízo de necessidade, a Corte IDH deve “deve examinar as alternativas existentes para alcançar o fim legítimo perseguido e precisar a maior ou menor lesividade daquelas”.¹²³

Nessa etapa da análise, os indígenas devem demonstrar qualquer dessas duas opções excludentes: 1. que, salvo a expropriação, não existe outra alternativa para satisfazer seu direito à propriedade comunal, ou 2. que, ainda quando existam outras alternativas –que também tenham satisfeito o juízo de idoneidade– a expropriação é a única que satisfaz a propriedade comunal. Por sua parte, o Estado demandado deve demonstrar que, ademais da expropriação, existem outras medidas menos gravosas sobre o direito à propriedade privada com as quais se poderia obter o mesmo fim. Por exemplo, demonstrando que uma expropriação parcial dos territórios nos quais se encontram os cemitérios tradicionais, além da entrega de terras alternativas, cumpriria o mesmo fim da expropriação total. Dito de outro modo, deverá analisar-se se existe alguma medida alternativa que, de maneira clara e contundente, alcance o mesmo resultado a um menor custo. Nos casos *Yakye Axa*, *Sawhoyamaya* e *Xákmok Kásek* não houve prova da existência de outras medidas idôneas menos lesivas.

2.10.5.7. Estrita proporcionalidade da restrição

Finalmente, deve avaliar-se “se a restrição é estritamente proporcional, de tal forma que o sacrifício inerente a aquela não resulte exagerado ou desmedido diante das vantagens que se obtêm mediante tal limitação”.¹²⁴ A proporcionalidade busca determinar se os benefícios que se derivam da restrição superam os prejuízos causados por ela.

A analisar esse aspecto no caso *Yakye Axa*, a Corte IDH destacou:

[...] Estados devem ter em conta que os direitos territoriais indígenas incluem um conceito mais amplo e diferente que está relacionado com o direito coletivo à sobrevivência como povo organizado, com o controle de seu habitat como uma condição necessária para a reprodução de sua cultura, para seu próprio desenvolvimento e para levar a cabo seus planos de vida. A

121 *Ibidem*, § 102.

122 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. MRC. 2008, § 70.

123 *Ibidem*, § 74.

124 *Ibidem*, § 83.

propriedade sobre a terra garante que os membros das comunidades indígenas conservem seu patrimônio cultural.

Ao desconhecer o direito ancestral dos membros das comunidades indígenas sobre seus territórios, poder-se-ia estar afetando outros direitos básicos, como o direito à identidade cultural e a própria sobrevivência das comunidades indígenas e de seus membros.

Ao contrário, a restrição que se faça ao direito à propriedade privada de particulares pode ser necessária para alcançar o objetivo coletivo de preservar as identidades culturais em uma sociedade democrática e pluralista no sentido da Convenção Americana; e proporcional, caso seja feito o pagamento de uma justa indenização aos prejudicados, de acordo com o artigo 21.2 da Convenção.¹²⁵

No caso Povo Saramaka, a Corte IDH adicionou que um critério fundamental na hora de resolver a respeito das restrições sobre o direito dos membros dos povos indígenas e tribais, em especial ao uso e gozo das terras e dos recursos naturais que possuíam tradicionalmente, é se a restrição implica uma denegação das tradições e dos costumes de um modo que ponha em perigo a própria subsistência do grupo de se seus integrantes.¹²⁶

Por sua vez, em *Yakye Axa*, a Corte IDH considerou que quando os Estados se vejam impossibilitados, por razões concretas e justificadas, de devolver o território tradicional às populações indígenas, deverá compensá-las, seja com a entrega de terras alternativas ou com uma indenização em dinheiro ou espécie.¹²⁷ Nesse caso, a Corte IDH não destacou quais são essas razões justificadas que poderiam exonerar o Estado de devolver o território aos indígenas. No entanto, no caso *Sawhoyamaxa* a Corte IDH excluiu como razão justificada o fato de que as terras se encontram em plena produtividade.¹²⁸

Em *Xákmok Kásek*, a Corte IDH foi ainda mais enfática ao indicar que qualquer argumento sob o qual os indígenas não possam, em nenhuma circunstância, reivindicar suas terras tradicionais quando essas se encontrem exploradas e em plena produtividade, “observa a questão indígena exclusivamente através da produtividade da terra e do regime agrário, o que é insuficiente para as características peculiares destes povos”.¹²⁹

Em suma, quando o direito à devolução das terras perdidas frente à propriedade privada de terceiros de boa-fé, deve-se seguir o teste de estrita proporcionalidade indicado acima. Quanto maior seja o grau de não satisfação ou restrição de um dos direitos, tanto maior deverá ser o grau de satisfação do outro. Essa é uma questão complexa de argumentação e prova. Cada parte deverá demonstrar que a interferência no gozo de um dos direitos satisfaz ao máximo o outro direito, ou outros direitos ou princípios privados daquele. No caso de primar pela propriedade comunal sobre a propriedade privada, deverá ser concedida uma justa indenização aos particulares;¹³⁰ e, no caso contrário, os indígenas deverão receber terras alternativas ou uma indenização em dinheiro ou em espécie. A eleição de qualquer uma dessas alternativas (terras alternativas ou indenização) deve ser acordada com os indígenas interessados, “conforme seus próprios procedimentos de consulta, valores, usos e direito consuetudinário”.¹³¹ Se decidir por terras alternativas, o Estado deverá assegurar que essas sejam de extensão e qualidade suficientes para que a comunidade indígena ou tribal desenvolva suas práticas tradicionais e preserve sua cultura.¹³² As terras alternativas deverão, na medida do possível, encontrar-se dentro do território dos ancestrais da comunidade.¹³³

125 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 146-148.

126 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 128.

127 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 149.

128 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 139.

129 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 146.

130 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. EPM. 2008, § 96.

131 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 151.

132 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 117-121.

133 *Ibidem*, § 286.

2.10.6. Dever do Estado de estabelecer um recurso efetivo para resolver as reivindicações territoriais indígenas

No caso *Awas Tingni*, a Corte IDH destacou que o Estado não havia criado um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação da propriedade dos membros da comunidade, de acordo com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes.¹³⁴ Por esse motivo, e tendo em vista que o Estado não respeitou um prazo razoável na tramitação dos recursos de amparo interpostos pelos membros da comunidade para a proteção de suas terras, a Corte IDH declarou a violação do artigo 25 da CADH.

Em *Yakye Axa*, a Corte IDH destacou, no que diz respeito aos povos indígenas, que “é indispensável que os Estados concedam uma proteção efetiva que leve em consideração suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais, assim como sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes”.¹³⁵ A Corte IDH notou que a Convenção n.º 169 da OIT, em seu artigo 14.3. dispõe que “[d]everão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.” Segundo o entendimento da Corte IDH, essa norma internacional, em conjunção com os artigos 8 e 25 da CADH, “obriga o Estado a oferecer um recurso eficaz, com as garantias do devido processo, aos membros das comunidades indígenas que lhes permita realizar as reivindicações de terras ancestrais, como garantia de seu direito à propriedade comunal”.¹³⁶

O procedimento administrativo paraguaio, analisado no caso *Yakye Axa*, não se ajustava aos padrões expostos e se mostrou “abertamente ineficiente”, posto que unicamente autorizava as autoridades administrativas a dispor de terras públicas (fiscais), expropriar terras exploradas irracionalmente ou negociar com os proprietários privados, com efeito de entregá-las às comunidades indígenas. Entretanto, quando os proprietários particulares se negavam a vender as terras e demonstravam a exploração racional das mesmas, os membros das comunidades indígenas não tinham um recurso administrativo efetivo que lhes permitisse reivindicá-las.¹³⁷

No caso *Sawhoyamaxa*, a Corte IDH voltou a se pronunciar sobre o procedimento administrativo. Destacou que este havia sido ineficiente e não havia mostrado uma possibilidade real para que os membros da comunidade *Sawhoyamaxa* recuperassem suas terras tradicionais.¹³⁸ Consequentemente, decretou a violação dos artigos 8 e 25 da CADH.¹³⁹ Posteriormente, no caso *Xákmok Kásek*, a Corte IDH voltou a condenar o Paraguai, uma vez que não havia realizado as modificações pertinentes em seu ordenamento interno.¹⁴⁰

Em *Povo Saramaka*, a Corte IDH considerou que o recurso judicial disponível conforme o Código Civil do Suriname era inadequado e ineficaz para reparar as violações ao direito de propriedade comunal por duas razões. Primeiro, esse recurso somente estava disponível para as pessoas que reivindicavam uma violação de seus direitos individuais. O povo *Saramaka*, como entidade coletiva cuja personalidade jurídica não estava reconhecida pelo Estado, não podia utilizar tal recurso para afirmar o direito à propriedade comunal. Segundo, o direito à propriedade comunal não estava reconhecido pelo Estado.¹⁴¹

Em suma, para materializar os direitos territoriais dos povos indígenas, é necessário que os Estados adotem medidas legislativas e administrativas necessárias “para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação que reconheça tais direitos na prática”.¹⁴²

134 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, § 138.

135 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 63.

136 *Ibidem*, § 95-96.

137 *Ibidem*, § 97.

138 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 108.

139 *Ibidem*, § 112.

140 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 90.

141 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 179.

142 Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, § 104. Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPMRC.

2.10.7. Desintrusão dos territórios indígenas

Uma vez que se: 1. identifica o território indígena, 2. procede com a ponderação entre os direitos territoriais indígenas frente aos direitos de propriedade de terceiros particulares, dando-se privilégio aos primeiros em relação aos segundos, e 3. delimita-se e titula-se os territórios indígenas, a etapa seguinte é a desintrusão do território tradicional.¹⁴³

A desintrusão:

[...] não só implica a retirada de terceiros de boa-fé ou de pessoas que ocupem ilegalmente os territórios demarcados e titulados, mas a garantia de sua posse pacífica, e que os bens titulados careçam de vícios ocultos, isto é, que sejam livres de obrigações ou gravames em benefício de terceiras pessoas.¹⁴⁴

Se isso não ocorrer, o direito de propriedade coletiva não estará sendo garantido por completo.

Para esse fim, o recurso efetivo para resolver as reivindicações territoriais indígenas analisadas na seção anterior não deve se limitar unicamente à titulação formal do território coletivo, mas deve incluir a “retirada das pessoas não indígenas que se encontrem nesse território”.¹⁴⁵

2.10.8. Exploração de recursos naturais em territórios indígenas

Embora nos casos *Yakye Axa e Sawhoyamaxa* a Corte IDH já havia considerado que o direito à propriedade dos povos indígenas sobre seu território tradicional se fazia extensivo aos recursos naturais que nele se encontram,¹⁴⁶ foi no caso *Povo Saramaka* que se desenvolveu essa ideia de maneira ampla.

De acordo com o marco constitucional e legal do Suriname, os *Saramakas* não tinham direito à propriedade, mas um mero privilégio ou permissão de usar e ocupar as terras em questão. Os direitos de propriedade de todos os recursos naturais, conforme a legislação interna, pertenciam ao Estado.

A Corte IDH resolveu que o direito a usar e gozar do território “careceria de sentido no contexto dos membros dos povos indígenas e tribais se este direito não estivesse conectado aos recursos naturais presentes dentro do território”. A reivindicação pela titularidade das terras dos integrantes dos povos indígenas e tribais “deriva da necessidade de garantir a segurança e a permanência do controle e uso dos recursos naturais, que por sua vez mantêm esse estilo de vida”. Essa conexão entre o território e os recursos naturais necessários para sua sobrevivência física e cultural, “é exatamente o que é necessário proteger conforme o artigo 21 da Convenção, a fim de garantir aos membros dos povos indígenas e tribais o uso e gozo de sua propriedade”. Dessa análise, a Corte IDH concluiu que os recursos naturais que se encontram nos territórios naturais que foram utilizados tradicionalmente e que são necessários para a própria sobrevivência, desenvolvimento e continuidade do estilo de vida deste povo.¹⁴⁷ Em *Triunfo de la Cruz*, a Corte IDH inclusive indicou que os Estados “devem garantir o uso, gozo e utilização em igualdade de condições e sem discriminação às praias e mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente foram utilizados, em conformidade com seus usos e costumes”.¹⁴⁸

Consequentemente, as questões probatórias devem focar-se em demonstrar que: 1. existe uma relação especial com os territórios; 2. existe uma relação especial com os recursos naturais –deve-se indicar quais–; e 3. E que o território e recursos são necessários para a sobrevivência física ou cultural da comunidade ou povo em questão.

2014, § 119 e 166.

143 Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*. EPMR. 2018, § 126.

144 *Ibidem*, § 124.

145 *Ibidem*, § 133.

146 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 137. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC, 2006, § 118.

147 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 122.

148 Corte IDH. *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, § 137.

A Corte IDH também considerou que toda a atividade de exploração ou extração de recursos naturais no território de uma comunidade poderia afetar direta ou indiretamente os recursos tradicionais dessa comunidade. A afetação é direta quando o recurso tradicional é precisamente o recurso explorado. A afetação é indireta quando através da extração de recursos não utilizados pela comunidade se causa prejuízo, em maior ou menor grau, ao uso e gozo de algum recurso tradicional. No caso concreto dos Saramakas, o desmatamento era uma afetação direta, pois a floresta era um recurso tradicional. Mas, além disso, ao desmatar as florestas, os vestígios dessa atividade bloquearam os arroios, várias zonas que os Saramakas utilizavam para seus cultivos se inundaram, o povo começou a ter dificuldades para acessar fontes de água limpa e o desenvolvimento normal de suas atividades pesqueiras foi interrompido. Todas essas eram afetações indiretas que podiam ser tanto ou mais danosas que as afetações diretas. De fato, a atividade madeireira realizada dentro do território Saramaka causou, conforme os peritos declararam perante o Tribunal, impactos sociais, ambientais e de outra categoria “graves e traumáticos”, sendo caracterizada como uma das explorações florestais “mais planejadas, danosas e desperdiçadoras”.¹⁴⁹

Por essas razões, e tendo como fim evitar que as restrições impostas aos Saramakas a respeito do direito à propriedade em virtude da emissão de concessões dentro de seu território fossem evidentemente desproporcionais, a Corte IDH considerou que o Estado tinha a obrigação de: 1. assegurar a participação efetiva dos membros do povo Saramaka, “em conformidade com seus costumes e tradições, [em] todo plano de desenvolvimento, investimento, exploração ou extração [...] que se lev[asse] a cabo dentro do território Saramaka”; 2. garantir que os Saramakas “se benefici[ariam] razoavelmente do plano que se lev[asse] a cabo dentro de seu território”; e 3. “garantir que não se emiti[ria] nenhuma concessão dentro do território Saramaka a menos e até que entidades independentes e tecnicamente capazes, sob a supervisão do Estado, reali[zassem] um estudo prévio de impacto social e ambiental”.¹⁵⁰

O primeiro requisito antes destacado se refere à consulta livre, prévia e informada, a qual, por sua importância, será analisada na seção seguinte. O segundo requisito refere-se ao dever de compartilhar razoavelmente os benefícios dos projetos de exploração com o povo indígena afetado. A justificação desse dever se encontra, de acordo com a Corte IDH, no artigo 21.1 da CADH, que estabelece que “[n]enhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa”. O direito a receber o pagamento de uma indenização “se estende não só à total privação do uso e gozo regular de tal propriedade por meio de uma expropriação parte do Estado [...], mas também compreende a privação do uso e gozo regular desta propriedade”. No caso de povos indígenas e tribais, a indenização “se traduz no direito [dos indígenas] a participar, de forma razoável, nos benefícios derivados da restrição ou privação do direito ao uso e gozo de suas terras tradicionais e daqueles recursos naturais necessários para sua sobrevivência”.¹⁵¹

Finalmente, o terceiro requisito refere-se ao dever do Estado de realizar estudos de impacto ambiental e social. No caso do povo Saramaka as concessões madeireiras não haviam sido precedidas de tais estudos, o que desencadeou importantes danos ao ambiente e um “impacto negativo sobre as terras e os recursos naturais que os membros do povo Saramaka utilizavam tradicionalmente”.¹⁵² A partir disso, podemos concluir que os Estados devem levar a cabo ou supervisionar estudos ambientais e sociais prévios, a fim de assegurar que as concessões ou qualquer projeto de desenvolvimento afetem na menor medida do possível os direitos dos membros do povo indígena ou tribal em questão. Em *Triunfo de la Cruz*, a Corte IDH voltou a insistir na importância da realização de estudos de impacto ambiental e social.¹⁵³

149 Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 151.

150 *Ibidem*, § 129.

151 *Ibidem*, § 139.

152 *Ibidem*, § 154.

153 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, § 177 e ss.

2.11. Consulta prévia, acessível, livre e informada

Segundo a Corte IDH, o direito dos povos indígenas a serem consultados tem relação direta com a obrigação geral de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na CADH (artigo 1.1). Isso implica no dever de organizar adequadamente todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de tal forma que a consulta a comunidades indígenas ou tribais possa ser levada a cabo efetivamente, em conformidade com os padrões internacionais na matéria. Desse modo, “os Estados devem incorporar essas normas aos processos de consulta prévia, de maneira a gerar canais de diálogos sustentados, efetivos e confiáveis com os povos indígenas nos procedimentos de consulta e participação por meio de suas instituições representativas”.¹⁵⁴

A critério da Corte IDH, o direito à consulta é um “princípio geral do Direito Internacional”¹⁵⁵ que está cimentado, entre outros, na estreita relação destas comunidades com seu território e no respeito de seus direitos à propriedade coletiva e à identidade cultural. Esses direitos devem ser garantidos, particularmente, em uma sociedade pluralista, multicultural e democrática.¹⁵⁶

2.11.1. O direito à consulta e sua vinculação com outros Direitos Humanos

O direito à consulta se vincula particularmente com o direito à participação política consagrado no artigo 23 da CADH. Esse artigo reconhece o direito de todos os cidadãos a “participar na direção dos assuntos públicos, diretamente por meio de representantes livremente eleitos”. No contexto dos povos indígenas, o direito à participação política inclui o direito a “participar, em condições de igualdade, na tomada de decisões sobre assuntos e políticas que incidem ou podem incidir em seus direitos [...] desde suas próprias instituições e de acordo com seus valores, usos, costumes e formas de organização”.¹⁵⁷

O direito à consulta também está relacionado com o direito à identidade cultural na medida em que a cultura pode resultar afetada pelas decisões que sejam tomadas sem a participação dos indígenas.¹⁵⁸

Finalmente, a consulta é parte integrante do direito à autodeterminação dos povos indígenas e tribais,¹⁵⁹ direito que foi reconhecido pela Corte IDH no caso *Povo Saramaka vs. Suriname*.¹⁶⁰ A livre determinação dos povos indígenas responde, segundo o Relator Especial da ONU, “às aspirações dos povos indígenas de todo o mundo de determinar seu próprio destino em condições de igualdade e de participar efetivamente nos processos de adoção de decisões que os afetem [, que] tem por objeto pôr fim ao modelo histórico de exclusão”.¹⁶¹

154 Corte IDH. *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MRC. 2012, § 166. Corte IDH. *Caso Comunidade Garifuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, § 159.

155 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MRC. 2012, § 164.

156 *Ibidem*, § 217.

157 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPMRC. 2005, § 225.

158 CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de dezembro de 2009, § 1050.

159 O Relator Especial destacou que o direito à consulta “é o corolário de um grande número de Direitos Humanos aceitos universalmente, entre eles, o direito à integridade cultural, o direito à igualdade e o direito à propriedade [...]. De maneira mais fundamental, esse dever deriva do direito primordial dos povos indígenas à livre determinação, e dos princípios conexos de democracia e soberania popular. [...] Em consonância com esses princípios, o dever dos Estados de celebrar consultas com os povos indígenas nos processos de decisão que os afetam tem por objeto pôr fim ao modelo histórico de exclusão do processo de adoção de decisões com o objeto de que no futuro as decisões importantes não se imponham aos povos indígenas e que esses podem prosperar como comunidades distintas nas terras em que, por sua cultura, estão arraigados”. ONU. Conselho DHONU, *Relatório do Relator Especial sobre a situação dos Direitos Humanos e as liberdades fundamentais dos povos indígenas*, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julho de 2009, § 41.

160 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 80.

161 ONU. Conselho DHONU, *Relatório do Relator Especial sobre a situação dos Direitos Humanos e as liberdades fundamentais dos povos indígenas*, James Anaya. Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, § 79.

2.11.2. Sobre o que se deve consultar?

A Convenção 169 da OIT dispõe em seu artigo 6.1(a) que os Estados deverão “consultar os povos interessados [...] cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente”. A Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas destaca em seu artigo 19 que “[o]s Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados [...] antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem”.

A partir da normativa transcrita se depreende claramente que a consulta se refere a todas as medidas que se planejam adotar, seja por via legislativa ou administrativa, que afetem de maneira direta aos indígenas. A consulta, então, não se limita unicamente a assuntos que afetem as terras ancestrais ou os recursos naturais dos povos indígenas.¹⁶² Por exemplo, o estabelecimento de zonas protegidas ou reservas naturais.¹⁶³

2.11.3. Quem deve participar da consulta?

Segundo a CIDH, a participação nos processos de consulta corresponde aos membros individuais dos povos indígenas e tribais, e aos povos como um todo.¹⁶⁴ Ademais, a CIDH destacou que todos os membros desses povos devem ser “plena e precisamente informados da natureza e das consequências do processo” e devem contar com uma “oportunidade efetiva de participar individual ou coletivamente”.¹⁶⁵ No caso de que alguns membros desses povos não desempenharem um papel efetivo na seleção, autorização ou instrução daqueles que agem em nome de seu povo frente às autoridades, segundo a CIDH, se desconhece o requisito da participação plena.¹⁶⁶ Do mesmo modo, conforme indica a CIDH, não se poderia falar em plena participação se a consulta se realiza:

[...] somente a um grupo, clã ou segmento do povo correspondente, sem mandato evidente dos demais grupos, clãs ou segmentos do mesmo; ou quando não se desenvolvem consultas apropriadas entre os membros de todo o povo no momento de adotar decisões substanciais sobre tais direitos ou interesses, em particular quando essas decisões implicam na extinção dos direitos sobre os territórios ancestrais.¹⁶⁷

A Corte IDH adotou uma posição menos definida. Em *Povo Saramaka vs. Suriname*, a Corte IDH omitiu na sentença de mérito qualquer consideração específica em relação a quem deveria ser consultado. Isso motivou o Estado a solicitar ao Tribunal que esclarecesse com quem deveria consultar para estabelecer o mecanismo através do qual garantiria a participação efetiva do povo Saramaka. O Estado perguntou se estava obrigado a consultar “com a coletividade dos capitães Saramaka ou com os capitães individuais de cada território, ou com o Chefe Máximo (*Gaa'man*), ou com outras entidades subsidiárias dentro da cultura, costumes e tradições do povo Saramaka”.¹⁶⁸ Em sua sentença de interpretação, a Corte IDH reconheceu que deliberadamente omitiu-se de indicar quem deveriam ser os consultados, posto que essa decisão recaiu sobre o povo Saramaka e não sobre o Estado. Assim, reiterou que a consulta devia ser realizada em conformidade com os costumes e tradições do povo em questão, sendo o povo quem deve estabelecer seus representantes em cada processo de consulta.¹⁶⁹

162 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MRC. 2012, § 166.

163 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, § 170 e 171.

164 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 dezembro 2009, § 186.

165 *Idem*.

166 Comissão IDH. Relatório n.º 75/02, *Caso Mary e Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, 27 de dezembro de 2002, § 140.

167 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de dezembro de 2009, § 186. CIDH. Relatório n.º 75/02, *Caso Mary e Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, 27 de dezembro de 2002, § 140.

168 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Interpretação da Sentença de EPMRC. 2008, § 11.

169 *Ibidem*, § 18.

O que ainda está por ser definido nesse ponto é até onde chega a discricionariedade do povo indígena ou tribal na designação de seus representantes ou nos processos internos de tomada de decisão. Por exemplo, poderia arguir-se que um processo deliberativo no interior de uma comunidade é válido apesar de que, conforme a cultura dessa comunidade, setores populacionais como mulheres ou homossexuais não tiveram voz? Deveria o Estado incidir para que os setores excluídos sejam tomados em conta pelo resto da comunidade? Essas e outras perguntas são temas pendentes no SIDH, mas se poderia pensar que os critérios expostos pela CIDH acima apontariam que se algum segmento da população não participou nos processos de consulta, não se poderia falar de “plena participação”.¹⁷⁰

Outra questão a se ter em consideração é a natureza da medida proposta e o alcance do seu impacto. Assim, por exemplo, em casos de reformas legislativas que interessam aos povos indígenas, o direito à consulta exige “mecanismos consultivos e representativos apropriados que estejam de alguma maneira abertos a todos os povos indígenas e ao seu alcance”.¹⁷¹ Por outro lado, medidas que afetem a um determinado povo ou comunidade, como afetações a seu território tradicional, requerem que se consulte unicamente ao povo afetado.

Finalmente, o Estado deve assegurar que os direitos dos povos indígenas e tribais não sejam obviados em qualquer outra atividade ou acordo que faça com terceiros, ou no marco de decisões do poder público que afetariam seus direitos e interesses.¹⁷²

2.11.4. Não causar prejuízo a outros povos indígenas

Quando os Estados realizarem processos de consulta aos povos indígenas ou tribais sobre as terras tradicionais, devem ter o cuidado de não causar prejuízo a outras comunidades indígenas.¹⁷³

A ausência prolongada de títulos efetivos de propriedade indígena conduziu em muitos países a um alto nível de insegurança jurídica em torno dos direitos ostentados pelas comunidades indígenas sobre suas terras e territórios tradicionais, o que, eventualmente, traduziu-se em conflitos de propriedade entre as próprias comunidades indígenas. Nesse contexto, a Corte IDH levou em consideração as reivindicações legítimas que comunidades indígenas vizinhas possam ostentar sobre as mesmas áreas geográficas, e estipulou que nos processos de demarcação os limites exatos dos territórios indígenas “somente podem ser determinados mediante prévia consulta com tais comunidades vizinhas”, com sua participação e consentimento informado.¹⁷⁴

2.11.5. Participação em todas as instâncias

Através dos processos de consulta prévia, deve-se garantir a participação dos povos indígenas “em todas as fases de planejamento e implementação de um projeto ou medida que possa afetar o território de uma comunidade indígena ou tribal, ou outros direitos essenciais para sua sobrevivência como povo”. O anterior deve realizar-se “desde as primeiras etapas da elaboração ou planejamento do projeto ou da medida proposta, a fim de que os povos indígenas possam verdadeiramente participar e influir no processo de adoção de decisões, em conformidade com os padrões internacionais pertinentes”.¹⁷⁵

170 A CIDH também indicou que a consulta não pode ser interpretada de forma tal que se limitem Direitos Humanos ou o exercício de formas pacíficas de protesto social (CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/ Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de dezembro de 2009, § 321).

171 ONU. Conselho DHONU, *Relatório do Relator Especial sobre a situação dos Direitos Humanos e as liberdades fundamentais indígenas*, James Anaya. Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, § 82.

172 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, § 160.

173 CIDH. *Comunidades Indígenas Maias do Distrito de Toledo vs. Belize*, § 193 e 197, recomendação 1.

174 Corte IDH, *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EMRC. 2005, § 133 e 210.

175 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, § 160.

A consulta não é um ato singular, mas um processo de diálogo e negociação. O procedimento de consulta não pode se esgotar no cumprimento de uma série de requisitos meramente formais,¹⁷⁶ ou limitar-se unicamente a uma notificação ou a um trâmite de quantificação de danos.¹⁷⁷

2.11.6. Quem deve realizar a consulta?

A realização dos processos de consulta é uma responsabilidade do Estado e não de terceiros particulares, como poderiam ser as empresas que buscam explorar os recursos naturais em territórios indígenas. A CIDH denunciou que em vários países da região a responsabilidade do Estado foi privatizada ao transferir a responsabilidade estatal de desenvolver a consulta prévia a empresas privadas. O resultado foi que, com frequência, os processos de negociação não levaram em consideração os direitos dos povos indígenas, “porque os atores corporativos são, por definição, entidades não imparciais que buscam gerar lucros”.¹⁷⁸ Por isso, a CIDH ressaltou que “[a] consulta com os povos indígenas é um dever dos Estados, que deve ser cumprido pelas autoridades públicas competentes”.¹⁷⁹

A Corte IDH reafirmou essa obrigação estatal nos seguintes termos:

é responsabilidade do Estado, razão pela qual o planejamento e realização do processo de consulta não é um dever que se possa evitar, delegando-o a uma empresa privada ou a terceiros, muito menos à mesma empresa interessada na extração dos recursos no território da comunidade objeto da consulta.¹⁸⁰

2.11.7. A consulta deve ser prévia

A consulta com os povos indígenas ou tribais deve realizar-se com suficiente antecedência em relação à adoção da medida legislativa ou administrativa que possa afetar seus interesses. No caso de planos ou projetos de investimento ou desenvolvimento, ou no caso de concessões, a consulta deve se dar durante as primeiras etapas dessas medidas e “não unicamente quando surja a necessidade de obter a aprovação da comunidade [...]. O aviso com antecedência proporciona um tempo para a discussão interna dentro das comunidades e para oferecer uma adequada resposta ao Estado”.¹⁸¹ A CIDH também destacou que os procedimentos de consulta devem desenvolver-se “antes de planejar e executar projetos de exploração de recursos naturais nas terras e territórios ancestrais dos povos indígenas”.¹⁸²

2.11.8. A consulta deve ser culturalmente adequada

Para a Corte IDH, a consulta deve realizar-se através de procedimentos culturalmente adequados”, “em conformidade com suas próprias tradições”, e tendo-se em consideração “os métodos tradicionais do povo [correspondente] para a tomada de decisões”,¹⁸³ e em particular através de suas instituições representativas. Para isso, os Estados devem tomar as medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e fazer-se compreender, facilitando-lhes, caso seja necessário, intérpretes ou outros meios eficazes.¹⁸⁴ A adequação da consulta é medida em relação às circunstâncias nacionais e dos povos indígenas, assim como a natureza das medidas consultadas.¹⁸⁵

176 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de dezembro de 2009, § 317.

177 CIDH. *Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junho de 2007, § 248.

178 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de dezembro de 2009, § 291.

179 *Ibidem*, § 291.

180 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. MRC. 2012, § 187.

181 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Interpretação da Sentença de EPMRC. 2008, § 133.

182 CIDH. *Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. *Op. cit.*, § 249.

183 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Interpretação da Sentença de EPMRC. 2008, § 133.

184 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. MRC. 2012, § 201.

185 *Ibidem*, § 202.

2.11.9. A consulta deve ser informada

Para a Corte IDH, a consulta deve ser informada, no sentido de que os povos indígenas tenham conhecimento dos possíveis riscos, incluídos os riscos ambientais e de salubridade, a fim de que aceitem o plano de desenvolvimento ou planejamento proposto com conhecimento e de forma voluntária. Nesse sentido, a consulta prévia requer que o Estado aceite e forneça informação, e implica uma comunicação constante entre as partes.¹⁸⁶

Segundo a CIDH:

[o]s processos de outorga de concessões extrativistas ou de implementação de planos ou projetos de desenvolvimento ou planejamento exigem o fornecimento pleno de informação precisa sobre a natureza e as consequências do projeto para as comunidades consultadas, antes e durante a consulta.¹⁸⁷

Se for o caso, deverá também oferecer aos indígenas assistência técnica independente, com o objetivo de que “tenham a capacidade de adotar decisões plenamente informadas”.¹⁸⁸ Por último, o Estado deveria informar sobre os benefícios que serão recebidos pelos afetados, e as possíveis indenizações pelos danos causados.¹⁸⁹

2.11.10. A consulta deve ser de boa-fé e com o fim de chegar a um consenso

Segundo a Corte IDH, “as consultas devem realizar-se de boa-fé”, e “devem ter como fim chegar a um acordo”.¹⁹⁰ A consulta não deve ser reduzida a um mero trâmite formal, mas deve ser concebida como “um verdadeiro instrumento de participação”, que deve responder “ao objetivo último de estabelecer um diálogo entre as partes baseado em princípios de confiança e respeito mútuos, e com o objetivo de alcançar um consenso entre as mesmas”.¹⁹¹

É necessário, então, que se estabeleça “um clima de confiança mútua”, o que exige “a ausência de qualquer tipo de coerção por parte do Estado, ou de agentes, ou terceiros que atuem com sua autorização ou aquiescência”. Adicionalmente, a boa-fé é incompatível:

[...] com práticas como as intenções de desintegração da coesão social das comunidades afetadas, seja mediante a corrupção dos líderes comunais ou do estabelecimento de lideranças paralelas, seja por meio de negociações com membros individuais das comunidades, contrárias às normas internacionais.¹⁹²

A CIDH explicou que a boa-fé também é um princípio que deve ser seguido pelos indígenas, “[c]omo partes em processos de negociação e diálogo de boa-fé no marco do dever estatal de consultar, os povos indígenas têm a responsabilidade primária de participar ativamente em tais processos”.¹⁹³ No caso do povo Saramaka, a Corte IDH acrescentou duas obrigações que recaem sobre os povos indígenas e tribais nos processos de consulta: 1. o povo indígena deve informar ao Estado sobre qual ou quais são os seus representantes em cada um dos processos de consulta, e 2. uma vez realizada a consulta, o povo deve dar a conhecer ao Estado as decisões tomadas a respeito, “assim como seus fundamentos”.¹⁹⁴ Essa

186 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Interpretação da Sentença de EPMRC. 2008, § 133; Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MRC. 2012, § 208.

187 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de dezembro de 2009, § 308.

188 *Ibidem*, § 312.

189 *Ibidem*, § 313.

190 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Interpretação da Sentença de EPMRC. 2008, § 133.

191 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MRC. 2012, § 186.

192 *Idem*.

193 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56,30 de dezembro de 2009, § 321.

194 *Ibidem*, § 19.

última obrigação significaria que os povos indígenas não poderiam negar-se sem justificativa a qualquer projeto impulsionado pelo Estado. Deverão explicar as razões de sua negativa.

Finalmente, ambas as partes, Estado e indígenas, devem velar pelo estabelecimento de um clima de confiança e respeito mútuo.¹⁹⁵ As partes devem mostrar “flexibilidade para acomodar os distintos direitos e interesses em jogo”.¹⁹⁶ Posições fechadas ou intransigentes de qualquer das partes vão de encontro ao princípio de boa-fé que deve reger a consulta. Para os Estados, a flexibilidade radica, *inter alia*, em “ajustar ou inclusive cancelar o plano ou projeto com base nos resultados da consulta com os povos indígenas”.¹⁹⁷ Em outras palavras, os povos consultados devem ter a capacidade de modificar o plano inicial, o que requer que as autoridades estatais prestem a devida consideração aos resultados da consulta.¹⁹⁸

2.11.11. O dever de adotar decisões motivadas

A Corte IDH destacou que “as decisões adotadas pelos órgãos internos que podem afetar os Direitos Humanos, devem estar devidamente fundamentadas, pois, ao contrário seriam decisões arbitrárias”.¹⁹⁹ Dessa forma, a Corte IDH sublinhou que a fundamentação das decisões estatais é uma garantia que “confere credibilidade às decisões jurídicas em uma sociedade democrática”, proporciona a possibilidade de criticar a decisão e um novo exame da questão perante as instâncias superiores” e, consequentemente, é “uma das ‘devidas garantias’ incluídas no artigo 8.1 da CADH para salvaguardar o direito a um devido processo”.²⁰⁰

No caso da consulta livre, prévia e informada, o dever de motivação estatal se traduz na justificação das razões que levaram o Estado a não incorporar –total ou parcialmente– os resultados da consulta no desenho e na implementação do plano ou projeto consultado. Os motivos arguidos pelo Estado para a não incorporação dos resultados da consulta devem ser “objetivos, razoáveis e proporcionais a um interesse legítimo em uma sociedade democrática”.²⁰¹ A decisão estatal deve ser formalmente comunicada ao respectivo povo indígena ou tribal e, ademais, a decisão deve estar sujeita à revisão “por parte das instâncias administrativas e judiciais e de nível superior através de procedimentos adequados e efetivos, que avaliem a validade e a pertinência de tais razões, assim como o equilíbrio entre os direitos e interesses em jogo”.²⁰²

2.11.12. Direito ao veto?

No caso *Saramaka*, a Corte IDH indicou que em certas ocasiões o Estado não só deve consultar os povos indígenas ou tribais, mas também obter seu consentimento.²⁰³ Para a Corte IDH “consulta” e “consentimento” não são a mesma coisa.²⁰⁴ O consentimento seria algo adicional à consulta, que se aplicaria em casos de “grandes projetos de desenvolvimento ou investimento que possam ter um impacto profundo nos direitos de propriedade dos membros do povo Saramaka em grande parte de seu território”, onde o Estado não somente estaria obrigado a consultar, mas “adicionalmente [...], obter o consentimento”.²⁰⁵

195 *Ibidem*, § 320.

196 *Ibidem*, § 324

197 *Idem*.

198 *Ibidem*, § 325.

199 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primeira do Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPMRC. 2008, § 78.

200 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPMRC. 2009, § 152-153.

201 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de dezembro de 2009, § 327.

202 *Ibidem*, § 328.

203 A Corte IDH indicou: “quando se trate de projetos de desenvolvimento ou de investimento de grande escala que teriam um impacto maior dentro do território Saramaka, o Estado tem a obrigação não apenas de consultar os Saramaka, mas também deve obter seu consentimento livre, prévio e informado, segundo seus costumes e tradições”.

204 Corte IDH. *Caso Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 134.

205 *Ibidem*, § 137. (grifo nosso)

A consequência dessa posição –que a Corte IDH não reconhece diretamente em sua sentença– seria que, se o povo consultado recusa o plano ou projeto, o que é a mesma coisa, o Estado não obtém seu consentimento, e portanto o plano ou projeto não deveria ser levado a cabo. Estaria então a Corte IDH reconhecendo um direito ao veto?

Para responder a essa pergunta, é necessário estudar as fontes que a Corte IDH utilizou para diferenciar a consulta do consentimento. A primeira fonte foi um relatório do Relator Especial, quem, segundo a Corte IDH, havia destacado que “[é] essencial o consentimento livre, prévio e informado para a proteção dos Direitos Humanos dos povos indígenas em relação com grandes projetos de desenvolvimento”.²⁰⁶ A Corte IDH também citou o Comitê das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação Racial (CEDR), o qual, segundo a Corte IDH, indicou o seguinte:

“[q]uanto à exploração dos recursos que jazem no subsolo em terras tradicionais de comunidades indígenas, o Comitê observa que a mera consulta com estas comunidades não é suficiente para cumprir os requisitos estabelecidos pelo Comitê em sua recomendação geral XXIII sobre os direitos dos povos indígenas. O Comitê, portanto, recomenda que se obtenha o consentimento prévio e informado destas comunidades”.²⁰⁷

Nas fontes citadas pela Corte IDH para justificar a distinção que faz entre consulta e consentimento, existem seções que não foram mencionadas e que aparentemente mudam o sentido do que foi considerado. Em primeiro lugar, embora o Relator Especial mencione no parágrafo que a Corte IDH cita que o consentimento é essencial em relação a grandes projetos de desenvolvimento, no mesmo parágrafo o referido relator indica as consequências do consentimento, que não implicam o direito de veto. O relator especial indicou textualmente o seguinte:

Em relação aos grandes projetos de desenvolvimento, o consentimento livre, prévio e informado é essencial para os Direitos Humanos dos povos indígenas e isso deve implicar a garantia de uma distribuição dos benefícios mutuamente aceitável e o estabelecimento de mecanismos independentes e mutuamente aceitáveis para a solução das controvérsias entre os povos indígenas e o setor privado.²⁰⁸

Se for comparada a citação que aparece no parágrafo anterior, que corresponde ao texto oficial (em espanhol) do relatório do Relator Especial, com a citação que a Corte IDH incluiu em sua sentença de *Saramaka*, salta aos olhos que ainda que se extraia a mesma ideia, as citações não são iguais. Talvez essa incompatibilidade se deva ao fato de que a sentença em *Povo Saramaka* foi elaborada em inglês e traduzida para o espanhol, pois o inglês era o idioma do caso. Em segundo lugar, e mais importante ainda, é a parte da citação que não aparece no texto da sentença da Corte IDH. Para o Relator Especial, o consentimento não implica um direito ao veto, mas uma distribuição aceitável dos benefícios do plano ou projeto e a implementação de mecanismos independentes para a solução de controvérsias.

Algo similar ocorre com o parágrafo do CEDR. A versão oficial em espanhol expressa:

Quanto à exploração dos recursos do subsolo dos territórios tradicionais das comunidades indígenas, o Comitê observa que com a mera consulta a essas comunidades antes de iniciar a exploração dos recursos não se cumprem as condições específicas na Recomendação Geral n.º XXIII do Comitê, relativa aos direitos das populações indígenas. O Comitê recomenda, pois, que se recolha previamente o consentimento dessas comunidades com conhecimento de causa e que se garanta a divisão equitativa dos benefícios que se obtenham com essa exploração. Em seu próximo relatório periódico, o Estado parte deve prover informação detalhada sobre a titularidade das terras das comunidades indígenas, bem como sobre os recursos de que dispõem

206 *Ibidem*, § 135.

207 *Ibidem*, § 136 e nota de rodapé número 133.

208 ONU. Comissão DHONU, *Relatório do Relator Especial sobre a situação dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas*, Rodolfo Stavenhagen. Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de janeiro de 2003, § 66.

os indígenas para reclamar uma indenização em caso de empobrecimento do meio ambiente de suas terras tradicionais.²⁰⁹

Novamente, a versão citada pela Corte IDH sofre de duas falências. Não se utiliza o texto oficial em espanhol, por um lado, e se omite informação relevante, por outro. O parágrafo do CEDR não distingue, como a Corte IDH o faz, entre planos de investimento em grande escala que requereriam do consentimento, e planos de investimento em pequena escala que somente requereriam consulta. Para o CEDR, a “mera consulta” é inaceitável, e o que se proíbe é a realização de consultas meramente formais ou realizadas sem boa-fé, o que não necessariamente deve ser interpretado como que os indígenas possuem o direito ao veto. Adicionalmente, o CEDR afirma que a consulta deve ser informada (“com conhecimento de causa”) e da necessidade de “divisão equitativa” dos recursos, mas não de veto. Por último, em sua Recomendação Geral n.º XXIII, que o CEDR mencionou no parágrafo que estamos comentando, não existe nenhuma alusão ao suposto direito ao veto dos povos indígenas.

O Relator Especial, após o caso *Saramaka*, esclareceu a dúvida sobre se na verdade os povos indígenas e tribais têm um direito ao veto. O Relator sustentou que apesar da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Convenção n.º 169 da OIT sustentarem que as consultas com os povos indígenas deverão ser celebradas de boa-fé, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado, não se deve considerar que tais instrumentos internacionais conferem aos indígenas um poder de veto em termos gerais.²¹⁰

Não obstante, o mesmo Relator indicou que a importância de alcançar o consentimento varia segundo as circunstâncias e os interesses em jogo. Se uma medida tem efeito “direto e considerável sobre a vida ou os territórios dos povos indígenas”, existirá “uma presunção sólida de que a medida proposta não deverá ser adotada sem o consentimento dos povos indígenas”. Essa presunção poderia, em determinados contextos, passar a “converter-se em uma proibição da medida ou do projeto se não existe o consentimento dos indígenas”.²¹¹

Para o Relator, a Declaração da ONU consagra duas situações “em que o Estado tem a obrigação de obter o consentimento dos povos indígenas interessados, fora da obrigação geral de que as consultas tenham por finalidade buscar o consentimento”. Essas situações são as consagradas nos artigos 10 e 29.2 da Declaração. O artigo 10 destaca:

Os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso.

Enquanto o artigo 29.2 dispõe:

Os Estados adotarão medidas eficazes para garantir que não se armazenem, nem se eliminem materiais perigosos nas terras ou territórios dos povos indígenas, sem seu consentimento livre, prévio e informado.

Ainda assim, apesar da importância da Declaração, essa não é um tratado vinculante para os Estados, como o é a Convenção n.º 169 da OIT, a qual, em seu artigo 16.2, dispõe:

209 ONU. Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, *Considerações dos Relatórios apresentados pelos Estados Partes conforme o artigo 9 da Convenção*, Observações Finais a respeito do Equador. Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junho de 2003, § 16. (grifo nosso)

210 ONU. Conselho DHONU, *Relatório do Relator Especial sobre a situação dos Direitos Humanos e as liberdades fundamentais dos povos indígenas*, James Anaya. Doc.A/HRC/12/34.15 de julho de 2009, § 46.

211 *Ibidem*, § 47. Nesse sentido, ver ONU. Comissão DHONU. *Relatório do Relator Especial sobre a situação dos Direitos Humanos e as liberdades fundamentais dos povos indígenas*, James Anaya. Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, § 83.

Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. *Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.* (grifo nosso)

Como se pode observar, a Convenção n.º 169, diferentemente da Declaração da ONU, prevê a possibilidade de que o consentimento não possa ser obtido, o que permite concluir que a única norma vinculante na matéria não reconhece um direito ao veto. Ademais, o Relator Especial reconheceu que a obtenção do consentimento dos indígenas é uma exigência que não lhes confere um poder de veto “mas que estabelece a necessidade de elaborar procedimentos de consulta com o fim de fazer todo o possível para alcançar o consenso de todas as partes interessadas”.²¹² Lamentou que se tenha elevado o debate atual sobre se os povos indígenas têm ou não um direito ao veto que podem esgrimir para deter os projetos de desenvolvimento, pois considerou que tal debate “não se ajusta ao espírito nem ao caráter dos princípios de consulta e consentimento conforme foram desenvolvidos nas normas internacionais de Direitos Humanos e incorporados na Declaração”.²¹³

Em suma, para o Relator Especial, o consentimento é a finalidade que todo o processo de consulta deve buscar de boa-fé, seja para projetos de investimento em grande escala como para projetos de média ou pequena escala ou outro tipo de questões que possam afetar os interesses dos povos indígenas e tribais. O dever de consultar “surgiu para pôr fim a modelos históricos de decisões que se impuseram aos povos indígenas e a condições de vida que ameaçaram sua sobrevivência”,²¹⁴ mas não pode ser utilizado como uma ferramenta que permita aos povos indígenas “impor unilateralmente sua vontade aos Estados que atuam legitimamente e de boa-fé no interesse do público”.²¹⁵

Isso não obsta que em determinadas circunstâncias as afetações e danos que poderiam ocorrer na vida ou no território dos povos indígenas sejam em qualquer hipótese desmedidas. Nesses casos, a negativa dos indígenas deveria ser considerada como uma proibição da medida, porque os sacrifícios que se pediriam a eles não seriam proporcionais em uma sociedade democrática.

A Corte IDH indicou em *Gelman vs. Uruguai* que “em casos de graves violações às normas do Direito Internacionais dos Direitos Humanos, a proteção dos Direitos Humanos constitui um limite intransponível à regra de maiorias”.²¹⁶ Fazendo uma analogia ao tema que estamos tratando, poderia dizer-se que em casos de severas afetações aos direitos dos povos indígenas e tribais, a medida ou o projeto proposto pelo Estado, ainda quando busque o bem comum, não poderia ser levado a cabo, pois a maioria não poderia se beneficiar legitimamente de um sacrifício desproporcional de uma minoria. O teste a ser utilizado, por fim, não é diferenciar entre consulta e consentimento, mas estabelecer a estrita proporcionalidade da restrição. Seja qual for a medida a ser implementada (projetos de investimento em grande ou pequena escala, concessões, incursões em territórios indígenas, apropriação de conhecimentos tradicionais, etc.), se os indígenas não concederem seu consentimento, as autoridades públicas devem realizar um exercício de ponderação no qual não se exija dos povos indígenas sacrifícios desproporcionais que tenham um impacto direto em sua vida e em seus territórios. Em caso de concluir-se que a afetação aos indígenas não é proporcional em uma sociedade democrática, a medida impulsionada pelo Estado não deveria ser levada a cabo. Essa avaliação deve ser realizada, como se disse anteriormente, pela autoridade pública a cargo de impulsionar a medida em questão, mas também

212 *Ibidem*, § 48.

213 *Idem*.

214 *Ibidem*, § 49.

215 *Idem*.

216 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. MRC. 2011, § 239.

deve ser concedida aos afetados a possibilidade de questionar judicialmente as decisões da autoridade administrativa.

Finalmente, deve-se ressaltar que em nenhuma das sentenças da Corte IDH que sucederam o caso Saramaka voltou-se a fazer referência a “consentimento”. A Corte IDH somente falou de “consulta”. Essa é uma indicação de que “o direito ao veto” não foi reconhecido na jurisprudência constante da Corte IDH.

2.12. Direitos das crianças (artigo 19 da CADH)

No caso *Xákmok Kásek*, a Corte IDH comprovou as condições de miséria nas quais se encontravam os membros da comunidade como consequência da não restituição de suas terras tradicionais. As condições de extrema vulnerabilidade afetaram de forma particular as crianças, pois seu desenvolvimento viu-se comprometido, e os índices de atrofia em seu crescimento, assim como os de desnutrição, havia aumentado. Igualmente, 11 dos 3 membros da comunidade, cuja morte foi imputada ao Estado, eram crianças.²¹⁷

A Corte IDH recordou que as crianças possuíam os direitos que correspondem a todos os seres humanos, e tinham, ademais, direitos especiais derivados de sua condição, aos quais correspondiam deveres específicos da família, da sociedade e do Estado.²¹⁸ A prevalência do interesse superior da criança devia ser entendida “como a necessidade de satisfação de todos os direitos das crianças, o que obriga o Estado e irradia efeitos na interpretação de todos os demais direitos da Convenção quando o caso se refira a menores de idade”. Assim, o Estado devia “prestar especial atenção às necessidades e aos direitos das crianças, em consideração à sua condição particular de vulnerabilidade”.²¹⁹

A Corte IDH estabeleceu que a educação e o cuidado da saúde das crianças supunham “diversas medidas de proteção” e constituíam “os pilares fundamentais para garantir o desfrute de uma vida digna por parte das crianças”.²²⁰

No tocante à identidade cultural das crianças de comunidades indígenas, a Corte IDH advertiu a obrigação estatal de promover e proteger o direito das crianças indígenas a viver de acordo com sua própria cultura, religião e idioma. Dessa forma a Corte IDH considerou que dentro da obrigação geral dos Estados de promover e proteger a diversidade cultural estava incluída “a obrigação especial de garantir o direito à vida cultural das crianças indígenas”.²²¹ Finalmente, indicou que a perda de práticas tradicionais e os prejuízos derivados da falta de território, afetam de forma particular:

[...] o desenvolvimento e a identidade cultural dos meninos e das meninas da Comunidade, que não poderão sequer desenvolver essa especial relação com seu território tradicional e essa particular forma de vida própria de sua cultura se não forem implementadas as medidas necessárias para garantir o desfrute destes direitos.²²²

No caso *Chitay Nech e outros*, a família se viu desintegrada como consequência do desaparecimento forçado do pai e o deslocamento do restante do grupo familiar ocorreu em função de ameaças que receberam. A desintegração familiar repercutiu de maneira notável na condição dos menores. A Corte IDH destacou que o desenvolvimento da criança “é um conceito holístico que inclui o desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral, psicológico e social”. Para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade, “as crianças indígenas, de acordo com sua cosmovisão, preferivelmente requerem-se formar e crescer dentro de seu ambiente natural e cultural, já que possuem uma identidade distintiva que

217 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 259-260.

218 *Ibidem*, § 257. No mesmo sentido, ver Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. *Condição jurídica e Direitos Humanos da criança*. 2002, § 54.

219 *Idem*.

220 *Ibidem*, § 258.

221 *Ibidem*, § 261-262.

222 *Ibidem*, § 263.

os vincula com sua terra, cultura, religião, e idioma”.²²³ Em razão de que as crianças Chitay viram-se privadas de sua vida cultural, a Corte IDH considerou que o Estado era responsável pela violação do artigo 19 da CADH.

No caso *Rosendo Cantú e outra*, relativo ao estupro de uma criança, a Corte IDH destacou que, em conformidade com suas obrigações convencionais, o Estado deveria ter adotado medidas especiais a seu favor, não somente durante a denúncia penal:

[...], mas durante o tempo em que, sendo criança, esteve vinculada às investigações do ministério público com motivo do delito que havia denunciado, especialmente por tratar-se de uma pessoa indígena, pois as crianças indígenas cujas comunidades são afetadas pela pobreza encontram-se em uma especial situação de vulnerabilidade.²²⁴

No caso *Rio Negro*, crianças indefesas foram executadas extrajudicialmente por patrulheiros e membros do exército da Guatemala. Várias crianças, a grande maioria menores de 10 anos de idade, perderam a vida durante os diferentes massacres de que foi vítima a comunidade maia de Rio Negro. Igualmente, várias crianças que sobreviveram aos massacres foram trasladadas forçosamente e obrigadas a conviver com seus ofensores, em condições de servidão, separando-os de suas famílias sobreviventes e dos valores étnicos e culturais de sua comunidade.²²⁵

No caso *Chichupac*, a Corte IDH destacou o impacto diferenciado que os atos de violência e de deslocamento tiveram nas mulheres da comunidade, e nos nas crianças. As mulheres tiveram de assumir a responsabilidade por suas famílias junto a seus filhos e enfrentar a dor da violência a que sobreviveram, o que as colocou em uma especial situação de risco de sofrer outras formas de violência.²²⁶ Quanto ao impacto nas crianças, a Corte IDH ressaltou as circunstâncias dos primeiros anos de vida das crianças nascidas de atos de estupro de suas mães durante o conflito armado interno, e que, por sua vez, foram vítimas da violência da época, e que foram especialmente vulneráveis devido à possibilidade de enfrentar a estigmatização, discriminação, abandono, infanticídio ou outras formas de violência.²²⁷

2.13. Direitos políticos (artigo 23 da CADH)

A organização indígena Yapti Tasba Nanih Aslatakanka (Yatama), que significa a “organização dos filhos da mãe terra”, era uma organização indígena que representava a várias comunidades da Costa Atlântica da Nicarágua, primordialmente aos membros do povo indígena Miskitu.

Yatama participou em eleições regionais e municipais desde 1990 até 1998. No entanto, para as eleições do ano 2000, acabou sendo excluída de participar por uma reforma da Lei Eleitoral que somente permitia a participação de partidos políticos nas eleições.

A Corte IDH indicou que “não existe disposição na Convenção Americana que permita sustentar que os cidadãos somente podem exercer o direito a se candidatar a um cargo eletivo através de um partido político”. Sem desconhecer a importância que revisitem os partidos políticos como formas de associação essenciais para o desenvolvimento e fortalecimento da democracia, a Corte IDH reconheceu que:

[...] há outras formas através das quais se impulsionam candidaturas para cargos de eleição popular com vistas à realização de fins comuns, quando isso é pertinente e inclusive necessário

223 Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010, § 169.

224 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outras vs. México*. EPMRC. 2010, § 201.

225 Corte IDH. *Caso Massacres de Rio Negro Rosendo vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, § 142-144.

226 Corte IDH. *Caso Membros da Aldeia Chichupac e comunidades vizinhas do Município de Rabinal vs. Guatemala*. EPMRC. 2016, § 198.

227 *Ibidem*, § 202.

para favorecer ou assegurar a participação política de grupos específicos da sociedade, levando em conta suas tradições e ordenamentos especiais.²²⁸

A Corte IDH considerou que a participação nos assuntos públicos de organizações distintas aos partidos “[resultava] essencial para garantir a expressão política legítima e necessária quando se trate de grupos de cidadãos que de outra forma poderiam ficar excluídos dessa participação, e o que isso significa”.²²⁹ Declarou que:

[...] a restrição de participar através de um partido político impôs aos candidatos propostos pelo YATAMA uma forma de organização alheia a seus usos, costumes e tradições, como requisito para exercer o direito à participação política, em contravenção das normas internas [...] que obrigam o Estado a respeitar as formas de organização das comunidades da Costa Atlântica, e afetou de forma negativa a participação eleitoral desses candidatos nas eleições municipais de 2000.

O Estado não justificou que essa restrição atendesse a um propósito útil e oportuno que a tornara necessária para satisfazer um interesse público imperativo. Ao contrário, essa restrição implicava “um impedimento para o exercício pleno do direito a ser eleito pelos membros das comunidades indígenas e étnicas que integra[vam] Yatama”.²³⁰ A Corte IDH estimou que a limitação constituía uma “restrição indevida ao exercício de um direito político, que implica um limite desnecessário ao direito a ser eleito”.²³¹

Quanto à exigência da Lei Eleitoral de apresentar candidatos em ao menos 80% dos municípios da respectiva circunscrição e 80% do total de candidaturas, a Corte IDH considerou que constituía “restrição desproporcional que limitou indevidamente a participação política dos candidatos propostos pelo YATAMA para as eleições municipais de novembro de 2000”. Já que não se levou em conta “que a população indígena e étnica é minoritária na RAAS, nem que haveria municípios nos quais não contaria com apoio para apresentar candidatos ou não teria interesse em buscar este apoio.”²³²

Por tudo isso, a Corte IDH constatou que a Nicarágua não adotou as medidas necessárias para garantir o gozo do direito a ser eleito dos candidatos propostos por Yatama, já que se viram “impactados pela discriminação legal e de fato que impediu sua participação em condições de igualdade nas eleições municipais de novembro de 2000”.²³³

As violações aos direitos dos candidatos propostos por Yatama foram declaradas pela Corte IDH como “particularmente graves” porque também afetaram aos eleitores. A exclusão significou que os candidatos propostos por Yatama não figuraram entre as opções ao alcance dos eleitores, o que “representou um limite direto ao exercício do direito a votar e incidiu negativamente na mais ampla e livre expressão da vontade do eleitorado, o que representa uma consequência grave para a democracia”.²³⁴

Posteriormente, apresentou-se à Corte IDH o caso *Castañeda Gutman vs. México*, no qual a CIDH denunciava que os Estados Unidos Mexicanos eram responsáveis pela violação dos direitos políticos do senhor Jorge Castañeda Gutman porque fora impedido de participar como candidato independente nas eleições presidenciais, exigindo-lhe que participasse através de partidos políticos. A CIDH invocou o caso *Yatama vs. Nicarágua* como fundamento de sua reivindicação.

A Corte IDH rejeitou o pedido da CIDH e considerou que o México não havia violado o artigo 23 da CADH ao exigir ao senhor Castañeda que participasse através de um partido político. Diferenciou o caso *Castañeda* do caso *Yatama* da seguinte maneira:

228 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPMRC. 2005, § 215.

229 *Ibidem*, § 217.

230 *Ibidem*, § 218.

231 *Ibidem*, § 219.

232 *Ibidem*, § 223.

233 *Ibidem*, § 224.

234 *Ibidem*, § 226.

O caso *Yatama* trat[ou] de pessoas que pertencem a comunidades indígenas e étnicas da Costa Atlântica da Nicarágua, que se diferenciam da maioria da população, *inter alia*, por suas línguas, costumes e formas de organização, que enfrentavam sérias dificuldades que os mantinham em uma situação de vulnerabilidade e marginalidade para participar na tomada de decisões públicas dentro do Estado, e onde o requisito de participar politicamente através de um partido político se traduzia em uma forma de organização alheia a seus usos, costumes e tradições, que impedia, sem alternativas, a participação de seus candidatos nas respectivas eleições municipais. Em vez disso, o [caso *Castañeda Gutman*] se refere a uma pessoa que desejava apresentar-se como candidato independente, que não alegou nem demonstrou representar interesses de algum grupo vulnerável ou marginalizado da sociedade que estivesse impedido formal ou materialmente de acessar qualquer uma das alternativas que o sistema eleitoral mexicano oferecia para participar nas eleições, e que tinha diversas alternativas idôneas para poder ser postulado como candidato.²³⁵

O caso *Castañeda* mostra que certas exigências legais em contextos não indígenas podem estar em conformidade com a CADH, mas as mesmas exigências legais em contextos indígenas ou tribais seriam uma violação à CADH.

Em *Escué Zapata vs. Colômbia*, relativo à execução de um líder indígena por parte do Exército colombiano. Os representantes da vítima alegaram que, além do direito à vida do senhor Gernán Escué Zapata, foram violados também os direitos políticos do próprio senhor Escué e os direitos políticos de seu povo: o povo Paez.²³⁶

No entanto, a Corte IDH indicou que não analisaria a alegada violação dos direitos políticos do povo Paez, posto que o mesmo não foi identificado pela CIDH como vítima do caso.²³⁷ Quanto à alegada violação dos direitos políticos do senhor Escué Zapata, a Corte IDH recordou sua jurisprudência segundo a qual “a privação arbitrária da vida suprime a pessoa humana e, por conseguinte, não proced[ia], ness[a] circunstância, invocar a suposta violação [...] de outros direitos consagrados na C[ADH]”. Acrescentou que “os direitos políticos estabelecidos no artigo 23 da Convenção Americana têm, assim como os demais direitos protegidos na Convenção, um conteúdo jurídico próprio”, e os representantes da vítima, para além de sua morte, não indicaram “outro fato que viole esse conteúdo jurídico específico” dos direitos políticos. A Corte IDH concluiu que não se demonstrou uma violação dos direitos consagrados no artigo 23.1 da CADH em prejuízo do senhor Escué Zapata.²³⁸

Diferente resultado teve o caso *Chitay Nech e outros vs. Guatemala*, relativo ao desaparecimento forçado do senhor Florencio Chitay Nech, maia *kaqchikel*, que ocupava o cargo de Primeiro Conselheiro do Conselho Municipal de San Martín Jilotepeque. A Corte IDH considerou que o contexto no qual o desaparecimento da vítima ocorreu mostrava um evidente padrão de assédio contra a população considerada como “inimigo interno”, em sua maioria maias. Esse assédio teve como objetivo a violação não só de suas bases sociais, mas também de seus líderes, representantes sociais e políticos. O motivo do desaparecimento forçado de Florencio Chitay, assim como de outros indígenas que exerciam cargos públicos, demonstrava “a clara intenção do Estado de desarticular toda forma de representação política”.²³⁹

A Corte IDH declarou que com o assédio e o posterior desaparecimento de Florencio Chitay não apenas foi impedido o exercício de seu direito político dentro do período compreendido em seu cargo, mas também o impediu de cumprir um mandato e sua vocação dentro do processo de formação de líderes comunitários. A comunidade se viu privada da representação de um de seus líderes em diversos âmbitos de sua estrutura social e principalmente no acesso ao exercício pleno da participação direta

235 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPMRC. 2008, § 172.

236 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. MRC. 2007, § 118.

237 *Ibidem*, § 121.

238 *Ibidem*, § 122-123.

239 Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010, § 108.

de um líder indígena nas estruturas do Estado, onde a representação de grupos em situações de desigualdade resultava ser um pré-requisito necessário para a realização de aspectos fundamentais como a inclusão, a autodeterminação e o desenvolvimento das comunidades indígenas dentro de um Estado plural e democrático.²⁴⁰ Portanto, a Corte IDH declarou que o Estado descumpriu seu dever de respeito e garantia dos direitos políticos de Florencio Chitay Nech, devido ao seu desaparecimento forçado, configurado como um desaparecimento seletivo, ao privá-lo do exercício do direito à participação política em representação de sua comunidade.

Em *Norín Catrimán e outros*, vários dirigentes Mapuches foram condenados pelo Estado chileno a penas que afetavam seu direito ao sufrágio, a participação na direção de assuntos públicos e ao acesso às funções públicas. Essas penas tinham um caráter absoluto e perpétuo ou um prazo fixo e prolongado (quinze anos). A Corte IDH, além de considerar que essas penas eram contrárias ao princípio da proporcionalidade das penas,²⁴¹ declarou que constituíam “uma gravíssima violação dos direitos políticos”.²⁴²

Essa gravidade radicava na condição de líderes e dirigentes tradicionais das vítimas, de maneira que “a imposição das referidas penas também violou a representação dos interesses de suas comunidades”. Concretamente, a Corte IDH ressaltou que os dirigentes foram impedidos, em virtude das referidas penas, de participar ou dirigir funções públicas em entidades estatais que, por sua própria natureza, buscavam promover, coordenar e executar ações de desenvolvimento e proteção das comunidades indígenas.²⁴³

2.14. Defensores de direitos indígenas

María Luisa Acosta era uma defensora dos direitos dos povos indígenas da Costa Atlântica da Nicarágua. Como represália por suas atividades de defesa dos Direitos Humanos, o esposo de María Luisa Acosta, o senhor Francisco García Valle, foi assassinado.

A Corte IDH destacou que a defesa dos Direitos Humanos “somente [odia] ser exercida livremente quando as pessoas que a realizam não são vítimas de ameaças ou de qualquer tipo de agressões físicas, psíquicas ou morais ou outros atos de assédio”. Para garantir as condições nas quais os defensores podem desenvolver livremente sua função, “os Estados devem facilitar os meios necessários para que possam ser protegidos se estiverem ameaçados ou em situação de risco, ou caso denunciem violações a Direitos Humanos, assim como investigar de maneira séria e efetiva as violações cometidas contra eles, combatendo a impunidade”.²⁴⁴

Para tanto, é necessário que as autoridades que investigam os ataques contra os defensores de Direitos Humanos tenham uma “lógica de investigação” que leve em conta o trabalho que os defensores realizam.²⁴⁵ Assim, diante de indícios ou alegações de que um determinado atentado possa constituir uma represália pelas atividades ou trabalhos de um defensor de Direitos Humanos:

[...] as autoridades investigadoras devem levar em consideração o contexto dos fatos e as atividades para identificar os interesses que poderiam ter sido afetados no exercício da mesma, para poder estabelecer linhas de investigação e hipóteses do delito, assim como realizar as diligências pertinentes para determinar se esses indícios poderiam estar vinculados ao motivo da agressão.²⁴⁶

240 *Ibidem*, § 113.

241 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. MRC. 2014, § 374.

242 *Ibidem*, § 384.

243 *Idem*.

244 *Ibidem*, § 140.

245 *Ibidem*, § 141.

246 *Ibidem*, § 143.

3. Parte II: Reparações ordenadas pela Corte IDH

Essa seção está enfocada na sistematização das reparações concedidas pela Corte IDH em casos indígenas. Uma análise mais detalhada da obrigação dos Estados de reparar as violações aos Direitos Humanos pode ser encontrada no comentário desta obra sobre o artigo 63.1 da CADH.

O estudo das reparações em casos de graves violações de Direitos Humanos foi um terreno dominado principalmente pelo âmbito legal. No entanto, atualmente a investigação sobre os impactos de políticas de reparação em diversos contextos está evoluindo no sentido de enfoques mais integrais, nos quais disciplinas como a história, a pedagogia, a filosofia, a antropologia e a psicologia se envolveram de maneira mais específica.²⁴⁷ O domínio do legal ainda subsiste, mas é através desses novos olhares e aportes que novos debates, discussões e questionamentos estão surgindo. O objetivo central é conseguir que as reparações cumpram seu objetivo essencial: reparar as vítimas de violações de Direitos Humanos.

Muitos desses debates se tornam complexos quando entra em cena o tema dos povos indígenas e seus contextos e práticas culturais. É aí justamente onde se confrontam novos desafios, tanto conceituais como de implementação, e a prática interdisciplinar se faz ainda mais necessária. Nos casos de povos indígenas, mais que em qualquer outro tipo de violações, o dano se produz na esfera não só individual, mas especialmente coletiva. Qualquer tipo de programa de reparação deve contemplar esse aspecto de maneira específica.

Frequentemente, as violações a comunidades indígenas se produzem em contextos em que existem níveis sistemáticos de desigualdade e opressão social, em que as populações indígenas se encontrem discriminadas, estigmatizadas e, por fim, em condições de vulnerabilidade. Os processos de reparação devem complementar e alinhar-se com políticas públicas de desenvolvimento locais. Dessa maneira, se assegura que as reparações não resultem em atividades pontuais, isoladas e com impactos de curto prazo, e se visa cumprir o princípio transformativo que devem ter as políticas de reparação nesses casos.

As reparações devem ir além de somente devolver aos povos indígenas às condições de opressão em que estavam antes de que as violações ocorressem.²⁴⁸

Os processos de reparação devem ser desenvolvidos em conjunto com as vítimas e organizações de vítimas, assim como grupos-chaves da sociedade civil. Isso beneficia, por um lado, as próprias vítimas que se sentem partícipes e interlocutores válidos de tais processos, e, por outro, orientam, em grande medida o Estado para implementar projetos que realmente satisfaçam as necessidades das pessoas a quem se dirijam.

É necessário favorecer a organização comunitária e a participação da população como entes ativos e não apenas como receptores passivos de ajuda. Em outras palavras, converter aos interessados em protagonistas de sua própria recuperação. Também é preciso coordenar entre as organizações que prestam

247 Huyse, L. e Salter M. (Eds.) *Transitional Justice and Reconciliation after Violent Conflict. Learning from African Experiences*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance-IDEA, Estocolmo, 2008. Hamber, B. "Narrowing the Micro and Macro: A Psychological Perspective on Reparations in Societies in Transition", em DeGreiff, P. (Ed.) *The Handbook for Reparations*. Oxford University Press, Nova York, 2008. Letschert, R. e Van Dijk, J. *The New Faces of Victimhood: Globalization, Transnational Crimes and Victim Rights*. Springer, London/Nova York, 2011.

248 Neste ponto, vale recordar que a Corte IDH sustentou que "reparação integral" (*restitutio in integrum*) implica o restabelecimento da situação anterior e a eliminação dos efeitos que a violação produz, bem como uma indenização como compensação pelos danos causados. Entretanto, levando em consideração a situação de discriminação estrutural na qual se enquadram os fatos ocorridos no presente caso e que foi reconhecida pelo Estado, as reparações devem ter uma vocação transformadora desta situação, de tal forma que as mesmas tenham um efeito não somente restitutivo, mas também corretivo. Nesse sentido, não é admissível uma restituição à mesma situação estrutural de violência e discriminação". Corte IDH. *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") vs. México*. EPMRC. 2009, § 450.

seus serviços no âmbito local, e prover os trabalhos de autoajuda e ajuda mútua.²⁴⁹ Na implementação das reparações devem encontrar-se envolvidos grupos e autoridades indígenas locais para que as reparações tenham um sentido de validação por parte da comunidade.²⁵⁰ É preciso cuidar os tempos da implementação das reparações com os tempos dos processos de tomada de decisões das comunidades indígenas. Igualmente, as reparações não são estáticas no tempo, as demandas das pessoas variam de acordo com suas necessidades, com os tempos em que foram implementadas ou não as diversas formas de reparação. Se uma medida tomou muito tempo para ser implementada, por exemplo, é possível que as comunidades tenham encontrado mecanismos alternativos de solução e, por fim, suas necessidades tenham mudado, fazendo necessários readaptar a reparação ordenada ou sua forma de implementação.

É comum ouvir que a cultura e o contexto “importam”, e que qualquer intervenção deve ser “culturalmente sensível”. Isso tem sido mais verdadeiro no nível retórico que na realidade.²⁵¹ No caso do continente americano, são necessários estudos em profundidade nesse sentido. Em outros contextos, esses estudos tiveram importantes aportes para entender as conotações culturais nos processos de justiça e/ou reconciliação. Por exemplo, em Bali (Indonésia) não existem no idioma local os termos correspondentes a perdão, anistia e testemunho. Em Uganda do Norte, no idioma Iwo, as ideias de anistia, perdão e reconciliação não são conceitualmente distintas, o conceito timo-tica pode ser aplicado a todas elas.

Existe uma grande brecha de conhecimento acerca de como os sobreviventes em diferentes contextos locais e culturais percebem os processos e intervenções de pós-conflito. A intervenções internacionais usualmente utilizam uma linguagem e concepções ocidentais de justiça, verdade, reparação e reconciliação sem que exista uma apropriação dos significados nos contextos locais e culturais específicos.²⁵²

As manifestações culturais devem encontrar expressão no mundo do direito. Não se trata, em absoluto, de um “relativismo cultural”, mas do reconhecimento da relevância da identidade e diversidade culturais para a efetividade das normas jurídicas.²⁵³

Os aportes de teorias de antropologia jurídica contemporânea, especificamente pluralismo legal, aportam muito nesse âmbito. Por exemplo, Boaventura de Sousa Santos sublinha a importância dos híbridos jurídicos, que são “entidades jurídicas ou fenômenos que combinam distintos e com frequência contraditórios ordenamentos jurídicos ou culturas, dando lugar a novas formas de significado jurídico e acção”.²⁵⁴

Na prática, essa sorte de complementação dos diversos sistemas requer muito trabalho e sensibilidade. Nenhuma das partes costuma ver de primeira a necessidade de acoplar-se aos pedidos do outro. Sem trabalho preparatório adequado e sem entendimento desse tipo de dinâmicas, esses esforços e acompanhamento intercultural podem ser convertidos em fracassos ou inclusive práticas revitimizantes e de abuso de poder em relação às comunidades e seus integrantes.

3.1. Beneficiários das reparações

No caso *Aloeboetoe*, existia disparidade de critérios entre as partes quanto à determinação dos sucessores das vítimas. A CIDH reivindicava a aplicação dos costumes da tribo a que pertenciam as

249 Organização Panamericana da Saúde. *La salud mental en situaciones de desastres y emergencias, Manuales y Guías sobre Desastres*, Washington D.C., 2002, p. 70.

250 Um exemplo exitoso disso foi a Canada's Assembly of First Nations (AFN), que é uma organização nacional que aportou elementos culturais muito valiosos à Comissão da Verdade e Reconciliação do Canadá. ICJT, p. 40.

251 Culboston, R. e Pouligny, B. “Re-imagining Peace after Mass Crime: A Dialogical Exchange between and Insider and Outsider Knowledge”, em Pouligny, B. et al (Eds.) *After Mass Crime: Rebuilding States and Communities*. United Nations University Press, Tokyo, 2008.

252 Huyse, L. e Salter, M. (Eds.), *op cit.*, p. 203.

253 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002. Voto fundamentado do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

254 De Sousa Santos, B. “The Heterogenous State and Legal Plurality”, em *Law and Society Review*, n.º 40(1), p. 39, 2006.

vítimas, enquanto o Suriname solicitava a aplicação de seu direito civil. Da prova coletada, a Corte IDH comprovou que as leis do Suriname sobre o direito de família não tinham eficácia a respeito daquela tribo. Seus integrantes as desconheciam e se regiam por suas próprias regras. O Estado não mantinha a estrutura necessária para o registro de casamentos, nascimentos e óbitos. Os conflitos que ocorriam nessas matérias não eram submetidos aos tribunais do Estado e a sua intervenção era “praticamente inexistente”. Cabe destacar também que o Estado do Suriname reconheceu “a existência de um direito consuetudinário” sobre a matéria.²⁵⁵

A Corte IDH concluiu que, para determinar os sucessores das vítimas, fazia uso do costume da tribo e não do direito surinamês, posto que “não e[ra] efetivo na região quanto ao direito de família”. No entanto, a Corte IDH esclareceu que a aplicação do costume se faria “na medida em que não [fosse] contrária à Convenção Americana”.²⁵⁶ A Corte IDH passou a considerar que na maioria das legislações nacionais os sucessores de uma pessoa são seus filhos. Indicou também que, geralmente, o cônjuge participa dos bens adquiridos durante o casamento, e algumas legislações lhe concedem, ademais, um direito sucessório junto dos filhos. Se não existem filhos nem cônjuge, se reconhecem como herdeiros os ascendentes. Essas regras foram as que a Corte IDH adotou no momento de identificar os herdeiros, mas interpretou o termo “filhos”, “cônjuge”, e “ascendentes” conforme a cultura das vítimas e não conforme o direito surinamês. Contudo, ao referir-se aos ascendentes, a Corte IDH advertiu que não faria “nenhuma distinção de sexo, ainda quando isso [fosse] contrário ao costume”.²⁵⁷ Por fim, tomou como beneficiárias das reparações as esposas dos quilombolas falecidos, os seus filhos com cada uma de suas esposas e o pai e a mãe dos falecidos, sem fazer distinções baseadas no gênero.²⁵⁸

A Corte IDH basicamente deu prioridade ao direito individual sobre o direito coletivo, sem explicar o motivo pelo qual a cultura da tribo nesse ponto violava algum direito humano, e sem fazer qualquer juízo de ponderação que explicasse o motivo da preferência de um direito (individual) sobre outro (coletivo). É de notar que os familiares das vítimas ou seus representantes legais não solicitaram à Corte IDH que desconhecesse a cultura de seu grupo. A Corte IDH, sem nenhum pedido feito pela partes, decidiu dar prevalência ao enfoque de gênero no lugar do cultural.²⁵⁹ Isso pode dar lugar a muitos debates, no entanto, um argumento interessante nesse contexto é o de Culberstone e Pouligny, que demonstram que os grupos locais retornam à tradição para resolver conflitos, mas também reconhecem que as inovações partem da realidade de cada cultura, e que tomando e ajustando ideias desde o exterior, e reconfigurando velhos conceitos a novas experiências, planejam-se a ajustam-se as estratégias locais.²⁶⁰

Nesse tipo de encruzilhadas, é muito importante o processo de tomada de decisões em si mesmo: que as pessoas entendam as razões que levam entes como a Corte IDH a proceder nesse âmbito, que haja oportunidade para a discussão da comunidade (um acompanhamento de especialistas seria desejável), pois também, como ocorreu em muitos casos, em lugar de dar espaço à mulher, pode-se colocá-la em uma situação de vulnerabilidade e, por fim, de revitimização.

Em *Río Negro*, a Corte IDH demonstrou sensibilidade e flexibilidade para fazer frente às complexas circunstâncias que muitas vezes os casos de povos indígenas e/ou de extrema violência representam. Nesse caso, a Corte IDH observou discrepâncias no número total de supostas vítimas apresentadas pela CIDH e o total de supostas vítimas identificadas e individualizadas pelos representantes das vítimas. A CIDH referiu-se à impossibilidade de identificar todas as vítimas do caso, já que teria uma natureza excepcional devido à sua gravidade e a suas dimensão massiva, assim como “[à]s características específicas do caso e além do fato de que se trata[va] de um povo indígena”. A CIDH indicou

255 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. RC. 1993, § 58.

256 *Idem*.

257 *Ibidem*, § 62.

258 *Ibidem*, § 66.

259 Citroni, G. e Quintana, K. I. “Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”, em Lenzerini F. (Ed.) *Reparations for Indigenous Peoples, International and Corporative Perspectives*. Oxford University Press, Nova York, 2008, p. 322.

260 Culberston, R. e Pouligny, B. *op. cit.*, p. 272.

que a falta de prova a respeito da existência e identidade das supostas vítimas devia-se, entre outras, a que os fatos do caso se deram no marco de um conflito armado; a “que famílias inteiras [haviam sido] desaparecidas e [...] não ha[via] ninguém que pudesse falar por [elas...]”; à migração e deslocamento forçado de testemunhas; ao fato de que a comunidade de Rio Negro estava conformada por cinco clãs familiares, cujos membros compartilhavam os mesmos nomes e sobrenomes, assim como ao fato de “que a comunidade de Rio Negro se encontrava a horas de caminho da população mais próxima onde poderiam ser registrados” nascimentos e mortes. A CIDH ressaltou, ademais, que a comunidade de Rio Negro tinha uma tradição oral e memória coletiva das vítimas dos massacres, mas que, no entanto, os testemunhos “não foram necessariamente [...] tomados no âmbito interno”, já que o Estado “não ha[via] fornecido as garantias judiciais e proteção judicial suficientes no presente caso”.²⁶¹

Dadas as inconsistências entre as listas apresentadas pela CIDH e os representantes, durante a audiência pública a Corte IDH destacou que antes de proferir a sentença, devia ter o “maior nível de concordância possível quanto às identificações e os elementos de prova de que essas pessoas existiram”. A Corte IDH precisou que isso não necessariamente devia ser feito através do certificado de nascimento ou de óbito, mas que podia haver outros elementos ou documentos que, dentro do contexto, podiam ser razoáveis e aceitáveis, já que a Corte IDH somente podia incluir na lista de vítimas, para todos os efeitos, àquelas pessoas que estivessem razoavelmente identificadas. A Corte IDH também expressou que “o pedido para contar com as listas não obedec[ia] a um critério formalista que afastava a justiça” mas que, justamente o propósito era “poder aproximar a justiça das pessoas que eventualmente [fossem] consideradas vítimas, e para que uma pessoa possa ser considerada vítima e valha-se de uma reparação, deveria estar identificada”. Finalmente, a Corte IDH constatou que os representantes apresentaram prova sobre a identidade das pessoas que indicaram como supostas vítimas no caso, as quais não foram objetadas pelo Estado, razão pela qual a Corte IDH confirmou a existência e a identidade das supostas vítimas indicadas pelos representantes.²⁶²

3.2. Dano material

O dano material inclui todos os prejuízos econômicos que são consequência das violações aos Direitos Humanos declaradas pela Corte IDH em suas sentenças. Esse tipo de prejuízos pode ser muito variado. Por exemplo, em *Moiwana* os membros da comunidade foram forçados a deixar seus lugares e terras tradicionais abruptamente, e vários deles estavam em situação de deslocamento contínuo. Assim, sofreram pobreza e privações desde sua partida, e a possibilidade de utilizar seus meios tradicionais de subsistência se viu limitada drasticamente.²⁶³

Em *Yakye Axa*, a Corte IDH considerou que a indenização por dano material devia compreender “os gastos incorridos nas diversas gestões que realizaram com o fim de recuperar as terras que consideravam como próprias, tais como mobilizações e traslados a distintas dependências estatais”.²⁶⁴ Situação similar ocorreu em *Sawhoyamaxa*,²⁶⁵ e em *Xákmok Kásek*.²⁶⁶

No caso *Saramaka* foi demonstrado que se extraiu “uma quantidade considerável de madeira valiosa do território do povo Saramaka sem antes consultá-los ou oferecer-lhes uma indenização”. Ademais, as concessões madeireiras que o Estado outorgou causaram “grande dano à propriedade no território ocupado e utilizado tradicionalmente pelo povo Saramaka”.²⁶⁷ Por essas razões, e com fundamento na equidade, a Corte IDH fixou uma indenização por dano material.

261 Corte IDH. *Caso Massacres de Rio Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, § 47-49.

262 *Ibidem*, § 49.

263 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005, § 186.

264 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 194.

265 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 217.

266 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 317 e 318.

267 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 199.

No caso *Yatama*, a Corte IDH teve em conta que os candidatos a prefeito, vice-prefeito e vereadores propostos pela organização indígena Yatama, assim como a organização em si, incorreram em diversos gastos durante a campanha eleitoral antes que o Conselho Supremo Eleitoral decidisse não inscrever esses candidatos. Do mesmo modo, as comunidades da Costa Atlântica que elegeram em assembleias aos mencionados candidatos realizaram contribuições materiais para a sua participação.²⁶⁸

Em *Chitay Nech e outros*, a Corte IDH concluiu que as ações e gestões realizadas pelos familiares do senhor Chitay Nech para localizá-lo após o seu desaparecimento forçado geraram gastos que deviam ser considerados como dano emergente.²⁶⁹

Em *Fernández Ortega*, a Corte IDH observou que os representantes não apresentaram documentação que demonstrasse os ganhos acumulados pela senhora Fernández Ortega. Não obstante, tendo em vista que tanto a senhora Fernández Ortega como seu esposo trabalhavam na colheita de sua parcela de terra e ambos descuidaram suas tarefas em razão dos fatos do caso (estupro da senhora Fernández), a Corte IDH decidiu fixar, em equidade, uma quantidade pelo conceito de perda de rendimentos.²⁷⁰

No caso sobre o *Povo Indígena Mapuche*, relativo a vários dirigentes Mapuches presos e criminalmente perseguidos, a Corte IDH levou em conta no momento de avaliar o dano material o período em que as vítimas permaneceram privadas de liberdade ou na clandestinidade, sem que pudessem se dedicar a suas atividades remuneradas habituais, nem prover para suas famílias da forma em que o faziam com anterioridade aos fatos.²⁷¹

Se as reparações econômicas não forem bem administradas podem causar muitas dificuldades no momento de sua implementação. Além disso, em contextos rurais, onde existem altos índices de pobreza, e em muitos casos as marcas da violência permearam o tecido social comunitário, faz-se necessário um mecanismo de monitoramento e acompanhamento para que as pessoas tenham espaço para discutir os inevitáveis problemas que surgem na hora de implementar as reparações. Por exemplo, em *Plan de Sanchez*, ainda que a ordem relativa à compensação econômica tenha se cumprido, essa gerou muitas divisões familiares, sentimento de culpa, alcoolismo e outros males entre os beneficiários.²⁷²

É importante que as reparações busquem ter a participação ou representação da comunidade em geral, que os líderes tomem decisões que beneficiem o grupo em geral, e colocar especial cuidado nas dinâmicas no interior desses grupos, de modo a evitar que certos setores acabem excluídos.²⁷³

Evidentemente também existem casos nos quais a solidariedade e o manejo equitativo por parte dos líderes e comunidades foi uma fortaleza dentro dos processos de reparação. Um exemplo digno de destacar se deu em *Yakye Axa*. Uma das representantes legais da comunidade explicou:

[...] o montante indenizatório aos líderes da comunidade foi muito bem feito, os fez muito bem [...]. Pudemos constatar [...] que o espírito de compartilhar e administrar coletivamente esse tipo de coisas se deu por iniciativa dos próprios líderes. As [compensações se] distribuíram equitativamente aos chefes de famílias em toda a comunidade, sem nenhum tipo de conflito.²⁷⁴

268 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPMRC. 2005, § 244.

269 Corte IDH. *Caso Chitay Nech vs. Guatemala*. EPMRC. 2010, § 265-266.

270 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega vs. México*. EPMRC. 2010, § 286.

271 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. MRC. 2014, p. 443.

272 Espinoza Cuevas, V. et al. *Comisiones de la Verdad, ¿Un camino incierto?* Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo, Asociación para la Prevención de la Tortura. Santiago do Chile, 2003.

273 Rubio-Marín, R. et al. "Indigenas People and claims for Reparations: Tentative Steps in Peru and Guatemala", em Athur p. (Ed.) *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divided Societies*. Cambridge University Press. Nova York, 2011, p. 46.

274 Julia Cabello, advogada de ONG Tierra Viva, representante legal da comunidade Yakye Axa perante a Corte Interamericana, em Beristain, C. M. *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano*. Universidade Santos Tomás- PNUD-IIDH, Bogotá, 2010, p. 529.

3.3. Dano imaterial

Em *Aloeboetoe e outros*, a CIDH alegou que na sociedade maroon tradicional, uma pessoa não só é membro de seu grupo familiar, mas também de sua comunidade aldeã e do grupo tribal. Os aldeãos constituem, segundo ela, uma família em sentido amplo, razão pela qual o prejuízo causado a um de seus membros constituiria também um dano à comunidade, que teria de ser indenizada,²⁷⁵ para além da indenização que solicitou por cada um dos executados. A Corte IDH considerou:

[...] todo indivíduo, além de ser membro de sua família e cidadão de um Estado, pertence geralmente a comunidades intermediárias. Na prática, a obrigação de pagar uma indenização moral não se estende a seu favor nem a favor do Estado em que a vítima se inseria, os quais acabam satisfeitos com a realização da ordem jurídica. Se em algum caso excepcional foi concedida uma indenização nessa hipótese, tratou-se de uma comunidade que sofreu um dano direto.²⁷⁶

Em razão das considerações anteriores, a Corte IDH não fixou uma indenização por dano imaterial a favor de toda a tribo, embora tenha fixado uma indenização por cada uma das vítimas falecidas.

Em *Awás Tingni*, a Corte IDH considerou que devido à situação na qual se encontravam os membros da comunidade por falta de delimitação, demarcação e titulação de sua propriedade comunal, o dano imaterial ocasionado devia ser reparado por via substitutiva, mediante uma indenização pecuniária. Indicou que nas circunstâncias do caso era preciso “recorrer a esta classe de indenização, fixando-a de acordo com a equidade e baseando-se em uma apreciação prudente do dano imaterial, o qual não é suscetível de uma transação precisa”. Levando em conta as circunstâncias do caso, e o decidido em outros casos similares, a Corte IDH concluiu que o Estado devia investir, através do conceito de reparação do dano imaterial, uma determinada soma monetária em obras ou serviços de interesse coletivo em benefício da comunidade Awás Tingni, de comum acordo com esta, e sob a supervisão da CIDH.²⁷⁷

Em *Plan de Sánchez*, a Corte IDH considerou que os fatos do caso “afetaram gravemente os membros do povo Maia Achí em sua identidade e valores e [...] se desenvolveram dentro de um padrão de massacres”, o que causava “um impacto agravado que compromet[ia] a responsabilidade internacional do Estado”²⁷⁸ que devia ser levado em conta no momento de resolver as reparações.²⁷⁹ A gravidade dos fatos e a situação de impunidade em que permaneciam, a intensidade do sofrimento causado às vítimas, as alterações de suas condições de existência e as demais consequências de ordem não pecuniárias produzidas motivaram a Corte IDH a ordenar um pagamento por compensação do dano imaterial.²⁸⁰

No caso *Moiwana*, a avaliação do dano imaterial por parte da Corte IDH levou em conta os diversos aspectos do sofrimento dos membros da comunidade, entre eles, a impossibilidade de obter justiça, o que provocou sentimentos de “humilhação, ira e impotência nos membros da comunidade”, e lhes infundiu “medo de que os espíritos ofendidos bus[cassem] se vingar deles”.²⁸¹ As vítimas não sabiam o que havia acontecido com os restos mortais de seus entes queridos e, como resultado, não puderam honrá-los nem sepultá-los segundo os princípios fundamentais da cultura n’djuka.²⁸² A conexão dos membros da comunidade com seu território tradicional “foi interrompida de forma brusca”, lesionando emocional, espiritual, cultural e economicamente os integrantes da comunidade.²⁸³

Em *Sawhoyamaxa*, a Corte IDH notou que “a falta de concretude do direito à propriedade comunal dos membros da comunidade Sawhoyamaxa, assim como as graves condições de vida às quais se viram

275 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. RC. 1993, § 83.

276 *Idem*.

277 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, § 167.

278 Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004, par 51.

279 Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004, par 81.

280 *Ibidem*, § 83.

281 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005, § 195.a.

282 *Ibidem*, § 195.b.

283 *Ibidem*, § 195.c.

submetidos como consequência da demora estatal na efetivação de seus direitos territoriais”, deviam ser avaliadas no momento de fixar o dano imaterial.²⁸⁴

Em *Povo Saramaka*, a Corte IDH descreveu o dano ambiental e a destruição das terras e de recursos utilizados tradicionalmente pelo povo Saramaka, assim como o impacto disso sobre a propriedade do povo, não só quanto aos recursos de subsistência, mas também a respeito da conexão espiritual que o povo tinha com seu território. Considerou que a longa e contínua luta pelo reconhecimento jurídico do direito ao território e a frustração com o sistema jurídico interno que não protegia esse direito, constituíam “uma difamação de seus valores culturais e espirituais”.²⁸⁵

Em *Yatama*, a Corte IDH, ao avaliar o dano imaterial, levou em consideração que ser proposto como candidato a participar em um processo eleitoral revestia-se de uma especial importância e constituía uma grande honra entre os membros das comunidades indígenas e étnicas da Costa Atlântica. Aqueles que assumiam uma candidatura deviam demonstrar capacidade, honestidade e compromisso com a defesa das necessidades das comunidades, e adquiriam a grande responsabilidade de representar seus interesses.²⁸⁶

Em *Fernández Ortega*, a Corte IDH concedeu uma compensação econômica através do conceito de dano imaterial que a vítima e seus familiares sofreram como consequência do estupro que aquela sofreu por parte de agentes estatais.²⁸⁷ Praticamente nos mesmos termos, a Corte IDH ordenou compensações no caso *Rosendo Cantú e outra*.²⁸⁸

Em *Sarayaku*, a Corte IDH levou em conta que o povo indígena viu afetadas suas possibilidades de uso e gozo dos recursos de seu território, particularmente em virtude da restrição de áreas de caça, de pesca e de subsistência em geral.²⁸⁹

3.4. Identificação, demarcação, titulação, entrega, reabilitação e desintrusão do território ancestral

Em *Awás Tingni*, a Corte IDH determinou ao Estado que adotasse em seu direito interno, em conformidade com o artigo 2 da CADH, “as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas, de acordo com o direito consuetudinário, seus valores, usos e costumes”.²⁹⁰ Nesse sentido, dispôs que a Nicarágua devia:

[...] delimitar, demarcar e titular as terras que correspondem aos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni e se abster de realizar, até que seja realizada essa delimitação, demarcação e titulação, atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que atuem com sua aquiescência ou sua tolerância, prejudiquem a existência, o valor, o uso ou o gozo dos bens localizados na zona geográfica onde habitam e realizam suas atividades os membros da Comunidade.²⁹¹

Em *Moiwana*, a Corte IDH dispôs de maneira similar que o Estado devia “adotar todas as medidas legislativas e de qualquer outra natureza necessárias para assegurar aos membros da comunidade seu direito de propriedade sobre os territórios tradicionais de onde foram expulsados, e assegurar, portanto, o uso e gozo desses territórios”. Essas medidas deviam incluir “a criação de um mecanismo efetivo

284 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 221.

285 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Interpretação da Sentença de EPMRC. 2008, § 200.

286 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPMRC. 2005, § 246.

287 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, § 293.

288 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010, § 279.

289 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MRC. 2012, § 315.

290 Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicarágua*. MRC. 2001, § 164 e ponto resolutivo 3.

291 *Ibidem*, ponto resolutivo 1.

para delimitar, demarcar e titular tais territórios tradicionais”.²⁹² Para realizar essa tarefa, o Estado devia contar “com a participação e o consentimento informado das vítimas, expresso através de seus representantes”, e dos membros das demais aldeias e das comunidades indígenas vizinhas.²⁹³

Em *Povo Saramaka*, a Corte IDH também dispôs que o Estado devia delimitar, demarcar e outorgar título coletivo do território aos membros do povo Saramaka, em conformidade com seu direito consuetudinário a através de consultas prévias, efetivas e plenamente informadas com o povo Saramaka, sem prejuízo de outras comunidades indígenas tribais.²⁹⁴

Em *Yakye Axa*, a Corte IDH destacou que as violações aos Direitos Humanos ocasionadas aos membros da comunidade tinham “como base comum primordialmente a falta de materialização dos direitos territoriais ancestrais dos membros da comunidade”.²⁹⁵ Consequentemente, a Corte IDH ordenou ao Paraguai que identificasse o território tradicional e o entregasse de maneira gratuita à comunidade Yakye Axa, em um prazo máximo de três anos.²⁹⁶ Na hipótese de que tal território tradicional estivesse em mãos privadas, a Corte IDH considerou que o Estado “dev[ia] avaliar a legalidade, necessidade e proporcionalidade da expropriação ou não dessas terras com o fim de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática”. Para isso, “dev[ia] levar em conta as particularidades próprias da Comunidade indígena Yakye Axa, bem como seus valores, usos, costumes e direito consuetudinário”, e se por motivos “objetivos e fundamentados” a reivindicação do território ancestral dos membros da comunidade Yakye Axa não fosse possível, “o Estado dev[ia] entregar-lhe terras alternativas, que serão escolhidas em consenso com a Comunidade, conforme suas próprias formas de consulta e decisão, valores, usos e costumes”. A Corte IDH esclareceu que em um ou outro caso, “a extensão das terras deverá ser suficiente para garantir a manutenção e o desenvolvimento da forma de vida própria da Comunidade”.²⁹⁷

Para que o Estado cumprisse as obrigações indicadas, a Corte IDH ordenou a criação de um fundo para a aquisição das terras, que devia ser destinado “tanto para a compra da terra de proprietários particulares ou para o pagamento de uma justa indenização aos prejudicados em caso de expropriação, segundo corresponder”.²⁹⁸

Em *Sawhoyamaya*, a Corte IDH considerou que a devolução das terras tradicionais aos membros da comunidade Sawhoyamaya era a medida de reparação “que mais se aproxima[va] da *restitutio in integrum*”, de maneira que dispôs que o Estado devia adotar “todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza necessárias para assegurar aos membros da comunidade o direito de propriedade sobre suas terras tradicionais e, por outro lado, seu uso e gozo”.²⁹⁹

No terceiro caso sobre terras indígenas no Paraguai, caso *Xákmok Kásek*, ao contrário do que afirmava o Estado, as terras a serem entregues aos membros da comunidade não eram qualquer imóvel dentro do território histórico de seus ancestrais, mas o território que os membros da comunidade haviam demonstrado que era seu território tradicional específico e mais apto para o assentamento indígena. Consequentemente, o Estado devia devolver-lhes esse território tradicional específico, identificando-o plenamente, através dos meios técnicos especializados para tal fim, com a participação dos líderes da comunidade e de seus representantes livremente eleitos.³⁰⁰

292 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005, § 209.

293 *Ibidem*, § 210.

294 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 194.

295 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 211.

296 *Ibidem*, § 217.

297 *Idem*.

298 *Ibidem*, § 218.

299 *Ibidem*, ponto resolutivo 1.

300 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005, § 209.

Praticamente nos mesmos termos a Corte IDH pronunciou-se nos casos *Povos Kuna e Emberá*,³⁰¹ *Triunfo de la Cruz*,³⁰² e *Povos Kaliña e Lokono*. Nesse último caso, a Corte IDH dispôs que até que o Estado delimitasse, demarcasse ou outorgasse o título coletivo do território dos membros dos povos indígenas, o Estado devia desenvolver “regras de convivência pacífica e harmoniosa no território em questão”, entre os povos Kaliña e Lokono e os outros povos tribais da região, assim como de terceiros particulares, que respeitem os usos e costumes indígenas e garantam sua relação com suas áreas tradicionais, incluindo um rio.³⁰³ O Estado devia, ademais, adotar as medidas suficientes e necessárias para que a manutenção de reservas naturais não constituísse um obstáculo desmedido no acesso, uso e participação efetiva dos povos Kaliña e Lokono nas mesmas.³⁰⁴ Finalmente, o Estado devia reabilitar a zona do território tradicional que foi afetada pela atividade extrativista que ali foi levada a cabo.³⁰⁵

A Corte IDH também ordenou aos Estados que reabilitem o território indígena que foi afetado por atividades extrativistas. Por exemplo, em *Sarayaku*, a Corte IDH ordenou ao Equador a retirada do território tradicional dos explosivos enterrados durante a exploração petrolífera que nunca foram completamente retirados.³⁰⁶ Em *Povos Kaliña e Lokono*, foi ordenado ao Estado reabilitar a zona do território tradicional que foi afetada pela atividade de mineração que ali foi levada a cabo e que contaminou o local.³⁰⁷

Em *Xucuru*, a Corte IDH foi além de ordenar a demarcação e titulação do território indígena. A Corte ordenou ao Estado proceder com a desintrusão do território indígena Xucuru que permanecia na posse de terceiros não indígenas. Essa obrigação de desintrusão “correspond[ia] exercê-la ao Estado de ofício e com extrema diligência”. Nesse sentido, o Estado “dev[ia] remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão. Em especial, mediante a garantia do domínio pleno e efetivo do povo Xucuru sobre seu território”.³⁰⁸

3.5 Criação de um mecanismo eficaz de recuperação de terras

No caso *Yakye Axa*, a Corte IDH estabeleceu que o Estado devia adotar em seu direito interno “as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para criar um mecanismo eficaz de reclamação de terras ancestrais dos povos indígenas que torne definitivo seu direito de propriedade e que tenha em conta seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes”.³⁰⁹ Essa medida de reparação foi ordenada em termos idênticos em *Sawhoyamaxa*.³¹⁰ Em *Xákmok Kásek*, a Corte IDH deu mais detalhes sobre como um mecanismo eficaz deveria ser concebido para reivindicações de terras, indicando que este devia consagrar normas substantivas que garantam: “a) que se leve em conta a importância de que os indígenas tenham sua terra tradicional, e b) que não seja suficiente que as terras reclamadas estejam em mãos privadas e sejam racionalmente exploradas para rejeitar qualquer pedido de reivindicação”.³¹¹ Uma autoridade judicial deveria ser competente para resolver os conflitos que surgissem entre os direitos de propriedade de particulares e dos povos indígenas.³¹¹

No caso *Saramaka*, a Corte IDH decretou que o Estado deveria eliminar ou modificar as disposições legais que impediam a proteção do direito de propriedade dos membros do povo *Saramaka*, assim como:

301 *Ibidem*, § 210.

302 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 194.

303 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 211.

304 *Ibidem*, § 286.

305 *Ibidem*, § 290.

306 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MRC. 2012, § 293-294.

307 Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. MRC. 2015, § 290.

308 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*. EPMRC. 2018, § 194.

309 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 225.

310 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 235.

311 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 310.

adotar, em sua legislação interna e através de consultas prévias, efetivas e plenamente informadas com o povo Saramaka, medidas legislativas ou de outra natureza necessárias a fim de reconhecer, proteger, garantir e fazer efetivo o direito de titularidade de direitos de forma coletiva sobre o território que tradicionalmente ocuparam e utilizaram para o povo Saramaka, o que inclui as terras e os recursos naturais necessários para sua subsistência social, cultural e econômica, bem como administrar, distribuir e controlar efetivamente este território, de acordo com seu direito consuetudinário e sistema de propriedade comunal, e sem prejuízo de outras comunidades indígenas e tribais.³¹²

Além disso, a Corte IDH ordenou ao Estado “adotar as medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza necessárias para proporcionar aos integrantes do povo Saramaka os recursos efetivos e adequados contra atos que violem seu direito ao uso e gozo da propriedade de acordo com seu sistema de propriedade comunal”.³¹³

3.6 Garantir o direito de consulta

Em *Saramaka*, a Corte IDH dispôs que o Estado deveria adotar as medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza que fossem necessárias para:

[...] reconhecer e garantir o direito do povo Saramaka a ser efetivamente consultado, segundo suas tradições e costumes, ou, se for o caso, o direito de conceder ou abster-se de conceder seu consentimento prévio, livre e informado a respeito dos projetos de desenvolvimento ou de investimento que possam afetar seu território e a compartilhar, razoavelmente, os benefícios derivados destes projetos com o povo Saramaka, caso estes sejam realizados.³¹⁴

Em *Sarayaku*, a Corte IDH reconheceu que o Equador tinha uma das constituições mais avançadas em relação à proteção do direito de consulta, não obstante, “os direitos à consulta prévia não foram suficientes e devidamente regulamentados mediante normas adequadas para sua implementação prática”. Por isso, ordenou ao Estado:

[...] adotar as medidas legislativas, administrativas, ou de outra natureza, que sejam necessárias para o andamento e efetividade, num prazo razoável, do direito à consulta prévia dos povos e comunidades indígenas e tribais, e modificar aquelas que impeçam seu pleno e livre exercício, para o que deve assegurar a participação das próprias comunidades.³¹⁵

Além disso, a Corte IDH ordenou ao Estado a implementação de “programas ou cursos obrigatórios” para funcionários públicos sobre os direitos dos povos indígenas, tendo em vista o fato de que as violações dos direitos à consulta prévia e à identidade cultural do povo *Sarayaku* ocorreram devido às ações e omissões de vários funcionários e instituições públicas.³¹⁶

3.7 Estudos sobre impacto ambiental

Em *Saramaka*, a Corte IDH ordenou ao Suriname que assegurasse a realização de estudos de impacto ambiental e social, por meio de instituições tecnicamente capacitadas e independentes. Além disso, esses estudos deveriam ser realizados antes da outorga de concessões no território tradicional de Saramaka. O Estado também deveria implementar medidas e mecanismos adequados para minimizar os danos que tais projetos pudessem ter na capacidade de promover sobrevivência social, econômica e cultural do povo.³¹⁷

312 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 194.

313 *Ibidem*, § 194.

314 *Ibidem*, § 194.

315 Corte IDH. *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. MRC. 2012, § 301.

316 *Ibidem*, § 302.

317 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 194.

3.8 Entrega de suprimentos básicos

Em *Yakye Axa*, a Corte IDH dispôs que, enquanto a comunidade estivesse sem terras, “dado seu estado especial de vulnerabilidade e sua incapacidade de acesso a seus mecanismos tradicionais de subsistência”, o Estado deveria fornecer, de modo imediato e periódico, água potável; fornecer cuidados médicos periódicos e medicamentos; entregar alimentos em quantidade, variedade e qualidade suficientes; facilitar latrinas ou qualquer tipo de serviço sanitário; e equipar a escola da comunidade com materiais bilíngues.³¹⁸ Uma medida de reparação praticamente idêntica foi ordenada nos outros casos paraguaios, *Sawhoyamaxa*³¹⁹ e *Xákmok Kásek*.³²⁰

3.9 Reconhecimento da Personalidade Jurídica

Em *Saramaka*, a Corte Interamericana determinou ao Estado a obrigação de “conceder aos membros do povo Saramaka o reconhecimento legal da capacidade jurídica coletiva correspondente à comunidade que eles integram, com o propósito de garantir o pleno exercício e gozo de seu direito à propriedade de caráter comunal, assim como o acesso à justiça enquanto comunidade, de acordo com seu direito consuetudinário e suas tradições”.³²¹ A mesma medida de reparação foi promulgada nos Povos de *Kaliña e Lokono*.³²²

3.10 Concessão de bolsas de estudos para educação

Em *Escué Zapata*, a Corte IDH reconheceu o sofrimento da filha da vítima (um líder comunitário executado) e as dificuldades que ela enfrentou ao longo de sua vida estudantil. Por esse motivo, ordenou ao Estado que lhe concedesse uma bolsa de estudos em uma universidade pública colombiana a ser escolhida por ela e o Estado. A Corte IDH especificou que a bolsa de estudos deveria abranger, entre outros, o transporte desde a cidade onde a beneficiária estudava até a sua comunidade” para que pudesse manter sem dificuldades os vínculos com ela, suas tradições, usos e costumes, bem como o contato com sua família regularmente”.³²³ Reparações semelhantes foram concedidos em *Fernández Ortega*³²⁴ e *Rosendo Cantú e outra*³²⁵.

3.11 Atendimento médico e psicológico

Em *Escué Zapata*, a Corte IDH considerou que era preciso “ordenar uma medida de reparação que visasse reduzir os danos físicos e psíquicos causados aos familiares da vítima”, produzidos como consequência da execução extrajudicial do senhor Escué Zapata. Para tanto, a Corte IDH ordenou ao Estado proveesse, sem nenhum ônus, o tratamento médico, psiquiátrico e psicológico adequado solicitado pelos familiares da vítima, após manifestarem seu consentimento, pelo tempo que fosse necessário, incluindo o fornecimento de medicamentos. A Corte IDH esclareceu que esse tratamento devia considerar as circunstâncias e necessidades particulares de cada pessoa, especialmente seus costumes e tradições.³²⁶ Uma medida semelhante de reparação foi ordenada nos casos *Chitay Nech e outros*,³²⁷ *Fernández Ortega*³²⁸ e *Norín Catrimán*³²⁹ e outros.

318 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2007, § 221.

319 *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 230.

320 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 301-305.

321 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 194.

322 Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 194.

323 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. MRC. 2007, § 170.

324 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, § 264.

325 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010, § 257.

326 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. MRC. 2007, § 173.

327 Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010, § 256.

328 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, § 252.

329 Corte IDH. *Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. MRC.

Em *Xákmok Kásek*, a Corte IDH, dadas as dificuldades que os membros da comunidade tinham para acessar os centros de saúde, ordenou que o Estado estabelecesse um posto de saúde permanente no local onde a comunidade se instalou, com os medicamentos e insumos necessários para cuidados de saúde adequados.³³⁰

Em *Rosendo Cantú e outra*, a Corte IDH considerou que os fatos do caso (estupro da vítima) evidenciaram a necessidade de fortalecer os atendimentos e os centros de saúde para o tratamento de mulheres vítimas de violência. A Corte observou que havia um centro de saúde na cidade onde a vítima estava localizada e ordenou que tal centro fosse “fortalecido através da provisão de recursos materiais e pessoais, incluindo a provisão de tradutores para o idioma Me’paa, bem como do uso de um protocolo de atuação apropriada”.³³¹

É necessário enfatizar que os grupos étnico-culturais têm o direito de conservar, utilizar e proteger seus próprios medicamentos e práticas de saúde tradicionais, e exigir que os serviços públicos de saúde sejam apropriados desde um ponto de vista cultural.³³² Um bom exemplo disso seria o Acordo das Escolas de Residência do Canadá, que estabeleceu um Healing Fund a ser administrado pela Aboriginal Healing Foundation, que concorda em apoiar as necessidades de cura dos povos aborígenes prejudicados pelo legado das antigas Escolas Residenciais da Índia,³³³ que inclui impactos intergeracionais, de maneira holística, baseado na comunidade.³³⁴

Os processos ou atividades de acompanhamento ou apoio psicossocial, bem como as medidas de reabilitação adotadas nessas áreas devem ser culturalmente apropriadas. O pessoal encarregado deveria investigar e conhecer antecipadamente a história, valores, costumes e tradições das populações. Também é importante tomar medidas quanto ao uso e capacitação de intérpretes em contextos psicoterapêuticos para acompanhamento psicossocial.

A assistência psicossocial é parte de um ressarcimento integral e, nesse sentido, as crenças e práticas indígenas deveriam ser reconhecidas, bem como o papel dos líderes e curandeiros tradicionais no tratamento de problemas de saúde. A maneira pela qual o conhecimento sobre a cura indígena pode ser fortalecido deve ser explorada, e as organizações da sociedade civil envolvidas devem ser incentivadas a respeitar e incluir o conhecimento da medicina indígena e seus projetos.

A cultura indígena entende saúde e doença em termos de equilíbrio e desequilíbrio do universo. Para eles, os tratamentos de saúde devem ser integrais, atendendo a parte física, mas também elementos afetivos, espirituais e ambientais. Por outro lado, as formas de cura nessas culturas incluem o uso de plantas medicinais, cerimônias e rituais, sobretudo coletivos. As práticas indígenas não implicam o abandono dos tratamentos médicos/farmacológicos utilizados no âmbito do Estado, mas a busca de formas complementares para solucionar problemas de saúde. Desde uma perspectiva ocidental, a saúde geralmente se refere a uma concepção médico-clínica, a cura de sintomas e órgãos do corpo tratados isoladamente. Os aspectos afetivo, religioso e ambiental são geralmente deixados de fora de qualquer concepção médica de tratamento e cuidados.³³⁵

2014, § 425 - 426.

330 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 306.

331 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010, § 260.

332 Ruiz Chiriboga, O. “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano”, em *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, n° 5, 2006, p. 52.

333 Essas escolas eram estágios que não existiam no Canadá para tentar assimilar crianças indianas, proibindo-as das manifestações de sua cultura e nas quais os abusos físicos, sexuais e emocionais eram frequentes. A Comissão de Verdade e Reconciliação do Canadá, formada em junho de 2008, tem o objetivo de descobrir o que realmente aconteceu nos internatos e de informar todos os canadenses de suas descobertas. Para obter mais informações sobre o trabalho da Comissão e acessar seu relatório final, visite o seguinte link eletrônico: <http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?P=3> (data do último acesso: 15 Maio de 2018).

334 Vrdoljak, A. “Reparations for Cultural Loss”, em Lenzerini, F. (Ed.) *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives*. Oxford University Press, Nova York, 2008, p. 223.

335 Gómez, N. “Indigenous Peoples and Psychosocial Reparation: The Experience with Latin American Indigenous Com-

No SIDH as práticas de saúde indígenas foram reconhecidas em Río Negro. A Corte IDH recebeu a declaração da perita Rosalina Tuyuk, que se referiu ao pedido de atendimento psicossocial às vítimas nos seguintes termos:

[...] o atendimento psicossocial deve ser realizado com identidade própria, ou seja, os povos maia nunca vão a psicológicos, mas [sua] psicologia é feita com fogo sagrado [e...] com plantas medicinais. [...] A política do Estado não inclui as práticas ancestrais de [seus] povos; portanto, [...] [...esta] é uma ocasião para que o Estado possa reconhecer toda essa prática [...] para que [...] na realidade esse processo de assistência psicossocial possa apoiar todos aqueles que foram vítimas de violência sexual e de outros tipos [...] de violações.³³⁶

A Corte IDH aceitou essas sugestões e ordenou ao Estado o fornecimento de tratamento médico e psicológico gratuito às vítimas. A Corte IDH deu a opção de que o referido tratamento pudesse ser prestado por funcionários e instituições estatais, mas também pelos curadores da comunidade Maia Achí, de acordo com suas próprias práticas de saúde e com o uso de medicamentos tradicionais, para os quais o Estado deveria concordar com os representantes das vítimas sobre como essa reparação seria realizada.³³⁷

No entanto, a Corte IDH não aceitou em todos os casos os pedidos que as partes lhe fizeram. Em *Acosta e outros*, as representantes das vítimas solicitaram explicitamente que o Estado fosse condenado a garantir atendimento psicológico adequado às vítimas.³³⁸ Sem embargo, a Corte IDH considerou que, “dado o tempo decorrido, não era apropriado ordenar que o Estado proporcionasse o tratamento adequado, podendo ser este item considerado incluído na indenização compensatória ordenada em favor das vítimas”.³³⁹ A Corte IDH considerou que a indenização por dano imaterial contemplava “os sofrimentos causados às vítimas em sua esfera moral e psicológica”.³⁴⁰ O referido sofrimento, que a própria Corte IDH classificou como grave, ocorreu devido ao assassinato do marido da sra. Acosta, pela falta de investigação adequada do crime; a falta de punição aos responsáveis e a estigmatização social. Tudo isso gerou impactos psicossociais como econômicos na sra. Acosta e seus familiares.³⁴¹ Mesmo assim a Corte IDH não ordenou o atendimento psicológico das vítimas como medida de reparação, o que é surpreendente.

A questão das medidas de reabilitação é complexa, mas a Corte IDH demonstrou abertura e flexibilidade para ordenar essas medidas de acordo com o contexto e as necessidades de cada caso. Por exemplo, nos casos em que o Estado não possuía os conhecimentos necessários para implementar essas medidas, decidiu recorrer ao apoio de ONGs especializadas. Em outros casos, as próprias vítimas preferiram buscar suas próprias opções de atendimento psicológico, porque não confiavam no Estado e não desejavam depender das instituições estatais. Da mesma forma, em certos casos, as medidas de assistência psicossocial vieram muitos anos após os fatos, e, por causa disso, algumas pessoas não sentiram a necessidade de apoio psicossocial. Outros as consideraram desnecessárias, como forma de proteção e desejo de se sentirem fortes, autônomos e resistentes.³⁴² Também houve pessoas cujas experiências em consultas psicoterapêuticas foram frustrantes ou até mesmo revitimizantes, seja porque os psicólogos não tinham experiência ou conhecimento sobre o tema e sobre contextos específicos, ou porque foram utilizadas abordagens clínicas tradicionais que não são as mais adequadas para trabalhar com tal nível de impacto e complexidade das violações de Direitos Humanos. Por esse motivo, é de vital importância que a Corte IDH mantenha um papel ativo nas medidas de reabilitação, proporcionando diretrizes e

munities”, em Lenzirini, F. (Ed.), *op. cit.*, p. 159.

336 *Ibidem*, § 288.

337 Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, § 289.

338 Corte IDH. *Caso Acosta e outros vs. Nicarágua*. EPMRC. 2017, § 225.

339 *Idem*.

340 *Ibidem*, § 239.

341 *Ibidem*, § 238.

342 Beristain, C.M., *op. cit.*

princípios que as medidas psicossociais devem ter para serem eficazes e adequadas em seu tratamento específico para violações de Direitos Humanos.³⁴³

Por outro lado, desde um ponto de vista psicoterapêutico, as experiências traumáticas, como as sofridas pela família Acosta, implicam em um dano psicossocial que não só não é aliviado pelo “tempo transcorrido”, mas também, sem tratamento e acompanhamento psicológico adequados, sem mencionar as condições judiciais e sócio-políticas favoráveis, as consequências de experiências traumáticas podem não só piorar, mas estender seus impactos em outras áreas, como saúde, família, trabalho.³⁴⁴ O que é relevante aqui é que as vítimas sentiram a necessidade de receber atendimento psicossocial e, portanto, solicitaram expressamente à Corte IDH, mas a Corte ignorou seu pedido.

3.12 Programa de registro e documentação

Em *Sawhoyamaxa*, a Corte IDH considerou que a maneira mais adequada de reparar a violação ao direito à personalidade jurídica de vários membros da comunidade era que o Estado realizasse um programa de registro e documentação, de forma que os membros da comunidade pudessem registrar-se e obter seus documentos de identidade.³⁴⁵ Medida idêntica de reparação foi ordenada no caso *Xákmok Kásek vs. Paraguai*.³⁴⁶

3.13 Sistema de comunicação para casos de emergência

Em *Sawhoyamaxa*, a Corte IDH, dadas as dificuldades que os membros da comunidade tinham para acessar os centros de saúde, ordenou ao Estado que estabelecesse um sistema de comunicação no seio da comunidade para “permitir às vítimas contatar-se com as autoridades de saúde competentes, para o atendimento de casos de emergência”. O Estado também tinha a obrigação de fornecer transporte.³⁴⁷ A mesma medida de reparação foi ordenada em *Xákmok Kásek*.³⁴⁸

3.14 Reformas da legislação interna para garantir a participação política dos povos indígenas

Em *Yatama*, a Corte IDH considerou indispensável que, para atender aos requerimentos do princípio da legalidade em matéria eleitoral, o Estado deveria reformar sua Lei Eleitoral de maneira que se:

[...] regulamente com clareza as consequências do descumprimento dos requisitos de participação eleitoral, os procedimentos que deve observar o Conselho Supremo Eleitoral ao determinar tal descumprimento e as decisões fundamentadas que devem ser adotadas pelo referido Conselho, bem como os direitos das pessoas cuja participação se veja impactada por uma decisão do Estado.³⁴⁹

Da mesma forma, o Estado deve reformar a regulamentação dos requisitos estabelecidos na Lei Eleitoral declaradas em violação da CADH e adotar:

[...] medidas necessárias para que os integrantes das comunidades indígenas e étnicas possam participar nos processos eleitorais de forma efetiva e levando em conta suas tradições, usos e costumes, no contexto da sociedade democrática. Os requisitos que sejam estabelecidos devem

343 Donoso, G. “I have never worked with victims so victimized. Political Trauma and the Challenges of Psychotherapy in Ecuador”, 2018.

344 Van Der Kolk, B. A. *The Body Keeps the Score: Brain, Mind, and Body in the Healing of Trauma*. Nova York: Viking, 2014. Herman, J. L. *Trauma and recovery: The aftermath of violence from domestic abuse to political terror*. Nova York, Basic Books, 1992.

345 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 231.

346 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 308.

347 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 232.

348 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 306.

349 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPMRC. 2005, § 258.

permitir e fomentar que os membros dessas comunidades contem com uma representação apropriada que lhes permita intervir nos processos de decisão sobre as questões nacionais, que concernem à sociedade em seu conjunto, e nos assuntos particulares que dizem respeito a estas comunidades, de modo que estes requisitos não deverão constituir obstáculos a esta participação política.³⁵⁰

3.15 Educação

No caso *Aloeboetoe*, a Corte IDH ordenou que o Estado reabrisse uma escola que havia sido fechada na comunidade das vítimas e fornecesse pessoal docente e administrativo para funcionar permanentemente.³⁵¹

Em *Fernández Ortega*, a Corte IDH destacou a importância de implementar reparações que tivessem um alcance comunitário que permitisse a reintegração da vítima em seu espaço vital e de identificação cultural, além de restabelecer o tecido comunitário. Por esse motivo, a Corte IDH considerou pertinente ordenar ao Estado que viabilizasse os recursos necessários para que a comunidade indígena Me'phaa de Barranca Tecoani, à qual a vítima pertencia, estabelecesse um centro comunitário, que se constituísse ademais como centro da mulher, no qual fossem desenvolvidas atividades educacionais sobre Direitos Humanos e direitos das mulheres, sob a responsabilidade e gestão das mulheres na comunidade, incluindo a Sra. Fernández Ortega, se assim o desejar.

O Estado deveria facilitar que suas instituições e organizações da sociedade civil especializadas em Direitos Humanos e gênero prestassem assistência em ações de capacitação comunitária, as quais deviam adequar-se à cosmovisão da comunidade indígena.³⁵²

A Corte IDH recordou que as filhas da senhora Fernández Ortega, assim como muitas das meninas Me'phaa, não tinham segurança no trajeto para suas escolas. A Corte IDH ordenou que o Estado adotasse medidas para que as meninas tivessem acomodações e instalações de alimentação adequadas, de forma que pudessem continuar recebendo educação nas instituições que frequentavam. Esta medida poderia ser cumprida pelo Estado “optando pela instalação de uma escola secundária na comunidade”.³⁵³

3.16. Busca da pessoa desaparecida

Em *Bámaca Velásquez*, a Corte IDH determinou como medida de reparação que o Estado deveria localizar os restos mortais da vítima, exumá-los na presença de sua viúva e de seus familiares, assim como entregá-los a eles.³⁵⁴

Da mesma forma, em *Tiu Tojín*, a Corte IDH comprovou que María e Josefa Tiu Tojín encontravam-se ainda desaparecidas, e seu paradeiro era desconhecido. A esse respeito, indicou que “[a] investigação efetiva de seu paradeiro ou das circunstâncias de seu desaparecimento, constitui uma medida de reparação e, portanto, uma expectativa que o Estado deve[ria] satisfazer”. Por isso, ordenou ao Estado que procedesse de imediato à busca e localização das vítimas. No caso de as vítimas serem encontradas sem vida, a Corte IDH determinou que o Estado deveria, em um tempo breve, “entregar os restos mortais aos seus familiares, após comprovação genética de filiação”. Os gastos dessas diligências deveriam ser cobertos pelo Estado. Desse modo, o Estado deveria cobrir os gastos fúnebres, “respeitando as tradições e os costumes dos familiares das vítimas”.³⁵⁵ Similar medida de reparação foi ordenada em *Chitay Nech e outros* e em *Río Negro*.³⁵⁶

350 *Ibidem*, § 259.

351 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. RC. 1993, ponto resolutivo 5.

352 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, § 267.

353 *Ibidem*, § 270.

354 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002, ponto resolutivo 1.

355 Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. MRC. 2008, § 103.

356 Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010, § 240. Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012.

3.17. Sanção aos responsáveis de violações de Direitos Humanos

Em *Bámaca Velásquez*, a Corte IDH indicou que o Estado deveria investigar os fatos que geraram as violações da CADH e da CIPST, identificar e sancionar os responsáveis, assim como divulgar publicamente os resultados da respectiva investigação.³⁵⁷

De maneira similar, em *Moiwana*, a Corte IDH sustentou que a investigação deficiente conduzida pelo Suriname sobre o ataque à aldeia de Moiwana, a violenta obstrução de justiça por parte do Estado e o prolongado período transcorrido sem o esclarecimento dos fatos e a sanção dos perpetradores, descumpriam os padrões de acesso à justiça e devido processo estabelecidos na CADH.³⁵⁸ À luz do anterior, a Corte IDH ordenou ao Suriname que realizasse imediatamente “uma investigação e um processo judicial efetivos e rápidos sobre as execuções extrajudiciais” cometidas em prejuízo de vários membros da comunidade Moiwana. Essa investigação deveria levar “ao esclarecimento dos fatos, à sanção dos responsáveis e à compensação adequada das vítimas”. Os resultados desses processos deviam ser “publicamente divulgados pelo Estado, de maneira tal que a sociedade surinamesa pudesse conhecer a verdade”.³⁵⁹

3.18. Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional

Os atos de reconhecimento público de responsabilidade do Estado têm como objetivo dar satisfação e dignificar as vítimas, suas famílias e/ou comunidades. Essas medidas têm um alto componente simbólico, pois representam, muitas vezes, a mudança de relações de poder entre vítimas e Estados. Como afirma Beristain, quando as medidas de reconhecimento foram implementadas de maneira correta, levando em conta aspectos sensíveis e a participação das vítimas, essas medidas tiveram um impacto e uma importância de especial interesse para as vítimas.³⁶⁰

Em *Plan de Sánchez*, o Estado, durante a audiência pública do caso, manifestou “seu profundo sentimento de pesar pelos fatos vividos e sofridos pela comunidade de Plan de Sánchez” e pediu perdão às vítimas, aos sobreviventes e familiares, como uma primeira demonstração de respeito, reparação e garantia de não repetição. No entanto, a Corte IDH considerou apropriado que “para que tal declaração renda plenos efeitos de reparação para as vítimas e sirva de garantia de não repetição”, o Estado devia realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade e em desagravo das vítimas. O ato devia ser realizado na aldeia de Plan de Sánchez, onde ocorreu o massacre, com a presença de altas autoridades do Estado e as vítimas do caso, ato no qual se devia dar participação aos líderes comunitários. O Estado devia dispor dos meios necessários para facilitar a presença de tais pessoas no ato mencionado. Ademais, a Guatemala devia realizar tal ato tanto no idioma espanhol como no idioma Maia Achí, e difundir-lo através dos meios de comunicação.³⁶¹ Nesse mesmo ato, o Estado devia honrar publicamente a memória das pessoas executadas e levar em consideração as tradições e costumes dos membros das comunidades impactadas.³⁶²

Em *Fernández Ortega e outros*, a Corte IDH tinha à vista um relatório pericial no qual se indicou que para as comunidades indígenas de Guerrero, estado onde a vítima vivia, era de especial importância que o autor de uma falta reconhecesse publicamente sua ação. Em particular, nestas comunidades

357 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002, ponto resolutivo 2.

358 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 202.

359 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 205. Medidas similares de reparação foram ordenadas em Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. MRC. 2007, § 165. Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. MRC. 2008, § 77. Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010, § 235. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, § 228-230. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010, § 211-213. Corte IDH. *Caso Massacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPMRC. 2012, § 257. Corte IDH. *Caso Membros da Aldeia Chichupac e comunidades vizinhas do Município de Rabinal vs. Guatemala*. EPMRC. 2016.

360 Beristain, C. M., *op cit.*, p. 73.

361 Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, § 101.

362 *Ibidem*, § 101.

indígenas o reconhecimento era o primeiro passo para a “cura” das violações ao tecido comunitário. Isso foi determinante para que a Corte IDH ordenasse ao Estado a realização de um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional.³⁶³

Desde o ponto de vista mais epistemológico, a participação das vítimas e da comunidade nos processos de reparação, assim como a incorporação de elementos e práticas culturais na implementação dos diversos tipos de medidas, melhoram o reposicionamento das identidades e saberes indígenas marcados pela exclusão. Esses processos nascem e fortalecem os movimentos que promulgam a reapropriação da cultura e a identidade contra o neocolonialismo dos saberes na América Latina. A partir desses movimentos se está recuperando o valor e o sentido daqueles que foram, em palavras de teóricos críticos pós-colonialistas como Escobar,³⁶⁴ Mignolo,³⁶⁵ Said,³⁶⁶ “subalternizados”, mas é justamente a partir desse pensamento e epistemologias da periferia que novas concepções estão sendo gestadas contra a grandes narrativas e sistemas de pensamento eurocentristas, logocentrismo e antropocentrismo próprios do ocidente.

No entanto, notamos que existe certo nível de inconsistência nas sentenças da Corte IDH quando aos atos de reconhecimento. Não existe clareza quanto às condições que um caso deve ter para que a Corte IDH ordene tal medida de reparação, o que pode gerar falsas expectativas entre as vítimas e familiares. Por exemplo, em *Acosta e outros*, os representantes solicitaram que o Estado reconhecesse publicamente que os Direitos Humanos dos familiares do senhor García Valle foram violados, que o ato público fosse levado a cabo por um representante estatal do mais alto nível, no qual deviam estar presentes representantes das instituições envolvidas nos fatos, que as características do ato fossem consensuadas com os familiares e que se garantisse a cobertura nacional do evento. Os representantes também solicitaram que se ordenasse ao Estado instalar um monumento em memória do senhor García Valle na cidade de Bluesfields.³⁶⁷ A Corte IDH entendeu que “o proferimento da sentença e as reparações [...] resultavam suficientes e adequadas para o presente caso, razão pela qual não considerou pertinente ordená-las”.³⁶⁸ A sentença não fornece mais justificativa ou argumentos para essa decisão.

De mesma forma, em *Povos Kaliña e Lokono*, os representantes requereram que o Estado “ped[isse], oficial e publicamente, desculpas por violações dos direitos dos povos Kaliña e Lokono e que se compromet[esse] em público com a garantia de que tais direitos seriam respeitados no futuro”.³⁶⁹ E embora nem a CIDH nem o Estado tenham se pronunciado a respeito ou manifestado oposição alguma, a Corte IDH entendeu que o proferimento da sentença e as reparações ordenadas na mesma eram medidas suficientes e adequadas para o caso e, em virtude disso, não considerou necessário ordenar a realização de um ato público de reconhecimento de responsabilidade.

363 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, § 243-244. Esta medida de reparação também foi ordenada em Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005, § 216; Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 226; Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. MRC. 2007, § 177; Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 297; Corte IDH. *Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010, § 248; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010, § 226; Corte IDH. *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá*. EPMRC. 2014, § 219; Corte IDH. *Caso da Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras*. MRC. 2015, § 273-274.

364 Escobar, A. “Worlds and Knowledges Otherwise”, em *Cultural Studies*, nº21(2), p. 179, 2007.

365 Mignolo, W. “Introduction: Coloniality of Power and De-colonial Thinking”, em Mignolo, W. Escobar, A. *Globalization and the Decolonial Option*. Routledge, London-Nova York, 2010, pp. 1-21.

366 Said, E. “From Orientalism”, em Williams, P e Chrisman, L. (Eds.) *Colonial Discourse and Post-Colonial Theory: A Reader*. Harvester Wheatsheaf, Nova York-London, 1993, pp. 132-48.

367 Corte IDH. *Caso Acosta e outros vs. Nicarágua*. EPMRC. 2017, § 227.

368 *Idem*.

369 Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. FRC. 2015, § 314.

3.19. Publicação e difusão no idioma indígena

Em *Plan de Sánchez*, a Corte IDH ordenou que o Estado devia traduzir a CADH para o idioma Maia Achí, assim como as sentenças de mérito e reparações. A Guatemala também devia dispor dos recursos necessários para facilitar a divulgação destes textos e fazer a entrega dos mesmos às vítimas do caso.³⁷⁰

Em *Yakye Axa vs. Paraguai*, a Corte IDH destacou que, como medida de satisfação, o Estado devia publicar, ao menos uma vez, no Diário Oficial e em outro diário de circulação nacional, certas partes da sentença proferida. Dessa forma, o Estado devia financiar a transmissão de rádio do conteúdo da sentença, em idioma enxet e guarani ou espanhol, em uma rádio à qual tivessem acesso os membros da comunidade Yakye Axa. A transmissão de rádio devia ser efetuada ao menos em quatro ocasiões com um intervalo de duas semanas entre cada uma.³⁷¹

Em *Yatama vs. Nicarágua*, a Corte IDH ordenou a publicação e a difusão da sentença em termos idênticos aos expostos no caso anterior, além de incluir a ordem de que a decisão fosse publicada integralmente no sítio web oficial do Estado.³⁷²

As sentenças de reparações deveriam assegurar o máximo de difusão possível entre as comunidades indígenas, incluindo técnicas estratégicas e pedagógicas como recursos audiovisuais. A tradução para os idiomas nativos deveria ser igualmente abordada. A difusão deve também alcançar de maneira adequada a setores não indígenas, para assegurar seu reconhecimento.³⁷³

3.20. Recuperação da memória coletiva

Em *Plan de Sánchez vs. Guatemala*, a Corte IDH dispôs que o Estado devia entregar uma quantia determinada de dinheiro “para a manutenção e melhorias na infraestrutura da capela na qual as vítimas prestam homenagem às pessoas que foram executadas no Massacre Plan de Sánchez”. Segundo a Corte IDH, “[i]sso contribu[ia] a despertar a consciência pública, para evitar a repetição de fatos como os ocorridos no [...] caso, e para conservar viva a memória das pessoas falecidas”.³⁷⁴

Em *Chitay Nech e outros vs. Guatemala*, a Corte IDH ordenou que, com o propósito de preservar a memória de Florencio Chitay Nech, vítima de desaparecimento forçado, na comunidade a que pertenceu, o Estado devia instalar, em coordenação com as vítimas, em um lugar público significativo para os familiares, uma placa comemorativa com o nome de Florencio Chitay e se fizesse alusão às atividades que realizava.³⁷⁵

Em *Moiwana vs. Suriname*, a Corte IDH ordenou ao Estado construir um monumento que, segundo o próprio Estado, estaria projetado para comemorar os fatos que ocorreram na aldeia de Moiwana e para ser “uma lembrança para a nação inteira do que aconteceu e não deverá repetir-se no futuro”. O design e a localização do monumento deviam ser decididos em consulta com os representantes das vítimas.³⁷⁶

370 Corte IDH. *Caso do Massacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*, 2004, § 102.

371 Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 227.

372 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicarágua*. EPMRC. 2005, § 252. Da mesma forma, a Corte IDH ordenou publicações em idioma indígena e difusão por rádio nos seguintes casos: Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 236. Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. MRC. 2007, § 174. Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 197. Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. MRC. 2008, § 106-108. Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 298-299. Corte IDH. *Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010, § 244-245. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, § 247. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010, § 229.

373 International Center for Transitional Justice (ICTJ), *Truth and Memory: Strengthening Indigenous Rights through Truth Commission: A Practitioner's Resource*. Nova York, 2012, p. 53.

374 Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, § 104.

375 Corte IDH. *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. EPMRC. 2010, § 251.

376 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005, § 218.

Quando se fala da declaração das vítimas nos procedimentos judiciais, sejam esses nacionais ou internacionais, deve-se ter em conta que a coleta do testemunho das vítimas, se realizada de maneira adequada e sensível à sua cultura e situação pessoal, traduz-se em fonte válida para estabelecer os fatos e contribui de maneira efetiva para a identificação de possíveis responsabilidades, sem cair na *revitimização* do declarante. O mesmo princípio se aplica para os exercícios de participação das vítimas nas reparações, principalmente naquelas de caráter coletivo. Para isso, seria necessária uma adequada preparação do pessoal sobre a cultura e práticas da comunidade; acompanhamentos psicossociais culturalmente sensíveis também podem ajudar muito no aspecto prático, assim como metodologias pedagógicas participativas adequadas da cultura, especialmente nos casos em que há muitas vítimas envolvidas.

Usualmente, esses processos requerem fases de contato nos quais a confiança é um elemento crucial e, por fim, devem existir também fases ou atividades de fechamento, nas quais se ofereça uma retroalimentação dos processos. O acompanhamento psicossocial é fundamental em muitos casos, já que pode servir também como intérprete cultural e apoiar na criação de laços de confiança para um trabalho mais efetivo.³⁷⁷

3.21. Programas de habitação, saúde, produção, infraestrutura e desenvolvimento

Em *Plan de Sánchez*, a Corte IDH considerou que, dado que os habitantes de Plan de Sánchez perderam suas moradias como consequência do ataque que sofreram, o Estado devia implementar um programa habitacional, mediante o qual fosse fornecida habitação adequada àquelas vítimas sobreviventes que residiam na aldeia.³⁷⁸ Em consideração ao dano ocasionado, a Corte IDH determinou que o Estado devia desenvolver os seguintes programas: 1. estudo e difusão da cultura Maia Achí; 2. manutenção e melhorias no sistema de comunicação rodoviária; 3. sistema de esgoto e abastecimento de água potável; 4. Dotação de pessoal docente capacitado em educação intercultural e bilingue, e 5. Estabelecimento de um centro de saúde, assim como a formação de pessoal para esse centro.³⁷⁹

Em *Moiwana*, em resposta ao fato de que a operação militar realizada na vila de Moiwana destruiu a propriedade de seus habitantes e forçou os sobreviventes a fugir, a Corte IDH determinou que o Suriname deveria criar um fundo de desenvolvimento destinado a programas de saúde, habitação e educação dos membros da comunidade. Os elementos específicos de tais programas deviam ser determinados por um comitê de implementação conformado por três membros: um representante designado pelas vítimas, outro pelo Estado e o terceiro membro seria designado de comum acordo entre as vítimas e o Estado.³⁸⁰

Em *Yakye Axa*, a Corte IDH ordenou ao Estado a criação de um programa e o estabelecimento de um fundo de desenvolvimento comunitário que seriam implementados nas terras a serem entregues aos membros da comunidade. O programa comunitário consistia no abastecimento de água potável e infraestrutura sanitária. O fundo de desenvolvimento comunitário estaria composto por uma soma em dinheiro, cujo fim seria a implementação de projetos educacionais, habitacionais, agrícolas e de saúde em benefício dos membros da comunidade. Os elementos específicos do tais projetos deviam ser determinados por um comitê de implementação que, assim como no *Caso Moiwana*, estaria integrado por um representante dos indígenas, outro do Estado e um terceiro de comum acordo.³⁸¹

377 Por exemplo, Beristain colheu o seguinte testemunho de uma psicóloga: “[c] estamos trabalhando em Rabinal, no caso de unidade militar, e a Fundação quer realizar análises de DNA e isso gerou conflitos culturais, porque as pessoas não entendem por qual motivo vão remexer um pouco no seu morto e esse pedaço desaparecerá para sempre, e seu morto não vai mais ser enterrado completamente”. Susana Navarro Psicóloga ECAP em Beristain, *op. cit.*, p. 522.

378 Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, § 105.

379 *Ibidem*, § 110.

380 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005, § 214-215.

381 Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. MRC. 2005, § 203. Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005, § 205-206. Nos seguintes casos, a Corte IDH ordenou medidas semelhantes de reparação: Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. MRC. 2006, § 224-225.

Em *Escué Zapata*, a Corte IDH indicou que “o resgate da memória do senhor Escué Zapata deve ser feito através de obras em benefício da comunidade na qual exercia certo tipo de liderança”. Para isso, a Corte IDH concluiu que o Estado devia destinar uma quantia de dinheiro a um fundo que levasse o nome da vítima, para que a comunidade o convertesse em obras ou serviços de interesse coletivo, “em conformidade com suas próprias formas de consulta, decisão, usos, costumes e tradições, independentemente das obras públicas do orçamento nacional que se destinem para essa região”.³⁸²

Em *Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*, os representantes solicitaram à Corte IDH que ordenasse ao Estado criar um fundo de desenvolvimento como consequência dos danos materiais e imateriais causados pelas violações sofridas por tais povos; argumentaram que “[esse] fundo de desenvolvimento comunitário não dev[ia] ser criado nos termos estabelecidos nos casos da Comunidade Moiwana e do Povo Saramaka, ambos contra o Suriname [decidido com anterioridade pela Corte IDH], pois, no seu juízo, não haviam funcionado adequadamente”. Os representantes solicitaram de maneira específica que fosse ordenado ao Estado transferir qualquer montante de indenização concedida a uma entidade eleita livremente pelas vítimas, que seja controlada e administrada autonomamente pelas próprias vítimas, e que possam utilizar os fundos a seu critério para intervir, por exemplo, na saúde, na educação, na gestão de recursos e em outros projetos em seu território. Os representantes destacaram que os povos Kaliña e Lokono tinham plena capacidade de administrar o fundo, pois levavam décadas administrando fundos através de suas instituições tradicionais e organizações representativas.³⁸³ Por sua parte, o Estado afirmou que a participação estatal no fundo de desenvolvimento era fundamental, “com a finalidade de assegurar que os fundos não [fossem] utili[zados] de forma inadequada”.³⁸⁴ A Corte IDH dispôs sobre a criação do fundo, e concedeu ao Estado a sua administração. A participação das vítimas se limitou a eleger uma representação para a interlocução com o Estado, a fim de que a implementação do fundo fosse realizada conforme decidissem os referidos povos.³⁸⁵

3.22. Garantias de segurança

Em *Moiwana*, os membros da comunidade não desejavam regressar às suas terras tradicionais até que o território fosse “purificado”, de acordo com os rituais culturais, e já não tivessem medo de que se apresentassem novas hostilidades contra eles. A respeito, a Corte IDH indicou que “[n]enhuma dessas condições se apresentar[ia]m sem que h[ouvesse] uma investigação e um processo judicial efetivos, que t[ivesse]m como resultado o esclarecimento dos fatos e a sanção dos responsáveis”. Enquanto se realizaram esses processos, até sua culminação, “somente os membros da comunidade p[odiam] decidir quando [era] apropriado o retorno à aldeia de Moiwana”, e até que os membros da comunidade estivessem satisfeitos de que se houvesse realizado o necessário para que pudessem voltar, o Estado devia garantir sua segurança. Para tanto, a Corte IDH dispôs que quando os membros da comunidade retornassem à aldeia, o Estado devia enviar representantes oficiais a cada mês durante o primeiro ano para realizar consultas com os residentes de Moiwana. Se durante essas reuniões mensais, os membros da comunidade expressassem preocupação em relação à sua segurança, o Estado devia adotar as medidas necessárias para garanti-la, as quais seriam projetadas em consulta estrita com os destinatários das medidas.³⁸⁶

Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. MRC. 2010, § 323; Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. EPMRC. 2007, § 201; Corte IDH. *Caso da Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*. EPMRC. 2015, § 333. Corte IDH. *Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*. EPMRC. 2018, § 211-212.

382 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. MRC. 2007, § 168.

383 Corte IDH. *Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*. MRC. 2015, § 292.

384 *Ibidem*, § 293.

385 *Ibidem*, § 297.

386 Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. EPMRC. 2005, § 212.

3.23. Programas de capacitação a funcionários públicos

No caso *Fernández Ortega vs. México*, relativo ao estupro de uma mulher indígena, a Corte IDH dispôs que o Estado devia continuar implementando programas e cursos permanentes de capacitação sobre investigação diligente em casos de estupro, que incluíssem uma perspectiva de gênero e étnica. Tais cursos deviam ser ministrados a funcionários federais e do estado de Guerrero, estado onde residia a vítima, particularmente a integrantes do Ministério Público, do Poder Judiciário, da Polícia, assim como ao pessoal do setor de saúde com competência nesse tipo de casos e que, em razão de suas funções, constituíam a linha de atenção primária às mulheres vítimas de violência.³⁸⁷ Assim, a Corte IDH considerou importante “fortalecer as capacidades institucionais do Estado mediante a capacitação de funcionários das Forças Armadas sobre os princípios e normas de proteção dos Direitos Humanos e sobre os limites aos quais devem estar submetidos, a fim de evitar que fatos como os ocorridos no [...] caso se repit[a]m”. Para isso, o Estado devia implementar um programa ou curso permanente e obrigatório de capacitação e formação em Direitos Humanos que incluísse, entre outros temas, os limites na interação entre o pessoal militar e a população civil, gênero e direitos indígenas, dirigidos aos membros das Forças Armadas, em todos os níveis hierárquicos.³⁸⁸

3.24. Riscos

Até aqui foram analisados todos os possíveis benefícios da adequação das medidas de reparação aos contextos e perspectivas culturais onde se levam a cabo. No entanto, é imprescindível ter em conta alguns de seus potenciais riscos ou elementos aos quais se deve prestar atenção nesse tipo de processo.

O design e implementação de reparações culturalmente sensíveis implica estudos especializados e adequados aos contextos próprios em que se produziram as violações, do contrário, existe o risco de generalizar as medidas de reparação e pretender aplicar “receitas culturais”, (*se isso funcionou na comunidade tal, aqui também funcionaria*). É preciso que exista uma adequação das medidas segundo o contexto e as necessidades de cada caso.

Os elementos culturais em muitas situações de violação de Direitos Humanos e, inclusive na ausência desta, são suscetíveis de ser manipulados, tergiversados e até politizados. Muitas vezes certos argumentos que se baseiam em questões de pluralidade cultural podem se converter em elementos que promovam uma cultura de impunidade. Em outros casos, certos aspectos culturais podem ser tomados como garantidos como se fossem estáticos ao longo do tempo, correndo-se o risco de perpetuá-los; ou se utilizam características culturais como estereótipos de forma discriminatória, sem analisar as causas estruturais dos problemas.

Outro risco pode ser que muitos desses grupos mantenham formas de participação e tomada de decisão que deixem de fora total ou parcialmente subgrupos que possam acabar em situações de vulnerabilidade, como crianças e mulheres.

387 Corte IDH. *Caso da Fernández Ortega e outros vs. México*. EPMRC. 2010, § 260.

388 *Ibidem*, § 262. Estas ordens foram reiteradas pela Corte IDH no caso Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. EPMRC. 2010, § 246 e 249.

O quadro abaixo sintetiza os principais benefícios de incorporar reparações culturalmente sensíveis, assim como os potenciais riscos aos aspectos a que é necessário atentar em seu processo de implementação.

Reparações culturalmente sensíveis	
Benefícios	Aspectos aos quais prestar atenção
Enfoques participativos e integrais	Risco de generalizar, requer especificidade, adequação de medidas segundo o contexto e as necessidades de cada caso.
Maior legitimidade	Requer estudos qualitativos e quantitativos bem realizados (opinião de especialistas, análises etnográficas, pesquisas, etc.)
Maior eficácia das medidas reparadoras	Pode revitimizar se não forem adequadas ou se forem utilizadas para estigmatizar e discriminar.
Podem servir para alcançar reconciliação	Perpetuar e justificar a impunidade.
Enfoques complementares culturalmente (visão ocidental-cosmovisões indígenas)	Mulheres, crianças e outros subgrupos podem acabar invisibilizados.

4. Conclusões

Este capítulo descreveu toda a jurisprudência da Corte IDH em matéria de povos indígenas e tribais, classificando-a em dois grandes grupos. O primeiro dedicado à jurisprudência quanto ao mérito, isto é, as violações determinadas pela Corte IDH dos direitos consagrados na CADH. O segundo, relativo às medidas de reparação que foram dispostas para mitigar, retificar ou indenizar as violações decretadas, bem como para prevenir futuras violações.

A sentenças da Corte IDH, pela forma como abordaram os complexos casos de povos indígenas, e pela inovação e sensibilidade cultural das reparações que determinou, constituem *per se* uma forma de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, da história de violência de que foram e continuam, em muitos casos, sendo vítimas. A flexibilidade e a abertura por parte da Corte IDH para desenvolver uma interlocução válida com os sistemas consuetudinários permitiu posicionar o SIDH como um dos sistemas pioneiros e que alcançou os maiores desenvolvimentos nesse tipo de problemática. Não em vão, a Corte Penal Internacional e o Sistema Africano de Direitos Humanos voltaram seu interesse para as sentenças proferidas pela Corte IDH, como um guia sobre boas práticas e desafios que se esperam em casos de violações coletivas e com componentes étnicos de grande complexidade.

Como se indicou no início deste capítulo, a jurisprudência da Corte IDH é de suma importância para os juízes e tribunais nacionais, não só porque suas decisões são de cumprimento obrigatório para os Estados condenados, mas porque todas as instâncias judiciais da região devem exercer um controle de convencionalidade, que leve em conta tanto a CADH como a interpretação que a Corte IDH fez desse instrumento convencional.

Deve-se ressaltar novamente que a interpretação que a Corte IDH realizou das cláusulas convencionais pretendeu trazer para o tempo presente um tratado internacional que não esteve projetado para proteger concretamente os direitos dos povos indígenas e tribais. A Corte IDH buscou, com êxito, integrar a CADH aos novos avanços que foram produzidos no Direito Internacional dos Direitos Humanos e nos ordenamentos nacionais dos Estados da região. Temas como terras e territórios indígenas, identidade cultural, recursos naturais, língua própria, entre outros, foram reconhecidos pela Corte IDH como elementos fundamentais para preservar e promover as culturas originárias e tribais de nosso continente.

Esses esforços da Corte IDH não são questões acabadas (e não poderiam sê-lo), mas que devem continuar realizando-se nos futuros casos que cheguem a se apresentar. Temas como o direito à justiça indígena, o vestuário, acesso ou reparação de objetos de culto indígena, entre outros, são questões sobre as quais a Corte IDH não se pronunciou até o momento.

As reparações aos povos indígenas nos confrontam com os questionamentos ético-políticos mais profundos que atravessamos como sociedades. Em nada surpreende que as violações de Direitos Humanos a povos indígenas se deem em contextos de exclusão social, estigmatização e discriminação. Esses são problemas que afligem o continente americano desde sua “fundação” e seu passado de violência. Confrontar o direito, os Estados, as pessoas em geral, a reconhecer que esse passado não está tão distante, mas que se faz presente em cada um desses casos, sem dúvida não é tarefa fácil. A dor e o horror sofrido pelas comunidades indígenas dos casos analisados nos mostram mais uma vez a penosa realidade da exclusão e do racismo. É obvio que a diferença no “outro” ainda nos assusta e nos violenta, talvez nos doa reconhecer que compartilhamos o passado e as raízes com esses povos. A América Latina é uma: mestiça, negra, canela, de milho, mar e montanha.

Índice Temático

A

Aborto 127, 490

Ação 56, 77, 83, 128, 129, 145, 158, 166, 176, 177, 222, 226, 228, 230, 232, 238, 243, 246, 258, 267, 277, 278, 286, 292, 294, 295, 302, 304, 312, 320, 321, 329, 351, 354, 376, 380, 383, 389, 395, 408, 428, 430, 431, 433, 445, 447, 449, 457, 459, 461, 462, 465, 540, 544, 552, 568, 583, 585, 600, 606, 612, 628, 646, 670, 679, 681, 682, 683, 684, 686, 689, 697, 737, 745, 746, 751, 752, 755, 756, 761, 763, 768, 772, 778, 794, 795, 826, 834, 849, 853, 914, 920, 924, 925, 926, 927, 930, 939, 961, 996, 1021, 1132, 1176;

de inconstitucionalidade 83, 683;

de proteção 924;

positiva 376

Acesso à justiça 49, 53, 83, 85, 92, 96, 178, 202, 212, 256, 258, 259, 260, 261, 266, 267, 275, 279, 286, 291, 292, 294, 310, 311, 544, 550, 551, 572, 577, 581, 683, 732, 736, 741, 751, 752, 754, 758, 759, 760, 763, 768, 774, 777, 785, 786, 787, 796, 803, 878, 977, 1000, 1018, 1030, 1047, 1071, 1072, 1131, 1132, 1171, 1176;

direito de ~ 83, 178, 212, 256, 258, 259, 260, 261, 266, 267, 275, 311, 665, 732, 736, 754, 760, 787, 803, 1018, 1030

Acolhimento familiar 500, 501

Adesão 40, 272, 497, 656, 907, 919, 978, 1027, 1080, 1095, 1098, 1099, 1100, 1102, 1103, 1104, 1105, 1107

Adoção 46, 65, 80, 81, 83, 89, 94, 98, 109, 146, 175, 179, 191, 192, 207, 226, 228, 237, 244, 245, 268, 273, 296, 298, 308, 310, 341, 382, 383, 387, 423, 435, 465, 474, 478, 480, 485, 487, 492, 495, 496, 497, 499, 500, 501, 503, 504, 505, 506, 513, 514, 521, 522, 523, 524, 535, 536, 537, 538, 540, 546, 558, 561, 587, 612, 623, 628, 631, 638, 644, 646, 655, 669, 708, 721, 722, 734, 758, 761, 765, 786, 796, 799, 804, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 824, 849, 877, 883, 888, 899, 900, 904, 906, 928, 942, 968, 994, 1000, 1003, 1015, 1044, 1045, 1046, 1047, 1049, 1067, 1071, 1075, 1076, 1077, 1078, 1085, 1098, 1102, 1112, 1128, 1147, 1149, 1150

Agente estatal 166, 356

Alimentação 53, 148, 179, 249, 349, 372, 475, 646, 812, 817, 1128, 1175;
direito à ~ 148, 812, 1128

Amicus curiae 594, 616, 622, 633, 968, 986, 1001

Amparo 5, 82, 93, 118, 335, 426, 430, 431, 433, 535, 607, 683, 684, 701, 732, 734, 735, 736, 743, 744, 745, 746, 765, 834, 1144;
Ver também Habeas corpus 510, 516, 731;

Anistia 59, 75, 76, 81, 84, 85, 86, 87, 120, 306, 330, 764, 765, 766, 1041, 1045, 1162

Apátrida 55, 119, 513, 556, 557, 558, 562, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 580, 589

Apatridia 119, 526, 551, 553, 554, 558, 562, 563, 564, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 587

Apologia 398, 876, 904

Asilo 55, 235, 311, 313, 314, 380, 551, 552, 562, 568, 572, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 635, 636, 637, 639, 640, 648, 649, 650, 651, 652, 658, 659, 892, 1053;
direito de ~ 552, 568, 580, 581, 583, 649, 650, 651, 652

Associação 9, 26, 57, 66, 112, 148, 202, 361, 371, 383, 384, 421, 436, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 449, 452, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 555, 559, 665, 672, 674, 675, 681, 683, 710, 799, 800, 802, 835, 844, 865, 913, 914, 953, 1090, 1106, 1112, 1157;
Ver liberdade de associação 57, 66, 361, 371, 384, 421, 441, 442, 445, 446, 447, 456, 457, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 555, 799, 800, 802, 844, 865

Ativismo judicial 1023

Auto anistia 86, 87, 764

Autocensura 406, 415, 420

Autodeterminação 223, 358, 379, 552, 595, 596, 619, 673, 1147, 1160;
direito à ~ 358, 595, 596, 619, 1147

Autonomia das partes 868;

Ver princípio de autonomia das partes 868

Autoridades indígenas 1162

B

Bem comum 26, 42, 264, 391, 392, 393, 427, 452, 491, 495, 559, 588, 600, 702, 828,

- 860, 864, 865, 866, 870, 872, 877, 878, 879, 880, 1139, 1140, 1155
- Bem jurídico 265, 266, 267, 325, 364, 543, 649, 702
- Benefícios compartilhados 633
- Bloco de constitucionalidade 677
- Boa fé 24, 40, 41, 49, 60, 98, 522, 630, 999, 1139;
Ver princípio de boa-fé 1152
- C**
- Cadeia de custódia 776, 783
- CADHP 13, 36, 66, 108, 200, 844;
- Carta de Banjul 13, 102, 108, 200, 318, 476, 668, 696, 874, 951, 955, 975
- Carta Árabe sobre Direitos Humanos 696
- Carta da OEA 15, 21, 22, 23, 56, 149, 371, 441, 452, 456, 608, 663, 664, 665, 668, 669, 670, 696, 792, 797, 801, 802, 804, 806, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 816, 879, 883, 888, 896, 898, 903, 995, 1012, 1088, 1093
- Carta Democrática Interamericana 372, 664, 668, 669, 670, 685, 906
- Carta Internacional Americana de Garantias Sociais 441, 456
- CCT 13, 658, 860
- CDN 117, 191, 199, 208, 209, 828, 860
- CEDAW 13, 106, 116, 199, 478, 482, 484, 488, 489, 490, 495, 514, 536, 550, 558, 567, 568, 573, 662, 689, 828, 860, 868
- CEDH 13, 64, 108, 111, 112, 125, 160, 165, 166, 180, 181, 200, 211, 223, 317, 318, 320, 329, 330, 334, 335, 337, 339, 348, 359, 373, 393, 442, 462, 473, 474, 476, 478, 513, 514, 527, 559, 563, 586, 595, 596, 597, 601, 609, 696, 698, 701, 703, 704, 710, 715, 824, 833, 844, 859, 868, 955, 975, 993, 1012, 1019
- Censura prévia 88, 99, 398, 401, 403, 404, 417, 418, 422, 428, 681, 864, 876, 1019
- Centro de detenção clandestino 142
- CER 13, 460
- Cidadania 372, 405, 555, 562, 567, 568, 573, 589, 653, 666, 686, 921, 1016, 1116
- CIDFP 13, 87, 96, 97, 163, 828, 843, 875, 894, 903, 917
- CIEFDR 13, 442, 459, 696, 721
- CIJ 13, 98, 106, 108, 113, 155, 197, 201, 329, 549, 552, 553, 636, 650, 837, 841, 842, 855, 857, 858, 861, 1008, 1013, 1103
- CIPPDF 14, 559
- CIPST 14, 96, 97, 165, 166, 167, 168, 170, 174, 658, 843, 875, 917, 1129, 1130, 1176
- Circulação 9, 26, 187, 222, 225, 257, 305, 312, 349, 384, 398, 404, 406, 412, 426, 444, 451, 452, 482, 526, 550, 552, 555, 566, 572, 574, 575, 576, 578, 579, 588, 589, 635, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 648, 653, 654, 655, 658, 665, 672, 679, 863, 865, 866, 1028, 1032, 1178;
Ver direito de circulação e de residência 257, 312, 638, 640
- Cláusula 39, 51, 52, 54, 58, 64, 65, 66, 125, 213, 223, 317, 326, 425, 559, 664, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 709, 716, 792, 803, 807, 816, 827, 828, 838, 840, 841, 843, 844, 845, 846, 849, 850, 851, 852, 872, 873, 876, 925, 960, 977, 978, 989, 1030, 1043, 1075, 1076, 1101, 1111;
de igualdade autônoma 698;
de não discriminação 39, 51, 52, 54, 64, 65;
federal 838, 840, 841, 843, 844, 845, 846, 849, 850, 851, 852, 1043, 1101
Ver também princípio da igualdade 286, 482, 483, 665, 675, 677, 680, 696, 697, 698, 700, 701, 703, 709, 721, 828, 1125;
- Código Bustamante 198
- Código de Lieber 198
- Coisa julgada 61, 267, 298, 303, 304, 336, 749, 764, 768, 933, 1042;
- Comissão da Verdade 8, 1162
- Comitê Jurídico Interamericano 106, 117, 118, 456, 896
- Competência 19, 22, 40, 48, 50, 52, 55, 57, 59, 62, 84, 91, 93, 99, 127, 148, 149, 212, 226, 264, 265, 266, 267, 273, 300, 322, 356, 374, 450, 459, 494, 502, 553, 554, 555, 558, 570, 573, 602, 605, 624, 626, 648, 683, 741, 742, 745, 747, 749, 750, 757, 794, 795, 800, 801, 809, 811, 829, 835, 850, 851, 853, 862, 883, 885, 892, 896, 903, 907, 911, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 931, 933, 934, 937, 950, 952, 953, 955, 964, 969, 975, 976, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 990, 993, 994, 996, 1003, 1010, 1019, 1025, 1026, 1027, 1034, 1045, 1063, 1064, 1076, 1077, 1079, 1085, 1088, 1090, 1093, 1094, 1098, 1101, 1106, 1107, 1108, 1110, 1111, 1112, 1123, 1126, 1181;
ratione loci 55, 918, 920;
ratione materiae 148, 921, 980;
ratione personae 602, 919;
ratione temporis 920, 979, 980, 1010, 1025, 1034, 1111
- Comunicações 55, 57, 96, 345, 347, 348, 351,

- 353, 364, 373, 415, 423, 809, 819, 890, 894, 896, 897, 899, 900, 903, 907, 912, 918, 919, 920, 922, 935, 938, 961, 962, 980, 984, 985, 1039, 1087, 1099, 1100;
 comunicações interestatais 918, 919, 922, 962;
 inviolabilidade das comunicações 345, 347, 351, 364
- Comunidade política 370, 552, 553, 555, 560, 565
- Condenação 5, 90, 149, 210, 241, 245, 282, 285, 297, 299, 300, 318, 319, 326, 327, 328, 329, 334, 335, 336, 338, 383, 411, 413, 415, 418, 420, 555, 567, 597, 611, 660, 670, 683, 684, 686, 687, 720, 762, 777, 865, 1012, 1024, 1028, 1051, 1052, 1053, 1066, 1067, 1071, 1072, 1073;
 comutação da pena 120
- Condenado 89, 90, 91, 136, 137, 190, 191, 288, 297, 299, 303, 315, 328, 337, 411, 412, 413, 415, 416, 417, 434, 569, 584, 609, 708, 989, 1001, 1003, 1019, 1027, 1038, 1045, 1051, 1173
- Confederações 441, 456, 457, 458, 459, 913, 915, 916
- Conferência Regional das Américas 202
- Confinamento 163, 184, 210, 221, 268, 306, 642, 719
- Conflito armado interno 348, 350, 645, 646, 673, 764, 766, 906, 1048, 1126, 1157
- Consciência 9, 22, 27, 60, 195, 199, 200, 213, 214, 366, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 382, 383, 385, 388, 389, 390, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 480, 496, 516, 555, 672, 706, 822, 825, 833, 864, 894, 899, 1062, 1131, 1178;
Ver liberdade de consciência 213, 366, 369, 370, 372, 373, 374, 375, 376, 379, 385, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 395, 396, 397, 516, 555, 825, 1131
- Constituições políticas 217, 226;
 carta política 227;
 ordem constitucional 324, 445, 669, 906;
 reforma constitucional 37, 61, 99, 101, 404, 409, 431, 654, 655, 711, 805, 806, 807, 837, 851, 1044
- Consulta prévia 620, 628, 629, 630, 665, 670, 905, 1031, 1147, 1149, 1150, 1151, 1170;
Ver direito à consulta prévia 670, 1170
- Controle de convencionalidade 29, 30, 39, 59, 60, 61, 62, 66, 75, 86, 90, 97, 98, 99, 101, 259, 330, 429, 671, 677, 734, 757, 975, 995, 1044, 1086, 1120, 1182
- Controle difuso 61, 62, 75, 99
- Controle efetivo 55, 752
- Controle judicial imediato 237, 239
- Controle migratório 233, 234, 235, 238, 239
- Convenção de Belém do Pará 14, 45, 47, 53, 96, 130, 132, 171, 354, 355, 356, 371, 459, 482, 483, 489, 536, 668, 688, 689, 696, 782, 783, 843, 917, 980, 1050
- Convenção sobre Conservação de Espécies Migratórias de Animais Silvestres 857
- Convenção sobre Diversidade Biológica 857
- Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência 108, 560
- Convênio Sede 965
- Cosmovisão indígena 385
- Costume internacional 329
- CPI 318
- Criança 13, 106, 117, 191, 241, 308, 309, 311, 471, 472, 477, 486, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 505, 506, 507, 508, 511, 513, 522, 523, 525, 526, 528, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 550, 551, 556, 558, 561, 562, 564, 571, 572, 578, 580, 695, 696, 709, 793, 798, 801, 811, 839, 843, 868, 1103;
 não acompanhadas 500, 505;
Ver também justiça penal juvenil 547;
Ver Tráfico Internacional de Menores 203, 499;
Ver vontade do menor 379, 397
- Crimes continuados 330
- Crimes contra a humanidade 16, 59, 164, 202, 329, 650, 767, 828, 843, 874
- Crimes de guerra 16, 202, 329, 650, 766, 767
- Cultura 22, 27, 53, 83, 147, 159, 287, 347, 384, 386, 482, 484, 505, 556, 566, 587, 616, 618, 619, 623, 628, 670, 675, 788, 793, 804, 809, 810, 812, 813, 815, 894, 1035, 1037, 1038, 1043, 1069, 1121, 1126, 1130, 1134, 1135, 1136, 1137, 1140, 1141, 1142, 1143, 1147, 1148, 1149, 1156, 1157, 1162, 1163, 1166, 1172, 1177, 1179, 1181;
Ver direitos culturais 382, 813, 1022
- Custas 19, 20, 31, 32, 33, 34, 43, 45, 46, 47, 59, 70, 71, 72, 73, 79, 87, 97, 104, 105, 111, 120, 121, 122, 123, 125, 128, 129, 130, 131, 133, 138, 142, 143, 151, 152, 153, 154, 161, 167, 168, 169, 170, 173, 175, 176, 184, 191, 193, 195, 209, 210, 217, 218, 219, 222, 225, 230, 231, 232, 243, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 276, 278, 296, 315, 316, 324, 327, 332, 342, 343, 346, 347, 348, 366, 367, 398, 399, 424, 436, 469, 470, 492, 510, 513, 524, 525, 526, 527, 530, 531, 532, 537, 538, 539, 540, 543,

- 548, 549, 554, 556, 560, 562, 570, 576, 577, 589, 590, 591, 592, 597, 599, 635, 636, 638, 643, 644, 645, 660, 661, 693, 694, 696, 705, 709, 722, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 739, 741, 755, 756, 758, 759, 760, 771, 775, 777, 779, 780, 785, 786, 788, 789, 793, 822, 835, 836, 854, 859, 861, 863, 870, 871, 908, 909, 931, 937, 938, 946, 947, 958, 970, 971, 972, 981, 982, 1004, 1005, 1006, 1007, 1066, 1067, 1070, 1071, 1073, 1097, 1113, 1114;
Ver pagamento de custas 1056, 1071, 1072, 1073;
 Benefícios da Cultura 147, 793
 Custódia 144, 148, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 193, 211, 226, 233, 234, 235, 238, 245, 310, 357, 372, 397, 473, 474, 482, 539, 540, 558, 657, 684, 713, 714, 745, 746, 776, 777, 778, 783, 829, 830, 925, 1078, 1100
 CVDT 15, 24, 97, 98, 209, 628, 696, 841, 842, 844, 845, 846, 852, 856, 857, 858, 860, 865, 867, 868, 915, 917, 999, 1013, 1044, 1087, 1098, 1099, 1100, 1101, 1102, 1103, 1104, 1105, 1107, 1108, 1109, 1111
 CVRC 15, 291, 292
- D**
- DADDH 15, 108, 110, 117, 127, 149, 199, 202, 213, 370, 371, 382, 384, 388, 390, 397, 441, 457, 474, 476, 477, 478, 490, 491, 534, 535, 556, 560, 561, 567, 568, 573, 575, 576, 581, 588, 608, 647, 649, 651, 652, 653, 663, 665, 666, 696, 733, 797, 801, 802, 804, 806, 810, 811, 813, 814, 827, 838, 861, 862, 872, 874, 894, 895, 896, 897, 903, 906, 908, 917, 918, 996, 1012, 1110, 1111
 Dano 48, 53, 63, 130, 146, 150, 165, 168, 171, 178, 188, 266, 323, 340, 350, 363, 385, 386, 414, 433, 492, 506, 522, 524, 544, 598, 599, 600, 603, 607, 612, 613, 624, 632, 679, 777, 779, 904, 931, 987, 1013, 1014, 1015, 1020, 1021, 1022, 1023, 1025, 1026, 1027, 1028, 1029, 1030, 1035, 1052, 1053, 1054, 1057, 1058, 1059, 1060, 1061, 1062, 1063, 1064, 1065, 1066, 1067, 1068, 1069, 1070, 1081, 1161, 1164, 1165, 1166, 1167, 1173, 1174, 1179;
Ver também lucro cessante 1025, 1053, 1055, 1056, 1057, 1064, 1065;
 ao projeto de vida 150, 386, 1062, 1065, 1066, 1067, 1081;
 emergente 1052, 1053, 1054, 1165;
 espiritual 385;
Ver dano imaterial 340, 1014, 1015, 1026, 1027, 1058, 1060, 1061, 1062, 1063, 1064, 1065, 1066, 1068, 1069, 1070, 1081, 1166, 1167, 1173;
 material 340, 607, 987, 1014, 1025, 1027, 1028, 1029, 1052, 1066, 1068, 1069, 1164, 1165;
 moral 48, 385, 987, 1013, 1021, 1057, 1058, 1059, 1060, 1061, 1062, 1063, 1064, 1066, 1068, 1069;
 patrimonial 1053
 Declaração da Filadélfia 456
 Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos 274
 Declaração Universal sobre o Genoma Humano 274
 Declarações interpretativas 337, 1101, 1104, 1106
 Defensores de direitos humanos 463, 661, 678, 757, 904, 1003, 1160
 Defensor interamericano 963, 984, 990
 Defensor público 248, 289, 293, 294, 968;
 Defensorias Públicas 990
 Defesa 15, 16, 21, 22, 23, 86, 89, 98, 136, 139, 180, 192, 213, 233, 234, 235, 236, 249, 250, 256, 257, 260, 270, 274, 280, 281, 283, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 300, 311, 321, 348, 362, 411, 421, 427, 441, 442, 444, 445, 453, 456, 461, 463, 464, 465, 476, 516, 518, 545, 577, 585, 619, 655, 658, 666, 671, 676, 678, 679, 683, 688, 705, 744, 766, 786, 802, 812, 832, 883, 888, 894, 895, 897, 898, 903, 912, 915, 923, 928, 929, 930, 931, 938, 943, 944, 982, 991, 1030, 1051, 1056, 1060, 1070, 1092, 1133, 1160, 1167;
 direito de ~ 89, 270, 274, 280, 281, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 321, 655, 832, 929, 931, 938, 943, 1051, 1070
 Deficiência 68, 96, 108, 113, 150, 178, 186, 187, 200, 225, 235, 238, 278, 310, 311, 361, 372, 380, 387, 545, 550, 558, 560, 564, 571, 572, 581, 610, 668, 691, 716, 718, 720, 722, 786, 787, 796, 992, 1028, 1047;
 mental 113, 225, 235, 238, 380, 1047;
 pessoas com ~ 68, 108, 113, 150, 187, 200, 225, 311, 361, 380, 387, 558, 560, 572, 581, 668, 691, 722, 786, 796;
 situação de ~ 718
 Delito 88, 89, 96, 120, 135, 170, 191, 193, 227, 228, 232, 234, 238, 250, 282, 294, 301, 303, 315, 316, 317, 320, 323, 325, 328, 352, 411, 416, 544, 583, 584, 599, 650,

- 651, 771, 829, 832, 924, 1003, 1047, 1100, 1130, 1131, 1132, 1157, 1160;
 comum 651;
 continuado 771
- Democracia 105, 106, 112, 256, 278, 437, 445, 463, 464, 617, 662, 665, 882, 1009, 1021, 1147;
Ver sociedade democrática 26, 88, 93, 108, 189, 230, 272, 279, 348, 352, 359, 369, 370, 372, 373, 380, 383, 390, 391, 392, 393, 402, 403, 404, 405, 409, 410, 413, 414, 418, 420, 422, 423, 427, 428, 436, 440, 441, 442, 443, 444, 451, 452, 453, 457, 458, 459, 460, 463, 464, 468, 476, 492, 574, 575, 588, 600, 601, 613, 614, 631, 635, 641, 647, 674, 682, 707, 734, 743, 761, 818, 861, 865, 866, 870, 872, 874, 877, 878, 879, 880, 1139, 1141, 1142, 1143, 1152, 1155, 1168, 1174;
 representativa 23, 391, 452, 664, 665, 668, 669, 676, 812, 879, 906
- Denúncia 90, 97, 295, 303, 352, 353, 417, 420, 464, 678, 771, 779, 780, 912, 913, 917, 924, 933, 939, 940, 951, 999, 1096, 1098, 1107, 1110, 1111, 1129, 1131, 1132, 1157;
Ver denúncia do tratado 951
- Deportação 137, 174, 233, 238, 247, 295, 312, 328, 350, 585, 586, 587, 653, 656, 659, 828
- Desacato 88, 401, 416, 417, 418, 419
- Desaparecimento forçado 3, 5, 68, 87, 93, 96, 97, 115, 116, 132, 134, 140, 141, 142, 143, 144, 161, 162, 163, 177, 181, 182, 221, 231, 235, 241, 246, 247, 248, 350, 356, 384, 409, 523, 643, 672, 673, 745, 760, 768, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 878, 903, 917, 924, 932, 980, 982, 1012, 1015, 1017, 1019, 1024, 1025, 1029, 1032, 1036, 1041, 1043, 1048, 1053, 1054, 1055, 1056, 1057, 1059, 1060, 1067, 1127, 1130, 1131, 1134, 1156, 1159, 1160, 1165, 1178;
Ver também crimes contra a humanidade 16, 59, 164, 202, 329, 650, 767, 828, 843, 874
- DESC 148, 149, 485, 701, 799, 915;
ver direitos econômicos, sociais e culturais 4, 19, 22, 26, 28, 147, 148, 221, 443, 459, 471, 485, 498, 608, 669, 679, 695, 701, 717, 790, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 804, 805, 806, 810, 811, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 820, 869, 892, 905, 1023, 1103
- Desenvolvimento 4, 15, 22, 23, 27, 39, 51, 55, 56, 60, 76, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 87, 89, 91, 98, 101, 109, 117, 126, 147, 148, 149, 150, 176, 177, 178, 183, 191, 193, 201, 206, 207, 208, 209, 211, 216, 230, 235, 243, 258, 260, 271, 280, 282, 284, 286, 294, 297, 311, 314, 318, 330, 341, 349, 350, 358, 360, 364, 371, 372, 377, 378, 381, 387, 397, 402, 419, 423, 430, 438, 439, 443, 447, 456, 457, 472, 473, 475, 476, 477, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 500, 501, 502, 503, 505, 506, 507, 509, 518, 519, 523, 524, 525, 528, 537, 539, 540, 543, 547, 554, 564, 576, 577, 586, 588, 598, 608, 609, 613, 617, 619, 620, 623, 627, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 638, 641, 649, 663, 664, 665, 666, 669, 670, 671, 673, 678, 682, 691, 712, 714, 721, 753, 760, 767, 774, 784, 785, 792, 793, 794, 795, 796, 804, 805, 806, 807, 812, 813, 816, 818, 820, 849, 860, 866, 869, 874, 878, 879, 884, 888, 889, 899, 905, 916, 919, 929, 952, 953, 982, 985, 987, 998, 1012, 1014, 1023, 1037, 1038, 1040, 1041, 1047, 1051, 1062, 1063, 1064, 1065, 1066, 1067, 1068, 1070, 1079, 1080, 1081, 1103, 1120, 1127, 1138, 1142, 1145, 1146, 1150, 1151, 1152, 1153, 1155, 1156, 1157, 1160, 1161, 1168, 1170, 1179, 1180;
 integral 22, 473, 812, 813;
 desenvolvimento progressivo 76, 147, 149, 608, 792, 793, 794, 795, 796, 806, 860, 869, 916
- Desintrusão 623, 1119, 1145, 1167, 1169
- Deslocamento 138, 156, 179, 196, 205, 349, 500, 576, 577, 624, 643, 645, 646, 679, 680, 944, 1031, 1032, 1033, 1035, 1064, 1071, 1127, 1156, 1157, 1164;
 forçado 156, 179, 196, 205, 577, 643, 645, 646, 679, 1031, 1032, 1164;
 interno 576, 577, 645, 646;
 massivo 643, 1031, 1071
- Dever 9, 70, 177, 279, 621, 622, 623, 624, 629, 631, 632, 1144;
Ver obrigação 36, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 56, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 92, 93, 94, 97, 98, 100, 101, 102, 112, 116, 119, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 137, 138, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 149, 156, 165, 166, 170, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 185, 186, 187, 188, 191, 192, 210, 215, 224, 232, 234, 236, 237, 239, 240, 242, 248, 249, 257, 258, 262, 263, 278,

- 279, 285, 286, 287, 289, 291, 295, 302, 303, 306, 310, 314, 319, 329, 338, 341, 351, 352, 354, 359, 360, 376, 382, 386, 406, 407, 408, 415, 419, 426, 429, 440, 445, 446, 455, 463, 464, 467, 476, 485, 488, 489, 492, 494, 495, 496, 497, 498, 500, 502, 508, 509, 517, 525, 526, 527, 528, 535, 536, 540, 543, 544, 547, 556, 561, 563, 568, 570, 571, 579, 581, 585, 586, 589, 599, 618, 619, 622, 623, 624, 628, 629, 631, 632, 639, 645, 647, 651, 652, 654, 658, 666, 669, 679, 688, 691, 697, 700, 720, 721, 722, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 739, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 764, 765, 766, 768, 770, 771, 772, 774, 775, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 786, 787, 790, 793, 795, 805, 806, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 825, 826, 827, 828, 831, 833, 834, 837, 840, 841, 842, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 857, 874, 875, 876, 878, 911, 913, 924, 927, 930, 944, 973, 981, 983, 986, 991, 998, 999, 1002, 1003, 1009, 1010, 1011, 1012, 1013, 1014, 1015, 1016, 1017, 1019, 1020, 1021, 1022, 1025, 1028, 1029, 1030, 1033, 1036, 1038, 1039, 1040, 1041, 1042, 1044, 1046, 1048, 1049, 1050, 1052, 1054, 1057, 1058, 1074, 1075, 1078, 1079, 1080, 1081, 1099, 1106, 1107, 1125, 1128, 1132, 1134, 1138, 1141, 1146, 1147, 1150, 1152, 1154, 1156, 1161, 1166, 1169, 1171, 1174;
- de respeitar os direitos 9, 31, 39, 42, 62, 382, 446, 508, 697, 846, 849, 875, 1107;
- de sufrágio 666, 667, 674, 686;
- Ver também* ~ dever de abstenção 64, 376;
- de colaboração internacional 174;
- de garantia 52, 59, 132, 140, 175, 177, 406, 732, 753, 754, 848;
- de não gerar obstáculos 40;
- de prevenção 44, 131, 132, 133, 175, 183, 848
- Deveres das pessoas 9, 870
- Devido processo 49, 53, 92, 105, 114, 123, 136, 189, 211, 212, 220, 226, 235, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 272, 274, 279, 280, 281, 282, 283, 286, 288, 291, 292, 293, 295, 298, 300, 303, 304, 306, 312, 313, 314, 320, 322, 323, 335, 339, 371, 381, 433, 445, 485, 535, 543, 555, 567, 573, 583, 585, 586, 610, 655, 659, 666, 684, 686, 687, 733, 734, 740, 741, 742, 743, 749, 751, 752, 754, 756, 763, 768, 770, 774, 786, 797, 833, 834, 836, 840, 854, 857, 878, 907, 927, 931, 933, 934, 972, 973, 977, 1019, 1094, 1110, 1144, 1152, 1176;
- Ver também* garantias judiciais 54, 95, 114, 124, 135, 136, 163, 178, 235, 241, 246, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 264, 270, 275, 281, 283, 292, 300, 302, 305, 306, 307, 308, 314, 321, 322, 323, 356, 396, 465, 474, 485, 516, 534, 544, 656, 686, 697, 732, 733, 734, 736, 743, 745, 753, 755, 764, 766, 796, 800, 803, 804, 833, 834, 928, 929, 931, 934, 1018, 1020, 1025, 1028, 1041, 1057, 1106, 1132, 1133, 1164
- Diálogo jurisprudencial 37, 38, 62, 66, 67, 99
- Dignidade 9, 22, 27, 28, 41, 68, 108, 113, 114, 118, 138, 145, 147, 148, 151, 156, 157, 158, 160, 165, 171, 173, 182, 184, 185, 189, 190, 195, 212, 213, 291, 312, 326, 329, 342, 345, 354, 355, 358, 362, 363, 364, 371, 372, 376, 377, 415, 425, 426, 427, 428, 434, 443, 444, 455, 479, 484, 492, 493, 499, 502, 505, 507, 513, 518, 519, 522, 526, 529, 537, 543, 572, 585, 638, 644, 669, 672, 702, 703, 704, 709, 714, 874, 883, 884, 955, 1015, 1042, 1062, 1063, 1090, 1127, 1130, 1134;
- Ver também* honra 7, 9, 28, 88, 115, 324, 336, 337, 342, 345, 346, 347, 361, 362, 363, 364, 411, 414, 415, 416, 417, 424, 425, 426, 427, 428, 432, 434, 435, 476, 490, 491, 492, 507, 512, 515, 519, 529, 555, 672, 1167;
- proteção da ~ 157
- Direito 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 13, 15, 17, 19, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 62, 65, 66, 68, 69, 70, 73, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 197, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 217, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227,

- 228, 229, 230, 231, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 250, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 274, 275, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 324, 325, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 334, 335, 337, 338, 339, 340, 342, 343, 345, 346, 347, 348, 349, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 401, 402, 403, 404, 405, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 497, 498, 499, 500, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 662, 663, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 690, 691, 693, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 706, 707, 708, 710, 711, 712, 713, 714, 717, 718, 719, 720, 722, 723, 724, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 756, 758, 759, 760, 761, 763, 764, 765, 766, 768, 769, 770, 772, 774, 775, 778, 779, 785, 786, 787, 790, 793, 794, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 810, 811, 812, 813, 814, 817, 818, 819, 822, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 844, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 854, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 871, 873, 874, 876, 877, 878, 879, 880, 884, 885, 892, 893, 894, 907, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 920, 921, 922, 924, 926, 927, 928, 929, 931, 933, 934, 938, 940, 942, 943, 944, 945, 953, 954, 956, 958, 961, 962, 972, 973, 975, 976, 977, 978, 980, 981, 982, 987, 988, 989, 991, 993, 998, 1003, 1004, 1009, 1010, 1011, 1012, 1013, 1014, 1015, 1016, 1017, 1018, 1019, 1020, 1021, 1024, 1025, 1026, 1028, 1030, 1031, 1032, 1034, 1036, 1038, 1039, 1040, 1041, 1043, 1044, 1045, 1046, 1047, 1049, 1051, 1052, 1053, 1055, 1057, 1058, 1059, 1060, 1061, 1064, 1067, 1068, 1069, 1070, 1071, 1072, 1073, 1074, 1079, 1080, 1081, 1084, 1085, 1086, 1088, 1092, 1099, 1101, 1104, 1106, 1107, 1108, 1109, 1111, 1119, 1120, 1123, 1124, 1125, 1126, 1127, 1128, 1129, 1130, 1131, 1132, 1133, 1134, 1135, 1136, 1137, 1138, 1139, 1140, 1141, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1147, 1149, 1152, 1153, 1154, 1155, 1156, 1157, 1158, 1159, 1160, 1162, 1163, 1166, 1167, 1168, 1169, 1170, 1171, 1172, 1174, 1183;
- a fundar uma família 128;
 - à verdade 3, 68, 261, 384, 732, 760, 761, 775;
 - comparado 381, 397;
 - de asilo 552, 568, 580, 581, 583, 649, 650, 651, 652
- Direito do Mar 857, 1104
- Direito internacional humanitário 5, 7, 15, 17, 137, 138;
- Ver também* conflito armado interno 348, 350, 645, 646, 673, 764, 766, 906, 1048, 1126, 1157;
- princípio de distinção 599;
 - prisioneiros de guerra 198
- Direito internacional público 8, 25, 55, 137, 555
- Direitos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 14, 15, 16, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 73, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93,

- 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 137, 138, 141, 142, 143, 144, 145, 147, 148, 149, 150, 154, 155, 157, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 168, 169, 170, 171, 172, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 186, 187, 188, 189, 191, 192, 194, 197, 199, 201, 202, 205, 207, 208, 215, 221, 222, 223, 224, 227, 228, 229, 231, 232, 234, 235, 236, 237, 238, 241, 242, 246, 247, 248, 249, 250, 255, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 270, 272, 275, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 285, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 318, 319, 321, 322, 323, 329, 335, 336, 338, 339, 340, 341, 343, 347, 348, 350, 352, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 366, 367, 370, 371, 372, 373, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 386, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 398, 401, 402, 408, 409, 410, 412, 413, 414, 415, 419, 421, 422, 423, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 549, 550, 552, 553, 554, 555, 556, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 566, 567, 568, 569, 570, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 612, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 650, 651, 652, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 690, 691, 692, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 707, 709, 710, 714, 715, 716, 717, 721, 722, 724, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 742, 743, 744, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 773, 777, 779, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 832, 833, 834, 836, 837, 838, 839, 840, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 883, 884, 885, 888, 890, 891, 892, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 920, 921, 926, 927, 928, 930, 931, 932, 933, 934, 936, 938, 939, 940, 941, 943, 944, 950, 952, 953, 954, 955, 956, 961, 964, 973, 975, 976, 977, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 988, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1002, 1003, 1004, 1009, 1010, 1011, 1012, 1013, 1014, 1015, 1016, 1017, 1018, 1019, 1020, 1022, 1023, 1024, 1025, 1026, 1028, 1029, 1030, 1031, 1032, 1033, 1035, 1036, 1038, 1039, 1040, 1041, 1043, 1044, 1046, 1047, 1048, 1049, 1050, 1052, 1056, 1057, 1061, 1062, 1063, 1064, 1065, 1067, 1068, 1072, 1073, 1074, 1075, 1076, 1078, 1079, 1080, 1081, 1084, 1085, 1088, 1090, 1091, 1092, 1094, 1095, 1098, 1099, 1101, 1102, 1103, 1104, 1105, 1106, 1107, 1108, 1109, 1110, 1114, 1115, 1116, 1119, 1120, 1121, 1122, 1123, 1124, 1125, 1126, 1128, 1131, 1132, 1133, 1134, 1135, 1136, 1137, 1138, 1139, 1140, 1141, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1147, 1148, 1149, 1150, 1152, 1153, 1154, 1155, 1156, 1158, 1159, 1160, 1167, 1168, 1169, 1170, 1174, 1175, 1177, 1181, 1182;
- Ver gozo dos direitos violados* 1017, 1018, 1040;
- Ver também jus cogens* 110, 115, 157, 164, 177, 180, 197, 201, 696, 770, 827, 828, 833, 1085;
- Ver titularidade coletiva* 382;
- carácter progressivo dos ~ 608;
- adquiridos 594, 598, 603, 606, 609;
- coletivos 4, 626, 1035, 1120, 1121, 1123, 1139;
- fundamentais 6, 22, 28, 40, 42, 62, 110, 229,

- 232, 234, 260, 265, 281, 285, 291, 359, 376, 377, 378, 381, 391, 395, 414, 422, 445, 451, 456, 460, 504, 508, 512, 523, 525, 529, 542, 553, 555, 563, 585, 646, 667, 724, 732, 735, 737, 738, 749, 833, 866, 878, 896, 906, 914, 995, 1011, 1041, 1046, 1085, 1088, 1139;
- direitos inderrogáveis 84, 396, 764, 767, 825, 877, 1106;
- direitos políticos 26, 58, 83, 84, 101, 112, 114, 118, 361, 362, 412, 421, 439, 445, 493, 516, 523, 553, 555, 556, 568, 572, 627, 663, 665, 667, 668, 670, 671, 672, 673, 674, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 690, 691, 692, 697, 736, 744, 825, 861, 865, 880, 914, 1158, 1159, 1160;
- reprodutivos 6;
- violados 43, 176, 743, 1010, 1011, 1016, 1017, 1018, 1019, 1020, 1022, 1040, 1041, 1052;
- lato sensu* 663, 667, 672;
- núcleo 178, 189, 201, 359, 360, 377, 395, 430, 475, 491, 492, 494, 495, 497, 498, 589, 827, 832, 1134;
- restrição dos direitos políticos 685;
- sexuais 54, 127, 171, 188, 199, 355, 357, 364, 473, 485, 487, 541, 722, 784, 1023, 1120, 1129, 1130, 1172;
- stricto sensu* 56, 663, 667, 668, 674;
- suspensão de garantias 105, 114, 157, 219, 237, 246, 396, 510, 516, 672, 731, 735, 745, 746, 815, 823, 824, 825, 826, 828, 829, 831, 833, 834, 906
- Discricionariedade 28, 192, 310, 325, 326, 339, 340, 518, 547, 554, 561, 565, 569, 578, 614, 640, 650, 654, 655, 712, 786, 794, 807, 826, 954, 963, 964, 1012, 1014, 1020, 1084, 1085, 1088, 1138, 1149;
- grau de ~ e 650
- Discriminação 4, 27, 31, 36, 39, 49, 51, 52, 53, 54, 62, 64, 65, 66, 69, 78, 83, 84, 96, 110, 112, 113, 116, 119, 125, 126, 129, 131, 134, 158, 165, 166, 170, 178, 179, 185, 186, 187, 211, 229, 286, 312, 313, 346, 357, 358, 359, 371, 372, 374, 376, 378, 382, 383, 387, 388, 398, 432, 439, 442, 444, 446, 459, 460, 469, 471, 472, 473, 476, 478, 479, 482, 483, 485, 486, 487, 488, 493, 495, 501, 505, 508, 514, 522, 525, 526, 527, 528, 538, 539, 550, 553, 554, 555, 558, 559, 560, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 571, 572, 575, 579, 585, 586, 589, 618, 623, 641, 645, 651, 655, 656, 663, 667, 668, 670, 672, 674, 675, 677, 678, 680, 681, 682, 688, 690, 691, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 751, 752, 782, 785, 786, 790, 798, 800, 801, 808, 814, 815, 817, 822, 825, 828, 839, 842, 844, 874, 876, 892, 918, 973, 995, 1022, 1023, 1024, 1030, 1043, 1048, 1049, 1050, 1125, 1131, 1132, 1133, 1145, 1157, 1158, 1161, 1183;
- Ver* princípio da igualdade 286, 482, 483, 665, 675, 677, 680, 696, 697, 698, 700, 701, 703, 709, 721, 828, 1125;
- Ver* tratamento arbitrário 52, 701, 703, 723;
- categorias suspeitas 52, 358, 670, 715, 716, 717;
- discriminação interseccional 717;
- estrutural 49, 53, 54, 134, 525, 563, 646, 722, 953, 977, 1022, 1023, 1024, 1049, 1161
- Ditadura 59, 336, 384, 409, 506
- Diversidade religiosa 372
- ## E
- Educação 22, 53, 96, 148, 184, 208, 211, 366, 372, 373, 376, 379, 383, 388, 396, 397, 459, 475, 478, 480, 482, 484, 487, 488, 489, 490, 495, 496, 525, 526, 535, 549, 563, 564, 569, 572, 582, 607, 667, 683, 687, 704, 710, 717, 788, 793, 798, 799, 804, 809, 810, 812, 813, 815, 817, 894, 915, 1029, 1031, 1037, 1050, 1051, 1067, 1119, 1128, 1156, 1171, 1175, 1179, 1180;
- Direito à ~ 372;
- religiosa 366, 373, 379, 388, 396, 397
- Efeito útil 61, 98, 101, 130, 429, 747, 749, 763, 768, 848, 850, 853, 926, 939, 999, 1038, 1074
- Eleições 26, 83, 84, 412, 422, 443, 553, 555, 572, 660, 665, 666, 667, 668, 669, 674, 675, 676, 677, 681, 683, 684, 685, 686, 687, 689, 697, 707, 800, 887, 906, 951, 952, 1123, 1157, 1158, 1159
- Emenda 136, 440, 848
- Erro judicial 334, 337
- Escravidão 9, 28, 110, 116, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 210, 389, 479, 480, 516, 701, 822, 825, 827, 833, 875, 1034, 1036;
- Ver* formas contemporâneas de escravidão 196, 197, 205, 207;
- contemporânea 210;
- Ver também* *jus cogens* 110, 115, 157, 164, 177, 180,

- 197, 201, 696, 770, 827, 828, 833, 1085;
 proibição da ~ 9, 195, 199, 822
 Especialidade 5, 769;
Ver princípio da especialidade 769
 Espiritualidades indígenas 374
 Estado de acolhimento 180, 582;
 Estado receptor 248, 291, 292, 582, 1087
 Estado de direito 4, 570, 765, 879
 Estado de sítio 574, 906
 Estudo de impacto ambiental 631;
Ver também direito à consulta 593, 620, 627,
 628, 629, 630, 633, 670, 690, 800, 1018,
 1147, 1149, 1170
 Exclusão social 572, 622, 634, 1183;
Ver também discriminação estrutural 49,
 53, 54, 134, 525, 563, 722, 1022, 1023,
 1024, 1049, 1161
 Execuções 43, 84, 124, 137, 138, 161, 176, 247,
 384, 465, 598, 775, 777, 785, 878, 979,
 1036, 1047, 1048, 1060, 1061, 1120, 1176;
Ver execuções sumárias 84, 1048;
Ver execuções extrajudiciais 42, 124, 137,
 138, 161, 176, 247, 384, 465, 599, 775,
 786, 878, 979, 1036, 1047, 1060, 1061,
 1120, 1176
 Expectativa legítima 597
 Expressão 5, 20, 22, 28, 35, 41, 54, 64, 66, 68, 75,
 76, 81, 87, 88, 89, 98, 100, 108, 109, 110,
 112, 118, 126, 157, 170, 199, 200, 202,
 204, 219, 223, 227, 257, 262, 264, 269,
 286, 287, 302, 305, 307, 316, 318, 321,
 322, 324, 344, 345, 347, 351, 355, 357,
 358, 359, 361, 362, 363, 364, 365, 367,
 375, 388, 390, 391, 392, 393, 395, 398,
 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 407,
 408, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416,
 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 425,
 427, 428, 433, 434, 436, 439, 443, 444,
 445, 451, 452, 455, 456, 461, 462, 464,
 478, 479, 481, 503, 516, 520, 523, 528,
 541, 543, 552, 555, 559, 560, 582, 589,
 592, 601, 602, 603, 616, 638, 641, 658,
 660, 664, 666, 667, 669, 674, 684, 687,
 692, 700, 702, 703, 715, 716, 732, 750,
 770, 785, 800, 815, 817, 818, 823, 824,
 861, 863, 864, 866, 871, 876, 877, 879,
 880, 892, 914, 961, 972, 995, 1019, 1022,
 1024, 1029, 1055, 1057, 1065, 1081, 1091,
 1100, 1106, 1108, 1129, 1133, 1134, 1158,
 1162;
Ver também liberdade de pensamento 87, 88,
 89, 257, 305, 307, 368, 372, 373, 374, 375,
 376, 378, 398, 401, 402, 403, 412, 413,
 414, 417, 418, 422, 427, 428, 480, 616,
 674, 770, 785, 833, 876, 1019, 1108, 1134;
 liberdade de ~ 5, 76, 81, 87, 88, 89, 100, 112,
 202, 286, 307, 324, 344, 347, 355, 358,
 359, 361, 362, 363, 364, 365, 375, 392,
 395, 399, 401, 402, 403, 404, 405, 407,
 408, 410, 411, 412, 415, 416, 419, 420,
 421, 422, 423, 425, 427, 428, 434, 439,
 444, 445, 455, 456, 462, 464, 555, 559,
 602, 603, 616, 669, 687, 692, 732, 750,
 800, 861, 877, 879, 880, 892, 914, 1019,
 1055, 1057, 1133, 1134
 Expulsão 159, 180, 233, 238, 239, 295, 311, 312,
 313, 314, 350, 559, 568, 569, 572, 577,
 578, 579, 584, 585, 586, 588, 635, 637,
 639, 640, 642, 647, 652, 653, 654, 655,
 656, 657, 658, 659, 666, 719, 828;
 proibição de expulsão 559, 658
 Extradicação 49, 50, 87, 137, 180, 181, 241, 584,
 654, 658, 763, 769, 770, 771
- ## F
- Família 9, 28, 33, 35, 43, 45, 46, 56, 108, 115,
 116, 117, 122, 128, 138, 139, 142, 144,
 148, 153, 158, 159, 160, 161, 162, 173,
 176, 178, 189, 200, 204, 235, 253, 254,
 258, 266, 278, 304, 308, 310, 311, 312,
 313, 342, 346, 347, 350, 351, 359, 360,
 363, 376, 378, 392, 406, 412, 469, 472,
 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480,
 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489,
 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497,
 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505,
 506, 507, 508, 509, 512, 516, 517, 520,
 521, 522, 523, 524, 526, 527, 528, 529,
 530, 531, 532, 535, 536, 537, 538, 539,
 542, 546, 547, 548, 549, 550, 554, 561,
 562, 564, 570, 576, 577, 579, 584, 585,
 587, 598, 609, 610, 636, 643, 644, 647,
 656, 657, 658, 659, 666, 672, 679, 697,
 706, 721, 728, 729, 762, 785, 786, 790,
 796, 802, 808, 812, 822, 825, 870, 873,
 874, 972, 982, 986, 1025, 1026, 1053,
 1054, 1055, 1060, 1061, 1066, 1067,
 1069, 1070, 1119, 1134, 1156, 1163,
 1166, 1171, 1174;
 direito de fundar uma ~ 473, 479, 487
 Federação 3, 6, 92, 383, 481, 666, 683, 689, 690
 Federações 441, 456, 457, 458, 459, 840, 844,
 845, 851, 915, 916
 Federalismo 838, 839, 840, 851, 852, 853;
 cláusula federal 838, 840, 841, 843, 844, 845,
 846, 849, 850, 851, 852, 1043, 1101
 unidades federativas 847
 Fertilização in vitro 125, 222
 Foro 76, 92, 93, 101, 212, 265, 424, 928, 1003,
 1085

Funcionário consular 235, 292

Fundo de Assistência Jurídica 911, 918, 975, 990, 991

G

Garantias 9, 26, 30, 35, 45, 46, 48, 51, 54, 62, 67, 69, 80, 81, 85, 87, 89, 94, 95, 98, 100, 102, 105, 109, 114, 123, 124, 130, 135, 136, 137, 154, 157, 163, 178, 179, 180, 181, 186, 211, 217, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 228, 234, 235, 237, 239, 241, 243, 246, 248, 249, 250, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 275, 279, 280, 281, 282, 283, 286, 288, 289, 292, 293, 294, 295, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 311, 312, 313, 314, 318, 321, 322, 323, 341, 343, 350, 356, 371, 393, 395, 396, 415, 419, 426, 427, 430, 446, 448, 449, 457, 458, 465, 474, 485, 498, 508, 510, 516, 518, 534, 535, 537, 540, 543, 544, 546, 549, 554, 567, 574, 576, 577, 583, 585, 586, 587, 588, 607, 611, 623, 627, 628, 636, 639, 640, 642, 643, 644, 651, 653, 654, 655, 656, 657, 659, 666, 672, 674, 683, 686, 687, 697, 699, 701, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 742, 743, 745, 746, 751, 753, 755, 757, 759, 764, 766, 768, 770, 774, 779, 781, 796, 800, 802, 803, 804, 815, 822, 823, 824, 825, 826, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 836, 840, 847, 848, 849, 850, 853, 854, 857, 860, 861, 876, 879, 900, 906, 919, 928, 929, 931, 934, 972, 973, 984, 993, 994, 995, 1003, 1010, 1013, 1015, 1016, 1018, 1019, 1020, 1022, 1025, 1028, 1033, 1040, 1041, 1042, 1051, 1057, 1062, 1067, 1071, 1079, 1084, 1085, 1086, 1087, 1089, 1090, 1091, 1106, 1132, 1133, 1144, 1152, 1164;

conflito armado interno 348, 350, 645, 646, 673, 764, 766, 906, 1048, 1126, 1157;

de não repetição 48, 79, 139, 181, 341, 655, 1003, 1010, 1015, 1016, 1018, 1019, 1022, 1023, 1025, 1037, 1040, 1042, 1043, 1046, 1049, 1051, 1062, 1067, 1079, 1176;

devidas ~ 250, 261, 262, 263, 265, 279, 313, 518, 586, 607, 768, 802, 919, 934, 1152;

estado de exceção 237, 247, 371, 746, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 832, 834;

estado de guerra 574;

estado de sítio 574, 906;

garantias de proteção 644, 802, 919, 1018;

ordem pública 130, 145, 243, 285, 370, 372, 373, 378, 393, 394, 398, 409, 422, 430, 441, 442, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453,

454, 458, 459, 460, 462, 467, 497, 563, 575, 578, 579, 588, 600, 638, 641, 681, 696, 825, 831, 832, 858, 864, 866, 874, 876, 877, 878, 879, 920, 982, 983, 986;

rebeliões internas 826;

situações de emergência 131, 185, 186, 259, 371, 651, 743, 824, 825, 1106;

suspensão de garantias 9

Garantias diplomáticas 180

Garantias judiciais 54, 95, 114, 124, 135, 136, 163, 178, 235, 241, 246, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 264, 270, 275, 281, 283, 292, 300, 302, 305, 306, 307, 308, 314, 321, 322, 323, 356, 396, 465, 474, 485, 516, 534, 544, 656, 686, 697, 732, 733, 734, 736, 743, 745, 753, 755, 764, 766, 796, 800, 803, 804, 833, 834, 928, 929, 931, 934, 1018, 1020, 1025, 1028, 1041, 1057, 1106, 1132, 1133, 1164;

Ver apelação 16, 17, 90, 257, 652, 659, 934, 989;

Ver devidas garantias 250, 261, 262, 263, 265, 279, 313, 518, 586, 607, 768, 802, 919, 934, 1152;

Ver também devido processo 49, 53, 92, 105, 114, 123, 136, 189, 211, 212, 220, 226, 235, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 272, 274, 279, 280, 281, 282, 283, 286, 288, 291, 292, 293, 295, 298, 300, 303, 304, 306, 312, 313, 314, 320, 322, 323, 335, 339, 371, 381, 433, 445, 485, 535, 543, 555, 567, 573, 583, 585, 586, 610, 655, 659, 666, 684, 686, 687, 733, 734, 740, 741, 742, 743, 749, 751, 752, 754, 756, 763, 768, 770, 774, 786, 797, 833, 834, 836, 840, 854, 857, 878, 907, 927, 931, 933, 934, 972, 973, 977, 1019, 1094, 1110, 1144, 1152, 1176;

Ver direito à proteção judicial 93, 258, 259, 314, 606, 610, 732, 733, 734, 736, 737, 738, 742, 747, 750, 754, 756, 765, 1041, 1126;

Ver tradutor 235, 250, 256, 286;

contraditório 296, 744, 923, 931, 977, 990, 994;

controle judicial imediato 237, 239;

defensor público 248, 289, 293, 294, 968;

defesa técnica 281, 290, 293, 294, 295;

direito de defesa 89, 270, 274, 280, 281, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 321, 655, 832, 929, 931, 938, 943, 1051, 1070;

direito de ser julgado 136, 212, 228, 241, 274, 279;

- direito de ser ouvido 180, 241, 263, 300, 308, 359, 583, 657;
 imediatismo 239, 1046;
 intérprete 29, 60, 62, 86, 98, 235, 250, 256, 286, 426, 522, 657, 659, 757, 792, 797, 800, 810, 857, 992, 1080, 1085, 1088, 1129, 1131, 1132, 1179;
ne bis in idem 257, 267, 303, 304, 764, 768, 1042;
 prazo razoável 82, 90, 91, 99, 181, 217, 220, 228, 238, 241, 242, 250, 256, 260, 262, 275, 276, 277, 278, 279, 338, 416, 597, 613, 647, 655, 736, 739, 744, 752, 754, 755, 831, 932, 936, 942, 1017, 1144, 1170;
 presunção de inocência 136, 230, 232, 237, 242, 243, 244, 245, 256, 283, 284, 285, 286, 294, 300, 322, 323, 611, 686, 687, 827, 928;
 princípio do contraditório 990;
 proteção judicial 44, 86, 93, 112, 163, 178, 257, 258, 259, 275, 314, 335, 356, 431, 465, 473, 534, 544, 585, 606, 610, 686, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 742, 743, 747, 749, 750, 753, 754, 756, 764, 765, 769, 796, 797, 800, 803, 852, 928, 931, 1017, 1041, 1108, 1125, 1126, 1164
 Garantias judiciais 250
 Gênero 53, 116, 130, 133, 134, 170, 171, 356, 357, 358, 359, 360, 364, 372, 384, 385, 386, 471, 486, 489, 490, 511, 518, 519, 528, 536, 539, 572, 577, 583, 585, 587, 688, 689, 690, 694, 695, 702, 716, 717, 743, 782, 783, 785, 884, 902, 948, 951, 952, 953, 954, 973, 995, 1010, 1021, 1022, 1023, 1030, 1048, 1049, 1050, 1086, 1163, 1175, 1181;
 estereótipos de ~ 53, 717, 785, 1048;
 perspectiva de ~ 133, 356, 489, 490, 782, 1023, 1030, 1048, 1049, 1181;
 violência de ~ 53, 134, 171, 782, 785
 Genocídio 16, 17, 172, 329, 828, 843, 1100, 1126;
Ver também crimes contra a humanidade 16, 59, 164, 202, 329, 650, 767, 828, 843, 874
 Golpe de Estado 421, 445, 454, 661, 663, 670, 692, 826
 Greve 158, 335, 439, 456, 458, 804, 812, 915
- H**
- Habeas corpus 510, 516, 731;
 recurso de habeas corpus 745, 1017
 Habitação 22, 812
 Hierarquia normativa 30, 860
 Honra 7, 9, 28, 88, 115, 324, 336, 337, 342, 345, 346, 347, 361, 362, 363, 364, 411, 414, 415, 416, 417, 424, 425, 426, 427, 428, 432, 434, 435, 476, 490, 491, 492, 507, 512, 515, 519, 529, 555, 672, 1167;
Ver também dignidade 9, 22, 27, 28, 41, 68, 108, 113, 114, 118, 138, 145, 147, 148, 151, 156, 157, 158, 160, 165, 171, 173, 182, 184, 185, 189, 190, 195, 212, 213, 291, 312, 326, 329, 342, 345, 354, 355, 358, 362, 363, 364, 371, 372, 376, 377, 415, 425, 426, 427, 428, 434, 443, 444, 455, 479, 484, 492, 493, 499, 502, 505, 507, 513, 518, 519, 522, 526, 529, 537, 543, 572, 585, 638, 644, 669, 672, 702, 703, 704, 709, 714, 874, 883, 884, 955, 1015, 1042, 1062, 1063, 1090, 1127, 1130, 1134
 proteção da ~ 345, 362, 364, 415, 424, 432, 434, 476, 555
- I**
- Identidade 53, 106, 107, 115, 117, 118, 119, 140, 141, 142, 202, 224, 287, 288, 296, 297, 353, 357, 358, 359, 360, 364, 372, 380, 382, 384, 385, 386, 387, 397, 471, 483, 486, 489, 495, 505, 506, 507, 511, 512, 513, 514, 517, 518, 519, 521, 522, 523, 524, 525, 527, 529, 557, 558, 559, 561, 563, 564, 568, 569, 572, 580, 599, 605, 617, 618, 624, 626, 627, 628, 655, 694, 695, 705, 716, 717, 753, 784, 901, 915, 933, 935, 939, 944, 973, 1016, 1035, 1036, 1037, 1038, 1051, 1069, 1071, 1123, 1124, 1125, 1126, 1128, 1131, 1132, 1134, 1136, 1140, 1143, 1147, 1156, 1162, 1164, 1166, 1170, 1173, 1174, 1177, 1182;
Ver orientação sexual 54, 116, 357, 358, 359, 364, 372, 471, 473, 481, 484, 485, 486, 491, 492, 511, 518, 519, 688, 694, 695, 706, 713, 714, 716, 717, 718, 720, 800;
 cultural 15, 45, 53, 58, 102, 131, 142, 147, 149, 159, 287, 368, 372, 382, 384, 385, 386, 387, 397, 453, 457, 461, 523, 553, 583, 609, 617, 618, 619, 621, 624, 626, 627, 628, 632, 721, 753, 811, 813, 848, 1035, 1037, 1064, 1103, 1115, 1117, 1118, 1120, 1121, 1125, 1128, 1131, 1132, 1134, 1136, 1136, 1143, 1145, 1147, 1156, 1157, 1162, 1163, 1166, 1170, 1172, 1175, 1179, 1181, 1182;
 direito à ~ 106
 Igualdade 22, 23, 28, 51, 52, 54, 58, 64, 65, 83, 84, 89, 106, 110, 112, 113, 116, 178, 187, 200, 250, 269, 270, 271, 280, 281, 286, 287, 291, 294, 296, 300, 310, 311, 313, 338, 357, 358, 359, 371, 374, 377, 387, 388, 395, 407, 423, 442, 444, 456, 459, 469, 471, 473, 475, 477, 478, 479, 481, 482, 483, 484, 485, 487, 488, 495, 509,

- 514, 519, 550, 555, 558, 563, 565, 566, 567, 570, 575, 579, 582, 583, 598, 623, 639, 645, 655, 660, 663, 665, 667, 668, 670, 672, 674, 675, 677, 678, 680, 682, 683, 685, 686, 689, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 717, 718, 719, 720, 721, 723, 786, 787, 796, 812, 828, 863, 865, 883, 902, 921, 930, 964, 973, 990, 995, 1087, 1108, 1125, 1132, 1133, 1134, 1145, 1147, 1158;
- de gênero 689, 902;
- direito à igualdade 3, 44, 45, 47, 50-53, 57, 64, 65, 68, 76, 83, 87, 88, 93, 99, 100, 105-112, 114, 115, 117-119, 123, 125-137, 139-141, 144-149, 156-163, 165-169, 171, 173-179, 182, 183, 185-189, 192, 193, 202, 213, 214, 217, 220-226, 229-231, 234, 235, 237, 242-247, 255, 257-259, 261, 270, 279-281, 283, 284, 286, 287, 289-293, 295, 297, 298, 306, 307, 312, 317, 324, 334, 338, 342, 345-349, 351-366, 369-377, 379-382, 384-390, 393, 396-399, 401, 402, 404-407, 410, 411, 413, 414, 417-423, 425, 427, 428, 430, 432, 433, 439, 442, 444, 445, 447, 448, 450, 453-455, 459, 460, 462, 465, 466, 471-476, 480, 485, 488-492, 504-509, 516, 522-525, 528, 529, 534, 535, 540, 542, 543, 545, 548, 550, 552-556, 558, 559-561, 563, 567, 570-577, 582-584, 587, 589, 593-604, 606-624, 627-630, 632-635, 639, 641, 644-646, 648, 652, 655, 658, 663, 665, 666, 669, 670, 672, 674, 677-680, 685, 690, 691, 697-699, 701-703, 706, 710-714, 720, 723, 732-734, 736-738, 742, 745-747, 750-754, 756, 760, 761, 765, 770, 775, 778, 779, 785, 793, 794, 796-800, 802-808, 810, 812, 813, 825, 827, 829-831, 833, 836, 840, 844, 852, 854, 856, 861, 869, 879, 915, 933, 1003, 1010-1012, 1018-1020, 1028, 1031, 1032, 1036, 1041, 1055, 1058, 1061, 1064, 1068, 1069, 1074, 1080-1082, 1104, 1106, 1108, 1123, 1125-1147, 1149, 1156, 1158-1160, 1166, 1170, 1171, 1174, 1183, 1147; formal 28, 53, 60, 87, 89, 134, 195, 207, 213, 226, 227, 228, 229, 233, 239, 260, 263, 287, 299, 317, 319, 320, 325, 338, 391, 429, 430, 431, 451, 452, 474, 501, 601, 605, 612, 630, 641, 644, 655, 664, 665, 678, 681, 686, 687, 701, 735, 765, 794, 865, 866, 880, 912, 928, 932, 959, 1070, 1103, 1109, 1110, 1136, 1137, 1138, 1145, 1151, 1159;
- perante a lei 51, 64, 83, 108, 113, 286, 357, 442, 459, 477, 482, 485, 519, 528, 558, 572, 575, 665, 668, 670, 672, 677, 686, 693, 696, 697, 698, 699, 701, 702, 709, 710, 715, 828, 1108, 1125, 1132, 1134;
- formal 678, 701
- princípio de ~ 51, 54, 83, 645, 696, 697, 700, 720, 721, 1133
- Imparcialidade judicial 273
- Impreciso 93
- Imprescritibilidade 767, 770
- Impunidade 3, 49, 50, 53, 84, 86, 87, 132, 133, 134, 141, 164, 171, 175, 177, 304, 362, 464, 732, 741, 754, 755, 756, 757, 762, 763, 764, 765, 766, 768, 769, 784, 786, 840, 906, 979, 1002, 1042, 1050, 1060, 1063, 1077, 1131, 1160, 1166, 1181, 1182
- Imunidades 424, 432, 883, 884, 885, 949, 965, 1083, 1086, 1087, 1088;
- diplomáticas 180, 1087;
- privilégios e imunidades 885, 965, 1087, 1088
- Indenização 9, 48, 92, 134, 166, 332, 334, 335, 337, 338, 339, 341, 521, 590, 596, 597, 609, 610, 612, 614, 615, 645, 796, 801, 848, 924, 944, 998, 1000, 1004, 1012, 1013, 1014, 1019, 1020, 1021, 1022, 1025, 1026, 1027, 1028, 1030, 1031, 1032, 1033, 1038, 1040, 1052, 1053, 1054, 1055, 1056, 1057, 1058, 1059, 1060, 1062, 1063, 1066, 1068, 1069, 1070, 1072, 1073, 1080, 1143, 1146, 1154, 1161, 1164, 1166, 1168, 1173, 1180;
- direito à ~ 334, 338, 1012
- Independência judicial 94, 95, 269, 270, 271, 685, 686, 692, 750, 929, 1088
- Indígenas 3, 4, 5, 7, 37, 38, 51, 53, 56, 57, 58, 59, 74, 75, 76, 81, 82, 83, 84, 99, 111, 112, 147, 205, 209, 287, 349, 354, 372, 374, 377, 382, 384, 385, 387, 454, 496, 525, 550, 563, 564, 572, 577, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 601, 605, 613, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 656, 662, 665, 670, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 681, 687, 690, 691, 707, 712, 717, 720, 721, 722, 732, 750, 751, 752, 753, 790, 793, 800, 801, 808, 861, 871, 873, 875, 902, 905, 913, 915, 952, 992, 1001, 1002, 1003, 1013, 1014, 1015, 1018, 1023, 1035, 1037, 1038, 1044, 1047, 1050, 1051, 1057, 1063, 1064, 1114, 1115, 1116, 1117, 1118, 1119, 1120, 1121, 1122, 1123, 1124, 1125, 1126, 1127, 1128, 1130, 1131, 1132, 1133, 1134, 1135, 1136, 1137, 1138, 1139, 1140, 1141, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1147, 1148, 1149, 1150, 1151, 1152, 1153, 1154, 1155, 1156, 1157, 1158, 1159, 1160, 1161, 1162, 1163,

- 1167, 1168, 1169, 1170, 1172, 1173, 1174, 1176, 1177, 1178, 1179, 1181, 1182, 1183
- Indulto 120, 338
- Informação 49, 75, 76, 81, 87, 88, 89, 105, 114, 123, 136, 140, 141, 167, 176, 180, 220, 234, 235, 236, 255, 280, 286, 287, 291, 292, 329, 345, 371, 398, 399, 401, 403, 404, 405, 407, 408, 409, 410, 412, 419, 420, 422, 427, 428, 432, 433, 434, 435, 478, 489, 490, 500, 535, 578, 579, 593, 610, 620, 629, 647, 732, 750, 751, 771, 785, 786, 800, 805, 816, 820, 834, 836, 840, 844, 854, 857, 879, 890, 897, 900, 902, 926, 936, 939, 944, 959, 965, 972, 973, 978, 983, 984, 985, 986, 987, 992, 998, 999, 1001, 1002, 1017, 1020, 1039, 1049, 1133, 1151, 1153, 1154;
- confidencialidade da informação 409;
- direito à informação 367, 371, 470, 473, 494, 995;
- direito de acesso à informação 89, 399, 401, 408, 409, 751, 800;
- impreciso 93
- Inimigo interno 673, 1159
- Instituições democráticas 19, 21, 22, 23, 26, 27, 30, 463, 464, 826, 860, 861, 878
- Integridade cultural 159, 387, 1120, 1147;
- direito à ~ 1147
- Integridade pessoal 9, 45, 116, 126, 131, 132, 133, 141, 144, 146, 148, 151, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 182, 183, 184, 186, 188, 189, 190, 192, 193, 194, 222, 239, 246, 247, 249, 257, 275, 292, 305, 306, 354, 355, 362, 381, 386, 397, 406, 440, 452, 489, 507, 526, 534, 543, 544, 555, 584, 586, 646, 658, 679, 745, 760, 765, 770, 775, 779, 783, 785, 796, 797, 800, 822, 825, 834, 840, 905, 940, 1017, 1020, 1028, 1035, 1038, 1075, 1078, 1104, 1106, 1119, 1129, 1130, 1131, 1134;
- direito à ~ 9, 151, 543, 822, 1119, 1129
- Interesse público 88, 100, 214, 243, 285, 328, 329, 378, 408, 409, 410, 411, 413, 414, 415, 416, 418, 420, 422, 423, 452, 453, 464, 575, 600, 613, 629, 635, 642, 657, 677, 712, 718, 778, 786, 864, 865, 866, 879, 880, 1140, 1158;
- Ver também* direito à propriedade 9, 590, 594, 610, 612, 864, 1119, 1134
- Interesse superior da criança 308, 477, 495, 497, 498, 499, 502, 503, 504, 505, 544, 545, 562, 563, 571, 586, 587, 657, 714, 1156;
- princípio do interesse superior da criança 562, 586
- Interpretação 9, 70, 85, 105, 219, 223, 250, 272, 304, 367, 436, 437, 441, 470, 473, 590, 591, 598, 625, 627, 628, 632, 724, 725, 733, 765, 766, 789, 801, 810, 854, 857, 861, 867, 870, 878, 892, 910, 937, 944, 946, 947, 957, 961, 970, 971, 972, 973, 978, 989, 995, 1006, 1113, 1148, 1150, 1151, 1167;
- Ver* dinâmica 149, 172, 364, 377, 856, 857, 858, 1037;
- Ver* princípio do *effet utile* 80, 98;
- pro homine* 30, 238, 855;
- conforme 24, 29, 50, 96, 102, 226, 289, 321, 338, 345, 364, 373, 384, 417, 451, 479, 571, 677, 719, 743, 744, 751, 792, 865, 868, 869, 912, 913, 918, 920, 977, 991, 1038, 1043, 1069, 1089, 1104;
- effet utile* 80, 98, 130, 747;
- evolutiva 57, 58, 125, 149, 209, 524, 628, 644, 799, 844, 857, 858, 859, 861, 1120, 1135;
- homine* 30, 238, 855, 859;
- Ver pro personae* 446;
- teleológica 856, 980
- Intimidade 305, 345, 347, 357, 364, 380, 421, 471, 477, 491, 522;
- direito à ~ 305, 421, 491
- Irretroatividade 318, 320, 327, 330, 465, 764, 827, 1041;
- iura novit curia* 50, 357, 800, 931;
- princípio de ~ 327

J

- Juiz 26, 29, 45, 52, 57, 59, 60, 61, 62, 75, 76, 77, 78, 84, 89, 92, 95, 97, 98, 109, 110, 118, 136, 148, 149, 195, 211, 212, 213, 217, 220, 225, 237, 238, 239, 240, 241, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 256, 257, 262, 263, 264, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 277, 282, 283, 284, 287, 288, 290, 298, 300, 304, 305, 308, 309, 324, 325, 326, 327, 328, 347, 375, 378, 379, 384, 385, 389, 393, 411, 414, 415, 416, 420, 427, 428, 432, 433, 462, 506, 523, 527, 537, 555, 597, 610, 611, 612, 614, 615, 660, 664, 667, 668, 669, 670, 671, 675, 678, 684, 685, 686, 687, 701, 702, 712, 719, 720, 733, 734, 739, 742, 745, 746, 756, 765, 766, 767, 768, 794, 797, 798, 799, 800, 809, 829, 831, 832, 834, 840, 857, 858, 860, 865, 912, 922, 923, 929, 950, 951, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 969, 977, 978, 988, 1003, 1014, 1040, 1042, 1071, 1074, 1083, 1086, 1087, 1088, 1089, 1090, 1091, 1093, 1094, 1096,

1122, 1123, 1133, 1162;
ad hoc 29, 172, 264, 267, 321, 584, 671, 874,
 885, 902, 910, 911, 921, 922, 949, 956,
 957, 958, 961, 962, 969, 1014;
 constitucional 272;
 provisório 271, 585, 1077.
 Juízo 683;
 de constitucionalidade 677, 684, 718;
 oral 127, 170, 300, 305, 546, 777, 783, 929,
 968, 981, 983, 985, 997, 998, 1164;
 Jurisdição penal militar 92, 212, 266, 268, 296,
 706, 1003;
Ver foro militar 76, 92, 93, 101, 265, 1003;
Ver normas imperativas 827;
jus sanguinis 524, 561, 562, 563, 569, 573;
jus soli 561, 562, 569, 573;
 tribunal militar 202, 205, 706
Jus cogens 110, 115, 157, 164, 177, 180, 197,
 201, 696, 770, 827, 828, 833, 1085
 Justiça 3, 4, 7, 15, 16, 17, 19, 22, 23, 26, 27, 28,
 29, 49, 53, 57, 61, 62, 69, 78, 83, 85, 87,
 88, 92, 94, 96, 98, 113, 130, 146, 155,
 162, 178, 191, 192, 202, 212, 221, 230,
 243, 248, 250, 256, 257, 258, 259, 260,
 261, 263, 264, 266, 267, 269, 275, 277,
 278, 279, 286, 288, 291, 292, 294, 295,
 297, 304, 305, 310, 311, 319, 326, 330,
 338, 363, 372, 400, 418, 421, 430, 431,
 441, 455, 471, 477, 493, 536, 544, 545,
 546, 547, 549, 550, 551, 567, 572, 577,
 581, 582, 583, 585, 639, 680, 683, 684,
 685, 702, 703, 704, 732, 734, 736, 737,
 740, 741, 744, 745, 751, 752, 753, 754,
 756, 757, 758, 759, 760, 763, 765, 767,
 768, 774, 777, 785, 786, 787, 796, 800,
 802, 803, 812, 813, 831, 848, 860, 866,
 878, 897, 902, 903, 911, 917, 928, 932,
 933, 945, 977, 982, 983, 991, 999, 1000,
 1002, 1018, 1025, 1026, 1030, 1038,
 1041, 1043, 1044, 1046, 1047, 1054,
 1056, 1062, 1063, 1065, 1071, 1072,
 1081, 1088, 1089, 1123, 1130, 1131,
 1132, 1162, 1164, 1166, 1171, 1176, 1183;
 direito de acesso à ~ 83, 178, 212, 258, 259,
 260, 261, 266, 267, 275, 311, 665, 732,
 736, 754, 760, 787, 803, 1018, 1030;
 ordinária 92, 200, 266, 668, 686, 949, 955,
 965, 1090;
 penal juvenil 541;
 social 19, 22, 23, 26, 27, 221, 812, 813, 860;
 Justiciabilidade 149, 606, 608, 683, 791, 793,
 796, 797, 799, 818

L

Lares adotivos 504

Legado cultural 58, 385, 1136
 Legalidade penal 317, 320, 324;
Ver princípio da legalidade 89, 168, 266, 317,
 318, 319, 320, 321, 415, 419, 460, 467,
 516, 553, 686, 687, 701, 825, 827, 1174;
 taxatividade legal 323, 324, 325, 326
 Lei formal 28, 317, 391, 430, 452, 866
 Liberdade 5, 9, 19, 22, 23, 26, 27, 28, 42, 45, 47,
 48, 50, 57, 66, 76, 81, 87, 88, 89, 100, 109,
 112, 114, 116, 127, 133, 140, 141, 142,
 143, 144, 145, 147, 148, 151, 155, 156,
 160, 162, 163, 165, 172, 175, 176, 179,
 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189,
 190, 191, 192, 193, 194, 195, 199, 200,
 202, 205, 206, 209, 210, 211, 212, 213,
 217, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226,
 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234,
 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242,
 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 257,
 268, 279, 285, 286, 287, 288, 291, 292,
 294, 295, 296, 305, 306, 307, 313, 317,
 324, 328, 334, 335, 339, 341, 344, 347,
 349, 354, 355, 358, 359, 361, 362, 363,
 364, 365, 366, 368, 369, 370, 371, 372,
 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380,
 381, 382, 383, 384, 385, 387, 388, 389,
 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397,
 398, 399, 401, 402, 403, 404, 405, 406,
 407, 408, 410, 411, 412, 413, 414, 415,
 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423,
 425, 426, 427, 428, 434, 438, 439, 440,
 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448,
 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456,
 457, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465,
 466, 467, 479, 480, 482, 487, 489, 493,
 507, 512, 516, 521, 526, 539, 540, 542,
 543, 550, 552, 555, 558, 559, 566, 569,
 572, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580,
 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589,
 602, 603, 607, 611, 616, 635, 638, 639,
 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647,
 648, 653, 655, 658, 663, 669, 674, 677,
 686, 687, 688, 692, 698, 720, 732, 733,
 738, 743, 745, 746, 750, 766, 770, 772,
 774, 781, 782, 783, 785, 799, 800, 802,
 812, 825, 827, 828, 829, 830, 831, 832,
 833, 834, 844, 854, 860, 861, 864, 865,
 874, 876, 877, 879, 880, 883, 892, 914,
 933, 939, 981, 1004, 1014, 1015, 1016,
 1017, 1018, 1019, 1020, 1025, 1036, 1040,
 1052, 1053, 1055, 1057, 1062, 1065, 1079,
 1087, 1091, 1104, 1108, 1120, 1131, 1133,
 1134, 1141, 1165;
Ver detenção ilegal 142, 231, 232, 237, 341,
 1069;
Ver liberdade de pensamento 87, 88, 89, 257,
 305, 307, 368, 372, 373, 374, 375, 376,
 378, 398, 401, 402, 403, 412, 413, 414,
 417, 418, 422, 427, 428, 480, 616, 674,

- 770, 785, 833, 876, 1019, 1108, 1134;
Ver direito à liberdade pessoal 45, 162, 221, 222, 223, 225, 226, 229, 230, 237, 242, 243, 244, 247, 279, 317, 380, 555, 733, 738, 745, 829, 830, 831, 1104;
 expulsão 159, 180, 233, 238, 239, 295, 311, 312, 313, 314, 350, 559, 568, 569, 572, 577, 578, 579, 584, 585, 586, 588, 635, 637, 639, 640, 642, 647, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 666, 719, 828;
 liberdade de consciência 9, 366, 372, 822, 864;
 liberdade de imprensa 427;
 liberdade de religião 369, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 381, 382, 384, 385, 388, 389, 391, 392, 393, 395, 569;
 liberdade física 217, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 228, 830;
 liberdade negativa 461;
 liberdade pessoal 9, 19, 26, 27, 45, 47, 48, 116, 133, 141, 162, 163, 176, 182, 217, 221, 222, 223, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 232, 233, 237, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 279, 292, 313, 317, 380, 489, 507, 555, 574, 584, 585, 586, 611, 635, 641, 658, 733, 738, 743, 745, 746, 782, 829, 830, 831, 860, 879, 880, 1017, 1036, 1104;
 liberdade positiva 461;
 liberdade sindical 438, 439, 447, 448, 449, 460, 465, 466, 467, 933
 Líderes sociais 672
 Livre convencimento judicial 1084, 1088
 Livre desenvolvimento da personalidade 148, 358, 360
Locus standi in judicio 977, 984
 Lucro cessante 1025, 1053, 1055, 1056, 1057, 1064, 1065;
 dano emergente 1052, 1053, 1054, 1165
- M**
- Margem de apreciação nacional 425, 430, 663, 680, 682;
 doutrina da ~ 430
 Massacres 32, 33, 41, 43, 45, 152, 153, 158, 159, 160, 164, 167, 168, 171, 173, 174, 175, 183, 195, 209, 210, 219, 231, 252, 276, 332, 340, 342, 343, 346, 347, 348, 349, 351, 356, 367, 386, 387, 469, 470, 492, 507, 530, 531, 532, 539, 548, 576, 577, 591, 597, 599, 635, 638, 643, 644, 645, 726, 729, 754, 755, 757, 761, 763, 765, 766, 779, 854, 859, 861, 908, 931, 937, 944, 1002, 1007, 1031, 1032, 1035, 1036, 1037, 1070, 1114, 1126, 1127, 1130, 1131, 1157, 1164, 1173, 1175, 1176
 Maternidade 357, 360, 474, 476, 484, 488, 490, 528, 534, 812
 Matrimônio 106, 116, 197, 472, 474, 475, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 509, 528, 542, 550, 564, 565, 566, 567, 1069;
 matrimônio forçado 197
 Máxima gravidade 136
 Medidas de satisfação 1010, 1015, 1024, 1025, 1031, 1033, 1037, 1040, 1042, 1049, 1051, 1067, 1081
 Medidas provisórias 145, 193, 340, 539, 619, 620, 634, 804, 895, 899, 900, 903, 968, 969, 970, 997, 998, 1001, 1004, 1010, 1073, 1074, 1075, 1076, 1077, 1078, 1079;
Ver medidas cautelares 20, 25, 230, 237, 239, 603, 604, 610, 611, 612, 613, 619, 620, 621, 633, 648, 670, 684, 804, 805, 884, 890, 901, 903, 904, 905, 1074, 1079, 1090
 Medidas urgentes 1075, 1077
 Meio ambiente 464, 613, 626, 632, 678, 679, 857, 905, 1003, 1154;
 direito ao ~ 626, 678
 Memória coletiva 1120, 1164, 1178
 Migrante 200, 233, 239, 247, 312, 479, 514, 556, 577, 585, 919;
Ver status migratório 190, 313, 560, 585, 657, 709;
 migrantes sem documentos 525;
 trabalhadores migrantes 108, 442, 459, 514, 556, 561, 562, 575, 580, 696, 843, 891
 Migrantes sem documentos 525
 Ministério Público 143, 175, 239, 267, 295, 352, 361, 363, 379, 407, 797, 831, 1049, 1050, 1129, 1181
 Minorias 5, 57, 359, 376, 382, 383, 387, 391, 460, 525, 550, 563, 564, 566, 572, 577, 619, 718, 722, 828, 866, 1023;
 minorias religiosas 5, 376, 382, 387;
 Moral pública 366, 373, 390, 394, 395, 398, 441, 467, 575, 640, 642, 865, 877, 879
- N**
- Nacionalidade 9, 22, 42, 55, 114, 117, 118, 119, 229, 312, 349, 371, 372, 405, 439, 442, 475, 477, 482, 488, 505, 506, 507, 511, 513, 514, 516, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 542, 548, 549, 550, 551, 552, 553,

- 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 581, 582, 583, 584, 585, 587, 588, 589, 635, 639, 641, 646, 647, 653, 654, 655, 657, 658, 660, 665, 666, 667, 668, 672, 683, 699, 700, 706, 709, 711, 712, 822, 825, 865, 887, 907, 921, 922, 934, 950, 951, 957, 961, 962, 993, 1017, 1047, 1055, 1132;
- aquisição da ~ 511, 526, 550, 553, 561, 564, 565, 571, 573, 655;
- direito à ~ 117, 118, 506, 516, 522, 523, 524, 525, 542, 548, 550, 552, 555, 556, 559, 560, 561, 563, 567, 570, 571, 573, 574, 575, 589, 665, 666, 825, 993
- Nascimento 21, 27, 31, 51, 119, 372, 384, 446, 474, 483, 486, 489, 493, 495, 504, 506, 507, 512, 513, 514, 516, 518, 519, 520, 521, 522, 524, 525, 526, 527, 528, 541, 556, 557, 558, 559, 561, 562, 563, 564, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 579, 654, 655, 664, 666, 697, 698, 699, 705, 709, 711, 712, 715, 716, 718, 814, 918, 1047, 1099, 1124, 1125, 1164;
- registro de 178, 179, 186, 221, 248, 249, 319, 478, 518, 519, 525, 526, 542, 563, 564, 654, 681, 705, 741, 1003, 1018, 1047, 1125, 1163;
- registro de nascimento 525, 526, 563, 564, 654, 705, 1047, 1125
- Naturalização 35, 51, 52, 105, 113, 424, 430, 549, 552, 554, 556, 564, 565, 566, 568, 569, 573, 574, 653, 666, 694, 699, 702, 711, 789, 815, 972, 995;
- Ver também* garantias judiciais 54, 95, 114, 124, 135, 136, 163, 178, 235, 241, 246, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 264, 270, 275, 281, 283, 292, 300, 302, 305, 306, 307, 308, 314, 321, 322, 323, 356, 396, 465, 474, 485, 516, 534, 544, 656, 686, 697, 732, 733, 734, 736, 743, 745, 753, 755, 764, 766, 796, 800, 803, 804, 833, 834, 928, 929, 931, 934, 1018, 1020, 1025, 1028, 1041, 1057, 1106, 1132, 1133, 1164;
- ne bis in idem* 257, 267, 303, 304, 764, 768, 1042
- Negociação coletiva 438, 456, 457, 812;
- direito de ~ 456, 812
- Nome 9, 57, 62, 107, 109, 114, 116, 117, 118, 234, 238, 239, 345, 355, 363, 505, 506, 507, 510, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 542, 556, 557, 558, 559, 561, 567, 569, 579, 602, 605, 647, 709, 745, 777, 778, 784, 813, 822, 825, 833, 878, 890, 904, 907, 912, 914, 916, 925, 934, 939, 973, 1040, 1043, 1062, 1090, 1101, 1121, 1122, 1127, 1148, 1178, 1180;
- Ver pseudônimo* 521, 522;
- apelido 512, 517, 520, 521, 522;
- de família 359, 473, 474, 476, 477, 479, 483, 486, 491, 493, 494, 499, 506, 508, 509, 512, 520, 523, 529, 647, 706, 721, 1069, 1070, 1163;
- direito ao nome 107, 109, 116, 117, 118, 506, 512, 513, 516, 517, 518, 522, 523, 524, 529, 542, 558, 833;
- patronímico 512, 520, 529;
- sobrenome 116, 478, 482, 512, 514, 516, 517, 520, 521, 527, 528, 529;
- suposto 189, 243, 247, 301, 319, 320, 327, 335, 362, 420, 545, 651, 783, 929, 932, 959, 1154

O

Oposição política 674

Organização não governamental 912;

ONG 1165

P

Pacta sunt servanda 40, 768, 858

País de origem 291, 292, 472, 500, 503, 504, 505, 526, 550, 562, 564, 572, 574, 584, 587, 641, 647, 652, 653, 886, 891;

Ver estado de origem 504, 567, 580

Participação 22, 23, 27, 60, 83, 84, 134, 138, 180, 199, 210, 215, 243, 285, 308, 311, 361, 371, 372, 388, 391, 407, 421, 423, 443, 444, 445, 446, 449, 451, 455, 460, 488, 496, 502, 526, 542, 545, 550, 566, 567, 577, 627, 628, 629, 630, 632, 634, 644, 646, 659, 663, 664, 665, 666, 667, 669, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 684, 685, 687, 688, 689, 690, 691, 707, 753, 758, 763, 778, 781, 784, 872, 886, 889, 904, 954, 960, 961, 963, 964, 968, 984, 985, 986, 990, 1018, 1020, 1028, 1037, 1039, 1043, 1064, 1077, 1078, 1079, 1081, 1092, 1099, 1103, 1110, 1120, 1133, 1146, 1147, 1148, 1149, 1151, 1157, 1158, 1159, 1160, 1161, 1165, 1168, 1169, 1170, 1174, 1175, 1176, 1177, 1179, 1180, 1181;

eleitoral 83, 677, 691, 707, 1158, 1174;

política 84, 444, 445, 455, 526, 663, 664, 665, 666, 669, 672, 673, 675, 676, 677, 678, 681, 688, 689, 691, 1120, 1147, 1158, 1160, 1174, 1175

Partidos políticos 56, 84, 362, 412, 423, 440, 667, 669, 674, 675, 676, 681, 682, 689, 690, 692, 707, 914, 1157, 1158

Passaporte 482, 560, 567, 568, 579, 580, 647

Paternidade 357, 474, 484, 528

Pena de morte 76, 91, 120, 123, 124, 134, 135, 136, 137, 172, 180, 255, 257, 306, 324, 542, 769, 823, 828, 833, 840, 869, 939, 972, 994, 996, 1003, 1018, 1097, 1106, 1110;

- abolição da ~ 135, 868, 917, 1110
- Pena de prisão 200, 245, 328
- Pensamento 87, 88, 89, 257, 305, 307, 368, 372, 373, 374, 375, 376, 378, 382, 388, 398, 401, 402, 403, 412, 413, 414, 417, 418, 422, 427, 428, 431, 461, 480, 568, 616, 674, 770, 785, 833, 864, 876, 1019, 1108, 1133, 1134, 1177;
- liberdade de ~ 87, 88, 89, 257, 305, 307, 368, 372, 373, 374, 375, 376, 378, 398, 401, 402, 403, 412, 413, 414, 417, 418, 422, 427, 428, 480, 616, 674, 770, 785, 833, 876, 1019, 1108, 1134
- Pensão 178, 248, 482, 496, 606, 607, 608, 633, 794, 807, 926;
Ver também direitos adquiridos 594, 598, 603, 606, 609;
direito à ~ 794
- Perícia antropológica 675
- Personalidade jurídica 9, 40, 54, 65, 83, 104, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 141, 162, 182, 202, 249, 384, 441, 456, 457, 505, 513, 516, 522, 523, 524, 526, 570, 583, 603, 605, 665, 672, 674, 690, 691, 752, 812, 822, 825, 833, 841, 852, 916, 965, 1044, 1119, 1121, 1123, 1124, 1125, 1126, 1144, 1174;
direito ao reconhecimento da ~ 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 202, 516, 523, 665, 825, 833, 1044, 1123, 1124, 1125
- PIDCP 16, 40, 41, 55, 63, 64, 66, 76, 77, 78, 90, 102, 108, 110, 111, 112, 114, 115, 117, 125, 164, 165, 190, 199, 211, 215, 224, 299, 303, 317, 318, 328, 329, 330, 331, 334, 335, 337, 338, 341, 370, 373, 374, 376, 388, 396, 432, 441, 442, 443, 457, 458, 475, 477, 478, 479, 482, 485, 491, 493, 506, 508, 513, 514, 516, 534, 547, 556, 560, 561, 564, 566, 571, 573, 575, 576, 577, 578, 579, 588, 595, 596, 619, 640, 646, 647, 653, 668, 672, 687, 696, 698, 699, 700, 706, 715, 721, 733, 734, 735, 747, 748, 824, 827, 828, 833, 839, 843, 845, 859, 868, 874, 1012, 1013, 1103
- PIDESC 16, 376, 443, 458, 471, 475, 485, 534, 547, 595, 619, 695, 696, 701, 717, 794, 797, 806, 810, 811, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 843, 1103
- Planejamento Familiar 472, 486
- Pobreza 22, 45, 456, 479, 500, 526, 539, 572, 577, 598, 617, 622, 634, 664, 669, 670, 695, 709, 717, 812, 826, 1009, 1022, 1023, 1080, 1157, 1164, 1165
- Ponderação 127, 128, 169, 243, 352, 362, 393, 394, 395, 420, 682, 683, 708, 794, 1145, 1155, 1163
- Posição de garante 129, 147, 422, 1127;
direito à presunção de inocência 136, 230, 284, 611
- Presunção de inocência 136, 230, 232, 237, 242, 243, 244, 245, 256, 283, 284, 285, 286, 294, 300, 322, 323, 611, 686, 687, 827, 928;
- garantias judiciais 54, 95, 114, 124, 135, 136, 163, 178, 235, 241, 246, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 264, 270, 275, 281, 283, 292, 300, 302, 305, 306, 307, 308, 314, 321, 322, 323, 356, 396, 465, 474, 485, 516, 534, 544, 656, 686, 697, 732, 733, 734, 736, 743, 745, 753, 755, 764, 766, 796, 800, 803, 804, 833, 834, 928, 929, 931, 934, 1018, 1020, 1025, 1028, 1041, 1057, 1106, 1132, 1133, 1164;
direito à presunção de inocência 136, 230, 284, 611
- Presunção *iusis tantum* 161, 611
- Prevaricação 1088
- Princípio da não devolução 584;
non-refoulement 371, 383, 582, 583;
- Princípio de coerência 288
- Princípio de máxima divulgação 408
- Princípio de não intervenção 56
- Prisão provisória 230;
Ver prisão preventiva 211, 226, 231, 242, 243, 244, 245, 279, 286
- Privação da liberdade 140, 141, 156, 182, 193, 220, 224, 226, 228, 229, 232, 233, 234, 235, 236, 238, 243, 244, 247, 248, 453, 577, 585, 586;
Ver direito à liberdade pessoal 45, 162, 221, 222, 223, 225, 226, 229, 230, 237, 242, 243, 244, 247, 279, 317, 380, 555, 733, 738, 745, 829, 830, 831, 1104
- Processado 259, 283, 288, 303, 411, 417, 686, 740, 769;
Ver pessoa não condenada 283
- Projeto de vida 125, 134, 147, 150, 349, 358, 386, 638, 706, 793, 1051, 1062, 1064, 1065, 1066, 1067, 1068, 1081;
Ver também reparação 399, 1011, 1013, 1016, 1017, 1040, 1043, 1052, 1054, 1058, 1063, 1079
- Propriedade 9, 53, 56, 57, 58, 59, 65, 82, 83, 93, 111, 112, 116, 145, 178, 200, 203, 205, 206, 207, 208, 341, 347, 348, 349, 351, 377, 382, 385, 386, 402, 416, 423, 450, 478, 515, 516, 526, 569, 572, 590, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602,

- 603, 604, 605, 606, 607, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 632, 633, 634, 666, 690, 691, 715, 732, 750, 751, 752, 753, 794, 796, 800, 861, 864, 905, 913, 914, 915, 1014, 1015, 1018, 1019, 1028, 1032, 1035, 1047, 1055, 1064, 1106, 1108, 1119, 1120, 1121, 1122, 1123, 1125, 1126, 1133, 1134, 1135, 1136, 1137, 1138, 1139, 1140, 1141, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1147, 1149, 1152, 1164, 1166, 1167, 1168, 1169, 1170, 1171, 1179;
- ancestral 623, 624, 800, 1018, 1035, 1064, 1119, 1127, 1143, 1167, 1168;
- direito à ~ 58, 65, 83, 93, 111, 145, 347, 348, 349, 377, 385, 386, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 607, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 627, 628, 629, 632, 633, 634, 691, 750, 751, 752, 753, 800, 861, 1028, 1032, 1106, 1108, 1123, 1125, 1126, 1134, 1135, 1137, 1138, 1139, 1140, 1141, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1147, 1166, 1171;
- intelectual 569, 616, 595;
- privada 9, 93, 347, 348, 526, 590, 595-599, 602, 607, 608, 609, 612-614, 624, 625, 861, 864, 1106, 1108, 1135, 1138-1143;
- Proteção internacional 19, 21, 25, 28, 29, 35, 45, 46, 62, 111, 112, 154, 167, 172, 180, 207, 220, 223, 255, 260, 291, 311, 314, 343, 350, 377, 451, 452, 493, 549, 554, 569, 580, 582, 584, 585, 586, 587, 588, 636, 652, 657, 828, 840, 846, 867, 927, 934, 973, 977, 993, 994, 995
- Proteção judicial
- 44, 86, 93, 112, 163, 178, 257, 258, 259, 275, 314, 335, 356, 431, 465, 473, 534, 544, 585, 606, 610, 686, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 742, 743, 747, 749, 750, 753, 754, 756, 764, 765, 769, 796, 797, 800, 803, 852, 928, 931, 1017, 1041, 1108, 1125, 1126, 1164;
- direito à ~ 93, 258, 259, 314, 606, 610, 732, 733, 734, 736, 737, 738, 742, 747, 750, 754, 756, 765, 1041, 1126
- Protesto 419, 447, 448, 454, 643, 692, 1149;
- criminalização do ~ 419;
- pacífica 371, 426, 436, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 446, 448, 450, 452, 453, 454, 455, 457, 459, 460, 623, 624, 979, 984, 1169;
- social 419, 447, 1149;
- Protocolo de San Salvador 77, 96, 105, 147, 148, 149, 381, 437, 458, 459, 465, 474, 493, 535, 669, 696, 794, 797, 799, 804, 806, 808, 810, 811, 813, 818, 868, 869, 908, 910, 913, 915, 917, 973, 1110
- Pseudônimo 521, 522
- ## Q
- Quórum 883, 892, 906, 1094
- ## R
- Ratificação 76, 77, 102, 181, 447, 566, 619, 839, 848, 868, 907, 917, 918, 919, 978, 1043, 1095, 1098, 1099, 1100, 1102, 1103, 1105, 1106, 1107, 1109, 1111
- Razzias 232
- Reassentamento voluntário 644
- Reciprocidade 42, 538, 552, 666, 919, 920, 978, 1107, 1108, 1134;
- princípio de ~42
- Recrutamento militar 206
- Recurso 38, 44, 74, 77, 89, 90, 91, 95, 101, 124, 127, 138, 172, 215, 225, 246, 247, 248, 259, 260, 269, 276, 280, 298, 299, 300, 301, 314, 327, 334, 335, 336, 362, 412, 426, 430, 433, 497, 547, 555, 586, 603, 633, 659, 683, 684, 710, 724, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 760, 765, 766, 793, 803, 810, 834, 852, 853, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 932, 933, 1003, 1011, 1012, 1013, 1014, 1017, 1034, 1040, 1071, 1144, 1145, 1146;
- Ver também* proteção judicial 44, 86, 93, 112, 163, 178, 257, 258, 259, 275, 314, 335, 356, 431, 465, 473, 534, 544, 585, 606, 610, 686, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 742, 743, 747, 749, 750, 753, 754, 756, 764, 765, 769, 796, 797, 800, 803, 852, 928, 931, 1017, 1041, 1108, 1125, 1126, 1164;
- Ver* prévio esgotamento dos recursos internos 911, 922, 984
- recurso efetivo 433, 586, 724, 732, 737, 738, 739, 740, 741, 748, 749, 760, 1003, 1012, 1013, 1017, 1034, 1071, 1144, 1145;
- recurso interno 95, 930, 932;
- recurso judicial 38, 44, 74, 77, 90, 124, 127, 246, 259, 301, 683, 724, 731, 732, 734, 735, 738, 739, 740, 742, 743, 747, 748, 750, 751, 803, 928, 1017, 1144
- recurso simples 247, 555, 724, 732, 734, 738, 743, 766, 1011
- Recursos naturais 145, 384, 440, 444, 455, 464, 613, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 626,

- 627, 628, 632, 633, 634, 857, 1123, 1127, 1128, 1136, 1137, 1139, 1140, 1143, 1145, 1146, 1148, 1150, 1170, 1182
- Refugiado 470, 498, 499, 582, 637, 649, 650;
condição de ~ 470, 498, 499, 637, 650
- Refúgio 380, 580, 581, 582, 583, 585, 638, 641, 651, 652, 658, 659, 1053, 1078;
Ver também asilo 470, 498, 499, 535, 549, 580, 581, 583, 649;
humanitário 5, 15, 137, 198, 202, 542, 598, 599, 600, 646, 766, 772, 776, 826, 827, 921, 1011, 1013, 1079
- Registro de detidos 221, 248, 249
- Relatório do artigo 942, 943, 945
- Religião 9, 27, 31, 51, 57, 69, 213, 312, 366, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 395, 396, 397, 446, 475, 477, 480, 484, 493, 508, 516, 555, 563, 564, 569, 571, 579, 583, 584, 635, 658, 672, 697, 698, 699, 702, 715, 716, 814, 822, 825, 828, 833, 864, 918, 1131, 1132, 1156, 1157;
Ver também liberdade de consciência 213, 366, 369, 370, 372, 373, 374, 375, 376, 379, 385, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 395, 396, 397, 516, 555, 825, 1131;
- liberdade de ~ 369, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 381, 382, 384, 385, 388, 389, 391, 392, 393, 395, 569
- Reparação 43, 47, 48, 49, 63, 79, 85, 97, 100, 102, 124, 129, 130, 132, 133, 134, 150, 166, 176, 263, 334, 338, 339, 340, 341, 384, 412, 415, 448, 544, 589, 597, 605, 607, 616, 627, 655, 674, 707, 722, 737, 753, 758, 759, 760, 763, 777, 924, 925, 926, 941, 942, 968, 982, 983, 984, 987, 1001, 1002, 1010, 1011, 1012, 1013, 1014, 1015, 1016, 1017, 1019, 1020, 1021, 1022, 1023, 1024, 1025, 1026, 1028, 1029, 1030, 1031, 1032, 1033, 1034, 1035, 1036, 1037, 1038, 1039, 1040, 1041, 1042, 1043, 1044, 1052, 1053, 1054, 1055, 1056, 1057, 1058, 1059, 1060, 1061, 1062, 1063, 1064, 1065, 1066, 1067, 1068, 1069, 1070, 1072, 1079, 1080, 1081, 1082, 1123, 1161, 1162, 1164, 1165, 1166, 1168, 1169, 1171, 1173, 1174, 1175, 1176, 1177, 1179, 1181, 1182, 1183;
Ver também dano 48, 53, 63, 130, 146, 150, 165, 168, 171, 178, 188, 266, 323, 340, 350, 363, 385, 386, 414, 433, 492, 506, 522, 524, 544, 598, 599, 600, 603, 607, 612, 613, 624, 632, 679, 777, 779, 904, 931, 987, 1013, 1014, 1015, 1020, 1021, 1022, 1023, 1025, 1026, 1027, 1028, 1029, 1030, 1035, 1052, 1053, 1054, 1057, 1058, 1059, 1060, 1061, 1062, 1063, 1064, 1065, 1066, 1067, 1068, 1069, 1070, 1072, 1079, 1080, 1081, 1082, 1123, 1161, 1162, 1164, 1165, 1166, 1168, 1169, 1171, 1173, 1174, 1175, 1176, 1177, 1179, 1181, 1182, 1183;
Ver também violância de gênero 53, 134, 171, 782, 785;
Ver conceito de reparação integral 49;
Ver garantias de não repetição 48, 181, 341, 1003, 1010, 1015, 1016, 1019, 1022, 1025, 1040, 1042, 1051, 1062, 1067, 1079;
direito à ~ 48, 1010, 1011, 1012, 1020, 1036, 1068, 1069, 1080, 1081;
integral 6, 22, 45, 49, 69, 78, 89, 90, 124, 131, 133, 134, 142, 150, 160, 178, 298, 299, 473, 487, 554, 587, 597, 610, 689, 735, 750, 770, 777, 797, 812, 813, 853, 858, 926, 955, 967, 1010, 1015, 1021, 1022, 1037, 1040, 1041, 1049, 1062, 1065, 1067, 1161, 1172;
programas administrativos de ~ 759, 1030;
restitutio in integrum 48, 49, 134, 337, 338, 339, 340, 597, 634, 1010, 1013, 1021, 1022, 1052, 1058, 1065, 1161, 1168
- Repatriação 68, 579, 583, 647, 657
- Réplica 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 963
- Representação política 673, 678, 1159
- Reputação 88, 115, 342, 345, 346, 347, 361, 362, 363, 364, 378, 398, 409, 417, 424, 427, 428, 432, 433, 435, 476, 490, 491, 529, 568, 681, 864, 876, 877, 880, 1090;
Ver também proteção da dignidade 157;
proteção da honra 9, 342, 492
- Reservas 20, 28, 284, 470, 491, 549, 559, 626, 823, 833, 836, 847, 917, 941, 1088, 1090, 1095, 1097, 1098, 1100, 1101, 1102, 1103, 1104, 1105, 1106, 1107, 1108, 1148, 1169;
- regime de ~ 1105
- Residência 9, 26, 114, 207, 222, 257, 305, 312, 347, 349, 384, 482, 497, 499, 505, 526, 552, 555, 558, 562, 563, 565, 566, 567, 568, 571, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 582, 589, 635, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 653, 654, 655, 657, 658, 660, 665, 666, 667, 668, 672, 679, 711, 865, 1015, 1016, 1028, 1032, 1076;
Ver coisa julgada 61, 267, 298, 303, 304, 336, 749, 764, 768, 933, 1042;
Ver direito de circulação e de residência 9, 635;
res inter alios acta 1110;
res judicata 61, 336
- Retificação 9, 73, 77, 78, 343, 345, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 519, 555, 682, 836, 847, 969, 972, 989;

- Ver* direito de retificação ou resposta 73, 77, 78, 343, 345, 425, 428, 429, 430, 431, 434, 555, 682, 836, 847, 972;
- Retorno 181, 445, 498, 572, 574, 577, 583, 643, 644, 645, 658, 766, 1016, 1022, 1032, 1037, 1180;
- Ver também* direito de circulação e de residência 257, 312, 638, 640;
- digno 27, 187, 384, 521, 555, 644, 812, 984, 1165
- Retroatividade 9, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 328, 330, 686, 804, 822, 825, 833, 858, 917;
- princípio de ~ 323
- Reunião 9, 26, 383, 384, 421, 422, 436, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 457, 459, 461, 463, 464, 468, 497, 534, 555, 559, 665, 667, 790, 814, 889;
- direito de ~ 26, 421, 422, 436, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 459, 463, 464, 468, 555, 665;
- Ver também* liberdade de associação 57, 66, 361, 371, 384, 421, 441, 442, 445, 446, 447, 456, 457, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 555, 799, 800, 802, 844, 865
- S**
- Saúde 4, 8, 147, 164, 480, 490, 783, 784, 793, 805, 1029, 1162;
- direito à ~ 147, 793
- Secularização social 370
- Segredo de Estado 409, 786
- Segurança 15, 23, 26, 28, 90, 95, 100, 114, 130, 131, 138, 139, 142, 144, 145, 150, 160, 188, 189, 200, 201, 202, 208, 217, 221, 222, 223, 224, 225, 232, 241, 243, 248, 268, 291, 296, 299, 321, 323, 340, 348, 362, 363, 366, 371, 372, 373, 378, 379, 390, 392, 393, 395, 398, 409, 410, 417, 427, 430, 436, 437, 441, 442, 447, 449, 451, 453, 454, 457, 458, 459, 460, 467, 468, 476, 479, 488, 494, 495, 497, 500, 501, 502, 504, 508, 515, 516, 517, 529, 545, 567, 569, 575, 578, 579, 584, 586, 587, 588, 607, 617, 622, 624, 635, 640, 641, 642, 644, 647, 650, 651, 673, 681, 737, 750, 757, 779, 780, 781, 784, 786, 812, 822, 825, 830, 831, 832, 864, 865, 870, 872, 874, 876, 877, 878, 879, 904, 906, 920, 930, 931, 932, 956, 984, 987, 1018, 1029, 1031, 1037, 1051, 1052, 1065, 1068, 1071, 1080, 1081, 1120, 1126, 1134, 1137, 1138, 1145, 1175, 1180;
- direito à ~ 223, 504;
- jurídica 95, 100, 321, 323, 468, 622, 624, 641, 737, 750, 930, 931, 932, 1071, 1080, 1081, 1137, 1138;
- nacional 248, 362, 378, 398, 409, 410, 417, 430, 436, 441, 442, 451, 453, 457, 458, 459, 460, 467, 476, 497, 567, 569, 575, 579, 584, 588, 635, 640, 641, 642, 647, 673, 681, 786, 831, 832, 864, 865, 876, 877, 879, 1126;
- pública 223, 224, 291, 373, 390, 393, 442, 451, 453, 467, 476, 515, 578, 642, 647, 825, 877;
- social 28, 812
- Sepultura 1131
- Serviço militar 93, 195, 199, 200, 210, 213, 214, 389, 508, 706
- Serviço nacional 195, 199, 213, 214, 389
- Servidão 9, 28, 110, 116, 195, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 389, 516, 822, 825, 827, 833, 1036, 1157
- Sindicatos 56, 441, 442, 448, 456, 457, 458, 459, 460, 466, 710, 802, 812, 913, 914, 915, 916;
- Ver* reuniões sindicais 448, 449
- Sistema de petição individual 915
- Sobrenome 116, 478, 482, 512, 514, 516, 517, 520, 521, 527, 528, 529
- Sociedade civil 6, 8, 66, 408, 444, 500, 619, 681, 883, 886, 889, 901, 949, 950, 951, 952, 954, 1161, 1172, 1175
- Sociedade democrática 26, 88, 93, 108, 189, 230, 272, 279, 348, 352, 359, 369, 370, 372, 373, 380, 383, 390, 391, 392, 393, 402, 403, 404, 405, 409, 410, 413, 414, 418, 420, 422, 423, 427, 428, 436, 440, 441, 442, 443, 444, 451, 452, 453, 457, 458, 459, 460, 463, 464, 468, 476, 492, 574, 575, 588, 600, 601, 613, 614, 631, 635, 641, 647, 674, 682, 707, 734, 743, 761, 818, 861, 865, 866, 870, 872, 874, 877, 878, 879, 880, 1139, 1141, 1142, 1143, 1152, 1155, 1168, 1174
- Solução amistosa 470, 489, 527, 936, 938, 939, 940, 941, 985, 988, 1045, 1046, 1048, 1085
- T**
- Tecido comunitário 1175, 1177
- TEDH 16, 35, 36, 55, 62, 64, 65, 66, 106, 112, 123, 139, 144, 146, 155, 167, 169, 172, 180, 181, 189, 196, 208, 221, 223, 240, 263, 269, 272, 273, 275, 276, 277, 278, 279, 284, 285, 295, 296, 297, 301, 302, 307, 316, 320, 330, 332, 341, 344, 348, 352, 355, 359, 360, 368, 397, 400, 403, 404, 410, 437, 445, 454, 462, 470, 473,

- 474, 479, 491, 494, 510, 513, 518, 526, 527, 528, 549, 562, 563, 564, 586, 587, 596, 597, 601, 609, 614, 615, 616, 634, 694, 698, 701, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 717, 718, 740, 742, 749, 750, 795, 823, 825, 855, 857, 863, 866, 874, 914, 925, 954, 963, 974, 975, 977, 979, 991, 993, 1013, 1019, 1058, 1068
- Temporalidade 827, 904, 932
- Tempus regit actum* 320
- Terrorismo 3, 157, 173, 322, 323, 324, 327, 567, 636, 650, 651, 657, 658, 687, 720, 741, 826, 831, 832, 834, 1133;
- combate ao ~ 157, 173
- Terrorista 322, 323, 642, 651
- TPIEY 16, 155, 172, 344, 355
- TPIR 17, 155, 172
- Trabalho 8, 13, 14, 15, 22, 28, 30, 51, 62, 76, 98, 106, 110, 184, 187, 195, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 274, 288, 289, 294, 326, 327, 335, 359, 363, 376, 388, 401, 402, 406, 416, 422, 425, 427, 431, 432, 434, 438, 441, 448, 450, 456, 457, 462, 463, 464, 471, 485, 488, 521, 534, 541, 542, 572, 582, 596, 599, 607, 608, 610, 611, 621, 638, 641, 655, 669, 671, 677, 678, 679, 680, 684, 714, 777, 790, 794, 800, 801, 802, 803, 808, 811, 812, 813, 814, 817, 874, 883, 885, 889, 890, 891, 901, 905, 915, 933, 951, 957, 966, 967, 975, 990, 991, 992, 993, 997, 998, 1000, 1001, 1002, 1024, 1038, 1039, 1040, 1041, 1056, 1064, 1079, 1080, 1085, 1086, 1087, 1091, 1102, 1120, 1127, 1160, 1162, 1172, 1174, 1179;
- direito ao trabalho 462, 471, 485, 607, 608, 610, 638, 790, 801, 802, 803, 808, 812, 813, 814
- Trabalho forçado 28, 195, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 427
- Tradutor 235, 250, 256, 286;]
- Ver intérprete* 29, 60, 62, 86, 98, 235, 250, 256, 286, 426, 522, 657, 659, 757, 792, 797, 800, 810, 857, 992, 1080, 1085, 1088, 1129, 1131, 1132, 1179
- Trata de pessoas 147, 676, 722, 1127
- Tribunal de Justiça da União Europeia 62;
- Ver também* jurisdição penal militar 92, 212, 266, 268, 296, 706, 1003
- Tribunal militar 239, 336, 708
- U**
- Unidade familiar 311, 312, 496, 499, 509, 578, 585, 587, 657;
- princípio da ~ 311, 499, 578, 585, 587
- Usos e costumes 82, 99, 623, 674, 675, 690, 707, 751, 753, 1018, 1037, 1144, 1145, 1167, 1168, 1169, 1171, 1174
- Usura 590
- Utilidade pública 590, 600, 613, 614, 866
- V**
- Verdade 3, 47, 59, 68, 85, 86, 87, 92, 118, 133, 138, 142, 173, 199, 261, 275, 279, 285, 288, 376, 384, 386, 401, 404, 410, 422, 428, 433, 523, 683, 732, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 766, 775, 778, 779, 786, 805, 830, 839, 858, 914, 943, 976, 982, 983, 986, 991, 1000, 1002, 1003, 1012, 1029, 1030, 1032, 1037, 1041, 1103, 1104, 1108, 1112, 1122, 1123, 1154, 1162, 1176;
- comissão da ~ 762, 1029;
- direito à ~ 3, 68, 261, 384, 732, 760, 761, 775;
- histórica 761, 762, 1037;
- judicial 762
- Veto 630, 1152, 1153, 1154, 1155, 1156;
- direito ao ~ 630, 1152
- Vida 9, 22, 28, 46, 47, 54, 64, 96, 108, 115, 116, 120, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 159, 162, 163, 170, 171, 173, 176, 178, 179, 182, 183, 185, 186, 187, 189, 193, 200, 209, 211, 215, 216, 221, 222, 223, 224, 237, 246, 247, 248, 249, 257, 268, 275, 296, 305, 306, 311, 312, 313, 317, 324, 342, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 364, 370, 378, 379, 380, 381, 384, 385, 386, 387, 389, 395, 397, 402, 406, 414, 415, 420, 440, 444, 447, 452, 453, 454, 456, 464, 466, 467, 473, 474, 475, 476, 479, 483, 484, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 494, 503, 506, 507, 508, 509, 512, 513, 516, 517, 518, 521, 522, 523, 524, 526, 527, 533, 534, 539, 540, 543, 544, 555, 556, 563, 569, 570, 572, 577, 580, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 597, 598, 605, 607, 617, 618, 619, 620, 623, 626, 627, 635, 638, 639, 641, 646, 652, 657, 658, 675, 678, 679, 680, 688, 689,

- 690, 706, 712, 716, 719, 722, 731, 734, 745, 765, 770, 775, 778, 793, 798, 802, 803, 804, 808, 812, 813, 822, 825, 827, 830, 833, 834, 839, 840, 852, 859, 869, 878, 885, 905, 940, 942, 980, 988, 993, 999, 1003, 1011, 1014, 1016, 1017, 1020, 1025, 1026, 1028, 1031, 1032, 1033, 1035, 1036, 1038, 1040, 1043, 1045, 1050, 1051, 1052, 1055, 1058, 1059, 1061, 1062, 1064, 1065, 1066, 1067, 1068, 1075, 1078, 1081, 1094, 1106, 1119, 1123, 1126, 1127, 1128, 1129, 1130, 1131, 1132, 1135, 1136, 1142, 1145, 1154, 1155, 1156, 1157, 1159, 1166, 1168, 1171, 1175;
- condições materiais de vida 185;
- digna 124, 125, 130, 146, 147, 148, 149, 150, 183, 372, 380, 533, 543, 544, 598, 607, 626, 646, 717, 722, 793, 812, 1031, 1033, 1127, 1128, 1156;
- direito à ~ 45, 108, 125-135, 137, 139-141, 144-149, 162, 178, 182, 185, 186, 223, 224, 257, 307, 317, 345-349, 351-357, 359, 360, 362, 364, 402, 420, 466, 473, 489, 491, 508, 516, 540, 543, 555, 584, 618, 635, 639, 658, 679, 680, 745, 770, 775, 778, 825, 827, 833, 852, 869, 993, 1003, 1020, 1031, 1032, 1036, 1058, 1061, 1064, 1106, 1127, 1128, 1130, 1156, 1159;
- familiar 312, 350, 359, 473, 474, 479, 490, 491, 494, 507, 509, 572, 577, 586, 640, 1016;
- privação arbitrária da ~136, 137, 229, 231, 511, 526, 550, 553, 555, 556, 562, 563, 564, 568, 572, 573, 589, 778, 1159
- Violência sexual 133, 160, 170, 171, 354, 355, 356, 357, 363, 572, 782, 783, 784, 785, 904, 1048, 1173
- Visita *in loco* 670, 906, 988
- Vítimas 4, 15, 45, 48, 53, 57, 84, 85, 86, 87, 91, 92, 93, 94, 95, 131, 134, 138, 143, 148, 150, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 166, 167, 168, 169, 171, 173, 175, 176, 178, 179, 188, 202, 207, 211, 227, 258, 259, 261, 263, 266, 276, 277, 279, 304, 318, 322, 326, 328, 334, 339, 340, 341, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 353, 354, 355, 356, 357, 361, 362, 363, 384, 385, 401, 406, 408, 409, 410, 419, 421, 445, 464, 465, 494, 499, 502, 524, 538, 541, 543, 544, 545, 597, 598, 599, 600, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 612, 617, 619, 624, 633, 634, 644, 645, 646, 676, 678, 679, 684, 687, 688, 690, 709, 713, 733, 734, 741, 752, 754, 757, 758, 759, 761, 762, 763, 765, 766, 768, 771, 772, 773, 774, 775, 777, 780, 782, 784, 785, 786, 792, 794, 795, 800, 803, 804, 831, 839, 848, 849, 858, 875, 878, 880, 884, 889, 890, 892, 896, 901, 904, 912, 913, 914, 915, 916, 918, 919, 920, 921, 925, 926, 930, 931, 943, 944, 945, 957, 962, 963, 964, 968, 969, 973, 975, 976, 977, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 996, 998, 1001, 1002, 1003, 1009, 1011, 1012, 1013, 1014, 1015, 1016, 1017, 1019, 1020, 1022, 1023, 1024, 1025, 1026, 1027, 1028, 1029, 1030, 1031, 1032, 1033, 1034, 1035, 1036, 1037, 1038, 1039, 1040, 1041, 1042, 1043, 1046, 1048, 1049, 1050, 1051, 1052, 1054, 1055, 1056, 1057, 1058, 1059, 1060, 1061, 1062, 1063, 1064, 1066, 1067, 1068, 1069, 1070, 1071, 1072, 1073, 1075, 1079, 1080, 1081, 1082, 1085, 1090, 1122, 1124, 1126, 1128, 1130, 1131, 1132, 1134, 1157, 1160, 1161, 1162, 1163, 1164, 1165, 1166, 1168, 1172, 1173, 1174, 1175, 1176, 1177, 1178, 1179, 1180, 1181, 1182;
- representantes das ~ 345, 347, 349, 350, 351, 357, 362, 604, 608, 624, 678, 792, 800, 803, 839, 963, 981, 991, 1001, 1003, 1026, 1048, 1072, 1126, 1163, 1173, 1178;
- Ver revitimização 545, 1163, 1179

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH

O Programa Estado de Direito para a América Latina da Fundação Konrad Adenauer tem a honra de apresentar a segunda edição do Comentário à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A obra se mantém como uma ferramenta acessível, prática e atual para conhecer o alcance dos direitos deste instrumento regional; com valiosas análises e reflexões baseadas na jurisprudência atualizada da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre cada artigo. A obra também inclui opiniões acadêmicas relevantes, referências ao sistema internacional de direitos humanos, às constituições e à jurisprudência constitucional da região, o que permite um enfoque comparado e textos que contextualizam o seu conteúdo.

O Comentário reúne o esforço conjunto de especialistas do Direito de todo o continente americano que, nesta segunda edição, analisam os desenvolvimentos jurisprudenciais da Corte IDH até junho de 2016. Essa obra de referência busca ser um apoio e facilitar o trabalho de operadores jurídicos, acadêmicos, estudantes, membros da sociedade civil e de todas as pessoas interessadas na aplicação do Direito de maneira convencional. Esperamos que o Comentário continue cumprindo sua função, e que nos próximos anos seja alimentado com uma jurisprudência muito mais especializada, que dê mostras de uma nova e mais eficiente etapa de proteção dos direitos humanos no continente.

Imagem da capa desenhada por Freepik