



COLETÂNEA
DIREITOS HUMANOS,
CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE E
DIÁLOGOS JURISDICIONAIS

COLETÂNEA
**DIREITOS HUMANOS,
CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE E
DIÁLOGOS JURISDICIONAIS**



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Presidente

Ministro Luís Roberto Barroso

Corregedor Nacional de Justiça

Ministro Luis Felipe Salomão

Conselheiros

Ministro Guilherme Caputo Bastos

José Edivaldo Rocha Rotondano

Renata Gil de Alcantara Videira

Mônica Autran Machado Nobre

Daniela Pereira Madeira

Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha

Giovanni Olsson

Pablo Coutinho Barreto

João Paulo Santos Schoucair

Marcos Vinícius Jardim Rodrigues

Marcello Terto e Silva

Daiane Nogueira de Lira

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

Secretária-Geral

Adriana Alves dos Santos Cruz

Secretário de Estratégia e Projetos

Gabriel da Silveira Matos

Diretor-Geral

Johaness Eck

2024

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

SAF SUL Quadra 2 Lotes 5/6 – CEP: 70070-600

Endereço eletrônico: www.cnj.jus.br

DEPARTAMENTO DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS (DMF)

Supervisor do DMF

Conselheiro José Edivaldo Rocha Rotondano

Coordenador

Juiz Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Juiz Auxiliar da Presidência

Edinaldo César Santos Júnior

Juiz Auxiliar da Presidência

João Felipe Menezes Lopes

Juiz Auxiliar da Presidência

Jônatas dos Santos Andrade

Diretora Executiva

Renata Chiarinelli Laurino

Diretora Técnica

Carolina C. B. Cooper

UNIDADE DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS DECISÕES DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS (UMF/CNJ)

Coordenador

Juiz Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Juiz Auxiliar da Presidência

Edinaldo César Santos Júnior

Juiz Auxiliar da Presidência

João Felipe Menezes Lopes

Juiz Auxiliar da Presidência

Jônatas dos Santos Andrade

Coordenador de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Interamericano de DH

Vitor Stegemann Dieter

EQUIPE UMF/CNJ

Andréa Vaz de Souza Perdigão, Camila Curado Pietrobelli, Flávia Cristina Piovesan, Luiz Victor do Espírito Santo Silva.

EQUIPE DMF/CNJ

Alan Fernando da Silva Cardoso, Alessandra Amâncio Barreto, Alexandre Padula Jannuzzi, Alisson Alves Martins, Amanda Oliveira Santos, Anália Fernandes de Barros, Ane Ferrari Ramos Cajado, Arthur Dias Avelino, Bruna Nowak, Camilo Pinho da Silva, Caroline da Siva Modesto, Caroline Xavier Tassara, Carolini Carvalho Oliveira, Danielle Trindade Torres, Emmanuel de Almeida Marques Santos, Geovanna Beatriz Pontes Leão, Helen dos Santos Reis, Isabelle Cristine Rodrigues Magalhães, João Pedro Figueiredo dos Reis, Joaquim Carvalho Filho, Joseane Soares da Costa Oliveira, Juliana Linhares de Aguiar Lopes, Karla Marcovechio Pati, Larissa Lima de Matos, Liana Lisboa Correia, Luís Pereira dos Santos, Marcio Barrim Bandeira, Maria Eduarda de Paiva, Melina Machado Miranda, Natália Faria Resende Castro, Nayara Teixeira Magalhaes, Roberta Beijo Duarte, Saôry Txheska Araújo Ferraz, Sarah Maria Santos de Paula Dias, Sidney Martins Pereira Arruda, Sirlene Araujo da Rocha Souza, Thaís Gomes Ferreira, Valter dos Santos Soares, Wesley Oliveira Cavalcante.

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Secretária de Comunicação Social

Taciana Giesel

Coordenador de Mídias

Gabriel Reis

Projeto gráfico

Eron Castro

FICHA TÉCNICA

Coordenação Técnica

José Edivaldo Rocha Rotondano
Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi
Jônatas dos Santos Andrade
Vitor Stegemann Dieter
Flávia Cristina Piovesan
Andréa Vaz de Souza Perdigão
Camila Curado Pietrobelli
Bruna Nowak
Isabelle Cristine Rodrigues Magalhães
Natália Faria Resende Castro

C755c

Conselho Nacional de Justiça.

Coletânea direitos humanos, controle de convencionalidade e diálogos jurisdicionais
/ Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2024.

232 p.

ISBN: 978-65-5972-136-8 Digital

978-65-5972-138-2 Impresso

(Sistema Interamericano de Direitos Humanos)

1. Corte Interamericana 2. Direitos Humanos 3. Controle de Convencionalidade I.
Título II. Série.

CDD: 340

SUMÁRIO

PARTE I

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E DIÁLOGOS JURISDICIONAIS

JURISPRUDÊNCIA INTERAMERICANA – DIÁLOGOS JURISDICIONAIS	11
3 (TRÊS) PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS PARA SE ESTABELECE O DIÁLOGO JURISDICIONAL ENTRE PODER JUDICIÁRIO NACIONAL E CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	39
PROTEÇÃO DA HONRA E DA DIGNIDADE - DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	49
A LITERATURA NA LUTA HISTÓRICA PELA GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS	75

PARTE II

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SISTEMA PUNITIVO

LA TORTURA Y LOS MALOS TRATOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y SU DISTINCIÓN CON OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA	93
EL CONTROL DE LEGALIDAD EN LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y LA RESPONSABILIDAD DE LA MAGISTRATURA	107
CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM RELAÇÃO À SANÇÃO PENAL DOS RESPONSÁVEIS POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS	126
A PALAVRA DO POLICIAL: DO DESACATO À INJUSTIÇA EPISTÊMICA	140

PARTE III

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E ENFOQUES DIFERENCIADOS

OS JUÍZES E AS JUÍZAS COMO JURISDICIONADOS(AS): OS PARÂMETROS INTERAMERICANOS SOBRE A PROIBIÇÃO DE INGERÊNCIAS ARBITRÁRIAS AOS MAGISTRADOS(AS) QUE JULGAM PAUTAS CONTRA MAJORITÁRIAS	161
O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO UMA FERRAMENTA NECESSÁRIA DO CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA	182
A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS LGBTI+: DIÁLOGOS ENTRE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	201
LEI BRASILEIRA DE ALIENAÇÃO PARENTAL E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	216

PARTE I

**CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE
E DIÁLOGOS
JURISDICIONAIS**



JURISPRUDÊNCIA INTERAMERICANA – DIÁLOGOS JURISDICIONAIS

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca¹

Arthur Pinheiro Chaves²

“O viver democrático é uma obra de arte, não tem que ver com eficiência, não tem que ver com perfeição, tem que ver com o desejo de uma convivência fraterna”

(Humberto Maturana, “A democracia é uma obra de arte”, 1993, Neurobiólogo chileno, criador da teoria da autopoiese e da biologia do conhecer)

“O correr da vida embrulha tudo. A vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem” (Guimarães Rosa)

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de um sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil” – Prêambulo da CF/88

1 INTRODUÇÃO

Considerando o desafiador contexto latino-americano sob as marcas da acentuada desigualdade, violência sistêmica e centralismo do poder político, vale fazer destaque, inicialmente, para o impacto transformador do sistema interamericano na região, a partir da separação de uma tipologia de casos emblemáticos da jurisprudência da Corte interamericana.

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor da Universidade Federal do Maranhão, em exercício na Universidade de Brasília; Professor do Mestrado e Doutorado da UNINOVE. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra - Portugal. Mestre (PUC-SP) e Doutor (FADISP) em Direito Constitucional. Pós-Graduado em Semiologia Política (UFMA/UFSC) e em Direito Penal e Processo Penal (UNB).

² Juiz Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, em auxílio no Superior Tribunal de Justiça e Doutor em Direito Público pela Universidade de Pavia – Itália e e pós-graduado pela Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

À esta análise soma-se o exame da crescente importância do sistema interamericano e sua força catalisadora na região, fruto da efetividade do diálogo jurisdicional em um sistema classificado pela doutrina como **multinível**.

É sob referida perspectiva multinível que emergem **duas vertentes do diálogo jurisdicional**, a compreender: o **diálogo com os sistemas nacionais (a abranger o controle da convencionalidade)** e o **diálogo com a sociedade civil (a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social)**.

De se destacar, ainda, o impacto do sistema interamericano na pavimentação de um *ius commune* latino-americano em matéria de direitos humanos, sem se ignorar os seus riscos, potencialidades e desafios.

2 DO CONTEXTO LATINO-AMERICANO: VIOLÊNCIA, DESIGUALDADE E CENTRALISMO DO PODER POLÍTICO

A América Latina ostenta o maior grau de desigualdade do mundo. A pobreza na região diminuiu do patamar de 48,3% a 33,2%, no período de 1990 e 2008. Todavia, cinco dos dez países mais desiguais do mundo estão na América Latina, dentre eles o Brasil. Na América Latina, 40,5% das crianças e adolescentes são pobres³.

Sob o prisma étnico-racial, de acordo com o *International Development Bank* (Banco de Desenvolvimento Internacional), a população afrodescendente corresponde a aproximadamente 25% da população latino-americana. No que se refere à população indígena, estima-se corresponder a 8% da população latino-americana. Indicadores sociais demonstram o sistemático padrão de discriminação, exclusão e violência a acometer as populações afrodescendentes e indígenas na região, sendo que mulheres e crianças são alvo de formas múltiplas de discriminação (*discrimination overlapping*). Conclui-se, assim, que em média 33% da população latino-americana enfrenta um grave padrão de violação a direitos. Povos indígenas e afro-descendentes estão desproporcionalmente representados entre a população em situação de pobreza e miséria, sendo que as mulheres sofrem ainda maior grau de vulnerabilidade, por meio da etnização e da feminização da pobreza.

Não bastando o acentuado grau de desigualdade, a região ainda se destaca por ser a mais violenta do mundo. Concentra 27% dos homicídios, tendo apenas 9% da população mundial. Dez dos vinte países com maiores taxas de homicídio do mundo são latino-americanos⁴.

³ LAGOS, Marta; DAMMERT Lucia. *La Seguridad Ciudadana: el problema principal de América Latina*. *Latinobarómetro*, 2012, p. 3.

⁴ *Idem*, *ibidem*.

Na pesquisa Latinobarômetro 2013 sobre o apoio à democracia na América Latina, embora 56% dos entrevistados considerassem a democracia preferível a qualquer outra forma de governo, a resposta afirmativa encontrava no Brasil o endosso de apenas 49% e no México 37%. De acordo com a pesquisa, 31% consideravam que poderia haver democracia sem partidos políticos e 27% consideravam que a democracia poderia funcionar sem Congresso Nacional.

A **região latino-americana**, marcada por **sociedades pós-coloniais**, tem, assim, sido **caracterizada por elevado grau de exclusão e violência** ao qual se somam **democracias em fase de consolidação**.

A região, ademais, sofre com um centralismo autoritário de poder, o que vem a gerar o fenômeno do “hiperpresidencialismo” ou formas de “democracia delegativa”. A democratização fortaleceu a proteção de direitos, sem, contudo, efetivar reformas institucionais profundas necessárias à consolidação do Estado Democrático de Direito. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.

É nesse **contexto político, social e cultural**, por **compartilhar de problemas, desafios, dilemas e tensões similares**, que se justifica a defesa de um constitucionalismo regional transformador, um “*Ius Constitutionale Commune Latino Americano*”.

3 IMPACTO TRANSFORMADOR DO SISTEMA INTERAMERICANO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

A criação de um constitucionalismo regional transformador, um “*Ius Constitutionale Commune Latino Americano*”, em matéria de direitos humanos, decorre da combinação de **3 (três) importantes fatores** ao longo do **processo de democratização** na região:

- 1) crescente importância do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e seu impacto transformador na região;
- 2) emergência de Constituições latino-americanas que, na qualidade de marcos jurídicos de transições democráticas e da institucionalização de direitos, apresentam **cláusulas de abertura constitucional**, a propiciar **maior diálogo e interação entre o Direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**;
- 3) fortalecimento da sociedade civil na luta por direitos e por justiça.

É nesse cenário que o sistema interamericano gradativamente se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos.

Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, o sistema interamericano tem tido a força catalisadora de promover avanços no regime de direitos humanos.

Nessa esteira, **permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.**

Dois períodos demarcam **o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais; e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 80**, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.

Em **1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor**, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por ditaduras. Dos 11 Estados-partes da Convenção à época, menos que a metade tinha governos eleitos democraticamente, ao passo que hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região tem governos eleitos democraticamente⁵.

Diversamente do sistema regional europeu, que teve como fonte inspiradora a tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos, o sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado.

Diversamente do sistema europeu, que surge como fruto do processo de integração europeia e tem servido como relevante instrumento para fortalecer esse processo de integração, no caso interamericano havia tão somente um movimento ainda embrionário de integração regional.

⁵ Como observa Thomas Buergenthal: "O fato de hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região, com exceção de Cuba, terem governos eleitos democraticamente tem produzido significativos avanços na situação dos direitos humanos nesses Estados. Estes Estados ratificaram a Convenção e reconheceram a competência jurisdicional da Corte" (Prefácio de Thomas Buergenthal, Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. XV). Em 2012, 22 Estados haviam reconhecido a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De acordo com: [www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm] (acesso em: 08.05.2022)].

Postas as premissas introdutórias supra, considerando a atuação da Corte Interamericana, é possível criar uma tipologia de casos baseada em decisões concernentes a **6 (seis) diferentes categorias de violação a direitos humanos**.

4 VIOLAÇÕES QUE REFLETEM O LEGADO DO REGIME AUTORITÁRIO DITATORIAL

Esta categoria compreende a maioria significativa das decisões da Corte Interamericana, que tem por objetivo prevenir arbitrariedades e controlar o excessivo uso da força, impondo limites ao poder punitivo do Estado.

A título de exemplo, destaca-se o *leading case* – Velasquez Rodriguez vs. Honduras, concernente a **desaparecimento forçado**. Em 1989, a Corte condenou o Estado de Honduras a **pagar uma compensação aos familiares da vítima, bem como ao dever de prevenir, investigar, processar, punir e reparar as violações cometidas**⁶.

Adicionem-se ainda decisões da Corte que condenaram Estados em face de **precárias e cruéis condições de detenção e da violação à integridade física, psíquica e moral de pessoas detidas; ou em face da prática de execução sumária e extrajudicial; ou tortura**. Estas decisões **enfatizaram o dever do Estado de investigar, processar e punir os responsáveis pelas violações, bem como de efetuar o pagamento de indenizações**.

No **plano consultivo**, merecem menção as opiniões a respeito da **impossibilidade de adoção da pena de morte** pelo Estado da Guatemala⁷ e da **impossibilidade de suspensão da garantia judicial de habeas corpus inclusive em situações de emergência**, de acordo com o art. 27 da Convenção Americana⁸.

5 VIOLAÇÕES QUE REFLETEM QUESTÕES DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO [TRANSITIONAL JUSTICE]

Nessa categoria de casos estão as decisões relativas **ao combate à impunidade, às leis de anistia e ao direito à verdade**.

6 Rodriguez Velasquez Case. *Inter-American Court of Human Rights*, 1988, Ser. C, n. 4.

7 *Advisory Opinion n. 3/83, of 8 September 1983*.

8 *Advisory Opinion n. 08/87, of 30 January 1987*.

No caso Barrios Altos (massacre que envolveu a execução de 15 pessoas por agentes policiais), em virtude da promulgação e aplicação de leis de anistia (uma que concede anistia geral aos militares, policiais e civis, e outra que dispõe sobre a interpretação e alcance da anistia), o Peru foi condenado a reabrir investigações judiciais sobre os fatos em questão, relativos ao “massacre de Barrios Altos”, de forma a derrogar ou a tornar sem efeito as leis de anistia mencionadas. O Peru foi condenado, ainda, à reparação integral e adequada dos danos materiais e morais sofridos pelos familiares das vítimas⁹.

Esta decisão apresentou um **elevado impacto na anulação de leis de anistia e na consolidação do direito à verdade, pelo qual os familiares das vítimas e a sociedade como um todo devem ser informados das violações, realçando o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar violações aos direitos humanos.**

Concluiu a Corte que **as leis de “autoanistia” perpetuam a impunidade, propiciam uma injustiça continuada, impedem às vítimas e aos seus familiares o acesso à Justiça e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria uma manifesta afronta à Convenção Americana.** As leis de anistia configurariam, assim, um **ilícito internacional e sua revogação uma forma de reparação não pecuniária.**

No mesmo sentido, destaca-se o caso *Almonacid Arellano vs. Chile* cujo objeto era a validade do Dec.-Lei 2.191/1978 – que perdoava os crimes cometidos entre 1973 e 1978 durante o regime Pinochet – à luz das obrigações decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos. Decidiu a Corte pela invalidade do mencionado decreto-lei de “autoanistia”, por **implicar a denegação de justiça às vítimas, bem como por afrontar os deveres do Estado de investigar, processar, punir e reparar graves violações de direitos humanos que constituem crimes de lesa humanidade**¹⁰.

Cite-se, ainda, o caso argentino, em que decisão da Corte Suprema de Justiça de 2005 anulou as leis de ponto final (Lei 23.492/1986) e obediência devida (Lei 23.521/1987), adotando como precedente o caso Barrios Altos.

Em 2010, no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, a Corte Interamericana condenou o Brasil em virtude do desaparecimento de integrantes da guerrilha do Araguaia durante as operações militares ocorridas na década de 1970¹¹.

⁹ *Barrios Altos case (Chumbipuma Aguirre and others vs. Peru)*. Judgment of 14 March 2001.

¹⁰ *Caso Almonacid Arellano and others vs. Chile*. Judgment of 26 September 2006.

¹¹ *Caso Gomes Lund and others vs. Brasil*, Judgment of 24 November 2010. O caso foi submetido à Corte pela Comissão Interamericana, ao reconhecer que o caso “representava uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre leis de anistia em relação aos desaparecimentos forçados e às execuções extrajudiciais, com a consequente obrigação dos Estados de assegurar o conhecimento da verdade, bem como de investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos”.

Na hipótese, a Corte realçou que as disposições da lei de anistia de 1979 são **manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos, nem para a identificação e punição dos responsáveis. Enfatizou que leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos são incompatíveis com o Direito Internacional e as obrigações jurídicas internacionais contraídas pelos Estados. Concluiu, uma vez mais, que as leis de anistia violam o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos.**

Na mesma direção, em 2011, no caso *Gelman vs. Uruguai*, a Corte Interamericana decidiu que a “Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva” carecia de efeitos jurídicos por sua incompatibilidade com a Convenção Americana e com a Convenção Interamericana sobre o desaparecimento forçado de pessoas, não podendo impedir ou obstar a investigação dos fatos, a identificação e eventual sanção dos responsáveis por graves violações a direitos humanos¹².

6 VIOLAÇÕES QUE REFLETEM DESAFIOS ACERCA DO FORTALECIMENTO DE INSTITUIÇÕES E DA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO (*RULE OF LAW*)

Esta **terceira categoria de casos** remete ao **desafio do fortalecimento de instituições e da consolidação do *rule of law***, particularmente no que se refere **ao acesso à Justiça, proteção judicial e fortalecimento e independência do Poder Judiciário.**

Destaca-se o caso do Tribunal Constitucional contra o Peru (2001), envolvendo a destituição de juizes, em que a Corte **reconheceu necessário garantir a independência de qualquer juiz em um Estado de Direito, especialmente em Cortes constitucionais, o que demanda: a) um adequado processo de nomeação; b) um mandato com prazo certo; e c) garantias contra pressões externas**¹³.

Tal decisão contribuiu decisivamente para o fortalecimento de instituições nacionais e para a consolidação do Estado de Direito.

¹² Caso *Gelman vs. Uruguai*, *Judgment of 24 February 2011*.

¹³ *Aguirre Roca and others vs. Peru case (Constitutional Court Case)*, *Judgment of 31 January 2001*.

7 VIOLAÇÕES DE DIREITOS DE GRUPOS VULNERÁVEIS

Esta **quarta categoria de casos** atém-se a **decisões que afirmam a proteção de direitos de grupos socialmente vulneráveis, como os povos indígenas, as crianças, os migrantes, os presos, dentre outros.**

Quanto **aos direitos dos povos indígenas**, destaca-se o relevante caso da comunidade indígena Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua (2001), em que a Corte **reconheceu os direitos dos povos indígenas à propriedade coletiva da terra, como uma tradição comunitária, e como um direito fundamental e básico à sua cultura, à sua vida espiritual, à sua integridade e à sua sobrevivência econômica.** Acrescentou que **para os povos indígenas a relação com a terra não é somente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras**¹⁴.

Em outro caso – caso da comunidade indígena Yakye Axa contra o Paraguai (2005) –, a Corte sustentou que os povos indígenas têm direito **a medidas específicas que garantam o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados sob a perspectiva cultural, incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais. Adicionou que para os povos indígenas a saúde apresenta uma dimensão coletiva, sendo que a ruptura de sua relação simbiótica com a terra exerce um efeito prejudicial sobre a saúde destas populações**¹⁵.

No caso da comunidade indígena Xákmok Kásek v. Paraguai, a Corte Interamericana condenou o Estado do Paraguai pela afronta aos direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial (arts. 4.º, 21 e 25 da Convenção Americana, respectivamente), dentre outros direitos, em face da não garantia do direito de propriedade ancestral à aludida comunidade indígena, o que estaria a afetar seu direito à identidade cultural. Ao motivar a sentença, destacou que os conceitos tradicionais de propriedade privada e de posse não se aplicam às comunidades indígenas, pelo significado coletivo da terra, eis que a relação de pertença não se centra no indivíduo, senão no grupo e na comunidade. Acrescentou que o direito à propriedade coletiva estaria ainda a merecer igual proteção pelo art. 21 da Convenção (concernente ao direito à propriedade privada). Afirmou o dever do Estado em assegurar especial proteção às comunidades indígenas, à luz de suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais e suas especiais vulnerabilidades, considerando o direito consuetudinário, os valores, os usos

¹⁴ Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community vs. Nicaragua, Inter-American Court, 2001, Ser. C, n. 79.

¹⁵ Yakye Axa Community vs. Paraguay, Inter-American Court, 2005, Ser. C, n. 125.

e os costumes dos povos indígenas, de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna, contemplando o acesso à água potável, alimentação, saúde, educação, dentre outros¹⁶.

No **caso dos direitos das crianças**, cabe menção ao caso Villagran Morales contra a Guatemala (1999), em que este Estado foi condenado pela Corte, em virtude da impunidade relativa à morte de 5 meninos de rua, brutalmente torturados e assassinados por 2 policiais nacionais da Guatemala. Dentre as medidas de reparação ordenadas pela Corte estão: **o pagamento de indenização pecuniária aos familiares das vítimas; a reforma no ordenamento jurídico interno visando à maior proteção dos direitos das crianças e adolescentes guatemaltecos; e a construção de uma escola em memória das vítimas**¹⁷.

Adicionem-se, ainda, **as opiniões consultivas sobre a condição jurídica e os direitos humanos das crianças** (OC17, emitida em agosto de 2002, por solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos) e sobre **a condição jurídica e os direitos de migrantes sem documentos** (OC18, emitida em setembro de 2003, por solicitação do México).

Mencione-se, também, o parecer emitido, por solicitação do México (OC16, de 01 de outubro de 1999), em que **a Corte considerou violado o direito ao devido processo legal, quando um Estado não notifica um preso estrangeiro de seu direito à assistência consular**. Na hipótese, se o preso foi condenado à pena de morte, isso constituiria privação arbitrária do direito à vida. Note-se que o México embasou seu pedido de consulta nos vários casos de presos mexicanos condenados à pena de morte nos Estados Unidos.

Com relação aos **direitos das mulheres**, destacam-se relevantes decisões do sistema interamericano sobre **discriminação e violência contra mulheres**, o que fomentou a reforma do Código Civil da Guatemala, a adoção de uma lei de violência doméstica no Chile e no Brasil, dentre outros avanços¹⁸.

No caso González e outras contra o México (caso “Campo Algodonero”), a Corte Interamericana condenou o México em virtude do desaparecimento e morte de mulheres em Ciudad Juarez, sob o argumento de que a omissão estatal estava a contribuir para a cultura da violência e da discriminação contra a mulher. No período de 1993 a 2003,

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24.08.2010 Serie C N. 214*. Note-se que, no sistema africano, merece menção um caso emblemático que, ineditamente, em nome do direito ao desenvolvimento, assegurou a proteção de povos indígenas às suas terras. Em 2010, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos considerou que o modo pelo qual a comunidade Endorois no Kenya foi privada de suas terras tradicionais, tendo negado acesso a recursos, constituiu uma violação a direitos humanos, especialmente ao direito ao desenvolvimento.

¹⁷ Villagran Morales *et al* vs. Guatemala (*The Street Children Case*), *Inter-American Court*, 19 November 1999, Ser. C, N. 63.

¹⁸ A respeito, ver caso María Eugenia vs. Guatemala e caso Maria da Penha vs. Brasil decididos pela Comissão Interamericana.

estima-se que de 260 a 370 mulheres tenham sido vítimas de assassinatos, em Ciudad Juarez. A sentença da Corte condenou o Estado do México ao **dever de investigar, sob a perspectiva de gênero, as graves violações ocorridas, garantindo direitos e adotando medidas preventivas necessárias de forma a combater a discriminação contra a mulher**¹⁹.

Ineditamente, em 24-02-2012, a Corte Interamericana reconheceu a responsabilidade internacional do Estado do Chile em face do tratamento discriminatório e interferência indevida na vida privada e familiar da vítima Karen Atala devido à sua orientação sexual. O caso foi objeto de intenso litígio judicial no Chile, que culminou com a decisão da Corte Suprema de Justiça em determinar a custódia das três filhas ao pai, sob o argumento de que a Sra. Atala não deveria manter a custódia por conviver com pessoa do mesmo sexo, após o divórcio. No entender unânime da Corte Interamericana, o Chile violou os arts. 1.º, § 1.º, e 14 da Convenção Americana, por afrontar o princípio da igualdade e da proibição da discriminação²⁰.

8 VIOLAÇÕES A DIREITOS SOCIAIS

Nesta **quinta categoria** de casos emergem **decisões da Corte que protegem direitos sociais**. Importa, nesse ponto, asseverar que a Convenção Americana de Direitos Humanos **estabelece direitos civis e políticos, contemplando apenas a aplicação progressiva dos direitos sociais (art. 26)**. Já o **Protocolo de San Salvador, ao dispor sobre direitos econômicos, sociais e culturais**, prevê que **somente os direitos à educação e à liberdade sindical seriam tuteláveis pelo sistema de petições individuais (art. 19, § 6.º)**.

À luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva, compreendendo a Convenção Americana como um *living instrument* no caso Villagran Morales contra a Guatemala, a Corte afirmou que **o direito à vida não pode ser concebido restritivamente**. Introduziu a **visão de que o direito à vida compreende não apenas uma dimensão negativa – o direito a não ser privado da vida arbitrariamente –, mas uma dimensão positiva, que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para proteger o direito à vida digna – o “direito a criar e desenvolver um projeto de vida”**. Esta interpretação lançou um importante horizonte para **proteção dos direitos sociais**²¹.

¹⁹ Ver sentença disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. Acesso em: 16 nov.2019.

²⁰ Caso Atala Riffo and daughters vs. Chile, *Inter-American Court*, 24 February 2012, Series C N.239.

²¹ Villagran Morales et al versus Guatemala (*The Street Children Case*), *Inter-American Court*, 19 November 1999, Ser. C, N. 63.

Em outros julgados, a Corte tem endossado **o dever jurídico dos Estados de conferir aplicação progressiva aos direitos sociais, com fundamento no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente em se tratando de grupos socialmente vulneráveis**. No caso *niñas Yean y Bosico vs. Republica Dominicana*, a Corte enfatizou o dever dos Estados no tocante **à aplicação progressiva dos direitos sociais, a fim de assegurar o direito à educação, com destaque à especial vulnerabilidade de meninas**. Sustentou que: “en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el art. 26 de la Convención, el Estado debe prover educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”²².

Há, ademais, **um conjunto de decisões que consagram a proteção indireta de direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis, o que confirma a ideia da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos**.

No caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador* referente à suposta negligência médica em hospital particular – mulher deu entrada no hospital com quadro de meningite bacteriana e foi medicada, vindo a falecer no dia seguinte, provavelmente em decorrência do medicamento prescrito –, a Corte decidiu o caso com fundamento na proteção ao direito à integridade pessoal e não no direito à saúde²³.

No mesmo sentido, no caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, concernente a danos à saúde decorrentes de condições de detenção, uma vez mais a proteção ao direito à saúde deu-se sob o argumento da proteção do direito à integridade física²⁴.

Outros **casos de proteção indireta de direitos sociais** atêm-se à **proteção ao direito ao trabalho**, tendo como **fundamento o direito ao devido processo legal e a proteção judicial**. A respeito, destaca-se o caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, envolvendo a demissão arbitrária de 270 funcionários públicos que participaram de manifestação (greve). A Corte condenou o Estado do Panamá pela violação da garantia do devido processo legal e proteção judicial, determinando o pagamento de indenização e a reintegração dos 270 trabalhadores²⁵.

No caso *Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Peru*, envolvendo a despedida arbitrária de 257 trabalhadores, a Corte condenou o Estado do Peru também pela afronta ao devido processo legal e proteção judicial. Em ambos os casos, a

22 *Caso de las niñas Yean y Bosico v. Republica Dominicana*, *Inter-American Court*, 08 November 2005, *Ser. C*, N.130.

23 *Albán Cornejo y otros v. Ecuador*, *Inter-American Court*, 22 November 2007, *serie C n. 171*.

24 *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, *Inter-American Court*, 25 November 2003, *serie C n. 101*.

25 *Baena Ricardo y otros v. Panamá*, *Inter-American Court*, 02 February 2001, *serie C n. 72*.

condenação dos Estados teve como argumento central a violação à garantia do devido processo legal e não a violação ao direito do trabalho²⁶.

Um outro caso emblemático é o caso “*cinco pensionistas*” vs. Peru, envolvendo a modificação do regime de pensão no Peru, em que a Corte **condenou o Estado com fundamento na violação ao direito de propriedade privada e não com fundamento na afronta ao direito de seguridade social, em face dos danos sofridos pelos 5 pensionistas**²⁷.

No caso Acevedo Buendia vs. Peru, a Corte reconheceu que **os direitos humanos devem ser interpretados sob a perspectiva de sua integralidade e interdependência, a conjugar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, inexistindo hierarquia entre eles e sendo todos direitos exigíveis**. Realçou ser a **aplicação progressiva dos direitos sociais suscetível de controle e fiscalização pelas instâncias competentes, destacando o dever dos Estados de não regressividade em matéria de direitos sociais**²⁸.

9 VIOLAÇÕES A NOVOS DIREITOS DA AGENDA CONTEMPORÂNEA

Finalmente, esta **sexta categoria de casos** compreende **novos direitos da agenda contemporânea, com especial destaque aos direitos reprodutivos**.

Em sentença proferida em 28-11-2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Artavia Murillo e outros contra a Costa Rica, enfrentou, de forma inédita, **a temática da fecundação *in vitro* sob a ótica dos direitos humanos**. O caso foi submetido pela Comissão Interamericana, sob o argumento de que a proibição geral e absoluta de praticar a “fecundação *in vitro*” na Costa Rica desde 2000 estaria a implicar violação a direitos humanos. Com efeito, por decisão da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça de 15-03-2000, a prática da fertilização *in vitro* atentaria claramente contra a vida e a dignidade do ser humano. Todavia, no entender da Comissão, tal proibição estaria a constituir uma ingerência arbitrária com relação aos direitos à vida privada e familiar, bem como ao direito de formar uma família. A proibição estaria ainda a afetar o direito de igualdade das vítimas, eis que o Estado estaria a impedir o acesso a tratamento que permitiria superar uma situação de desvantagem relativamente a ter filhas e filhos biológicos, com impacto desproporcional nas mulheres. O argumento

26 Caso *Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru*, Inter-American Court, 24 November 2006, serie C n. 158.

27 Caso “cinco pensionistas” v. Peru, Inter-American Court, 28 February 2003, serie C n. 98.

28 Caso Acevedo Buendía y otros (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) contra o Peru, sentença prolatada em 01 de julho de 2009.

da Comissão é de que a proibição da fertilização *in vitro* **afrentaria os direitos à vida privada e familiar; à integridade pessoal; à saúde sexual e reprodutiva; bem como o direito de gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico e o princípio da não discriminação**²⁹.

A partir de **uma interpretação sistemática e histórica**, com destaque à normatividade e à jurisprudência dos sistemas universal, europeu e africano, concluiu a Corte Interamericana **não ser possível sustentar que o embrião possa ser considerado pessoa**. Recorrendo a uma **interpretação evolutiva**, a Corte observou que o procedimento da fertilização *in vitro* não existia quando a Convenção foi elaborada, conferindo especial relevância ao Direito Comparado, por meio do **DIÁLOGO com a experiência jurídica latino-americana e de outros países, como os EUA e a Alemanha, a respeito da matéria**. Concluiu que **ter filhos biológicos, por meio de técnica de reprodução assistida, decorre dos direitos à integridade pessoal, liberdade e vida privada e familiar**. Argumentou que o direito absoluto à vida do embrião – como base para restringir direitos – não encontra respaldo na Convenção Americana. Condenou, assim, a Costa Rica por violação aos arts. 5.º, § 1.º, 7.º, 11, § 2.º e 17, § 2.º, da Convenção Americana, determinando ao Estado adotar com a maior celeridade possível medidas apropriadas para que fique sem efeito a proibição de praticar a fertilização *in vitro*, assegurando às pessoas a possibilidade de valer-se deste procedimento sem impedimentos. Determinou também ao Estado a implementação da fertilização *in vitro*, tornando disponíveis os programas e os tratamentos de infertilidade, com base no **princípio da não discriminação**. Adicionou o dever do Estado de proporcionar às vítimas atendimento psicológico de forma imediata, fomentando, ademais, programas e cursos de educação e capacitação em direitos humanos, no campo dos direitos reprodutivos, sobretudo aos funcionários judiciais.

Ainda no campo dos direitos reprodutivos, em 29-05-2013, ineditamente, a Corte concedeu medidas provisórias em face de El Salvador, em conformidade com os arts. 63.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e 27 do Regulamento da Corte, em caso envolvendo interrupção de gravidez em virtude de anencefalia fetal. Na hipótese, a Senhora “B” encontrava-se na 26ª semana de gravidez de um feto anencefálico, portador de anomalia incompatível com a vida extrauterina. A Senhora “B” apresentava enfermidade materna grave com risco de morte materna³⁰.

A Corte determinou ao Estado de El Salvador a concessão de medidas necessárias para proteger a vida, a integridade pessoal e a saúde da Senhora “B”, considerando o urgente e iminente risco de dano irreparável. Endossou a necessidade do Estado de El Salvador

29 Caso Artavia Murillo e outros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, Corte Interamericana de Direitos Humanos, sentença proferida em 28.II.2012.

30 Medidas provisórias em face do Estado de El Salvador, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 29 de maio de 2013.

de adotar e garantir, com urgência, todas as medidas que fossem necessárias e efetivas para que a equipe médica responsável pela Senhora “B” pudesse adotar, sem qualquer interferência, as medidas médicas para assegurar a devida proteção aos direitos consagrados nos arts. 4.º e 5.º da Convenção Americana, evitando, assim, danos que pudessem ser irreparáveis aos direitos à vida, à integridade pessoal e à saúde da Senhora “B”.

10 DO CRESCIMENTO DA IMPORTÂNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO MEDIANTE A EFETIVIDADE DO DIÁLOGO JURISDICIONAL E CRESCENTE LEGITIMAÇÃO SOCIAL

Do exposto até o presente, percebe-se que o sistema interamericano é capaz de revelar as peculiaridades e especificidades das lutas emancipatórias por direitos e por justiça na região latino-americana.

O sistema apresenta uma particular institucionalidade marcada pelo protagonismo de diversos atores, em um palco em que **interagem Estados, vítimas, organizações da sociedade civil nacionais e internacionais, a Comissão e a Corte Interamericana no âmbito da Organização dos Estados Americanos.**

Neste contexto, o sistema interamericano gradativamente se ganha relevância, mediante **diálogos**, a permitirem **o fortalecimento dos direitos humanos em um sistema multinível.**

É sob esta **perspectiva multinível** que emergem, como já mencionado, **duas vertentes do diálogo jurisdicional, a compreender o diálogo com os sistemas nacionais (a abranger o controle da convencionalidade) e o diálogo inevitável com a sociedade civil (a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social).**

A respeito do **diálogo com os sistemas nacionais** consolida-se o chamado “**controle de convencionalidade**”. Tal controle é reflexo de **um novo paradigma a nortear a cultura jurídica latino-americana na atualidade: da hermética pirâmide centrada no *state approach* à permeabilidade do trapézio centrado no *human rights approach*.**

Vale dizer, aos **parâmetros constitucionais somam-se os parâmetros convencionais**, na composição de **um trapézio jurídico aberto ao diálogo**, aos empréstimos e à interdisciplinaridade, **a ressignificar o fenômeno jurídico sob a inspiração do *human rights approach*.**

No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. Hoje se constata que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA.

De um lado, despontam **Constituições latino-americanas com cláusulas constitucionais abertas**, com **destaque à hierarquia especial dos tratados de direitos humanos, à sua incorporação automática e às regras interpretativas alicerçadas no princípio *pro persona***.

Com efeito, as Constituições latino-americanas estabelecem **cláusulas constitucionais abertas**, que permitem **a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade**. Ao **processo de constitucionalização do Direito Internacional, conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional**.

A título exemplificativo, a Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, dispõe, no art. 75, inc. 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos.

A **Constituição Brasileira de 1988, no art. 5.º, § 2.º, consagra que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os direitos decorrentes dos princípios e do regime a ela aplicável e os direitos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, permitindo, assim, a expansão do bloco de constitucionalidade**.

A então Constituição do Peru de 1979, no mesmo sentido, determinava, no art. 105, que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional e não podem ser modificados senão pelo procedimento que rege a reforma da própria Constituição. Já a atual Constituição do Peru de 1993 consagra que os direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru. Decisão proferida em 2005 pelo Tribunal Constitucional do Peru endossou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os poderes públicos.

A Constituição da Colômbia de 1991, reformada em 1997, confere, no art. 93, hierarquia especial aos tratados de direitos humanos, determinando que estes prevalecem na ordem interna e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país.

Também a Constituição do Chile de 1980, em decorrência da reforma constitucional de 1989, passou a consagrar o dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados por aquele país.

Acrescente-se a Constituição da Bolívia de 2009, ao estabelecer que os direitos e deveres reconhecidos constitucionalmente serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pela Bolívia, que prevalecerão em relação à própria Constituição se enunciarem direitos mais favoráveis (arts. 13, IV e 256).

Na mesma direção, destaca-se a Constituição do Equador de 2008, ao consagrar que a Constituição e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado que reconheçam direitos mais favoráveis aos previstos pela Constituição têm prevalência em relação a qualquer outra norma jurídica ou ato do Poder Público (art. 424), adicionando que serão aplicados os princípios pro ser humano, de não restrição de direitos, de aplicabilidade direta e de cláusula constitucional aberta (art. 416).

A Constituição do México, com a reforma de junho de 2011, passou a contemplar a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos e a regra interpretativa fundada no **princípio pro persona**.

Por outro lado, **o sistema interamericano revela permeabilidade e abertura ao diálogo mediante as regras interpretativas do art. 29 da Convenção Americana, em especial as que asseguram o princípio da prevalência da norma mais benéfica, mais favorável e mais protetiva à vítima.**

Ressalte-se que **os tratados de direitos humanos fixam parâmetros protetivos mínimos, constituindo um piso mínimo de proteção e não um teto protetivo máximo. Daí a hermenêutica dos tratados de direitos humanos endossar o princípio pro ser humano.** Às regras interpretativas consagradas no art. 29 da Convenção Americana, somem-se os **tratados de direitos humanos do sistema global** – que, por sua vez, também enunciam **o princípio pro persona fundado na prevalência da norma mais benéfica**, como ilustram o art. 23 da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, o art. 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança, o art. 16, § 2.º, da Convenção contra a Tortura e o art. 4.º, § 4.º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Cláusulas de abertura constitucional e o princípio pro ser humano inspirador dos tratados de direitos humanos compõem **os dois vértices – nacional e internacional** – a fomentar **o diálogo em matéria de direitos humanos**. No **sistema interamericano este diálogo é caracterizado pelo fenômeno do “controle da convencionalidade”, na sua forma difusa e concentrada.**

Como enfatiza a Corte Interamericana: “Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início careçam de efeitos jurídicos. (...) o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle da convencionalidade das leis entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos’. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”³¹.

Como sustenta Eduardo Ferrer Mac-Gregor, **o juiz nacional agora é, também, juiz interamericano, tendo como mandato exercer o controle de convencionalidade na modalidade difusa.** Cortes nacionais exercem o controle da convencionalidade na esfera doméstica, mediante a incorporação da normatividade, principiologia e jurisprudência protetiva internacional em matéria de direitos humanos no contexto latino-americano. Frise-se: quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa-fé³².

A Corte Interamericana exerce o controle da convencionalidade na modalidade concentrada, tendo a última palavra sobre a interpretação da Convenção Americana. Na realização do controle de convencionalidade, a Corte Interamericana guia-se pelo princípio *pro persona*, conferindo prevalência à norma mais benéfica, destacando, em diversas sentenças, decisões judiciais proferidas pelas Cortes constitucionais latino-americanas, bem como menção a dispositivos das Constituições latino-americanas, como podem revelar os casos Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (sentença proferida em 27-06-2012), Atala Riffo y ninas vs. Chile (sentença proferida em 24-02-2012) e Gelman vs. Uruguai (sentença proferida em 24-02-2012).

Adicione-se o profícuo diálogo do sistema interamericano com a sociedade civil, o que lhe confere gradativa legitimação social e crescente relevância. O sistema enfrenta o paradoxo de sua origem – nasceu em um ambiente marcado pelo arbítrio de regimes

³¹ Ver caso *Almonacid Arellano and others vs. Chile*. Judgment of 26 September 2006.

³² MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad**. El Nuevo paradigma para el juez mexicano, In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI Mariela Morales. **Estudios Avanzados de Derechos Humanos – Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público**. São Paulo: Campus Elsevier, 2013. p. 627-705.

autoritários com a expectativa estatal de seu reduzido impacto – e passa a ganhar credibilidade, confiabilidade e elevado impacto. A força motriz do sistema interamericano tem sido a sociedade civil organizada por meio de um *transnational network* (rede transnacional), a empreender exitosos litígios estratégicos.

Na experiência brasileira, por exemplo, 100% dos casos submetidos à Comissão Interamericana foram fruto de uma articulação a reunir vítimas e organizações não governamentais locais e internacionais, com intenso protagonismo na seleção de um caso paradigmático, em sua litigância (aliando estratégias jurídicas e políticas) e na implementação doméstica de eventuais ganhos internacionais³³.

11 DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Entende-se por controle de convencionalidade o processo de verificação da compatibilidade entre as leis de um Estado com as normas dos tratados internacionais firmados e incorporados à legislação do país. Nessa esteira, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas interna aplicadas a um caso concreto e, exemplificativamente, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. O controle de convencionalidade, portanto, é realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário pátrio no julgamento de casos concretos que envolvem a aplicação de tratados de direitos humanos incorporados ao sistema jurídico nacional.

12 DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

O § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, forneceu o norte a se adotar: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”³⁴.

A partir de referida modificação constitucional os tratados internacionais, via de regra, possuem *status de lei ordinária*, situando-se em nível intermediário, ao lado dos atos normativo primários³⁵. Por sua vez, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, uma vez aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em

33 PIOVESAN, Flávia, **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 431.

34 Acerca do tema vale conferir arts. 84, VIII, 21 e 49 da CF/88.

35 Acerca do tema da supralegalidade dos tratados vale conferir o RE n. 466.343/SP, bem como os arts. 4º e 5º da CF/88.

dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

13 JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES - ANTECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

13.1 O reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” no sistema penitenciário pelo Supremo Tribunal Federal – ADPF n. 347

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 347/2015, Rel. Ministro Marco Aurélio, reconheceu como “vexaminosa” a situação do sistema penitenciário brasileiro, a ocasionar “a violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica”, configurando tratamento “degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia”. A falência de políticas públicas voltadas ao tema e a falta de coordenação institucional entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, somadas a tal violação massiva e persistente de direitos fundamentais, ensejam o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional de nosso sistema penitenciário e a adoção de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

13.2 Danos morais decorrentes da lesão de direitos da personalidade de encarcerados, em especial à danos relacionados a sua esfera biológica – RE n. 580.252

Em data de 16 de fevereiro de 2017, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário n. 580.252, no qual se discutiu “o dever, ou não, do Estado de indenizar preso por danos morais decorrentes de tratamento desumano ou degradante a que submetido em estabelecimento prisional com excessiva população carcerária, levando em consideração os limites orçamentários estaduais (teoria da *reserva do possível*)”. Não obstante o resultado do julgamento tenha reafirmado a responsabilidade do Estado de indenizar presos por danos morais causados pela falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento, o acórdão do STF se limitou a restabelcer a indenização arbitrada anteriormente, qual seja, a obrigação de pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para cada preso. Vale destacar que se tratou de tema de Repercussão Geral.

13.3 Habeas Corpus n. 208.337/PE (DJe 01/07/2022) do STF

O precedente epigrafoado, da relatoria do Ministro Edson Fachin, faz referência a situação ocorrida no Complexo Penitenciário do Curado, em Pernambuco. No referido julgado, restou ratificado pelo Supremo o caráter obrigatório e vinculante das decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o Estado brasileiro, determinando que o paciente naqueles autos fosse avaliado por uma equipe criminológica que preencha os requisitos estabelecidos pelo item 7 das Resolução das Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 28 de novembro de 2018.

14 ANTECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

14.1 AgRg no HC n. 757.414/PE, Relator Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 13/09/2022, DJe de 21/09/2022

O julgado teve como temática questão concernente à execução penal no Complexo Penitenciário do Curado/PE.

Na hipótese do precedente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, após reconhecer a situação degradante do Complexo Penitenciário do Curado, em Pernambuco, por meio dos itens 6 e 7 do dispositivo da Resolução de 28 novembro de 2018, determinou o cômputo em dobro relativo a cada dia de privação de liberdade, o que pode ser reduzido, porém, a depender de prévio exame criminológico, em casos de certos crimes violentos.

Particularidade, que restou destacada no julgado, foi a de que a instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas perante o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco não pode ser justificativa para deixar pendente, por mais de um ano, a apreciação de pedido baseado em determinação obrigatória e vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, situação que configura excesso de prazo indicativo de descumprimento, ainda que temporário, da decisão de órgão internacional.

Como resultado do julgado, o agravo regimental restou provido, deferindo-se a liminar na hipótese, de modo que o paciente restasse submetido ao exame criminológico e depois tivesse o seu pedido apreciado pelo juízo da execução penal competente.

14.2 Apontamentos sobre o Precedente AgRg no RHC n. 136.961/RJ, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 15/06/2021, DJe de 21/06/2021

O precedente AgRg no RHC N. 136.961/RJ, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 15/06/2021, DJe de 21/06/2021, tem como tema a contagem em dobro da pena de presos em situação degradante, no Instituto Penal Plácido Sá Carvalho (IPPSC), em Bangu/RJ, bem como o diálogo da Corte Interamericana de Direitos Humanos com as Cortes Superiores brasileiras.

Nesse precedente, portanto, no apontado diálogo entre os sistemas nacionais de jurisdição e a Corte Interamericana, a Corte da Cidadania (STJ), já teve ocasião de se manifestar. Destaco um precedente, de minha relatoria. Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Constou dos autos que a defesa impetrou *habeas corpus* em favor do ora recorrente, perante a Corte estadual, pleiteando o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, vale dizer, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019.

O Tribunal, por sua vez, denegou a ordem, nos termos da seguinte ementa lá constante:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO OBJETIVANDO O CÔMPUTO EM DOBRO DE TODO O PERÍODO EM QUE O PACIENTE CUMPRIU PENA NO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO, VALE DIZER, DE 09 DE JULHO DE 2017 A 24 DE MAIO DE 2019. Ao aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica), em 25.09.1992, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto Legislativo nº 678/92, o Estado Brasileiro reconheceu expressamente a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no tocante à interpretação e aplicação daquele tratado. O artigo 63 da referida convenção internacional, preceitua que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, poderá determinar medidas provisórias para reparação de situação que configure violação a um direito ou liberdade por ela protegidos. De outro vulto, o artigo 68 do mesmo tratado, estabelece que os Estados-Parte comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todos os casos em que forem partes. Nesta toada, forçoso concluir-se quanto à obrigatoriedade da determinação contida na Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018, que determinou o cômputo em dobro do período de cumprimento de pena privativa de liberdade dos apenados no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Referida resolução foi omissa quanto marco a quo da contagem, de forma que se deve aplicar as regras do ordenamento jurídico brasileiro, que confere efetividade e coercibilidade as decisões, na data de sua notificação formal, in casu, no dia 14 de dezembro de 2018. Precedente do TJRJ. Escorreita a decisão do juízo impetrado, não fazendo jus o paciente ao cômputo em dobro no tocante ao período em que esteve custodiado no suso mencionado estabelecimento prisional anteriormente ao dia 14 de dezembro de 2018. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

Naquela sede, pretendia o recorrente fosse o seu recurso provido para que, uma vez reformada a decisão atacada, que o período de pena cumprida pelo apenado, no Complexo Prisional de Gericinó, em Bangu/RJ, fosse considerado em dobro, por se tratar de pena cumprida de maneira degradante e desumana, conforme determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Aduziu que a contagem em dobro deveria incidir sobre o total da pena cumprida de forma degradante, o que levaria o recorrente a alcançar o período necessário tanto para a progressão de regime quanto para o livramento condicional.

A hipótese, portanto, dizia respeito ao notório caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC). A referida unidade prisional foi objeto de inúmeras Inspeções que culminaram com a Resolução da Corte IDH de 22-11-2018, que ao reconhecer referido instituto inadequado para a execução de penas, especialmente em razão de os presos se acharem em situação degradante e desumana, determinou no item n. 4, que se computasse *“em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente resolução”*.

Ao denegar a ordem, o Tribunal *a quo*, no acórdão recorrido, assim se pronunciou:

“[...]”

Nesta toada, forçoso concluir-se quanto à obrigatoriedade da determinação contida na Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018, que determinou o cômputo em dobro do período de cumprimento de pena privativa de liberdade dos apenados no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Posto isto, não se discute o direito à contagem em dobro da pena, tanto o é, que o pleito foi acolhido pelo juízo impetrado.

Referida resolução foi omissa quanto marco a quo da contagem, de forma que se deve aplicar as regras do ordenamento jurídico brasileiro, que confere efetividade e coercibilidade as decisões, na data de sua notificação formal, in casu, no dia 14 de dezembro de 2018.”

O Juízo da Execução, naqueles autos, por sua vez, sobre o tema ventilado, assim havia se manifestado, no que interessa (e-STJ fls. 57):

“[...]”

No que se refere ao termo a quo a partir do qual a medida ora em escopo é aplicável, deve-se ter como parâmetro o dia 14/12/2018, data em que o Brasil foi formalmente notificado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para cumprimento das medidas dispostas na Resolução de 22/11/2018. Pelo vigo de todo o exposto, DEFIRO o pleito. CUMPRA-SE a Resolução CIDH de 22/11/2018, computando-se EM DOBRO o tempo de pena cumprida pelo penitente no Instituto Plácido Sá Carvalho de 17.08.2018 até 06.09.2019, conforme TFD, ou seja, pelo período em que esteve configurada a situação constatada pela CIDH. Registre-se o incidente de “remição”, explicitando-se o período de prisão ora “dobrado”.

Conforme se extrai dos trechos transcritos, a controvérsia se cingia ao termo inicial de efetividade da já mencionada a Resolução da Corte IDH, de 22 de novembro de 2018, no que concerne ao item 4, onde se determinou que se computasse “*em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente resolução*”.

Vale asseverar, por oportuno, que conforme constatado pelo Juiz da Execução, naquela hipótese, “*não houve vulneração da integridade física das vítimas*”, situação que, de plano, afasta qualquer necessidade de digressão acerca do tema, ante os termos do item 4 retrotranscrito.

Posta tal premissa, adotando-se postura de diálogo e controle de convencionalidade, ali se entendeu que a aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, em 1969, trouxe aos Estados americanos, signatários do documento internacional, uma série de direitos e deveres envolvendo o tema.

A partir do Decreto 4.463, de novembro de 2002, o Brasil submeteu-se à jurisdição contenciosa da Corte IDH e passou a figurar no polo passivo de demandas internacionais, o que resultou em obrigações de ajustes internos para que suas normas pudessem se coadunar com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Entendeu-se que ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, **o País ampliou o rol de direitos das pessoas e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. Com isso, a jurisdição brasileira, ao basear-se na cooperação internacional, pode ampliar a efetividade dos direitos humanos.**

Asseverou-se que sentenças emitidas pela Corte IDH, por sua vez, têm eficácia vinculante aos Estados que sejam partes processuais, não havendo meios de impugnação aptos a revisar a decisão exarada. Em caso de descumprimento da sentença, a Corte poderá submetê-la à análise da Assembleia Geral da Organização, com o fim de emitir recomendações para que as exigências sejam cumpridas e ocorra a conseqüente reparação dos danos e cessação das violações dos direitos humanos. A supervisão de cumprimento de sentença ocorre pela própria Corte, a qual pode requerer informações ao Estado-parte, quando consideradas pertinentes. Essa característica deriva do princípio internacional do *pacta sunt servanda*. Isto é, parte-se da premissa que os Estados têm de cumprir suas obrigações e deveres de boa-fé ao assumirem a responsabilidade diante da comunidade internacional. Tal princípio evita que os Estados se eximam das obrigações adimplidas, perante o Direito Internacional, em razão de seu direito

interno, o qual deve se coadunar com as resoluções e documentos internacionais dos quais faça parte.

A propósito, mencionou-se na decisão **o artigo 26 da CADH que afirma que os Estados-partes se comprometem a adotar, tanto no âmbito interno quanto no internacional, as providências necessárias para conseguir o desenvolvimento progressivo e a plena efetividade dos direitos constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, inclusive para prevenir a violação dos direitos humanos.**

Restou afirmado que, portanto, a sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença.

Sobre o tema, destacou-se o art. 69 da CADH que afirma que a “*sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados Partes na Convenção*”.

Contudo, na hipótese, observou-se na decisão sob comento que “*as instâncias inferiores ao diferirem os efeitos da decisão para o momento em que o Estado Brasileiro tomou ciência da decisão proferida pela Corte Interamericana, deixando com isso de computar parte do período em que o recorrente teria cumprido pena em situação considerada degradante, deixaram de dar cumprimento a tal mandamento, levando em conta que as sentenças da Corte possuem eficácia imediata para os Estados Partes e efeito meramente declaratório*”.

Entendeu-se, de fato, não se mostrar possível que **a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pusesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena.**

Nesse ponto, restou expressamente consignado no precedente que “*por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do **princípio pro personae, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados***”.

Ponderou-se, de forma expressa, a necessidade de **as autoridades públicas, judiciárias inclusive, exercerem o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura in-**

terna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável a indivíduo.

Asseverou-se que “os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se deduz que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada, é pela aplicação a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018 a todo o período em que o recorrente cumpriu pena no IPPSC”.

A conclusão do referido julgado, foi no sentido de se **dar provimento** ao recurso ordinário em *habeas corpus*, para que **se efetuassem o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019.**

15 CONCLUSÃO: O SISTEMA INTERAMERICANO E A COMPOSIÇÃO DE UM CONSTITUCIONALISMO REGIONAL TRANSFORMADOR: POTENCIALIDADES E DESAFIOS

Transita-se, por fim, ao enfoque do sistema interamericano na pavimentação de um *ius commune* latino-americano em direitos humanos, com ênfase em suas potencialidades e desafios.

A partir da **análise do impacto da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos** na região latino-americana, sob a perspectiva de **um sistema multinível e dialógico a envolver as esferas regional e local**, tendo ainda como **força impulsionadora o ativismo transnacional da sociedade civil**, vislumbra-se a pavimentação de um ***ius commune* latino-americano em direitos humanos.**

É à luz desta dinâmica que emergem **três desafios centrais à pavimentação dos *ius commune* latino-americano em direitos humanos:**

- i) *Fomentar uma cultura jurídica inspirada em novos paradigmas jurídicos e na emergência de um novo Direito Público: estatalidade aberta, diálogo jurisdicional e prevalência da dignidade humana em um sistema multinível.*

A existência de cláusulas constitucionais abertas a propiciar o diálogo entre as ordens jurídicas local, regional e global, por si só, não assegura a efetividade do diálogo jurisdicional em direitos humanos. Se, de um lado, constata-se o maior refinamento

das cláusulas de abertura constitucional – a contemplar a hierarquia, a incorporação e as regras interpretativas de instrumentos internacionais de direitos humanos – por outro lado, esta tendência latino-americana não é suficiente para o êxito do diálogo jurisdicional em matéria de direitos humanos.

Isto porque interpretações jurídicas reducionistas e restritivas das ordens constitucionais podem comprometer o avanço e a potencialidade de cláusulas abertas.

Daí **a necessidade de fomentar uma doutrina e uma jurisprudência emancipatórias no campo dos direitos humanos inspiradas na prevalência da dignidade humana e na emergência de um novo Direito Público marcado pela estatalidade aberta em um sistema jurídico multinível**. A formação de **uma nova cultura jurídica**, baseada em uma **nova racionalidade e ideologia**, surge como medida imperativa à afirmação do *ius commune* latino-americano em direitos humanos.

ii) *Fortalecer o sistema interamericano de proteção de direitos humanos: universalidade, institucionalidade, independência, sustentabilidade e efetividade.*

Outro importante desafio à consolidação de um *ius commune* latino-americano em direitos humanos atém-se ao aprimoramento do sistema interamericano, considerando a agenda de reformas do sistema.

Com relação à universalidade do sistema interamericano há se expandir o universo de Estados-partes da Convenção Americana (que contava com 24 Estados-partes em 2014) e, sobretudo, do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (que contava apenas com 16 Estados-partes em 2014). Outra medida essencial é ampliar o grau de reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a contar com o aceite de 21 Estados, em 2014. Observa-se que a OEA compreende 34 Estados membros.

Outra relevante medida é assegurar a elevada independência e autonomia dos membros integrantes da Comissão e da Corte Interamericana, que devem atuar a título pessoal e não governamental. Faz-se necessário densificar a participação da sociedade civil no monitoramento do processo de indicação de tais membros, doando-lhe maior publicidade, transparência e *accountability* (prestação de contas).

Também fundamental é fortalecer a efetividade do sistema interamericano, seja no que se refere à supervisão das decisões da Corte e da Comissão. Diversamente do sistema europeu, no sistema interamericano são seus próprios órgãos que realizam o *follow up* (próxima fase) das decisões que eles próprios proferem. Isto porque a Convenção Americana não estabelece mecanismo específico para supervisionar o cumprimento das

decisões da Comissão ou da Corte, embora a Assembleia Geral da OEA tenha o mandato genérico a este respeito, nos termos do art. 65 da Convenção Americana.

Na avaliação de Antônio Augusto Cançado Trindade: “[...] a Corte Interamericana tem atualmente uma especial preocupação quanto ao cumprimento de suas sentenças. Os Estados, em geral, cumprem as reparações que se referem a indenizações de caráter pecuniário, mas o mesmo não ocorre necessariamente com as reparações de caráter não pecuniário, em especial as que se referem às investigações efetivas dos fatos que originaram tais violações, bem como à identificação e sanção dos responsáveis, – imprescindíveis para pôr fim à impunidade (e suas consequências negativas para o tecido social como um todo). [...] Atualmente, dada a carência institucional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos nesta área específica, a Corte Interamericana vem exercendo *motu proprio* a supervisão da execução de suas sentenças, dedicando-lhe um ou dois dias de cada período de sessões. Mas a supervisão – como exercício de garantia coletiva – da fiel execução das sentenças e decisões da Corte é uma tarefa que recai sobre o conjunto dos Estados-partes da Convenção”³⁶.

Ademais, as decisões internacionais em matéria de direitos humanos **devem produzir eficácia jurídica direta, imediata e obrigatória no âmbito do ordenamento jurídico interno, cabendo aos Estados sua fiel execução e cumprimento, em conformidade com o princípio da boa-fé, que orienta a ordem internacional.** Para Antônio Augusto Cançado Trindade: “O futuro do sistema internacional de proteção dos direitos humanos está condicionado aos mecanismos nacionais de implementação”.

iii) *Avançar na proteção dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região.*

Finalmente, considerando o contexto latino-americano marcado por acentuada desigualdade social e violência sistêmica, fundamental é avançar na afirmação dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região.

Ao enfrentar os desafios de sociedades pós-coloniais latino-americanas – em que direitos humanos tradicionalmente constituíam uma agenda contra o Estado – o sistema interamericano empodera-se e com sua força invasiva contribui para o fortalecimento dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região.

36 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; ROBLES, Manuel E. Ventura. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2. ed. atual. e ampl., San José/Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos e Acnur, 2004, p.434. Propõe o autor: “Para assegurar o monitoramento contínuo do fiel cumprimento de todas as obrigações convencionais de proteção, em particular das decisões da Corte, deve ser acrescentado ao final do art. 65 da Convenção Americana, a seguinte frase: “A Assembleia Geral os remeterá ao Conselho Permanente, para estudar a matéria e elaborar um informe, a fim de que a Assembleia Geral delibere a respeito.” Deste modo, se supre uma lacuna com relação a um mecanismo, a operar em base permanente (e não apenas uma vez por ano, ante a Assembleia Geral da OEA), para supervisionar a fiel execução, por todos os Estados-partes demandados, das sentenças da Corte” (op. cit., p. 91-92).

O sistema interamericano rompe com o paradoxo de sua origem. Nascido em um contexto regional marcado por regimes ditatoriais – seguramente com a expectativa de reduzido impacto por parte dos então Estados autoritários – o sistema se consolida e se fortalece como ator regional democratizante, provocado por competentes estratégias de litigância da sociedade civil em um *transnational network* (rede transnacional) a lhe conferir elevada carga de legitimação social.

O sistema interamericano permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e **agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.**

O seu impacto transformador na região – fruto, sobretudo, do papel vital da sociedade civil organizada em sua luta por justiça e por direitos – é fomentado pela efetividade do diálogo regional-local em um sistema multinível com abertura e permeabilidade mútuas.

De um lado, **o sistema interamericano se inspira no princípio pro ser humano, mediante regras convencionais interpretativas baseadas no princípio da norma mais protetiva e favorável à vítima, endossando contemplar parâmetros protetivos mínimos.** Por outro lado, as **Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas de abertura constitucional a propiciar o diálogo em matéria de direitos humanos, concernentes à hierarquia, incorporação e impacto dos tratados de direitos humanos.** No sistema interamericano este diálogo é ainda caracterizado pelo fenômeno do “controle da convencionalidade”, na sua forma difusa e concentrada. **Constata-se também a crescente abertura da Corte Interamericana ao incorporar em suas decisões a normatividade e a jurisprudência latino-americana em direitos humanos, com alusão a dispositivos de Constituições latino-americanas e a jurisprudências das Cortes Constitucionais e Nacionais, como o é o STJ (conforme revelado pelo precedente RHC n. 136.691/RJ), latino-americanas. O diálogo jurisdicional se desenvolve em dupla via: movido pelos vértices de cláusulas constitucionais abertas e do princípio pro ser humano.**

É neste contexto que o sistema interamericano tem a potencialidade de exercer um extraordinário impacto na pavimentação de um *ius commune* latino-americano, contribuindo para **o fortalecimento dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito** na região mais desigual e violenta do mundo.

3 (TRÊS) PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS PARA SE ESTABELECE O DIÁLOGO JURISDICIONAL ENTRE PODER JUDICIÁRIO NACIONAL E CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Fernando Antônio de Lima¹

Resumo: A fim de se conferir uma maior proteção aos direitos humanos, é preciso realizar, ao lado do controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade. Esse duplo controle faz interagir as ordens jurídicas nacional e internacional, bem assim as decisões de tribunais nacionais e de tribunais internacionais de direitos humanos. Essa interação depende de princípios que a instrumentalizam. Visa o presente trabalho a propor e a estudar três princípios que viabilizem tal interação. Referidos princípios reúnem-se na Hermenêutica Jurídica dos Direitos Humanos. O método utilizado é, predominantemente, o indutivo: a formatação dos princípios foi possível a partir da análise de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Conseguiu-se, assim, no âmbito da dogmática jurídica, apresentar alguns métodos que possam viabilizar a conversação, articulação e o diálogo entre o Poder Judiciário brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com isso, forneceram-se instrumentos dogmáticos aptos a proteger, com maior intensidade, os direitos humanos.

Palavras-chave: Cortes nacional e internacional; diálogo; princípios.

Abstract: In order to grant greater protection to human rights, it is necessary to carry out, alongside the constitutionality control, the conventionality control. This dual control makes the national and international legal orders interact, as well as the decisions of national courts and international human rights courts. This interaction depends on principles that instrumentalize it. The aim of this work is to propose and study three principles that make such interaction possible. These principles are gathered in the Legal Hermeneutics of Human Rights. The method

¹ Fernando Antônio de Lima. Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Membro da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), da Associação Paulista de Magistrados (APAMAGIS) e da Associação Juízes para a Democracia (AJD). Doutorando em Direito na Universidade Nove de Julho (Uninove). Pós-Graduado em Direito Tributário e em Direitos Coletivos. Ex-Membro da Comissão de Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo. Autor da primeira sentença no Brasil que reconheceu a autonomia dos danos temporais. Ganhador do prêmio “ADA PELLEGRINI GRINOVER” (biênio 2016-2018), na modalidade melhor obra coletiva, com o livro “Dano Temporal: o valor jurídico do tempo”. Autor do livro *Hermenêutica Tributária: A proteção constitucional dos contribuintes* (Prefácio de Roque Antônio Carraza e Apresentação de Marco Aurélio Mello, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal). Autor do livro *Sentimentos em pequenas frases*. Coautor de projeto de lei de alteração do Código de Defesa do Consumidor, para inserção do direito à reparação autônoma do dano temporal. Autor de decisão judicial com menção honrosa no Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (2022). Advogado militante entre 2004 e 2007. Contato: fernando_a_lima@hotmail.com.

used is predominantly inductive: the formatting of the principles was possible based on the analysis of cases judged by the Federal Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights. Thus, within the scope of legal dogmatics, it was possible to present some methods that can facilitate conversation, articulation and dialogue between the Brazilian Judiciary and the Inter-American Court of Human Rights. With this, dogmatic instruments were provided capable of protecting, with greater intensity, human rights.

Keywords: National and international courts; dialogue; Principles.

Sumário: 1. Introdução. 2. Hermenêutica dos Direitos Humanos. 3. Princípios de integração das ordens jurídicas nacional e internacional. 3.1. Princípio da integração normativa. 3.2. Princípio da integração valorativa. 3.3. Princípio da ressignificação conceitual-funcional por força dos direitos humanos ou fundamentais. 4. Conclusão. Referências

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho cuida de instrumentos dogmáticos necessários para se promover um diálogo, um intercâmbio entre a ordem jurídica nacional e internacional, entre decisões do Poder Judiciário nacional e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O estabelecimento de mecanismos dogmáticos para promover essa interação tem como objetivo a proteção jurídica mais intensa possível aos direitos humanos.

Já temos bem estabelecidos métodos e princípios da Hermenêutica Jurídica tradicional e da Hermenêutica Constitucional. Contudo, esses princípios e métodos se referem ao Direito interno.

Daí a Hermenêutica Jurídica dos Direitos Humanos – três de cujos princípios serão aqui estudados para alcançar-se a melhor proteção possível aos direitos humanos.

O método utilizado é principalmente o indutivo: os princípios dialógicos foram extraídos a partir de um estudo sobre casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2 HERMENÊUTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Intensificar a proteção aos direitos humanos exige, do Poder Judiciário brasileiro, a adoção da teoria do duplo controle. As juízas e os juizes nacionais devem, sim, verificar se os atos e omissões estatais observam a Constituição Federal (controle de constitucionalidade). Mas não só isso. É preciso verificar se tais atos ou omissões estão de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos (controle de convencionalidade).

Quanto ao controle de convencionalidade, o Poder Judiciário brasileiro deve fazer uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isso porque, se é o Supremo Tribunal Federal que dá a última palavra sobre a Constituição Federal, é a Corte Interamericana a última intérprete da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) – esta última o tratado internacional mais importante no sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos.

Daí a extrema importância da Recomendação nº 123, de 7 de janeiro de 2022, editada pelo Conselho Nacional de Justiça. Por força dessa recomendação, o Poder Judiciário brasileiro deverá: a) observar tratados e convenções de direitos humanos em vigor no Brasil; b) utilizar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; c) fazer controle de convencionalidade das leis internas.

Mesclando os controles de constitucionalidade e de convencionalidade, nota-se uma profunda interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional, entre as decisões do Poder Judiciário nacional e as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Hermenêutica Jurídica é a ciência de interpretação dos textos jurídicos normativos. A Hermenêutica tradicional se preocupou com a interpretação de textos legais, mediante a adoção dos métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico. A Hermenêutica Constitucional, por sua vez, preocupou-se em nos entregar métodos e princípios que orientam a interpretação da Constituição (princípios da supremacia da Constituição, princípio da força normativa da Constituição, princípio da interpretação conforme, princípio da unidade da Constituição, princípio da efetividade, entre outros).

Observa-se que a Hermenêutica tradicional e a Hermenêutica Constitucional têm por objeto a interpretação de textos normativos internos. É preciso, então, formular princípios que sistematizem a interação entre ordem jurídica interna e ordem jurídica internacional, permitindo, assim, um diálogo, uma conversação entre o Poder Judiciário nacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Passamos, então, a nos ocupar do objeto principal da Hermenêutica dos Direitos Humanos. Esta última é a ciência da interpretação jurídica que visa a oferecer mecanismos para a implementação dos direitos humanos, mediante a articulação, diálogo e conversação da ordem jurídica interna e da ordem jurídica internacional.

Assim, a partir da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é possível criar princípios que permitam a conversação e o diálogo mencionados no parágrafo anterior.

Em tese de doutoramento que estamos aos poucos formatando, alguns princípios integradores das duas ordens jurídicas já estão sendo gestados. Neste trabalho, serão expostos apenas três desses princípios.

Em Hans Kelsen, a *norma fundamental* é o pressuposto formal de validade de todo o sistema normativo. Trata-se de uma unidade dentro de uma pluralidade de normas².

Para nós, a Hermenêutica Jurídica dos Direitos Humanos, com os princípios correspondentes, também reclama a presença de uma *norma fundamental*.

No entanto, nossa *norma fundamental pressuposta* é uma *norma fundamental de proteção aos direitos humanos*. É essa norma fundamental pressuposta de proteção aos direitos humanos que vai atrair a conversação, o diálogo, a articulação entre ordens jurídicas nacional e internacional, entre decisões do Poder Judiciário nacional brasileiro e da Corte Interamericana de Direitos Humanos³.

Como se operará essa interação toda – sempre a partir da norma fundamental de proteção aos direitos humanos – dirão os princípios da Hermenêutica Jurídica dos Direitos Humanos – três dos quais serão apresentados neste trabalho.

Captar a *norma fundamental de direitos humanos* é o empreendimento mais importante da nossa teoria. Para fazê-lo, mais importante do que compreender os princípios hermenêuticos, é ter a fina percepção de quais os setores da sociedade não participam adequadamente dos sistemas de proteção social e das utilidades produzidas pelo sistema econômico.

Basta ao intérprete compreender as palavras do poeta suíço A. Mushg, inscritas no preâmbulo da Constituição da Suíça: “a força do povo é medida pelo bem-estar dos fracos”⁴.

Em ambos os níveis – nacional e internacional –, jamais se pode abstrair da humanidade pela realização da justiça⁵. É esse valor essencial, materializado na norma fundamental de direitos humanos, que orientará a articulação entre a ordem jurídica nacional e internacional, produzindo um intenso intercâmbio entre o Poder Judiciário nacional brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

² Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*, pág. 217. 1997.

³ É preciso pensar num sistema jurídico que ordene o múltiplo, sem reduzir a identidade, num sistema jurídico que admita o pluralismo sem renunciar a um direito comum (Mireille Delmas-Marty. *Le pluralisme ordonné*, pág. 8. 2006). A nossa *norma fundamental de direitos humanos* integra o pluralismo das ordens jurídicas interna e internacional, a partir de um direito comum expresso na proteção do ser humano. Segundo Flávia Piovesan, “o vértice maior da proteção global, regional e local dos direitos humanos é proteger as vítimas reais e potenciais de abusos de direitos, onde quer que se encontrem, celebrando a luta por dignidade, direitos e justiça” (*Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, pág. 47. 2021).

⁴ Apud Peter Häberle e Héctor López Bofill. *Um diálogo entre Poesia e Direito Constitucional*, pág. 16. 2017.

⁵ Antônio Augusto Cançado Trindade. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, pág. 178. 2ª ed. 2017.

3 PRINCÍPIOS DE INTEGRAÇÃO DAS ORDENS JURÍDICAS NACIONAL E INTERNACIONAL

3.1 PRINCÍPIO DA INTEGRAÇÃO NORMATIVA

O *princípio da integração normativa* é o mecanismo de articulação das normas jurídicas nacionais e internacionais, da jurisprudência nacional e internacional, com vistas à solução de problemas jurídicos relacionados aos direitos humanos.

Para extrair o *direito à indenização por danos morais por violação ao princípio da duração razoável do processo*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) articulou: a) leis internas e a Constituição de Portugal; b) a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais; c) a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal; d) a jurisprudência do próprio TEDH.

Dessa maneira, o Estado de Portugal foi condenado a uma indenização por danos morais no valor de 11.830, pela demora de 10 anos em julgar uma ação trabalhista⁶.

Portanto, articulando-se as ordens jurídicas nacional e internacional, as jurisprudências nacional e internacional, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos formatou o instituto denominado *indenização por danos morais por violação ao princípio da duração razoável do processo*. Assim se tutelou, com efetividade, os direitos humanos de um trabalhador cuja ação trabalhista tramitou em prazo fora da razoabilidade.

3.2 PRINCÍPIO DA INTEGRAÇÃO VALORATIVA

Vimos que o *princípio da integração normativa* permite uma combinação entre as ordens jurídicas nacional e internacional, entre jurisprudência nacional e internacional, na definição dos contornos de um direito.

Em algumas situações, só isso basta. Em outras, porém, é preciso dar um passo à frente. Assim, em certos casos, além de fazer-se a combinação acima, a interpretação dos direitos humanos requer a percepção de uma *tábua de valores*, que serve como substância imunológica contra as enfermidades que atacam o corpo dos direitos humanos.

Surge, então, o *princípio da integração valorativa*, que é o modo pelo qual o intérprete identifica valores que irão atrair as ordens jurídicas nacional e internacional, com o objetivo de extrair os direitos a serem protegidos.

⁶ Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Caso Valada Matos das Neves vs. Portugal*, sentença de 29 de outubro de 2015.

O princípio da integração valorativa, portanto, exige três providências sucessivas: a) primeiro, o intérprete identifica a *tábua de valores* que permeia o caso concreto; b) segundo, o intérprete, a partir dessa *tábua de valores* já identificada, atrai os dispositivos e princípios das legislações interna e internacional; c) terceiro, executando as tarefas impostas pelos dois passos anteriores, o intérprete consegue extrair os direitos a serem protegidos.

Assim o fez a Corte Interamericana de Direitos, no *Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil*⁷.

No dia 11 de dezembro de 1998, em Santo Antônio de Jesus (Bahia), explodiu a fábrica de fogos de artifícios denominada Vardo dos Fogos. 64 (sessenta e quatro) pessoas faleceram e 6 sobreviveram – a maioria mulheres negras. Entre as vítimas, havia 20 crianças e adolescentes entre 11 e 17 anos.

Santo Antônio de Jesus se situa no Recôncavo Baiano, região onde, no século XVI, pessoas escravizadas trabalhavam nas lavouras de cana-de-açúcar e tabaco. Sobrevinda a “liberdade”, hoje as pessoas não têm trabalho digno, por isso são obrigadas a trabalhar nas fábricas de fogos de artifício, de modo que o racismo estrutural persiste no local.

O trabalho é predominantemente negro e feminino: temos mulheres que começam a trabalhar a partir dos 10 anos de idades, em propriedades rurais insalubres, sem espaço de descanso, sem alimentação, sem trabalho, explosivos depositados no mesmo lugar onde o trabalho é prestado.

O Brasil foi condenado pela Corte Interamericana, porque não puniu criminalmente os responsáveis pela explosão, não deu o devido encaminhamento às ações cíveis e trabalhistas, nem fiscalizou, por meio do Exército, a fábrica de fogos que explodiu.

Posta essa situação concreta, vamos, agora, operacionalizar o nosso *princípio da integração valorativa*.

A Corte Interamericana, no referido caso, identificou dois valores principais: *as condições de trabalho das trabalhadoras* e *a igualdade ou não discriminação*. Quanto a este segundo valor, entendeu a Corte que mulheres negras estavam inseridas em situação de pobreza e racismo estruturais. Havia, portanto, problemas estruturais relacionados ao racismo, ao gênero e à condição social, o que demandava uma análise interseccional⁸.

⁷ Sentença de 15 de julho de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf. Acesso: 10/12/2020.

⁸ A industrialização gestou o fenômeno da *feminilidade*. Popularizaram-se revistas femininas e romances, de modo que a mulher branca ocupava um espaço separado do mundo do trabalho produtivo. Assim, houve uma separação entre economia doméstica e economia pública, o que provocou, na era do capitalismo industrial, a inferioridade das mulheres, as quais exerciam o papel de donas de casa e de mães. De qualquer forma, a mulher branca tinha um papel a ocupar. A mulher negra nem isso restava, porque, escravizada, ela não podia participar nem mesmo desse arranjo (Angela Davis. *Mulheres, raça e classe*, págs. 24 e 25. 2016). Essa exclusão total da mulher negra dos arranjos econômicos e institucionais do capitalismo repercutiu nos dias de hoje. Não é por acaso que, na região de Santo Antônio de Jesus-SP, o trabalho de fabricação de fogos de artifício arrasta as mulheres negras para um trabalho de semiescravidão.

Depois de identificados os dois valores acima – *condições de trabalho e igualdade ou não discriminação* –, a Corte Interamericana articulou as ordens jurídicas nacional e internacional.

No que se refere à ordem jurídica internacional, a Corte Interamericana, fazendo menção a um *corpus juris internacional*, analisou: a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Convenção de Viena, o art. 7º do Protocolo de São San Salvador, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, a Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho, entre outros.

No que diz respeito à ordem jurídica nacional, a Corte Interamericana analisou a Constituição Federal brasileira de 1988 e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Então, a partir dos dois valores (*condições de trabalho e igualdade*)⁹, a Corte integrou as ordens jurídicas nacional e internacional, acima citadas, e, então, extraiu os seguintes direitos, entre outros: a) direito de as vítimas/familiares a receberem do Estado brasileiro: a1) Reparação por danos materiais: 50 mil dólares; a2) Reparação por danos imateriais: 60 mil dólares; b) dever de o Estado brasileiro fornecer condições dignas de trabalho às pessoas da região de Santo Antônio de Jesus; c) dever de o Estado oferecer tratamento médico, psiquiátrico e psicológico às vítimas sobreviventes e familiares, de forma imediata e gratuita.

É importante destacar que o *princípio da integração valorativa* integra valores, integra a dogmática nacional e internacional, foca em princípios e na centralidade de direitos, retrata a situação econômica e social de realidades específicas e propõe transformações graduais. Ao fazer tudo isso, olhando para a realidade específica da nossa América Latina, esse princípio apropria-se do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL), que é um novo constitucionalismo transformador que busca alterar as condições de exclusão social em que se encontra inserido o povo latino-americano¹⁰.

3.3 PRINCÍPIO DA RESSIGNIFICAÇÃO CONCEITUAL-FUNCIONAL POR FORÇA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS OU HUMANOS

O *princípio da ressignificação conceitual-funcional por força dos direitos humanos* é o meio segundo o qual os institutos jurídicos já sedimentados reconfiguram-se por

9 Há uma relação intensa entre direitos trabalhistas e igualdade, no sistema regional interamericano de direitos humanos. Assim, segundo a Opinião Consultiva nº 18/03, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os direitos trabalhistas derivam do princípio da igualdade e da não descriminalização, apresentando-se como verdadeiras normas de *jus cogens* do sistema interamericano (Siddharta Legale. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*, pág. 74. 2020).

10 Sobre o ICCAL, confira-se: Armin Von Bogdandy. *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. In: *Ius Constitutionale Commune na América Latina*, volume I, Marco Conceptual, pág. 11 a 51. 2016.

intermédio de uma interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional, de modo que se promova uma maior proteção aos direitos humanos.

Temos vários institutos já sedimentados no direito interno. Esses institutos passam a ter nova configuração, quando analisados a partir de uma interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional.

É possível citar dois exemplos práticos de aplicação do princípio da ressignificação conceitual-funcional por força dos direitos fundamentais ou humanos.

O primeiro exemplo diz respeito à revogação de resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), pelo Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro. Por meio dessa revogação, duas situações ocorreram: a) dispensou-se o licenciamento ambiental aos empreendimentos de irrigação; b) as normas revogadas estabeleciam parâmetros, definições e limites das áreas de preservação permanente.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a revogação das aludidas resoluções violou o *direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*¹¹.

É interessante que, nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o instituto *direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado* deve ser construído a partir: a) da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; b) da jurisprudência do próprio STF; c) da Constituição Federal de 1988 e das leis internas brasileiras; d) de tratados e outros documentos internacionais de proteção aos direitos humanos¹².

Podemos mencionar outro exemplo de aplicação do princípio da ressignificação conceitual-funcional por força dos direitos fundamentais ou humanos. Nos termos do art. 109, §5º, da Constituição Federal de 1988, o Procurador-Geral da República poderá suscitar, no Superior Tribunal de Justiça, incidente de deslocamento de competência. Para que isso ocorra, é preciso que se detecte uma *grave violação aos direitos humanos*.

Em uma situação de letalidade policial, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o instituto *grave violação aos direitos humanos* deve ser compreendido a partir, principalmente, da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹³.

Portanto, nos dois casos acima mencionados, dois institutos, em geral formatados pelo direito interno, passaram a ter nova configuração, quando se fez a interação entre as ordens jurídicas interna e internacional e a jurisprudência interna e internacional.

Esse novo significado, que os institutos jurídicos alcançaram, tem um maior potencial de proteção aos direitos humanos.

11 STF, Plenário, ADPF n° 749, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento no dia 13/12/2021.

12 Rosa Weber. Voto proferido na ADPF n° 749.

13 STF, Plenário, ADPF n° 635, Medida Cautelar/RJ, Relator Ministro Edson Fachin, julgamento no dia 18/8/2020.

4 CONCLUSÃO

Intensificar a proteção aos direitos humanos no Brasil exige uma articulação entre as ordens jurídicas nacional e internacional, com um diálogo entre o Poder Judiciário nacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Essa articulação depende de uma nova Hermenêutica dos Direitos Humanos, com princípios próprios, a partir de uma norma fundamental de direitos humanos.

Identificar essa norma fundamental de direitos humanos permite atrair as legislações nacional e internacional, por meio de princípios dogmáticos específicos. Três desses princípios foram apresentados, de forma inédita, neste trabalho: a) o princípio da integração normativa; b) o princípio da integração valorativa; c) o princípio da ressignificação conceitual-funcional por força dos direitos humanos.

Embora não se deva abandonar a Hermenêutica Jurídica tradicional e a Hermenêutica Constitucional, próprias da análise específica ao Direito interno, é preciso dar um passo à frente em direção à Hermenêutica Jurídica dos Direitos Humanos.

É preciso pensar uma nova dogmática jurídica que articule os direitos humanos no seio de um valor comum não limitado às fronteiras jurídicas dos Estados. Há de haver uma dogmática dialógica, que incentive visões de mundo extraídas do contato profícuo entre as ordens jurídicas nacional e internacional.

Essa nova cultura jurídica emancipatória, que aproximará o Poder Judiciário brasileiro à Corte Interamericana de Direitos Humanos, pode promover uma larga abertura para a proteção dos direitos humanos no Brasil.

Eis, portanto, uma cultura jurídica emancipatória, com asas que agarram ao pensamento jurídico, fornecendo a este último sensibilidade, independência e uma fina e rica percepção das pessoas, do mundo e da vida.

REFERÊNCIAS

- BOGDANDY, Armin Von. Armin Von Bogdandy. *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. In: *Ius Constitutionale Commune na América Latina*, volume I, Marco Conceptual. Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi e Flávia Piovesan (coordenadores). Curitiba: Juruá Editora, 2016, pág. 11 a 51.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. 2ª ed. Brasília: FUNAG, 2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil*. Sentença de 15 de julho de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf. Acesso: 10/12/2020.
- DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. Tradução Heci Regina Candiani. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Le Pluralisme Ordonné*. Paris: Seuil, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HÄBERLE, Peter; BOFILL, Hèctor López. *Um diálogo entre Poesia e Direito Constitucional*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 749, Plenário, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento no dia 13/12/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349336976&ext=.pdf>. Acesso: 11/12/2022.
- _____. Plenário, ADPF nº 635, Medida Cautelar/RJ, Relator Ministro Edson Fachin, julgamento no dia 18/8/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761100480>. Acesso: 11/12/2022.
- TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Caso Valada Matos das Neves vs. Portugal*, sentença de 29 de outubro de 2015. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/case_valada_matos_neves_portugal_portuguese_translation.pdf. Acesso: 10/12/2022.
- WEBER, Rosa. Voto proferido na ADPF nº 749, Plenário, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento no dia 13/12/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349336976&ext=.pdf>. Acesso: 11/12/2022.

PROTEÇÃO DA HONRA E DA DIGNIDADE - DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Ingo Wolfgang Sarlet¹

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet²

Artigo 11 - “Proteção da honra e da dignidade” - da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade³

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

Sumário: 1- Considerações gerais; 2- Da Dignidade humana; 2.1. Recortes introdutórios; 2.2. Dignidade humana e direito à honra na perspectiva da Convenção Americana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 2.3. Da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à aplicação do binômio dignidade-honra; 3- Síntese conclusiva; 4- Referências

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Declaração da ONU de 1948 é um dos mais legítimos instrumentos de salvaguarda da pessoa humana. Ela contém, em seus trinta artigos, uma súmula dos direitos humanos, em suas diversas gerações/dimensões, destacando-se os aspectos: individual, social, cultural e político. Em outro giro, essa declaração enunciou o conteúdo essencial dos chamados direitos humanos e fundamentais, instaurando uma nova perspectivação na esfera global, inaugurando assim o sistema internacional (universal) de proteção

¹ Advogado e consultor jurídico, Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor Titular e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS (Mestrado e Doutorado).

² Advogada e consultora jurídica. Doutora em Direito pela Universidade de Augsburg. Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Hamburgo e pela PUCRS. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, e especialista em neurociências e ciências do comportamento pela PUCRS. Professora da PUCRS e coordenadora da especialização em Direito Digital da PUCRS. Presidente da regional do Rio Grande do Sul da Sociedade Brasileira de Bioética- SORBI.

³ Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 03 jan 2023.

dos direitos humanos, ademais de servir de paradigma para a instituição dos sistemas protetivos em nível regional.

Mediante a construção e a ampliação gradual do sistemas universal de proteção da ONU, destaque para os dois grandes Pactos de 1966, designadamente o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assim como da instituição de sistemas de proteção regionais, em especial na Europa, na América e na África, formou-se, a despeito de algumas importantes diferenças no plano regional, dadas as suas especificidades, uma espécie de direito internacional comum dos direitos humanos. Nada obstante a necessidade também de um olhar crítico relativamente ao real papel exercido pelos sistemas referidos, como, e.g., a sua capacidade de, a partir de um olhar essencialmente ocidental e mesmo ainda significativamente eurocêntrico servir de gramática comum e universalizável⁴, instituiu-se e afirmou-se um modo singular de apreciação do fenômeno jurídico pautado pelo princípio *pro homine*, caracterizado – em especial a partir da Conferência de Teerã, de 1968 – pela universalidade, indivisibilidade e interdependência entre os direitos humanos de todas as dimensões (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais)⁵.

Além disso, nunca é demasiado acostar a lição de Comparato⁶, no sentido de que a consolidação e a cristalização desses ideais, é de ser atribuída necessariamente a uma espécie de esforço coordenado e sistemático em termos de uma educação⁷ em matéria de direitos humanos e para os direitos humanos. Não custa apontar ainda que outra grande contribuição do pós-guerra, foi a constatação da necessidade de instâncias neutras de caráter supranacional na proteção dos direitos essenciais. Arendt⁸, e.g., refletindo sobre a situação dos refugiados⁹ revelava que, perversamente, os direitos humanos não são, de fato, protegidos independentemente da nacionalidade. Nessa linha de raciocínio, ela concluiu que, paradoxalmente, a essência dos direitos humanos é, em suma, o direito de ter direitos assegurados¹⁰.

4 NUBBERGER, Angelika. *Os direitos humanos: história, filosofia, conflitos*. Luís Marcos Sander (Trad). Porto Alegre: Fundação Fenix, 2022, p. 62-64. Para a autora, destaca-se que o descobrimento dos direitos humanos consiste em um ponto sem retorno na trajetória da civilização humana.

5 Proclamação de Teerã. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/teera.htm#:~:text=Desde%20que%20foi%20aprovada%20pela,instrumentos%20internacionais%20de%20relevada%20import%C3%A2ncia>. Acesso em: 18 jan 2023.

6 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Pg. 229.

7 DEMO, Pedro. *Educação e alfabetização científica*. Campinas: Papirus, 2010. Pg. 133.

8 ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. (Tradução Roberto Raposo). São Paulo: Companhia das Letras, 1989. Pg. 330.

9 DI FABIO, Udo. *Die Kultur der Freiheit*. München. Verlag C.H.Beck. 2005. S. 206-207.

10 ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. (Tradução Roberto Raposo). São Paulo: Companhia das Letras, 1989. Pg. 331. afirmou ainda, tornando-se uma voz incontestada acerca do tema que envolve a dignidade e os direitos humanos, que: "O homem pode perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade."

Assim, com advento da Declaração da ONU e a posterior universalização dos direitos, surge uma nova era para o Direito Internacional Público¹¹. Em rigor, com o advento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é deslocado o foco de atenção do Estado-Nação e inaugurada uma nova forma de cidadania: a cidadania cosmopolita¹². Alinhavados à dignidade humana, simultaneamente, começaram a ganhar relevo para a ordem mundial, entre outros, dois novos temas: a tolerância e a erosão do conceito de soberania¹³.

Além disso, interessa mencionar que o foco da atuação dos sistemas de proteção de direitos humanos, tendo como fundamento a dignidade humana, está na priorização do livre desenvolvimento da personalidade, no asseguramento de uma vida saudável, na proteção contra o arbítrio e todas as formas de discriminação, na preservação do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável, na relação do ser humano com as novas tecnologias e na garantia do Estado Democrático de Direito¹⁴.

Na qualidade de parte do núcleo central, frise-se que a ideia fundamental da tolerância é a da diferença na igualdade, sendo insuficiente a mera aceitação e a garantia da pluralidade. É necessário, contudo, que haja o reconhecimento do outro como sujeito, pois tolerar é aceitar de forma integral aquele que é diferente e até mesmo contrário. Nessa perspectiva extrai-se, em sintonia com o caleidoscópio de dimensões que o conceito de dignidade humana passa a assumir ao longo do tempo, a sua umbilical interação com o reconhecimento da intersubjetividade, sobretudo tendo em vista a atual jurisprudência do sistema interamericano.

Voltando-nos agora, vencidas algumas noções preliminares, ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos¹⁵, efetivamente criado – como marco normativo vinculante dos Estados signatários – quando da aprovação pela OEA – Organização dos Estados Americanos, em 1969, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida como Pacto de San José da Costa Rica), juntamente com a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Comissão Interamericana de Direitos Hum-

11 RAMOS, Andre de Carvalho. (2005). Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. R. CEJ, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.

12 "Artigo 3º - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica." Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 03 jan 2023.

13 RAMOS, Andre de Carvalho. (2005). Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. R. CEJ, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.; DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS - Artigo 1 - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em 24 jan 2023.

14 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista dos Tribunais*. Vol. 797. Mar/2002. Pg. 11-26.

15 O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos teve seu início formal em 1948, com a proclamação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá.

nos. Oportuno recordar, que tanto a CIDH, quanto a Comissão, são, respectivamente na esfera jurisdicional e extrajudicial, os órgãos capitais no que diz com a garantia da efetividade do sistema interamericano, porquanto incumbidos, no âmbito de suas competências¹⁶ e atribuições, do monitoramento e eventual responsabilização dos Estados em virtude da violação dos compromissos assumidos.¹⁷ Saliente-se que os órgãos interamericanos de proteção dos direitos humanos somente atuarão após o esgotamento dos recursos jurisdicionais internos.

Logo, muito embora o escopo do presente texto seja o de comentar parte de dispositivo específico da Convenção Interamericana (artigo 11), soa oportuno pontuar que essa, já no seu preâmbulo, prevê que os direitos essenciais do homem não encontram fundamento na nacionalidade, mas sim, da circunstância de se ser uma pessoa humana, já apontando, portanto, para a centralidade da dignidade humana.

Nessa perspectiva e à guisa de exemplo, o artigo 1º da Convenção declara que Pessoa é todo ser humano, sem ressalvas quanto às distinções de raça, de idioma, de religião, de nacionalidade, de classe social, de condição econômica e financeira, ou seja, igualmente no que toca à miríade das orientações políticas, sexuais ou filosóficas.

Na mesma toada, é possível referir o artigo 3º, de acordo com o qual os Estados ratificantes se comprometem e entendem que não lhes cabe atribuir ou determinar de modo absoluto os limites da personalidade humana.

Note-se que, para além da Convenção Interamericana, os princípios basilares do sistema interamericano de proteção de direitos humanos já haviam sido, em grande medida, consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos¹⁸, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem¹⁹ e na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, que, por sua vez, foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito global como regional. Nesse sentido, enaltece-se ainda a relevância do teor do Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos “Protocolo de Cartagena das Índias”, do “Protocolo de Washington” e do “Protocolo de Manágua,” que reforçam o papel da cooperação internacional. Extrai-se essa mesma ideia, já em uma perspectiva mais abrangente, do Protocolo adicional

16 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso James y otros vs. Trinidad y Tobago*, Medidas Provisionales, de 25/05/99, voto concorrente do Juiz A.A. Cançado Trindade, in, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 338.

17 RAMOS, Andre de Carvalho. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. *R. CEJ*, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.

18 Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.carta.oea.htm>. Acesso em 03 jan 2023.

19 Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.leg.br/mulheres/wp-content/uploads/sites/35/2020/07/DECLARA%C3%87%C3%83O-AMERICANA-DOS-DIREITOS-E-DEVERES-DO-HOMEM.pdf>. Acesso em 03 jan 2023.

à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como Protocolo de San Salvador²⁰.

Para melhor compreender o escopo do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos destaca-se, v.g., os seguintes documentos: *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*, a *Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência*, a *Convenção contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância*, o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos relativo à Abolição da Pena de Morte, a *Convenção Interamericana sobre Desaparição Forçada de Pessoas*, a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher* e a *Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*.

De qualquer sorte, não se pode olvidar, nem subestimar, a importância, para a formação do sistema regional interamericano e para a interpretação/aplicação de seu marco normativo pela CIDH e pela Comissão, o sistema universal da ONU e mesmo um diálogo com outros sistemas regionais, como é o caso, em especial, do sistema Europeu e de seus dois subsistemas, designadamente o da União Europeia – Carta dos Direitos Fundamentais – e o do Conselho da Europa – Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como de seus respectivos Tribunais.

Assim, à vista das considerações preliminares tecidas, passa-se a adentrar o objeto precípua do presente comentário, designadamente, o da dignidade humana e sua relação com o direito à honra, de modo especial na perspectiva da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas sem antes deixar de bosquejar alguns aspectos jurídico-filosóficos preliminares de caráter geral.

2 DA DIGNIDADE HUMANA

2.1 Recortes introdutórios

O conceito de dignidade humana como um paradigma universal é uma das consequências inequívocas do processo de emergência do indivíduo²¹ ao longo da História da humanidade. Trata-se de uma categoria que, em sua formulação atual, representa o amadurecimento dos conceitos de pessoa humana e de dignidade, levando a uma sinergia e interação umbilical entre as duas noções.

²⁰ Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em 04 jan 2023.

²¹ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia Filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992, p 200.

Devido a essa convergência entre as noções de dignidade²², pessoa, vida e humanidade, a dignidade humana traz em sua essência²³ uma extrema complexidade²⁴. Então, apesar de atualmente se expressar como um dos mais importantes estatutos jurídico, ético e moral²⁵, consiste em tema de complexa abordagem e delimitação²⁶. Tal dificuldade assenta-se, primeiramente, na infinita densidade ontológica²⁷ do conceito²⁸ de pessoa.

Em rigor, é perceptível que o conceito de pessoa surgiu na esteira da afirmação do ser humano como agente moral²⁹, ou seja, como agente ético, livre e responsável³⁰. Tal compreensão só se faz possível no processo de universalização³¹ em que o indivíduo sai de si e busca a liberdade³² e a autonomia³³ na sua convivência com os demais seres³⁴. Depreende-se daí, em primeiro plano, as dimensões da dignidade como: valor intrínseco, atrelada à autonomia e, por fim, ao reconhecimento social, ou seja, em uma dimensão comunitária.

22 “Artigo 5º - Direito à integridade pessoal.1. Toda pessoa tem direito a 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 de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.*” (grifo nosso). Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 03 jan 2023.

23 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e sociabilidade**. São Paulo: Loyola, 1993. p. 30

24 WODARG, Wolfgang. Diesseits des Rubikon? Politische Standortbestimmung im Streit um die rechtliche und moralische Auslegung der Menschenwürde, in: *Biomedizin und Menschenwürde*. Kettner, Mathias Org. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2004. p. 24.

25 PIOVESSAN, Flavia. Direitos Humanos, O Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988, in: (Neo) Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. vol I, n. 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 91- 92. Ver também: BRAUN, Kathrin. Die beste Gründe für eine kategorische Auffassung der Menschenwürde, in: *Biomedizin und Menschenwürde*. Kettner, Mathias Org. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2004, Pg. 88. “Die Beziehung zwischen Menschenwürde und Grund- und Menschenrechten ist im Grundgesetz so gestaltet, dass die Menschenwürde die Basis und den Geltungsgrund der Grund- und Menschenrechte.”

26 DREIER, Horst. Lebensschutz und Menschenwürde in der bioethischen Diskussion, in: *Bioethik und Menschenwürde: Ethik & Gesellschaft*; Vorträge des Instituts für Christliche Gesellschaftswissenschaften. Reuter, Hans-Richard Org. Münster: LIT, 2002; BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, P. 21.

27 CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. 12 ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 238-242.

28 KAUFMANN, Mathias. *Begriffe, Sätze, Dinge: Referenz und Wahrheit bei Wilhelm von Ockan*. New York. Köln: Leiden, 1993, p. 14-15.

29 CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. 12 ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 346.

30 PEGORARO, Olinto A. **Ética e bioética**: da subsistência à existência. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 26. Ver também: FROMM, Erich. *Ética y psicoanálisis (Man for Himself)*. Tradução Heriberto F. Morck. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 113. Fromm alerta, nessa obra, que ter responsabilidade é um privilégio e uma carga da pessoa. Quanto à noção de responsabilidade na perspectiva de um novo imperativo para a civilização tecnológica, ver: JONAS, Hans. *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 2003, p. 16.

31 PEGORARO, Olinto A. **Ética e bioética**: da subsistência à existência. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 26-27.

32 JONAS, Hans. *Organismus und Freiheit: Ansätze zu einer philosophischen Biologie*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1973, p. 12 e 13. Ver também: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e Sociabilidade**. São Paulo: Loyola, 1993, p. 149. Aqui o autor nos demonstra que liberdade deve ser entendida como limitação recíproca, como uma tensão entre a defesa da liberdade individual e da esfera das liberdades dos outros, ou seja, a liberdade é pensada não somente numa perspectiva individual, mas implica igualmente na compreensão da intersubjetividade.

33 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e Sociabilidade**. São Paulo: Loyola, 1993, p. 135. Nesse sentido, ver também: WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, p. 125. Para esse autor: “Um indivíduo fechado, isolado do outro, não realiza a sua autonomia, fica alienado. Porém, um excesso de vínculo com o outro, uma relação sem movimento próprio, também conduz à alienação. A autonomia é um vínculo com o outro em que ambos têm movimento próprio”.

34 LÉVINAS, Emmanuel. *Die Spur des Anderen: Untersuchungen zur Phänomenologie und Sozialphilosophie*. Emmanuel Lévinas Hrsg. und eingeleitet von Wolfgang Nikolaus Krewani. Freiburg(Breisgau), München: Alber-Studienausgabe, 1998, p. 209.

Em Kant³⁵, v.g., a pessoa humana assume local de destaque na fórmula do imperativo categórico³⁶, na medida em que ele a coloca no patamar de fim, recusando qualquer tentativa de tomá-la como meio. A pessoa, nessa perspectiva kantiana, assume um valor não quantificável, incomparável a qualquer outro: um valor moral, revestido de dignidade. Kant alçou a dignidade humana ao vértice, ou seja, a concebeu como valor absoluto³⁷. Arendt³⁸ mostra que, segundo Kant, há três perspectivas sob as quais os negócios humanos podem ser considerados: há a espécie humana e seu progresso; há o ser humano moral e fim em si mesmo; e ainda os homens em sua pluralidade, isto é a esfera da sociabilidade³⁹.

Em Kant fica explicitada a universalidade, já que somente nela o particular faz sentido. Dessa forma, vê-se a proclamação do imperativo categórico como regra moral universal. O agir moral, proclamado no imperativo categórico, pressupõe autonomia e racionalidade que serão as características preponderantes para a sua definição de pessoa⁴⁰. Tal definição é o que implica a distinção entre pessoa e coisa⁴¹.

Com isto, a vontade racional juntamente com a autonomia confere à pessoa um *status*, na medida em que, ao mesmo tempo em que se submete às leis da razão prática⁴², é fonte dessas mesmas leis⁴³, segundo o imperativo categórico⁴⁴. Trata-se do projeto ético-pedagógico⁴⁵ empreendido por Kant, destinado à condução da humanidade à maioria e em que a liberdade ocupa o topo da razão. Kant, em síntese, sublinhou a diferença entre pessoa e indivíduo, ressaltando que, apesar de toda pessoa ser in-

35 KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Lisboa. Ed 70. 1986. Pg. 68. Ainda sobre o conceito de pessoa na filosofia transcendental kantiana, ver: BAUMGARTNER, Hans Michael; HONNEFELDER, Ludger; WICKLER, Wolfgang und WILDFEUER, Armin G. *Menschenwürde und Lebensschutz: Philosophische Aspekte*, in: *Beginn, Personalität und Würde des Menschen*. Rager, Günter (Hrsg.). Freiburg(Breisgau). München. Verlag Karl Alber. 1998. Pg. 198.

36 Na formulação kantiana do imperativo categórico tem-se a mais vigorosa reivindicação da dignidade e da intocabilidade da pessoa humana na filosofia moral da modernidade. A fórmula: “Age de tal forma que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa como na de cada um, ao mesmo tempo, sempre como fim e nunca como simples meio” encontra-se resumida a idéia da personalidade como vinculação à liberdade, autofinalidade e dignidade. Aqui tem-se a célebre idéia de que o valor da pessoa humana não comporta a idéia de preço, antes de dignidade. KANT, Immanuel. *Kritik der praktischen Vernunft: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. (Wilhelm Weischedel Hrsg.) Frankfurt am Main. Suhrkamp taschenbuch. 4a. Auflage. 2004. S. 42.

37 HÖFFE, Otfried. *Medizin ohne Ethik?* Frankfurt am Main. Suhrkamp. 2002. S. 64-69.

38 ARENDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. (Tradução André Duarte de Macedo). Rio de Janeiro. Relume-Dumará. 1993. Pg.37.

39 KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007, p. 35 e ss.

40 Ressaltando que a pessoa humana é insubstituível e, desta forma, segundo Kant, digna, o autor oferece uma distinção entre meio e fim, correlacionando com preço e dignidade. WOLBERT, Werner. *Der Mensch als Mittel und Zweck: Die Idee der Menschenwürde in normativer Ethik und Metaethik*. Münster. Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung GmbH & Co. 1987. S. 31.

41 KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007, p. 41.

42 Henrique Vaz esclarece que a liberdade e a razão prática são os conceitos fundamentais na obra de Kant que, em seu amadurecimento, deram surgimento ao conceito de autonomia e na qualidade de fato da razão (*Faktum der Vernunft*), fundamentos definitivos de sua ética. VAZ, Henrique C. De Lima. *Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica I*. São Paulo. Edições Loyola. Pg. 336.

43 FRANKENBERG, Günter. *Autorität und Integration*. Zur Grammatik von Recht und Verfassung. Frankfurt am Main. Suhrkamp. 2003. S.270.

44 Vaz, Henrique C. De Lima. *Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica I*. São Paulo. Edições Loyola. Pg 339-341.

45 Vaz, Henrique C. De Lima. *Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica I*. São Paulo. Edições Loyola. Pg. 325. Em relação a esse projeto ético-pedagógico, Gerd Bornheim afirma que a normatividade se fundamenta na universalização. BORNHEIM, Gerd. O sujeito e a Norma. In: *Ética*. Aduauto Novaes (org.). São Paulo. Companhia das Letras. Secretaria Municipal de Cultura. 1992. Pg. 247.

divíduo⁴⁶, tal distinção tem preponderância para o estabelecimento do ser humano, a pessoa, como ser livre e autônomo. Sendo que ao indivíduo humano é reconhecido o valor maior, único e intransferível: a dignidade.

Ocorre que pessoa, enquanto experiência integradora, deve ser entendida como uma síntese entre essência (estrutura e relações) e existência(realização). Trata-se, então, de uma categoria que exprime tanto a interioridade quanto a exterioridade, ou seja, nos termos da lógica dialética que radica na singularidade absoluta da pessoa⁴⁷, supressumindo a universalidade da essência, mediatizada pela particularidade histórica da realização. Nessa perspectiva, a personalidade se constrói em uma dinâmica de liberdade, de igualdade, de solidariedade e de responsabilidade mediante a proteção de direitos humanos e fundamentais que a balizam e a asseguram.

Em razão da sua radicalidade e o incremento do seu sentido, verifica-se, que, juntamente com a Constituição de Weimar (1919), a Constituição portuguesa de 1933 e a Constituição da Irlanda (1937), a Constituição brasileira de 1934 se situa entre as poucas que fizeram expressa referência à dignidade (da pessoa) humana antes da viragem provocada pela Segunda Guerra Mundial, quando, como reação às graves e inolvidáveis atrocidades cometidas especialmente pelos regimes totalitários, tanto a Declaração dos Direitos Humanos da ONU (1948) quanto uma série de constituições nacionais, com destaque para a Lei Fundamental da Alemanha (1949), passaram a proclamar e a garantir a dignidade humana, o que também se verificou na esfera do direito internacional dos direitos humanos, com destaque para a Convenção Americana, de 1969, já referida.

Com efeito, assim como a dignidade humana ganhou em representatividade e importância no cenário constitucional e internacional, em termos tanto quantitativos como qualitativos, também se verificou, no plano da literatura, das ciências humanas e sociais (e não apenas no campo do direito) e da jurisprudência, uma crescente tendência no sentido de enfatizar a existência de uma íntima e, por assim dizer, indissociável ligação entre dignidade humana e os direitos humanos e fundamentais reconhecidos e protegidos na esfera do direito internacional e do direito constitucional, muito embora não exista – precisamente em virtude do relativamente recente reconhecimento da dignidade humana como valor de matriz constitucional! – na perspectiva da evolução

46 Nos seres humanos, a individuação é entendida como um conceito de valor imprescindível, que foi confundido com a atribuição ou reconhecimento da personalidade. A grande questão que se coloca para a bioética atualmente é exatamente a distinção desses dois conceitos e a análise clara e crítica dos critérios que justificam a personalidade. Trata-se da necessária tarefa de expor os condicionamentos sociais e os preconceitos como fatores que bloqueiam a visão do humano, destituído de idealidades impossíveis que caracterizam toda a subjugação e controle social. O Homem é livre, apenas não se reconhece desta maneira para reconhecer em si e no outro, que é seu reflexo mais agudo, a sua limitação e grandeza inquestionável. Efetivamente, esse é um mistério profundo que cabe à sociedade descortinar, sem medos e nem receios.

47 Vaz, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia Filosófica II*. São Paulo. Loyola. 1992. pg.236.

histórica do constitucionalismo, uma relação necessária entre direitos fundamentais e a dignidade humana.⁴⁸

Por tal razão, também é verdadeiro que, na quadra atual da trajetória do Estado Constitucional, o reconhecimento da íntima e indissociável vinculação entre a dignidade humana, os direitos humanos e fundamentais e a própria Democracia, na condição de eixos estruturantes deste mesmo Estado Constitucional, constitui um dos esteios nos quais se assenta tanto o direito constitucional quanto o direito internacional dos direitos humanos contemporâneo⁴⁹.

Portanto, tamanha a expansão e a trajetória vitoriosa da dignidade humana⁵⁰ no âmbito da gramática jurídico-constitucional atual, que se chegou ao ponto de afirmar que “o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano”.⁵¹ Tal abertura, mas também e de certo modo o “diálogo” propiciado pelo amplo reconhecimento da dignidade como princípio jurídico fundamental, guarda relação com a expansão universal de uma verdadeira “crença” na dignidade humana que, por sua vez, igualmente pode ser vinculada aos efeitos positivos de uma globalização jurídica,⁵² que se deve em grande medida também ao reconhecimento da dignidade humana nas principais declarações e tratados internacionais em matéria de direitos humanos⁵³.

Todavia, quando se busca definir o conteúdo normativo da dignidade humana, seja como princípio (valor) autônomo, seja quando está em causa a natureza e a intensidade da sua relação com os direitos humanos e fundamentais, percebe-se que os níveis de consenso registrados de uma ordem constitucional para outra e mesmo no âmbito interno de cada Estado⁵⁴ – o que não deixa de se aplicar ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos –, são muito diferenciados e muitas vezes até frágeis. Já no que diz com a própria compreensão do conceito, conteúdo e significado da dignidade humana na (e para a) ordem jurídica considerada em seu conjunto, mas especialmente no tocante à sua relação com os direitos humanos e fundamentais, segue – também no Brasil – farta a discussão em nível doutrinário e jurisprudencial.⁵⁵

48. Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, vol. IV, 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 215-216.

49. BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 189.

50. MAUER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45.

51. Cf. CASTRO, C. R. Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*, p. 19.

52. Cf. BAER, S. Menschenwürde zwischen Recht, Prinzip und Referenz. In: *DZPhil.* 53 (2005), p. 572.

53. MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 1ª vol., 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 112.

54. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

55. Para maior desenvolvimento do tema, v. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

A despeito da existência de inúmeras outras propostas de definição, válidas tanto para o direito constitucional, quanto para o direito internacional, ousa-se apresentar, inclusive para o devido contraditório, a fórmula proposta pelo autor Ingo Sarlet, a seguir reproduzida literalmente. Segundo o autor, em um movimento de sintetizar, em uma perspectiva multidimensional e sinérgica com os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais, a dignidade (da pessoa) humana pode ser definida e compreendida como sendo a

(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁵⁶

Independentemente da adoção, ou não, do conceito sugerido, o que importa nessa quadra, é demarcar que a dignidade humana, de há muito assumiu – a despeito das ainda frequentes e mesmo massivas violações⁵⁷ – a condição de uma espécie de valor-fonte do Estado Democrático de Direito e dos direitos humanos e fundamentais, seja em nível interno dos Estados que integram a comunidade internacional, seja no plano do direito internacional dos direitos humanos⁵⁸.

Na mesma linha, verifica-se que a dignidade humana tem sido compreendida como sendo simultaneamente o fundamento e o conteúdo dos direitos humanos e fundamentais, o que, contudo, não necessariamente significa que todos os direitos humanos e fundamentais consagrados em nível de direito positivo (internacional e constitucional) possam ser reconduzidos diretamente à dignidade humana, nem que todos tenham sempre um conteúdo em dignidade⁵⁹. Dito de outro modo, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais, a despeito da vinculação direta da grande maioria desses direitos à dignidade humana, as Constituições podem prever outros direitos fundamentais, para além daqueles que, seja pelo fato de estarem previstos em tratados de direitos

56 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, op. cit. p. 70-71.

57 NETO, L. Vulnerabilidade e exercício de direitos: o livre desenvolvimento da personalidade: o direito ao livre desenvolvimento da personalidade consagrado constitucionalmente”, *Oñati Série Sócio-Legal*, 12(1), pp. 164-178. Disponível em: <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1329>. Acesso em 18 jan 2023.

58 Cf. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia*, 2. ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 78 e ss; Cf. HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009.

59 BAZAN, Victor. Aproximación a la problemática del control de constitucionalidad de los tratados y convênios internacionales en el derecho comparado iberoamericano. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Del Rey, Belo Horizonte, jul/dez. 2004, vol. 4, p. 367-417, p. 412.

humanos, seja em virtude de corresponderem às exigências morais universalizáveis, ocupam simultaneamente a condição de direitos fundamentais e de direitos humanos⁶⁰.

Outro aspecto que não pode ser negligenciado, nesse contexto, é que se a dignidade humana é atributo de todo e qualquer ser humano em todo e qualquer lugar, os direitos que dela decorrem são necessariamente de titularidade universal, ou, pelo menos, correspondem a valores e pretensões universalizáveis.

Tal linha de entendimento, todavia, não justifica e nem legitima os Estados Constitucionais a desconsiderar o patamar mínimo de proteção e de promoção da dignidade humana reconhecido e assegurado pelo marco normativo, institucional e procedimental do sistema internacional dos direitos humanos, tampouco sendo admitido que os compromissos vinculativos assumidos quando da ratificação dos tratados internacionais possam ser descumpridos⁶¹. O que se verifica, ao fim e ao cabo, é que os Estados Constitucionais podem reconhecer direitos fundamentais para além (portanto, níveis de proteção adicionais, inclusive de acordo com demandas típicas de cada sociedade), mas jamais aquém dos direitos humanos⁶².

Além disso, o fato de que nem todos os direitos fundamentais (e mesmo eventualmente direitos constantes de tratados internacionais) não serem reconduzíveis diretamente à dignidade humana, não afasta o imperativo de que todos os direitos, humanos e/ou fundamentais, devem ser interpretados (e tornados efetivos) de modo conforme às exigências da dignidade⁶³.

Assim, à vista das considerações tecidas, passa-se, no próximo segmento, a lançar algumas notas sobre o princípio (e direito) da dignidade humana e o direito à honra, tal como consagrado na Convenção Americana (art. 11), em especial, na perspectiva da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas sem deixar de lançar um olhar, embora mais panorâmico, sobre a perspectiva constitucional⁶⁴, dada a necessária interação dialógica entre ambas as esferas, em um contexto multinível⁶⁵.

60 CIDH. Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C., 1999, p. 457.

61 BAZAN, Victor. Aproximación a la problemática del control de constitucionalidad de los tratados y convénios internacionales en el derecho comparado iberoamericano. *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais*, Del Rey, Belo Horizonte, jul/dez. 2004, vol. 4, p. 367-417, p. 412; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso James y otros vs. Trinidad y Tobago, Medidas Provisionales, de 25/05/99, voto concorrente do Juiz A.A. Cançado Trindade, in, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 338.

62 SIRI, Andrés Javier Rousset. El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*. ISSN 2250-5210. 2011, Año I – N°1, pg. 76.

63 RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pg. 251; DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, pg. 10.

64 Cf. CASTRO, C. R. Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*, p. 19.

65 LEÃO, AC. O Estado perante a vulnerabilidade: (Estado e vulnerabilidade), *Oñati Socio-Legal Series*, 12(1), 2022, pp. 86-107. Disponível em: <https://opo.ijsj.net/index.php/osls/article/view/1326>. Acesso em 18 de jan 2023.

2.2 Dignidade humana e direito à honra na perspectiva da Convenção Americana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Convenção Americana de Direitos Humanos, notadamente o seu artigo 11, que dispõe, entre outros direitos e garantias (que não são objeto do presente comentário), não só reconhece expressamente a dignidade humana como valor, princípio e direito a ser respeitado e protegido, como estabelece uma ponte entre a dignidade e o direito à honra, direito de personalidade que com a dignidade guarda uma direta relação. Todavia, em que pese a linha direta entre honra e dignidade, o direito à honra, em uma perspectiva axiológica, corresponda apenas a uma das múltiplas interfaces da dignidade com os direitos humanos e fundamentais, encontrando o seu limite na própria dignidade humana e mesmo em outros direitos.

De qualquer sorte, independentemente das críticas à indeterminação conceitual ou ao esvaziamento de sentido da noção de dignidade humana⁶⁶, tendo como base a compreensão das funções interpretativa, negativa e direta que pode assumir, a dignidade humana tem, em geral, sido continuamente reconhecida e considerada pelo sistema interamericano de proteção de direitos humanos⁶⁷, ainda que, em regra, associada, na qualidade de reforço argumentativo e de diretriz hermenêutica, à interpretação/aplicação de outros direitos⁶⁸.

Depreende-se, inclusive dos preâmbulos e dos considerandos dos documentos que integram e conformam o sistema interamericano de proteção, uma reiterada referência à dignidade, em boa parte das vezes em sintonia fina com os direitos da personalidade. Nesse sentido, v.g., o teor da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência e da Convenção contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. Nesse contexto, destacam-se ainda o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos relativo à Abolição da Pena de Morte; a Convenção Interamericana sobre Desaparição Forçada de Pessoas; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Já uma rápida leitura dos documentos referidos, em especial da Convenção Americana, revela a existência de uma ênfase na afirmação da dignidade humana como sendo um valor intrínseco à pessoa. Além disso, constata-se que a dignidade humana é explicitamente

66 Cf. MAUER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

67 <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/sansalvador.asp> Acesso em: 18.01.2023

68 **À guisa de exemplificação, cf: Corte IDH.** *Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022; *Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021; *Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de março de 2021, dentre outros.

vinculada, entre outros, ao direito à integridade pessoal, à vedação à tortura, às penas cruéis, desumanas ou degradantes, à proibição da escravidão e à servidão em condições análogas à escravidão. Da análise da normativa do sistema interamericano e da jurisprudência da CIDH, que será apresentada de modo mais detalhada logo adiante, denota-se também a necessidade de preservar a dignidade humana do recluso/detento, a proteção da honra, da vida privada e da reputação contra ingerências e ofensas ilegais, destacando-se, ademais, uma significativa tendência no sentido da proteção da dignidade em sua faceta comunitária, em especial vinculada aos direitos dos grupos vulneráveis.

Do ponto de vista da autonomia como parte elementar do eixo conceitual da dignidade humana para efeitos de compreensão do artigo onze da Convenção Americana de Direitos Humanos, ressalte-se, dentre outros exemplos, o entrelaçamento com o direito à propriedade, com o direito à autodeterminação e o direito ao desenvolvimento para a garantia e a manutenção de condições essenciais para uma vida decente. Nessa mesma toada situa-se o preâmbulo do Protocolo de San Salvador de 1988, pontuando a interdependência entre os direitos humanos de todas as dimensões para a concretização do princípio da dignidade humana. À guisa de ilustração, salienta-se, a partir da leitura do artigo treze do Protocolo, a afinção entre a autonomia, tanto no sentido público, quanto privado, e o direito à educação para a garantia do pleno desenvolvimento da personalidade humana e a manutenção de uma democracia inclusiva e plural.

Note-se que da Década de 1990 diante, foi reconhecida e desenvolvida uma íntima conexão entre a dignidade humana e o conceito de vulnerabilidade⁶⁹, corroborando a dimensão intersubjetiva da dignidade, que, por sua vez, remete ao reconhecimento recíproco, desenvolvimentos que foram acompanhados de medidas e recomendações extremamente significativas patrocinadas tanto pela CIDH, quanto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tendo em vista o ser humano concreto e a construção da sua identidade, situado em um contexto histórico⁷⁰.

A Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, de 1994, exemplifica esse giro de Copérnico no qual a dignidade da mulher foi tratada em sinergia com a previsão das medidas dirigidas às instituições para o combate e o enfrentamento do problema da violência, sobretudo doméstica e familiar⁷¹. Desde então, pode ser apontada uma crescente atuação dos atores encarregados do sistema interame-

69 NETO, L., LEÃO, AC e GRACIA, J. Introducción: Vulnerabilidad y cuidado. Una aproximación desde los derechos humanos, *Oñati Socio-Legal Series*, 12(1), 2022, pp. 1-5. Disponível em: <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/132>. Acesso em 9 jan 2023; CANOTILHO, M. A vulnerabilidade como conceito jurídico-constitucional, *Oñati Socio-Legal Series*, 12(1), 2022, pp. 138-163. Disponível em: <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1328>. Acesso em 9 jan 2023.

70 Corte IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=345. Acesso em 18 jan 2023.

71 Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_belem_do_para.pdf. Acesso em 9 jan 2023.

ricano de proteção, no sentido de assegurar que o respeito, a proteção e a promoção da dignidade humana e da honra estão diretamente relacionadas com o projeto de vida das pessoas, em especial daquelas que se encontram em condições ou em risco de exclusão e de marginalização⁷². Assim, o sentido e o alcance tanto da dignidade humana quanto da honra passaram a estar entrelaçados com a ideia de vulnerabilidade e, em outro giro, com a de reconhecimento social.

Ponto arquimediano adicional diz respeito à relação entre dignidade e biotecnologia, notadamente no que diz com a proteção do genoma humano, com foco no combate às futuras discriminações, no direito ao planejamento familiar e, especificamente, no que concerne à designação do início e da proteção da vida humana. Na decisão proferida no caso *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica (2012)*⁷³ ressaltou-se o aspecto da autodeterminação reprodutiva no que toca à dignidade. Além disso, a decisão serviu como paradigma para a definição das fronteiras da proteção à vida uterina e, conseqüentemente, para a elaboração de um conceito de dignidade atualizado em relação ao cenário biotecnológico.

Há que enfatizar, ainda, o viés antropocêntrico que os conceitos de dignidade e de honra assumiram, sobremaneira com a Declaração Americana sobre os direitos dos Povos Indígenas⁷⁴. Em síntese, este documento reconheceu a personalidade, o caráter multilíngue e pluricultural e o direito de integralmente fazer parte do contexto social, além do direito dos povos indígenas de manter e de promover seus próprios sistemas de família, assegurado pelo artigo dezessete, determinando, ademais, que os Estados respeitarão e protegerão as distintas formas indígenas de família, assim como suas formas de união matrimonial, de filiação, de descendência e de nome familiar.

De mais a mais, em face da deflagração da pandemia do COVID 19 e em consonância com a Resolução 32/13 aprovada pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, em 2016, segundo a qual todos os direitos que as pessoas têm off-line devem ser igualmente protegidos on-line, especialmente aqueles vinculados à liberdade de expressão⁷⁵, o sistema interamericano empreendeu esforços para realçar uma dimensão da dignidade humana diretamente conectada com a relação do ser humano com as novas tecnologias da informação e da comunicação (TIC)⁷⁶.

72 DECRETO N° 10.932, DE 10 DE JANEIRO DE 2022. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm. Acesso em 9 jan 2023.

73 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e Outros ("Fecundação In Vitro") Vs. Costa Rica*. Sentença de 28 de novembro de 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf. Acesso em 9 jan 2023.

74 Declaração Americana sobre os direitos dos Povos Indígenas. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em 9 jan 2023.

75 A/HRC/RES/32/13. Resolution adopted by the Human Rights Council on 1 July 2016 - 32/13. The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet. Disponível em: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/32/13. Acesso em 24 jan 2023.

76 Declaração da Corte Interamericana de Direitos Humanos 1/20 de 9 de abril de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/Declaracao_1_20_PORT.pdf. Acesso em 18 jan 2023.

2.3 Da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à aplicação do binômio dignidade-honra

Antes de iniciar o exame das decisões da CIDH propriamente ditas, calha – sem aprofundar o ponto – pelo menos rememorar a relevância ímpar da Corte para a concretização da gramática interamericana dos direitos humanos, designadamente pelo fato de que a CIDH Interamericana exerce paralelamente, a) uma função contenciosa, abarcando a resolução de litígios e os mecanismos de supervisão de sentenças; b) uma função consultiva; e c) a função de editar medidas provisórias⁷⁷.

Ainda numa fase preliminar, listam-se, em caráter meramente exemplificativo, alguns casos recentes analisados pela CIDH, envolvendo a aplicação direta do artigo onze da Convenção: Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica⁷⁸; Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador⁷⁹; Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras⁸⁰; Caso Manuela y otros vs. El Salvador⁸¹; Caso Cuya Lavj y otros vs. Perú⁸²; Caso Digna Ochoa y familiares vs. México⁸³; Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú⁸⁴; Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina⁸⁵; Caso López Soto y otros. Vs. Venezuela⁸⁶; e o Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela⁸⁷.

Sem aqui entrar em detalhes, apura-se, desde logo, que os precedentes citados, revelam que para a CIDH há um entrelaçamento entre os termos dignidade humana e honra, os quais vem assumindo de modo gradualmente mais enfático o papel de um binômio central do sistema de proteção de direitos humanos que, sem dúvida, como já demonstrado fartamente, se estrutura e organiza em torno da ideia da centralidade da pessoa humana, tanto do ponto de vista individual, quanto coletivo (comunitário).

77 Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/estatutoCorte.pdf>. Acesso em 19 jan 2023.

78 Corte IDH. *Caso Moya Chacón Y Otro Vs. Costa Rica*. Sentencia de 23 de Mayo de 2022. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_451_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

79 Corte IDH. *Caso Palacio Urrutia Y Otros Vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_446_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

80 Corte IDH. *Vicky Hernández Y Otras Vs. Honduras*. Sentencia de 26 de marzo de 202. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

81 Corte IDH. *Caso Manuela Y Otros Vs. El Salvador*. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

82 Corte IDH. *Caso Cuya Lavj Y Otros Vs. Perú*. Sentencia de 28 de septiembre de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_438_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

83 Corte IDH. *Caso Digna Ochoa Y Familiares Vs. México*. Sentencia de 25 de noviembre de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_447_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

84 Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín Y Otra Vs. Perú*. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

85 Corte IDH. *Caso Fernández Prieto Y Tumbeiro Vs. Argentina*. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

86 Corte IDH. *Caso López Soto Y Otros Vs. Venezuela*. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_362_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

87 Corte IDH. *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela*. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_380_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

Por oportuno, vale mencionar que os efeitos das sentenças proferidas têm adensado o caráter interventivo da Corte, indo além da exigência de uma reparação compensatória das vítimas, de modo a incluir a imposição de medidas exigindo que os Estados, mediante planejamento, implementem políticas públicas, inclusive de natureza legislativa e de caráter educativo⁸⁸.

Nesse sentido, o artigo onze da Convenção Americana, ora comentado, tem assumido o papel de pedra angular nos julgamentos dos casos pela Corte, na medida em que há uma afirmação continuada da garantia do projeto de vida das pessoas, e, nessa senda, do livre desenvolvimento da personalidade, além da já referida menção recorrente à dignidade como um valor intrínseco à pessoa humana, da dignidade como expressão da autonomia pessoal, ademais do fortalecimento da compreensão de que o princípio da dignidade humana implica o direito das pessoas ao respeito e reconhecimento recíprocos e pelo Estado. A tudo isso se soma a função da dignidade humana como limite do poder estatal e da atuação dos órgãos do poder público, mas também para os atores privados e a sociedade civil tomada em seu conjunto, de modo especial no que se refere à proteção de todos em geral, mas, sobretudo, dos indivíduos e dos grupos historicamente vulnerabilizados.

Assinala-se igualmente que, em regra, a Corte tem atuado com base na proteção da dignidade e da honra, preferencial e significativamente em casos que envolvem desaparecimentos forçados, perseguição de jornalistas e de defensores de direitos humanos, encarceramentos em condições desumanas, discriminação da pessoas LGBTQI+, ademais de casos envolvendo atentados contra a integridade física e psíquica e, por derradeiro, de casos que dizem respeito à proteção de trabalhadores em condições análogas à escravidão.

No que se refere ao binômio dignidade-honra, convém recordar a sistemática referência à proteção da vida privada, que compreende, entre outros âmbitos, a vida sexual e o direito de estabelecer e de desenvolver relações com outros seres humanos, implicando um conceito delineado mediante fronteiras não exaustivas, de modo a abranger a forma como o indivíduo se reconhece e igualmente a forma e a época em que intenta se relacionar com as demais pessoas.

Apenas para ilustrar as assertivas acima com casos julgados pela CIDH, inicia-se, não necessariamente em ordem cronológica e de relevância, com o caso Moya Chacon y otro vs

88 Para melhor compreender as mudanças significativas na atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ver as sentenças dos casos: Corte IDH. *Caso Barbosa De Souza E Outros Vs. Brasil*. Sentença de 7 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em 9 jan 2023. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em 9 jan 2023; RELATÓRIO N° 54/01. CASO 12.051. MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES. BRASIL. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 9 jan 2023.

Costa Rica⁸⁹, de cujo julgamento se depreende, e.g., que o direito à honra se relaciona com a autoestima, ao passo que a reputação se refere à opinião dos outros sobre a pessoa. Nesse caso, a posição da Corte foi no sentido de enfatizar a ponderação como um recurso legítimo para a harmonização dos direitos humanos, de forma a resultar em um equilíbrio entre a liberdade de expressão, a dignidade e a honra. A CIDH entendeu que a busca da verdade e o interesse público não podem ser empregados para afastar as responsabilidades daqueles que atuaram excessivamente, causando dano.

O Caso *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*⁹⁰, por sua vez, aponta para o contexto de violência e de discriminação contra pessoas LGBTQI+ no continente americano, notadamente em desalinho com a proteção ao livre desenvolvimento da personalidade, ao direito à proteção da vida privada, à identidade de gênero e à dignidade e à honra. Adicionalmente, a CIDH entendeu a ideia de dignidade e de honra vinculadas ao direito ao nome e à garantia de efetivo reconhecimento social na comunidade.

No caso *Digna Ochoa y familiares vs. México*, por sua vez, a dignidade e a honra são, em princípio, aportes para a proteção post mortem da vida privada, evidenciando-se uma maior e mais ampla empregabilidade do artigo onze da Convenção Americana. Já no que diz com o caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, torna-se perceptível a garantia contra prisões ilegais e arbitrárias como uma expressão da proteção à honra e à dignidade. Do caso *Fazenda Brasil Verde vs. Brasil* entende-se como um elemento essencial, para além do emprego estrito do binômio dignidade-honra, o reconhecimento das condições análogas à escravidão em face da inércia do Estado brasileiro⁹¹ e a necessidade da adoção de medidas para enfrentar e combater o problema que tem raízes culturais no cenário nacional.

Outro julgamento de grande importância se deu no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, visto que a Corte deixou claro que não serão admitidas atividades do Estado que estejam em desacordo com a dignidade humana. A Corte reiterou que a proteção, a garantia e a promoção da dignidade humana, não se flexibiliza, tampouco se extingue em face do cometimento de crimes. Reafirmou-se, outrossim, a dignidade como valor intrínseco, e que opera como fundamento e diretriz necessário e irrenunciável no contexto da persecução penal e a proteção dos direitos humanos, para a atuação dos poderes públicos, e, em especial, para a estruturação do sistema penitenciário nos Estados.

89 Corte IDH. *Caso Moya Chacón Y Otro Vs. Costa Rica*. Sentencia de 23 de Mayo de 2022. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_451_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

90 Corte IDH. *Vicky Hernández Y Otras Vs. Honduras*. Sentencia de 26 de marzo de 202. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

91 Caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde versus Brasil*. Disponível em: <https://reubrasil.jor.br/caso-trabalhadores-da-fazenda-brasil-verde-versus-brasil/>. Acesso em 9 jan 2023.

Nesse sentido, calha arrolar o caso *Presídio Miguel Castro vs. Peru*, no qual a Corte responsabilizou o Estado peruano pela violação aos direitos humanos de detentos que foram submetidos a tratamento cruel, desumano e degradante, sobretudo em razão do período prolongado de nudez forçada a que foram submetidos. O enfoque, no que toca ao emprego da dignidade e da honra, nesse caso, recai sobre o primado do Direito que deve se sobrepor à força e às armadilhas da vingança privada. Nesse diapasão, recorda-se alguns dos emblemáticos casos envolvendo o sistema penitenciário brasileiro que, em síntese, resultaram na decretação do estado de coisas inconstitucional por parte do Supremo Tribunal Federal – STF, que – é de frisar – invocou o sistema interamericano de proteção de direitos humanos na fundamentação de suas decisões⁹².

Relativamente à confluência entre honra, dignidade, liberdade de expressão e a proteção à liberdade profissional, não há como deixar de referir o caso *Vélez Restrepo y familiares vs. Colômbia*, no qual a CIDH decidiu que houve negligência do Estado colombiano, sendo que tal omissão configurou lesão direta à liberdade de expressão⁹³.

Outro eixo temático importante para uma apropriada análise da jurisprudência da CIDH relativamente ao binômio honra e dignidade, diz respeito à proteção das pessoas e dos grupos em situação de - ou em risco de - marginalização. Nesse sentido, há, de fato, um fortalecimento, por parte da Corte, no concernente à proteção, entre outras situações, de mulheres, pessoas com deficiência, pessoas em deslocamento forçado, defensores de direitos humanos⁹⁴, indígenas, crianças, dentre outros⁹⁵. Para um melhor entendimento, rememore-se o caso *Meninos de Rua vs. Guatemala* que versou sobre a tortura, o sequestro e o assassinato de cinco jovens, dentre eles, dois menores que estavam em situação de rua⁹⁶.

A CIDH, ao sentenciar, evidenciou a violação à dignidade das crianças prevista na Convenção sobre os direitos da Criança, particularmente, nos artigos vinte e oito e trinta e sete⁹⁷. A Corte entendeu que, em razão da vulnerabilidade das crianças, o dever do Estado se tornaria mais acentuado, notadamente em função da interpretação evolutiva que tem

92 Violação continuada: dois anos da crise em Pedrinhas. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/violacao-continuada-dois-anos-da-crise-em-pedrinhas/>. Acesso em 9 jan 2023. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 7 de julho de 2004. Medidas Provisórias a respeito da República Federativa do Brasil. Caso da Penitenciária Urso Branco. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_04_portugues.pdf. Acesso em 9 jan 2023. GONÇALVES, Cristiane Lopes. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e as suas possíveis consequências na ordem jurídica brasileira. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/1132>. Acesso em 9 jan 2023.

93 Corte IDH. Caso *Vélez Restrepo Y Familiares Vs. Colombia*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_248_esp.pdf. Acesso em 19 jan 2023.

94 Corte IDH. Caso *Defensor De Derechos Humanos E Otros Vs. Guatemala*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/57e4557fd39dc2651f07edab5d9b2ce2.pdf>. Acesso em 9 jan 2023.

95 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The access of individuals to international justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011, cap 09, pg. 78.

96 Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 1999. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

97 Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em 9 jan 2023.

sido atribuída ao texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, vez que se trata de um instrumento vivo, portanto, dinâmico e carente de permanente atualização. Portanto, trata-se aqui de uma percepção da dignidade humana em um sentido mais amplo, marcado por um alinhamento contextualizado com o direito à vida e demais direitos, demonstrando em concreto a inter-relação e a indivisibilidade dos direitos humanos. Dessa forma, face à interdependência entre todos os direitos, o direito a uma vida com dignidade e a garantia do projeto existencial das pessoas, assumem uma dimensão particularmente sensível a ser reconhecida e administrada pelos Estados, em especial em relação às crianças, implicando, por seu turno, uma atenção e monitoramento constante por parte da Corte.

Não menos importante é o posicionamento da Corte em relação à sustentabilidade, e à proteção ambiental, no âmbito de uma série de medidas de proteção endereçadas aos povos originários. Aqui a dignidade e a honra se relacionam com o reconhecimento do direito à identidade, à propriedade e ao desenvolvimento, de modo a preservar e a fortalecer a relação material e imaterial dos indígenas com a natureza/meio ambiente, numa perspectiva comunitária.

Por fim, mas, não menos importante, deve-se enfatizar a atuação da CIDH com fundamento no e na perspectiva do binômio dignidade-honra, em casos envolvendo as interseccionalidades para uma apropriada referência ao conceito de gênero como medida de combate e de enfrentamento à violência e à discriminação de grupos minoritários. Ainda nesse contexto, frise-se o destaque atribuído à dignidade e à integridade física e psíquica das pessoas confinadas em regimes hospitalocêntricos⁹⁸. Para além disso, como já mencionado, há um ponto de inflexão em curso na compreensão da dignidade como um elemento essencial para a proteção da pessoa humana em face do emprego abusivo das novas tecnologias.

3 SÍNTESE CONCLUSIVA

Urge evidenciar que o princípio da dignidade humana, tal como leciona Peter Häberle – opera, portanto, como “fundamento da ordem jurídica e da comunidade política”⁹⁹.

Precisamente nesse contexto, verifica-se que a dignidade humana atua como critério de interpretação e de aplicação do direito internacional, constitucional e infraconsti-

98 Destaque-se o papel da CIDH na condução dos casos envolvendo o direito das pessoas com deficiência psíquica que, no Brasil, gerou a reforma psiquiátrica como principal fruto. Caso Damião Ximenes muda política de tratamento psiquiátrico em Sobral. Disponível em: <https://g1.globo.com/ceara/noticia/2016/08/caso-damiao-ximenes-muda-politica-de-tratamento-psiquiatrico-em-sobral.html>. Acesso em 9 jan 2023.

99 . Cf. HÄBERLE, Peter. A Dignidade Humana e a Democracia Pluralista- seu nexu interno. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 11-28; SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia*, 2. ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 78 e ss.

tucional, com particular destaque – mas não exclusividade! – para casos envolvendo a proteção e promoção dos direitos humanos e fundamentais.¹⁰⁰

Os julgados da CIDH colacionados exemplificativamente no presente texto, envolvendo a interpretação/aplicação do artigo 11 da Convenção Americana, que assegura a proteção da dignidade humana e da honra, mostram a diversidade de casos concretos aos quais é aplicado o binômio referido.

A complexidade que envolve a compreensão do conceito de dignidade humana e a sua indeterminação e abrangência, também (mas não só) por ser considerado, para além de princípio geral orientador do sistema de proteção interamericano dos direitos humanos, uma espécie de valor-fonte, explica (ao menos é o que se depreende dos precedentes citados) a sua aplicação sempre em conjunto, não somente com a honra, mas também com outros direitos humanos e fundamentais.

Tanto a dignidade humana, quanto a honra, em regra tem sido manejados, não de modo autônomo, mas como uma espécie de reforço argumentativo na fundamentação das decisões da CIDH, ademais de servirem como uma espécie de amálgama, um elo material de ligação entre todos os direitos humanos, sejam eles direitos civis e políticos, sejam eles (em virtude da interdependência e indivisibilidade dos direitos, tal como reconhecida pela Corte) econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Muito embora se possa, em tom crítico, afirmar que a CIDH, a exemplo do que ocorre com outros Tribunais, não tenha explorado ainda suficientemente as potencialidades do princípio da dignidade humana, além de não primar, não raras vezes, por maior precisão e consistência no seu manejo – o que também, e em certa medida, vale para o direito à honra – o fato é que, inequivocamente, o artigo 11 da Convenção assumiu, com particular ênfase para a dignidade humana, a condição de uma ferramenta central e poderosa para a Corte, como demonstrado pelos precedentes colacionados, exercer com firmeza o seu mister de guardião do sistema interamericano de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

A/HRC/RES/32/13. Resolution adopted by the Human Rights Council on 1 July 2016 - 32/13. The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet. Disponível em: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/32/13. Acesso em 24 jan 2023.

¹⁰⁰ Cf., em caráter meramente ilustrativo, o HC 94.163, rel. Min. Carlos Britto, j. 02.12.2008, onde estava em causa a interpretação da Lei de Execução Penal. Para outro exemplo, v. a suspensão da decisão de desembargador do TJ/RJ que havia determinado a censura da exibição do especial de Natal do Porta dos Fundos na plataforma de *streaming* Netflix, caso em que a liberdade de expressão foi observada como decorrente da dignidade da pessoa humana. Cf. Medida Cautelar na Rcl. 38.782/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, decidido pelo então Presidente do STF, Min. Dias Toffoli, j. em 09.01.2020.

ARENDDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. (Tradução André Duarte de Macedo). Rio de Janeiro. Relume-Dumará. 1993.

ARENDDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. (Tradução Roberto Raposo). São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista dos Tribunais*. Vol. 797. Mar/2002. Pg. 11-26.

BAER, S. Menschenwürde zwischen Recht, Prinzip und Referenz. In: *DZPhil*. 53 (2005).

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BAUMGARTNER, Hans Michael; HONNEFELDER, Ludger; WICKLER, Wolfgang und WILDFEUER, Armin G. Menschenwürde und Lebensschutz: Philosophische Aspekte, in: *Beginn, Personalität und Würde des Menschen*. Rager, Günter (Hrsg.). Freiburg(Breisgau). München. Verlag Karl Alber. 1998.

BAZAN, Victor. Aproximación a la problemática del control de constitucionalidad de los tratados y convênios internacionales em el derecho comparado iberoamericano. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Del Rey, Belo Horizonte, jul/dez. 2004, vol. 4, p. 367-417.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORNHEIM, Gerd. O sujeito e a Norma. In: *Ética*. Adauto Novaes (org.). São Paulo. Companhia das Letras. Secretaria Municipal de Cultura. 1992.

BRAUN, Kathrin. Die beste Gründe für eine kategorische Auffassung der Menschenwürde, in: *Bio-medizin und Menschenwürde*. Kettner, Mathias Org. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2004.

BRITTO, Carlos Ayres, *Teoria da constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The access of individuals to international justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CANOTILHO, M. A vulnerabilidade como conceito jurídico-constitucional, *Oñati Socio-Legal Series*, 12(1), 2022, pp. 138-163. Disponível em: <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1328>. Acesso em 9 jan 2023.

Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.carta.oea.htm>. Acesso em 03 jan 2023.

Caso Damião Ximenes muda política de tratamento psiquiátrico em Sobral. Disponível em: <https://g1.globo.com/ceara/noticia/2016/08/caso-damiao-ximenes-muda-politica-de-tratamento-psiquiatrico-em-sobral.html>. Acesso em 9 jan 2023.

Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde versus Brasil. Disponível em: <https://reubrasil.jor.br/caso-trabalhadores-da-fazenda-brasil-verde-versus-brasil/>. Acesso em 9 jan 2023.

CASTRO, C. R. Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*.

CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. 12 ed. São Paulo: Ática, 1999.

CIDH. Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C., 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centro-deestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 03 jan 2023.

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_belem_do_para.pdf. Acesso em 9 jan 2023.

Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em 9 jan 2023.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) Vs. Costa Rica*. Sentença de 28 de novembro de 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf. Acesso em 9 jan 2023.

Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín Y Otra Vs. Perú*. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

Corte IDH. *Caso Barbosa De Souza E Outros Vs. Brasil*. Sentença de 7 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em 9 jan 2023.

Corte IDH. *Caso Cuya Lavy Y Otros Vs. Perú*. Sentencia de 28 de septiembre de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_438_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre 1999. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

Corte IDH. *Caso Defensor De Direitos Humanos E Outros Vs. Guatemala*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/57e4557fd39dc-2651f07edab5d9b2ce2.pdf>. Acesso em 9 jan 2023.

Corte IDH. *Caso Digna Ochoa Y Familiares Vs. México*. Sentencia de 25 de noviembre de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_447_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

Corte IDH. *Caso Fernández Prieto Y Tumbeiro Vs. Argentina*. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=345. Acesso em 18 jan 2023.

Corte IDH. *Caso Manuela Y Otros Vs. El Salvador*. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

Corte IDH. *Caso Moya Chacón Y Otro Vs. Costa Rica*. Sentencia de 23 de Mayo de 2022. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_451_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

Corte IDH. *Caso Palacio Urrutia Y Otros Vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_446_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo Y Familiares Vs. Colombia*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_248_esp.pdf. Acesso em 19 jan 2023.

Corte IDH. *Vicky Hernández Y Otras Vs. Honduras*. Sentencia de 26 de marzo de 202. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf. Acesso em 24 jan 2023.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em 9 jan 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso James y otros vs. Trinidad y Tobago*, Medidas Provisionales, de 25/05/99, voto concorrente do Juiz A.A. Cançado Trindade, in, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999.

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/mulheres/wpcontent/uploads/sites/35/2020/07/DECLARA%C3%87%C3%83O-AMERICANA-DOS-DIREITOS-E-DEVERES-DO-HOMEM.pdf>. Acesso em 03 jan 2023.

Declaração Americana sobre os direitos dos Povos Indígenas. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em 9 jan 2023.

Declaração da Corte Interamericana de Direitos Humanos 1/20 de 9 de abril de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/Declaracao_1_20_PORT.pdf. Acesso em 18 jan 2023

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em 24 jan 2023.

DECRETO N° 10.932, DE 10 DE JANEIRO DE 2022. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm. Acesso em 9 jan 2023.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DEMO, Pedro. *Educação e alfabetização científica*. Campinas: Papyrus, 2010.

DI FABIO, Udo. *Die Kultur der Freiheit*. München. Verlag C.H.Beck. 2005.

DREIER, Horst. *Lebensschutz und Menschenwürde in der bioethischen Diskussion*, in: *Bioethik und Menschenwürde: Ethik & Gesellschaft*; Vorträge des Instituts für Christliche Gesellschaftswissenschaften. Reuter, Hans-Richard Org. Münster: LIT, 2002.

Estatuto da Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/estatutoCorte.pdf>. Acesso em 19 jan 2023.

FRANKENBERG, Günter. *Autorität und Integration*. Zur Grammatik von Recht und Verfassung. Frankfurt am Main. Suhrkamp. 2003.

FROMM, Erich. *Etica y psicoanalysis*(Man for Himself). Tradução Heriberto F. Morck. México: Fondo de Cultura Econômica, 1998.

GONÇALVES, Cristiane Lopes. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e as suas possíveis consequências na ordem jurídica brasileira. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/1132>. Acesso em 9 jan 2023.

HÄBERLE, Peter. A Dignidade Humana e a Democracia Pluralista- seu nexos interno. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009.

HÖFFE, Otfried. *Medizin ohne Ethik?* Frankfurt am Main. Suhrkamp. 2002.

JONAS, Hans. *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Verlag. 2003.

JONAS, Hans. *Organismus und Freiheit: Ansätze zu einer philosophischen Biologie*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1973.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007.

KANT, Immanuel. *Kritik der praktischen Vernunft: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. (Wilhelm Weischedel Hrsg.) Frankfurt am Main. Suhrkamp taschenbuch. 4a. Auflage. 2004.

KAUFMANN, Mathias. *Begriffe, Sätze, Dinge: Referenz und Wahrheit bei Wilhelm von Ockan*. New York. Köln: Leiden, 1993.

LEÃO, AC. O Estado perante a vulnerabilidade: (Estado e vulnerabilidade), *Oñati Socio-Legal Series*, 12(1), 2022, pp. 86–107. Disponível em: <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1326>. Acesso em 18 de jan 2023.

LÉVINAS, Emmanuel. *Die Spur des Anderen: Untersuchungen zur Phänomenologie und Sozialphilosophie*. Emmanuel Lévinas Hrsg. und eingeleitet von Wolfgang Nikolaus Krewani. Freiburg(Breisgau), München: Alber-Studienausgabe, 1998.

MAUER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 1º vol., 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, vol. IV, 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

NETO, L. Vulnerabilidade e exercício de direitos: o livre desenvolvimento da personalidade: o direito ao livre desenvolvimento da personalidade consagrado constitucionalmente”, *Oñati Série Sócio-Legal*, 12(1), pp. 164–178. Disponível em: <https://opo.ijsj.net/index.php/osls/article/view/1329>. Acesso em 18 jan 2023.

NETO, L., LEÃO, AC e GRACIA, J. Introducción: Vulnerabilidad y cuidado. Una aproximación desde los derechos humanos, *Oñati Socio-Legal Series*, 12(1), 2022, pp. 1–5. Disponível em: <https://opo.ijsj.net/index.php/osls/article/view/132>. Acesso em 9 jan 2023.

NUBBERGER, Angelika. *Os direitos humanos: história, filosofia, conflitos*. Luís Marcos Sander (Trad). Porto Alegre: Fundação Fenix, 2022.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e sociabilidade*. São Paulo: Loyola, 1993.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e Sociabilidade*. São Paulo: Loyola, 1973.

PEGORARO, Olinto A. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis: Vozes, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, O Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988, in: (Neo) Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. vol I, n. 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

Proclamação de Teerã. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/teera.htm#:~:text=Desde%20que%20foi%20aprovada%20pela,instrumentos%20internacionais%20de%20relevada%20import%C3%A2ncia>. Acesso em: 18 jan 2023.

Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em 04 jan 2023.

RELATÓRIO N° 54/01. CASO 12.051. MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES. BRASIL. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 9 jan 2023.

Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 7 de julho de 2004. Medidas Provisórias a respeito da República Federativa do Brasil. Caso da Penitenciária Urso Branco. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_04_portugues.pdf. Acesso em 9 jan 2023.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. *R. CEJ*, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SIRI, Andrés Javier Rousset. El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*. ISSN 2250-5210. 2011, Año I – N°1.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia*, 2. ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia Filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992.

VAZ, Henrique C. De Lima. *Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica 1*. São Paulo. Edições Loyola.

Violação continuada: dois anos da crise em Pedrinhas. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/violacao-continuada-dois-anos-da-crise-em-pedrinhas/>. Acesso em 9 jan 2023.

WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

WODARG, Wolfgang. Diesseits des Rubikon? Politische Standortbestimmung im Streit um die rechtliche und moralische Auslegung der Menschenwürde, in: *Biomedizin und Menschenwürde*. Kettner, Mathias Org. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2004.

WOLBERT, Werner. *Der Mensch als Mittel und Zweck: Die Idee der Menschenwürde in normativer Ethik und Metaethik*. Münster. Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung GmbH & Co. 1987.

A LITERATURA NA LUTA HISTÓRICA PELA GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS¹

José Henrique Rodrigues Torres²

Resumo: Segundo Antonio Candido “a literatura tem a ver com a luta pelos direitos humanos.” A literatura, como mostram Goethe, Clarice Lispector, Victor Hugo, Carolina Maria de Jesus, Virginia Woolf, Machado de Assis, Zola e tantos outros escritores e escritoras, tem acompanhado essa luta histórica de forma tão íntima e com tanta cumplicidade que se confunde com ela, desvelando-a, criticando-a, desnudando-a e possibilitando a sua projeção e continuidade. A literatura participa da construção histórica dos direitos humanos. No universo de proteção, aplicação e garantia dos direitos humanos é imprescindível atuar sob a inspiração da literatura e seu realismo onírico de ficção e poesia, realizando a leitura crítica do mundo e descortinando a sua realidade histórica e material, promovendo a significação de sua concretude e percorrendo, com racional sensibilidade, de modo transformador, um processo contínuo de apreensão e compreensão do ser humano pelos caminhos da cultura, para superar os preconceitos ideológicos e a ignorância sobre o seu real significado jurídico e político. A história do ser humano tem sido uma história de ação social e luta, de enfrentamento e superação de condicionantes e de conquistas e consolidação de direitos hábeis para garantir a sua independência e o controle do poder opressor do Estado. A literatura está presente nas entranhas dessa luta, como “*um instrumento poderoso de instrução e educação*”, “*como equipamento intelectual e afetivo*”, propondo e denunciando, apoiando e combatendo, enfim, *fornecendo a possibilidade de vivermos dialeticamente os problemas* que enfrentamos nessa jornada histórica.

Palavras-chave: literatura; direitos humanos; controle de convencionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Com que roupa eu vou, ao samba que você me convidou? Esse verso que Noel Rosa e seus parceiros Rodrigo Martins e Elizeu Fiuza imortalizaram nesse samba que ninguém no Brasil desconhece, inspirado nos acordes iniciais do hino nacional brasileiro, não se refere, obviamente, à necessidade de adequação ao império da moda, que estimula o consumo e que já foi chamada por Werner Sombart como “a criança favorita do capi-

¹ Este artigo foi publicado no Livro Direitos Humanos e Sobrevivência. O processo da pandemia da COVID-19 no Brasil, mas, foi revisado, adequado e atualizado para publicação nesta obra (CARDOSO, Daniela Ferreira. POLLI, José Renato. Org. Edições Brasil/Ed. Fibra, Jundiaí/SP, 2023).

² Desembargador do TJ/SP, Formador de Formadores e Formador, Tutor e Conteudista da ENFAM, Doutorando da Faculdade de Educação/ UNICAMP/ Campinas/SP/Brasil.

talismo” (Leslie, 2019). Antes, denuncia a exclusão, a desigualdade e a injustiça social estruturais. Os compositores desse samba crítico sabiam, como advertiu Marx (2011), que o modo capitalista de produção e consumo exige inovação perpétua e estímulo infinito à produção industrial e ao consumo, enquanto o trabalhador *não anda mais fagueiro, não tem dinheiro e não consegue ter nem pra gastar*, pois, como essa vida não está *sopa*, ele já está *coberto de farrapos, seu traje já virou estopa e vai acabar ficando nu*. Assim, como canta Noel, é preciso *mudar sua conduta e ir pra luta*, o que significa tomar consciência de sua condição humana no contexto das desigualdades e assimetrias das relações sociais de produção e agir, superar a sociabilidade opressora e debelar a exploração, para *não acabar ficando nu*, sem saúde, alimentação, terra, educação, moradia e dignidade, despido dos direitos historicamente conquistados.

As pessoas humanas, que produzem as riquezas com a força do seu trabalho e recebem em troca a exclusão e a negação de seus direitos fundamentais, estão sempre sendo desafiados e compelidos a *ir pra luta* e a construir a sua história em dialéticas batalhas travadas de modo ininterrupto e feroz na busca da igualdade material, enfrentando desafios múltiplos e multifários no embate com os interesses das classes dominantes. Nas fábricas têxteis da Grã-Bretanha, no centro do século XIX, por exemplo, homens, mulheres e crianças, recebendo salários miseráveis, trabalhavam à exaustão, em turnos de mais de dez ou doze horas diárias, seis dias por semana, para fiar o algodão que os africanos escravizados colhiam no sul dos EUA, mas, sobretudo, para consolidar o capitalismo, edificado a partir dos alicerces indignos da colonização e da escravidão. Seres humanos, trabalhando para alimentar um novo modo de produção, recém-nascido, seduzidos pelas promessas de progresso, liberdade, igualdade e fraternidade, produziam panos para vestir de luxo a burguesia, que, ainda hoje, veste-se, alimenta-se e diverte-se com mercadorias produzidas pelo trabalho *análogo ao de escravo* ou por mãos infantis exploradas de modo abjeto. Aliás, muitos desses trabalhadores acabam formando o lumpensinato (*lumpen* significa panos irregulares) e, assim, alijados até mesmo do espectro da classe trabalhadora, tornam-se presas potenciais das forças reacionárias ou de “qualquer um que possa comprá-los com algumas salsichas” (Marx, 2012).

Manejando com habilidade e competência todas as estratégias e engodos da ideologia, Mefistófeles ofereceu a Fausto, na obra de Johann Wolfgang von Goethe (2002), não apenas o conhecimento pleno de toda a ciência, mas, o êxtase na terra, o paraíso sonhado, a felicidade e a satisfação absoluta de todas as suas necessidades, sob ao arnês do princípio do prazer. Assim age o capitalismo, como uma carruagem tocada por bons ginetes, mas tendo à boleia um Estado opressor e controlador. Anunciando sedutoras promessas de progresso e felicidade, oferece ao burguês o gozo do poder, da luxúria e da sovinice sem culpa, enquanto ao proletário, a plenitude da satisfação de todas as suas necessidades fundamentais, as benesses da riqueza que produz com a sua força

de trabalho e, além de liberdade e igualdade, a afetuosa e protetora fraternidade. Victor Hugo (2002), em 1862, ao publicar *Os Miseráveis*, escancarou a desigualdade social e a indigna miséria imposta aos proletários cooptados e escravizados pelo capitalismo de Mefistóteles, da França provincial do século XIX, mais especificamente no período entre a Batalha de Waterloo (1815), que determinou o fim definitivo do Império Napoleônico, e os motins republicanos de junho de 1832, que enfrentaram a monarquia instituída em julho de 1830. Denunciou Victor Hugo, então, no sofrimento de Fantini e Cosete, a exploração da mulher, o assédio moral, a prostituição, o trabalho forçado, a pobreza, o abandono na infância e a ausência do Estado. E, na obsessão de Javert, evidenciou o abuso de poder de um Estado policialesco e praticante de uma política punitivista de controle social, baseada na violência penal e na desproporcionalidade das sanções aplicadas pela justiça criminal para o silenciamento seletivo e a submissão de Jean Valjean.

Nesse momento da caminhada histórica da humanidade, estava presente o romantismo humanitário e social, desvelando os impactos da industrialização e reportando para a humanidade o conseqüente êxodo rural e a concentração urbana, geradora da miséria e da fome impostas aos operários, produtores de toda a riqueza, que iniciavam, então, a sua secular luta pela superação da exploração capitalista. E Émile Zola, na França, em 1885, em sua obra *Germinál*, denunciou, com perturbador realismo, o Estado como instrumento de dominação burguesa, mergulhado nas entranhas da revolução industrial. Retratou as conseqüências da miséria, o trabalho insano imposto às classes subalternizadas, a promiscuidade das moradias, a espoliação econômica, os baixos salários e a fome. Mas, também mostrou a resiliente luta operária por dignidade e justiça social, a conquista dos direitos trabalhistas, as greves como instrumento de resistência e os duros e violentos combates de classes. Aliás, saltando das páginas de sua obra, Émile Zola tornou-se um ativista político e chegou a ser preso por assumir a defesa do Capitão Alfred Dreyfus, injustamente punido e, depois, absolto, em razão, também, da influência do famoso panfleto *J'accuse*, publicado por Zola.

A história do ser humano tem sido uma história de ação social e luta, de enfrentamento e superação de condicionantes e de conquistas e consolidação de direitos, que constituem os direitos humanos, hábeis para garantir a sua independência e a limitação e o controle do poder opressor do Estado. Os direitos humanos, pois, são fruto de uma luta histórica dos seres humanos pela conquista de condições materiais para assegurar a sua dignidade e as suas necessidades fundamentais, como alimentação bastante, liberdade material, igualdade real e concreta, moradia digna, manifestação de pensamento, saúde da maior qualidade possível e educação libertadora e emancipadora. Os direitos humanos, enfim, constituem o resultado de um movimento histórico incessante e de muita luta e sacrifícios em busca da construção de paradigmas axiológicos de conteúdo ético baseado no respeito à dignidade humana e na garantia

de uma existência material digna, livre da opressão e da exploração, especialmente da exploração de sua força de trabalho, que é a única força que realmente produz riqueza e constrói e transforma a sociabilidade.

Nas palavras de Joaquín Herrera Flores, citado por Piovesan (2011), os Direitos Humanos, *compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Os Direitos Humanos invocam uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana.* Com efeito, como asseveram Piovesan e Sudbrack (2011), os direitos humanos constituem, *um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social.* E a literatura, como mostraram Noel, Goethe, Hugo e Zola, tem acompanhado essa luta histórica de forma tão íntima e com tanta cumplicidade que se confunde com ela, desvelando-a, criticando-a, desnudando-a e possibilitando a sua projeção e continuidade. Como já observou Antonio Candido (1995), a literatura, presente e entranhada nessa luta histórica por transformação social, *“tem sido um instrumento poderoso de instrução e educação”, “como equipamento intelectual e afetivo”, promovendo “os valores que a sociedade preconiza” ou enfrentando aqueles “que considera prejudiciais”, e presentes “nas diversas manifestações da ficção, da poesia e da ação dramática”, mas, sempre, confirmando e negando, propondo e denunciando, apoiando e combatendo, enfim, fornecendo a possibilidade de vivermos dialeticamente os problemas que as pessoas humanas enfrentam nessa jornada histórica de luta pela dignidade.*

2 DIREITO À LITERATURA E DIREITOS HUMANOS

Antonio Candido proferiu a palestra *Direito à literatura*, publicada na coletânea *Vários Escritos*, em 1988, exatamente quando o Brasil rompia com a ditadura militar, que havia mais de vinte anos infelicitava e oprimia o povo brasileiro, violentando a democracia e os direitos humanos. Inicialmente, o renomado crítico literário desvelou o seu espanto diante da ineficiência das conquistas técnicas promovidas pela racionalidade humana, bem como pelo domínio imposto à natureza, para debelar problemas materiais dramáticos e fundamentais que atormentam os seres humanos, como a falta de moradia digna, a fome, o analfabetismo, a miséria promovida pelas desigualdades e a *péssima distribuição dos bens*. E, além disso, como observou, com precisa acuidade e sabedoria premonitória, *a barbárie continuou impávida entre os homens, mesmo nos espaços em que logrou remover os obstáculos da ignorância e dos sistemas despóticos de governo.*

Naquele momento de entusiasmo republicano e reconstrução da democracia, Antonio Candido acreditou na existência de *perspectivas animadoras* e afirmou que, *embora*

a barbárie continue até crescendo, não se vê mais o seu elogio. Contudo, o formidável crítico literário, que, no sentido gramsciano, tinha plena consciência do lugar histórico e político de sua atividade no específico momento de transformação que vivenciava, Antonio Cândido, realmente, não podia prever, inserido naquelas circunstâncias históricas, que enfrentaríamos, neste início de século, não apenas o avanço da barbárie, mas, a sua celebração. Mais de vinte anos depois, percorridas mais de duas décadas de luta e ação social pela reconstrução do Estado Democrático de Direito, no seio de uma nova ordem constitucional, ainda é possível ouvir Mefistófeles afirmando ser o mal *algo natural* e que *haver pobres é a vontade de Deus, que eles não têm as mesmas necessidades dos abastados, que os empregados domésticos não precisam descansar* e que *só morre de fome quem for vadio*. Para contrariar a perspectiva animadora de Antonio Candido, o *esfarrapado e o negro* continuam sendo *tema predileto das piadas*, feitas, inclusive, recentemente, em público, por um ex-Presidente da República, que, além de elogiar a tortura e enaltecer torturadores, proclamou, de modo jocoso e absolutamente desrespeitoso, a submissão das minorias e o desprezo aos direitos das mulheres, quilombolas e indígenas. Os políticos e empresários, especialmente aqueles que ocuparam espaço no governo federal, não mudaram o seu discurso, como dizia Candido, *quando aludiam à sua posição ideológica ou aos problemas sociais*. Afirmaram a necessidade da manutenção das *grandes diferenças econômicas*. Defenderam, abertamente, a desnecessidade da promoção de *uma distribuição equitativa* da riqueza. Para garantir o lucro das empresas, sustentaram o aniquilamento dos direitos trabalhistas e previdenciários conquistados pelos trabalhadores. Não se constrangeram com *a imagem da injustiça social*. Nem sequer disfarçaram *a face da miséria*. Despiram-se da ética. Violaram o meio ambiente e menoscabaram os seres humanos que dele dependem diretamente para a sobrevivência. Diante de uma pandemia mortal, desprezaram a vida humana e promoveram uma inimaginável necropolítica sanitária, desprezando a vacinação coletiva e pregando a utilização curativa e precoce de medicamentos ineficazes e nocivos, além de enaltecerem a imunidade de rebanho pela contaminação do vírus para debelar *o mal que é natural*, provocando mortes e sofrimentos para toda a população. E, ainda, proclamaram, alto e bom som, coisa nem sequer imaginada por Candido naquelas circunstâncias históricas, elogios à possibilidade de um golpe de estado, enaltecendo ditaduras, reclamando intervenção militar e pregando o fechamento do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional.

Neste momento, portanto, nas condições que nos foram legadas, superado aquele interstício histórico pela vontade popular desvelada nas urnas, há de ser aprofundado e ampliado o compromisso contra a opressão e a exploração, mas, também pela preeminência do respeito à dignidade e aos direitos humanos, para garantir a alimentação, a moradia, o vestuário, a instrução, a saúde, a liberdade individual, o amparo da justiça

pública, a resistência à opressão e tantos outros direitos conquistados com muitos sacrifícios, sofrimento, dor e morte.

E é exatamente em momentos como este que a literatura torna-se imprescindível, pois, como diz Antonio Candido (1995), *não há povo e não há homem que possa viver sem ela, isto é, sem a possibilidade de entrar em contato com alguma espécie de fabulação.*

Parafraseando Drummond, no meio do caminho tinha literatura. Tinha, tem e terá. No caminho da construção de sua história, em busca da satisfação de suas necessidades fundamentais, o ser humano há de encontrar e criar literatura, o que o conduzirá ao conhecimento acumulado, enriquecendo a sua percepção e visão do mundo, promovendo a sua humanização e o desenvolvimento de sua personalidade e da própria sociedade, para transformá-la, superando a opressão e a iniquidade, garantindo a satisfação de suas necessidades fundamentais. Aliás, como observaram Fabio Queiroz e Frederico Costa (2021), Marx, sem qualquer estorvo às suas aspirações revolucionárias de estudar os processos históricos com absoluto rigor, investigando a sua dinâmica, sua origem e o seu porvir, *tomou de empréstimo da mais alta produção literária armas que o auxiliaram em sua colossal crítica, não tão-só ao domínio do capital, mas também aos doutrinadores que o envolviam em um manto difuso de religiosidade econômica.*

3 OS DIREITOS HUMANOS CONTRA O RACISMO E O TRABALHO ESCRAVO

Eram muitos [escravos], e nem todos gostavam da escravidão. Sucedia ocasionalmente apanharem pancada, e nem todos gostavam de apanhar pancada (Machado de Assis, Pai contra mãe)

Assumindo o seu compromisso constitucional, e impulsionado pelos movimentos sociais, o Brasil ratificou tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos contra o racismo e o trabalho escravo, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965). Contudo, muito antes, nas entranhas do século XIX, durante o período imperial escravista, os poemas abolicionistas de Castro Alves, poderosos libelos contra as iniquidades da escravidão, já provocavam a necessária indignação diante dessa inaceitável e injustificável violência ética, econômica, social e política. E Bernardo Guimarães, não com a mesma excelência literária, mas, com igual paixão, denunciou também os horrores da escravidão, legando-nos o romance *A escrava Isaura*, também como libelo contra essa iníqua brutalidade que manchou de forma indelével as páginas de nossa história e ainda produz efeitos deletérios e estruturais em nossa sociabilidade. Aliás, não se olvide que a escravidão foi aceita como *natural* e legitimada pelo sistema de justiça, pela igreja cristã e, pra-

ticamente, por toda a sociedade burguesa imperial, pois, apesar dos tratados e da abundante legislação proibindo o tráfico de escravizados, estes chegaram ao Brasil, ilegalmente, aos milhares, e foram recebidos e trancafiados, não apenas nos engenhos de cana-de-açúcar ou nas fazendas de café, mas, também, nas cidades, trabalhando como *domésticos*. Havia escravizados na imensa maioria dos lares dos *cidadãos de bem*. É o que relata Machado de Assis, com a sua ironia crítica exuberante, no conto *O Caso da Vara*, que, no contexto de uma contenda doméstica, revelou o sistema de relações sociais vigente na sociedade brasileira escravocrata do século XIX, fundado na dominação e na subserviência, não apenas dos *senhores* em relação aos *seus escravizados*, mas, também na dependência entre *homens livres* e pessoas detentoras de algum tipo de poder em uma sociedade patriarcal e oligarca, marcada por relações de dependências, favores e apadrinhamentos.

Mais recentemente, Ana Maria Gonçalves (2006), em *Um defeito de cor*, ao contar a fascinante história de uma africana idosa, cega e à beira da morte, que viaja da África para o Brasil em busca do filho perdido há décadas, que, ao longo da travessia, relata a sua vida, marcada por mortes, estupros, violência e horrores da escravidão, lembra-nos de fatos trágicos que, ainda hoje, encharcam a nossa realidade, negando e afrontando a dignidade humana e a cultura afrodescendente disseminada no Brasil a partir da diáspora africana.

Maria da Conceição Evaristo de Brito, ativa participante dos movimentos de valorização da cultura negra, publicou contos e poemas para evidenciar a imprescindibilidade do respeito à autonomia dos povos e o repúdio à discriminação racial e ao racismo (*Cadernos Negros, Ponciá Vicêncio, Becos da Memória. Insubmissas lágrimas de mulheres. Histórias de leves enganos e parencças*). Maria Firmina dos Reis, a primeira mulher negra a publicar um livro no Brasil, denunciou, em *Úrsula (1859)*, as condições das mulheres e dos negros no século XIX em uma sociedade na qual imperavam teorias de superioridade racial e o preconceito. Afonso Henriques de Lima Barreto, um dos fundadores da literatura afro-brasileira, produziu uma obra essencial para compreender a luta do povo negro pela conquista e manutenção da liberdade (*Triste fim De Policarpo Quaresma e Clara dos Anjos*). Luiz Gonzaga Pinto da Gama, vendido como escravo, pelo próprio pai, quando contava dez anos de idade, além de conquistar a liberdade para muita gente escravizada, atuando como *rábula* no sistema de justiça do império, também legou obras literárias essenciais para a compreensão do racismo e das iniquidades da escravidão no Brasil (*Quem sou eu*). O simbolista João da Cruz e Sousa, na travessia do século XIX para o XX, depois de ter sido impedido de assumir o cargo de Promotor Público, publicou obras imprescindíveis para a compreensão da dimensão dos efeitos devastadores do racismo e da escravidão (*Missais, Broqueis, Evocações, Faróis e Últimos Sonetos*). O Teatro Negro de Antonio Calado, com *A Revolta da Cachaça, uma instigante*

metáfora sobre a condição dos negros e negras no Brasil, consolidou, com O tesouro de Chica da Silva, Pedro Mico e Uma rede para Iemanjá, uma dramaturgia de resistência, corajosa e solidária, em defesa dos direitos humanos da sociedade negra excluída e aprisionada, até os dias atuais, pelas grades do racismo estrutural. E Jorge Amado, em Jubiabá e Tenda dos Milagres, escancara a ideologia escravocrata de subordinação e exclusão persistente, a luta dos escravizados e de seus descendentes pela liberdade e dignidade, emaranhados no conflito racial que ainda perdura, mas, também, o universo das festas, o sincretismo religioso, a miscigenação e a sensualidade que compõem a cultura negra e popular que marca a história do Brasil e a sua formação. Mas, a voz negra que construiu os tratados internacionais contra o racismo pode ser ouvida, ainda, nos romances, poemas e escritos de Jamaica Kincaid (A autobiografia da minha mãe), Bernardine Evaristo (Garota, mulher, outras), Maya Angelou (Eu sei pouco o pássaro canta na gaiola), James Baldwin (Notas de um filho nativo), Djamila Ribero (Pequeno Manual Antirracista), Jeferson Tenório (O avesso da Pele), Ryane Leão (Tudo nela brilha e queima) e Colson Whitehead (O reformatório Nickel). Mas, ainda é necessário lembrar do mundo da miséria e da discriminação racial retratado por Maria Carolina de Jesus, que, em seu diário (Um quarto de despejo), descreve as agruras e sofrimentos enfrentados por uma mulher discriminada e excluída por ser negra e favelada. E, finalmente, registre-se a recente obra de Itamar Vieira Júnior, que, em Torto Arado (2019), relata a rica tradição cultural do sertão brasileiro, onde misturam-se crenças, lendas, religião, trabalho análogo à escravidão, seca, sofrimento, violência, gratidão e ancestralidade.

4 OS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS

Contra os índios todas as armas foram usadas com generosidade: disparos de carabina, incêndio de suas choças, e depois, de forma mais paternal, empregou-se a lei e o álcool. O advogado tornou-se especialista também na espoliação de seus campos, o sacerdote os ameaçou com o fogo eterno e o juiz os condenou quando protestaram (Pablo Neruda, Confesso que Vivi)

A sociedade brasileira também acompanhou o movimento histórico internacional do sistema de proteção dos direitos humanos dos povos indígenas e, ao instituir a sua atual ordem constitucional, abandonou a doutrina do integracionismo ou assimilacionismo, para adotar, expressamente, no artigo 231 da Constituição Federal de 1988, a doutrina da autodeterminação ou pluralista, reconhecendo e garantindo aos indígenas a plenitude de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Assim, adotando o paradigma de um direito pluriétnico e o multiculturalismo, o Brasil ratificou a Convenção da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais

(2004), a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2008) e a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2007), garantindo, portanto, aos indígenas, a proteção de seus valores e práticas sociais, culturais, religiosos e espirituais, o seu direito à livre determinação, autonomia e autogoverno, meios para financiar suas funções autônomas e respeito, proteção e promoção da diversidade das expressões culturais.

Contudo, para conhecer essa trajetória da conquista histórica dos direitos dos povos indígenas, é imprescindível acompanhar os movimentos da literatura no Brasil. Inicialmente, a visão idílica e salvadora do invasor, na carta de Caminha a El-Rei dom Manuel: *o melhor fruto que nesta terra se pode fazer é salvar esta gente* (Nicola, 1986). Depois, os escritos de Anchieta, o *piahy* (pajé branco), no período colonial mercantilista e escravocrata, quando os jesuítas realizaram um processo de catequização e instrução, visando à aculturação dos povos indígenas, para submetê-los à dominação do colonizador. Em seguida, os versos do indianismo romântico e nacionalista de Gonçalves Dias, durante o Império.³ Jose de Alencar, com o romance *O Guarany*, que termina com Peri abandonando sua tribo, língua e religião em nome de sua *amada* Ceci, desvela a imposição da cultura branca e do cristianismo e uma posterior assimilação do selvagem idealizado. Em *Maíra*, Darcy Ribeiro destaca os elementos antropológicos e políticos da cultura indígena, desconstruindo o arquétipo do índio como bom selvagem. Antonio Calado, em *Quarup*, durante o regime militar, leva o padre Nando ao encontro dos índios do Xingu, para catequizá-los, mas, essa personagem paradigmática, ao ter contato com a cultura indígena, verifica a inutilidade de sua missão evangelizadora. Nos versos de sua música, Lenine (*O meu nome é Tupi Guaykuru/ meu nome é Peri de Ceci/ eu sou neto de Caramuru/ sou Galdino, Juruna e Raoni*), reconhece a identidade e autodeterminação dos povos indígenas. E, assim, chegamos às obras de Davi Kopenawa, xamã yanomami (*A queda do céu*), Ailton Krenak (*Ideias para adiar o fim do mundo, O amanhã não está à venda e A vida não é útil*) e outros indígenas que representam, com absoluta legitimidade, nos caminhos da literatura, a voz e a narrativa do próprio povo indígena, como Daniel Munduruku (***O Banquete dos Deuses***), Olívio Jekupé (***Ajuda do Saci***), Graça Graúna (***Tessituras da Terra***), Eliane Potiguar (***A Terra é Mãe do Índio***), Ely Macuxi, Cristino Wapixana (***O cão e o Curumim***), Rony Wasiry Guará, Elias Yaguakãg, Lia Minapoty e Yaguarê Yamã.

³ "Da tribo pujante/Que agora anda errante/Por fado constante,/ Guerreiros, nasci:/Sou bravo, sou forte,/Sou filho do Norte;/Meu canto de morte/Guerreiros ouvi"

5 OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

Sem as mulheres, os direitos não são humanos (Simone de Beauvoir)

Depois da Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, as mulheres realizaram uma luta absolutamente necessária pelo reconhecimento específico de seus direitos, sobretudo para a garantia de seus direitos sexuais e reprodutivos e reconhecimento de seu direito ao exercício de sua sexualidade, conquistando a Convenção para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, a CEDAW (1979), a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento, de Cairo (1994), a Conferência Mundial sobre a Mulher, de Beijing (1995), a Declaração e Plataforma de ação sobre os Direitos Sexuais e Reprodutivos e Livre Exercício da Sexualidade, de Pequim (1995), e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de Belém do Pará (1995).

Mas, há muito tempo, a literatura mundial tem acompanhado e participado da luta das mulheres contra a ideologia patriarcal hegemônica, que reproduz, no âmbito da sexualidade e das relações de gênero, as relações gerais de dominação e exclusão de uma sociedade fundamentada em formações sociais embasadas na desigualdade e nas assimetrias de poder nos espaços públicos e privados. Com efeito, nesse espectro ideológico do relacionamento humano, a literatura tem sido, historicamente, um instrumento consciente de desmascaramento da opressão e da discriminação, que são estruturais, focalizando as situações de restrições dos direitos ou a sua negação. É assim que Machado de Assis, em *Dom Casmurro*, revela o possessivo ciúme masculino, o construto da infidelidade e o ciúme de Bentinho criando um amante para Capitu. Mas, nessa obra insuperável, mostra Machado, também, a mulher libertando-se do jugo machista, anunciando os movimentos de uma autonomia identitária, a desconstrução do discurso autoritário masculino e burguês, e contrapondo-se ao primado da retórica da *verossimilhança*, do *probabilismo* e da doutrina das *opiniões prováveis*, utilizada para justificar a supremacia fálica e a violência, a discriminação e a violação dos direitos das mulheres.

Desvelando essa violência androcêntrica, em *Menino de engenho*, de José Lins do Rego, o pai do narrador, Carlos, mata a esposa, instigado pela cultura androcêntrica e misógina, como uma opção justificável para um marido traído. Desdêmona, na peça de Shakespeare, morre pelas mãos de Otelo e Carmem, na ópera de Georges Bizet, pelo ciúme dominador de Dom José. Mas, a ideologia patriarcal mata, também, Madalena, em *São Bernardo*, de Graciliano Ramos, Emma, em *Madame Bovary*, de Gustav Flaubert, Inocência, no romance de Thaumay, Luzia, em *O primo Basílio*, de Eça de Queiroz,

ou Amelia, em *O crime do Padre Amaro*, também de Eça, Adela, em *A Casa de Bernarda Alba*, de Frederico Garcia Lorca e Anna Karenina, na trágica novela de Tolstoy. E, em *A língua do P*, da coletânea *A via crucis do corpo* (1974), Clarice Lispector narra, no assédio sexual a Cidinha, a violência verbal e física e a sua banalização, o desejo masculino por violência confundindo-se com o desejo sexual, o estupro seguido de um homicídio e a suscetibilidade do corpo feminino aos perigos da violência urbana e aos desejos masculinos *incontrolados*. Aliás, também não se pode esquecer da violência introjetada inclusive no universo das relações domésticas de dominação revelada em *A incrível e Triste História de Cândida Erêndira e sua Avó Desalmada*, de Gabriel Garcia Marques.

A violência sexual e o feminicídio estão denunciados, também, muita vez com realismo brutal e constrangedor, nas obras de Jorge Amado, Nelson Rodrigues, Rubem Fonseca e de inúmeros outros escritores e escritoras. Mas, extrapassando os limites da violência física explícita, e antecipando-se ao movimento internacional de garantia dos direitos humanos das mulheres, a literatura também questiona e expõe os diferentes tipos de violência simbólica contra a mulher, sobretudo contra aquelas que resistem à dominação masculina. Como observou Gomes (2013), em *O quinze* (1930), de Rachel de Queiroz, *Perto do coração selvagem* (1944), de Clarice Lispector, e *Ciranda de pedra* (1954), de Lygia Fagundes Telles, as protagonistas fogem de casamentos tradicionais e buscam a liberdade longe de homens dominadores e ciumentos. E não se olvide, nas obras de Amado, a luta de Gabriela pelo direito de exercer a sua sexualidade, e a resiliência de *Tereza Batista Cansada de Guerra*, que encarna a resistência da mulher contra a discriminatória e preconceituosa fragilização e luta por liberdade e autonomia. Enfim, muitas escritoras brasileiras, como Clarice Lispector, Alice Walker, Lygia Fagundes Telles, Marina Colasanti, Nélide Piñon, Paulina Chiziane, Patrícia Melo e Hilda Hilst, questionam as diferentes formas de violência contra a mulher, denunciando, também, o assédio moral, a exploração do trabalho doméstico, a centralidade da maternagem e a exclusão intelectual.

A literatura, contudo, não se esgota no enfrentamento dessas abordagens e desafia o sistema de direitos humanos, desvelando e denunciando, no universo da ideologia patriarcal, questões que envolvem classe, raça e gênero, como lembram Angela Davis, Lelia Gonzalez e tantas outras mulheres escritoras, que se dispõem ao enfrentamento, no espectro da literatura, dos inesgotáveis debates e embates feministas e antirracista sobre sexo e sexualidade, erotismo e misoginia, autonomia e independência. Contudo, o espaço limitado deste texto obriga-me a encerrar esta abordagem sobre a luta das mulheres pela preeminência de seus direitos, lembrando-me da obra de Virginia Woolf, *Orlando*, que expõe a extraordinária e surpreendente experiência histórica de um jovem aristocrata que se “transforma” em mulher e descobre que não foi apenas o seu corpo que se “transformou”, mas, que tudo mudou: a forma como deveria apresentar-se, ves-

tir-se, comportar-se e exercer a sexualidade; a postura diante do desequilíbrio entre os privilégios, como receber um toldo para proteger-se do sol no navio, e as privações, como não poder sair desacompanhada sem causar estranhamento; o exercício de uma liberdade bem mais estreita e limitada; o enfrentamento do assédio e da obrigação de cumprir determinados papéis sociais; e o impedimento em relação aos estudos e à escrita. Enfim, ao comparar dois retratos seus, antes e depois da *metamorfose*, Lady Orlando constata, no mundo da literatura reveladora, todos os motivos que levaram as mulheres a lutar, no espectro da normatividade temporal, pelo reconhecimento de sua dignidade e elaboração de tratados e convenções internacionais para garantir a sua dignidade, liberdade, autonomia e independência: *Comparando os retratos de Orlando como homem e como mulher, vemos que, embora sejam imagens, sem dúvida, da mesma pessoa, há algumas mudanças. O homem mantém a mão livre para empunhar a espada, a mulher precisa usar a sua a fim de evitar que o vestido de cetim escorregue dos ombros. O homem olha para o mundo de frente, como se ele tivesse sido feito para servi-lo e criado a seu gosto. A mulher o observa de soslaio, com um olhar prenhe de sutileza, até mesmo de suspeição.*

6 OS DIREITOS HUMANOS DAS CRIANÇAS E DAS PESSOAS IDOSAS, ENCARCERADAS E EXCLUÍDAS

A literatura é um antídoto à miséria do mundo (Milton Hatoum)

Homens e mulheres, para garantir os direitos humanos das crianças e adolescentes, no concerto universal, em 1990, construíram, entre outros documentos genéricos normativos, a Convenção sobre os Direitos da Criança. Contudo, há muitos anos, no campo da literatura, a necessidade dessa proteção já era evidenciada e reclamada, como nas obras de Victor Hugo (*Os Miseráveis*), Charles Dickens (*Oliver Twist*), Jorge Amado (*Capitães da Areia*), Paulo Lins (*Cidade de Deus*), José Mauro de Vasconcelos (*Meu pé de laranja lima*) e Guimarães Rosa (*Manuelzão e Miguilim*). A necessidade de proteção específica dos direitos dos idosos, por outro lado, também ganhou espaço no sistema normativo internacional de garantia dos direitos humanos, especialmente com a aprovação, em 2015, da Convenção Interamericana Sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos. Mas, na literatura, muito antes, a preocupação com os idosos também sempre esteve posta, de modo muita vez constrangedor, como nas obras de William Shakespeare (*O Rei Lear*), Valter Hugo Mãe (*A máquina de fazer espanhóis*), Gabriel Garcia Marques (*Cem anos de Solidão e Memórias de Minhas Putas Tristes*), Adolfo Bioy Casares (*Diário da Guerra dos Porcos*), Mario Benedetti (*A trégua*), Simone de Beauvoir (*A Velhice*), Marguerite Yourcenar (*Memórias de Adriano*) e Clarice Lispector (*O Grande Passeio, de Felicidade Clandestina*, 1971). Além disso, a literatura também estava presen-

te, com Graciliano Ramos (*Memórias do cárcere*), Frei Betto (*Batismo de sangue*), Dráusio Varela (*Carandiru*) e Dostoiévski (*Memória da Casa dos Mortos*), quando o sistema de proteção dos direitos humanos formalizou tratados internacionais para proclamar e proteger a dignidade das pessoas encarceradas. E, certamente, quando elaborados e ratificados todos os tratados e convenções de direitos humanos que garantem a todas as pessoas alimentação, moradia, saúde, educação e cultura, foram lembrados o romance *A fome*, do norueguês Knut Hamsun, de 1890, o poema *O bicho*⁴, de Manuel Bandeira, *Crime e Castigo*, de Fiodor Dostoiévski, *Vidas Secas*, de Graciliano Ramos, *Os Sertões*, de Euclides da Cunha, *A guerra do Fim do Mundo*, de Mario Vargas Llosa, *Contos Negros*, de Marcelino Freire, *O Bruxo do Contestado*, de Godofredo de Oliveira Neto, *Quarto de Despejo*, de Carolina de Jesus, *O quinze*, de Raquel de Queiroz, e tantas e muitas outras obras literárias de poetas, romancistas, contistas, cronistas, escritores e escritoras que olham o mundo com olhos críticos, generosos, sensíveis, sábios e plenos de humanidade.

Como se vê, a literatura antecipou-se, muita vez, à proteção dos direitos humanos consagrados pelo sistema normativo internacional, inculcando nos povos, de forma crítica e reveladora, o sentimento de urgência de sua proteção. Aliás, como observou Antonio Candido na palestra antes mencionada, a crítica corrosiva, a promoção de sentimentos radicais, as ondas de desmascaramento social e as denúncias da miséria, da barbárie, da exploração econômica e da marginalização tornaram a literatura partícipe da luta pela conquista dos direitos civis e políticos, sociais e culturais.

7 UMA CONCLUSÃO INCONCLUSA COMO OS DIREITOS HUMANOS EM CONSTRUÇÃO

As leis não bastam; os lírios não nascem das leis (Drummond)

A opção constitucional pela prevalência da dignidade e dos direitos humanos exige a configuração normativa da sociabilidade de um Estado de Direito, Social e Humanista. Como dispõem o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o item 2 do artigo 1º da Convenção Americana dos Direitos Humanos e os artigos 4º e 5º, *caput* e § 2º da Constituição Federal de 1988, toda pessoa é um ser humano. E, como adverte Zaffaroni (2015), em razão dessa norma insuperável, *todo ser humano deve ser considerado e tratado como pessoa* e, como única, a espécie humana. É por isso que se torna imprescindível garantir a plenitude dos direitos humanos sob a égide de um direito que há

⁴ *Vi ontem um bicho/ Na imundice do pátio/ Catando comida entre os detritos/ Quando achava alguma coisa,/ Não examinava nem cheirava/ Engolia com voracidade./ O bicho não era um cão/ Não era um gato/ Não era um rato./ O bicho, meu Deus, era um homem*

de ser humano também, na dinâmica e cambiante realidade social, no seu movimento histórico e na sua constante e interminável transformação decorrente de suas relações materiais e culturais.

Daí a incontestável importância da literatura, como imaginação e realidade, significativa e significado, fantasia e concretude, investigação histórica e construção da história, fonte de problematização e conflituosidade, crítica e premonição, invenção e desvelamento. Exatamente como os direitos humanos, a literatura nasce da prática social e espelha as contradições da sociedade. Entre os direitos humanos e a Literatura há fissuras, nexos, frinchas, trocas e relações de reciprocidade que se fundem e constituem um desenho panorâmico, simultaneamente analítico e perspectivo. A literatura, assim, é uma necessidade universal, imprescindível para a criação, conquista e manutenção dos direitos humanos. É por isso que a sociedade não pode prescindir da literatura. É por isso que ninguém pode ser privado da possibilidade de conhecer e aproveitar a leitura de Machado de Assis, Dante Alighieri, Homero, Clarice Lispector, Shakespeare, Maria Carolina de Jesus, Cervantes, Castro Alves, Goethe ou Mário de Andrade.

A literatura implica leitura crítica do mundo, descortina a sua realidade histórica e material, provoca a consciência com significação de sua concretude e desencadeia, constantemente, com racional sensibilidade, no realismo onírico de sua ficção e poesia, um processo de apreensão e compreensão do trabalho humano, transformador do mundo, pelos caminhos da cultura. E é isso que aproxima visceralmente a literatura dos direitos humanos, possibilitando a implantação de políticas de mobilização e organização, o que, no esperar de Paulo Freire (1989), *pode constituir-se num instrumento para o que Gramsci chamaria de ação contra-hegemônica*. A humanidade, portanto, no seu caminhar histórico, necessita da literatura e faz literatura como faz a sua própria história.

Decididamente, como afirmou Antonio Candido, “a literatura tem a ver com a luta pelos direitos humanos.” E nessa luta histórica pelos Direitos Humanos, cabe aos juízes e juízas⁵, no campo dos embates e lutas que se travam nas entranhas do sistema de justiça, inspirados e inspiradas pela literatura e seu realismo onírico de ficção e poesia, realizar a leitura crítica do mundo e descortinar a sua realidade histórica e material, promovendo a significação de sua concretude e atuando, constantemente, com racio-

⁵ A Corte IDH, no CASO ARELLANO e outros vs CHILE, decidiu que, além do dever de verificação da compatibilidade das normas com o sistema constitucional, constitui dever dos magistrados e magistradas, também, controlar a convencionalidade das leis e da própria constituição em face do disposto nos tratados de direitos humanos em vigor no país, observando suas normas positivadas, seus princípios e, ainda, a sua interpretação sob o arnés do princípio *pro persona* ou *pro homine*. O controle de compatibilidade das leis e das normas constitucionais com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, portanto, não é mera faculdade conferida aos magistrados nacionais, mas, sim, uma irrenunciável incumbência. O CNJ, na Recomendação nº 123, de 7 de janeiro de 2022, adverte os órgãos jurisdicionais sobre a imprescindibilidade da aplicação dos tratados e convenções do sistema de proteção de direitos humanos, da observância da jurisprudência da Corte IDH e, ainda, da realização do controle de convencionalidade.

nal sensibilidade, de modo transformador, em um processo contínuo de apreensão e compreensão do ser humano pelos caminhos da cultura.

É verdade que ainda é preciso superar os preconceitos ideológicos e a ignorância sobre o real significado jurídico e político do sistema de proteção dos direitos humanos. Esses preconceitos são construídos por um discurso ideológico hegemônico de dominação, de exclusão e de controle social, que desestimula a crítica ao exercício abusivo e arbitrário do poder estatal, visa à manutenção de interesses e privilégios políticos e econômicos e pretende impedir o avanço e a realização dos objetivos constitucionais de combate à desigualdade, erradicação da miséria e garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais, como assistência plena à saúde, moradia digna e educação bastante para todas as pessoas, sem qualquer discriminação ou preconceito. Mas, os direitos humanos, no âmbito jurisdicional, devem ser reconhecidos, sobretudo, na sua dimensão política, para promover a superação dessa ideológica concepção reacionária, pois, surgem os direitos humanos no contexto das lutas de movimentos sociais e democráticos e de organizações populares, comprometidos, pois, com a promoção, a proteção e a defesa dos direitos individuais e coletivos concretos de toda a humanidade. É por isso que, no concerto universal, como exigem inúmeros tratados e convenções internacionais, o ensino sobre direitos humanos é obrigatório para todos os níveis educacionais, sobretudo no nível de formação profissional e política dos magistrados e magistradas e de todas as pessoas que atuam profissionalmente no sistema de justiça. E para essa formação, a literatura é imprescindível.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA, Manuel. Em Seleta em Prosa e Verso. Rio de Janeiro: J. Olympio/MEC, 1971.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988.
- CANDIDO, Antonio. O direito à literatura, in Vários Escritos, 3ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Duas Cidades, 1995.
- FREIRE, Paulo. A importância do ato de ler, 23ª edição, São Paulo: Cortez, 1989.
- GOETHE. J. W. Fausto. São Paulo: Nova Cultural, 2002.
- GOMES, Carlos Magno. Marcas da violência contra a mulher na literatura. Rio de Janeiro: Diadorim, 2013.
- HUGO, Victor. Os Miseráveis. São Paulo: Cosac Naify, 2002.

- LISLIE, Esther. Caprichos sem sentido: Marx sobre capital, roupas e moda. Disponível em <https://www.modefica.com.br>.
- LISPECTOR, Clarice. A língua do P. In: A via *crucis* do corpo. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.
- MARX, Karl H. O capital. Crítica da Economia Política. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2011.
- _____. 18º Brumário de Louis Bonaparte. São Paulo: Boitempo, 2012.
- NUNES, Cesar Aparecido. Direitos Humanos: Educação e Democracia, Capítulo 2, Educação em Direitos Humanos no Brasil Atual: fundamentos políticos e práticas pedagógicas emancipatórias possíveis, Ed. Brasília, Campinas/SP, 2019.
- NICOLA, José de. Literatura Brasileira. Das origens aos nossos dias. São Paulo: Scipione, 1986.
- OEA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, 1969.
- OEA. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 1948.
- PIOVESAN, Flavia. SUDBRACK, Umberto Guaspari. O direito à saúde e o dever de informar. Revista de Direito do Consumidor, RDC 77/341, jan-mar./2011.
- QUEIROZ, Fábio José. COSTA, Fredrico. Marx e a Literatura – um estudo à luz do capital. Revista Eletrônica Arma da Crítica, número 4/dezembro, 2012, disponível em http://www.armadacritica.ufc.br-artigo1_2013.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ensaio Introdutório. Direito Penal Humano ou Inumano? Rev. secr. Trib. perm. revis. Año 3, N° 6; agosto 2015; p. 27-47. ISSN 2304-7887 (n línea) ISSN 2307-5163 (impreso) DOI: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n6.27>.
- ZOLA, Émile. Germinal. São Paulo: Centaur, 2013.

PARTE II

**CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE
E SISTEMA PUNITIVO**



LA TORTURA Y LOS MALOS TRATOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y SU DISTINCIÓN CON OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA

Torture and ill-treatment in the Inter-American human rights system. International standards and distinction with other forms of violence

Natalia Barbero, Doctora en Derecho, Profesora de la Universidad de Buenos Aires¹

Resumen: La tortura está prohibida en Derecho Internacional, tanto a nivel universal como a nivel regional. En particular, en el sistema interamericano de derechos humanos, existen instrumentos que la prohíben y que imponen obligaciones a los Estados, los cuales deben respetar y garantizar el derecho a la integridad y respecto de los cuales rige la prohibición de la tortura.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha estipulado los elementos constitutivos de la tortura, sus distintas formas, sus particularidades en regímenes dictatoriales, en conflictos armados o situaciones de excepción y contextos de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, así como también ha impuesto obligaciones específicas a los Estados al respecto, no sólo de respeto sino de garantía respecto de todas las personas, en especial, en cuanto a las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar a los perpetradores de los hechos, comprometiéndose también a reparar a las víctimas y dar garantías de no repetición.

Sin embargo, la Corte Interamericana no ha sido del todo precisa en algunas consideraciones y aún hoy faltan ciertas especificaciones en cuanto a las posibles distinciones entre la tortura y el trato inhumano o degradante, así como también se necesitaría una mayor especificación respecto de la violencia basada en género y otras formas de violencia discriminatoria, en especial contra la mujer, y su distinción con la tortura. Ello podría resultar de utilidad como estándares internacionales a seguir por los Estados luego en el ámbito interno propio.

Palabras clave: tortura, trato inhumano, violencia, derecho internacional

Summary: Torture is prohibited in international law, both universally and regionally. In particular, in the Inter-American human rights system, there are instruments that prohibit it and

¹ Doctora en Derecho por la UNED, España. Máster en Derecho Comparado, por USD, Estados Unidos. Abogada y Traductora Pública de Inglés (UB-UBA, Argentina). Profesora de grado y posgrado de la Universidad de Buenos Aires. Capacitadora y asesora en temáticas de DIDH, DPI y crímenes de lesa humanidad. Ex Becaria Fulbright. Becaria Humboldt, Goethe Universität, Frankfurt, Alemania.

impose obligations on States, which must respect and guarantee the right to integrity and with respect to which the prohibition of torture applies.

The Inter-American Court of Human Rights has stipulated the constituent elements of torture, its different forms, its particularities in dictatorial regimes, in armed conflicts or situations of exception and in contexts of massive and systematic violations of human rights, as well as imposing specific obligations on the States in this regard, not only of respect but also of guarantee for all persons, especially with regard to the obligations to prevent, investigate and punish the perpetrators of the acts, committing also to repair the victims and provide guarantees of non-repetition.

However, the Inter-American Court has not been entirely precise in some considerations and even today there is a lack of certain specifications regarding the possible distinctions between torture and inhuman or degrading treatment, as well as a need for greater specification regarding gender-based violence and other forms of discriminatory violence, especially against women, and its distinction with torture. This could be useful as international standards to be followed by States in their own domestic sphere.

Keywords: torture, inhumane treatment, violence, international law

1 INTRODUCCIÓN

La tortura y otros malos tratos están prohibidos por instrumentos interamericanos, en lo vinculante por el Artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 que establece: “(1) Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. (2) Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos, o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano...”.

Además, en el ámbito interamericano existe un instrumento específico sobre tortura, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985 (“CIPST”). Se define allí la tortura:

Art. 2 “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin.

Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas,

siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.

En su artículo 3, la CIPST identifica quiénes pueden ser los sujetos activos de esta conducta. Y en sus artículos 6, 7 y 13, se refiere a “otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, sin definirlos.

Por su parte, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de 2008, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estipula la prohibición de la tortura y la obligación del trato humano de la persona privada de libertad, a quienes los Estados deben proteger “contra todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona”.

También está prohibida la tortura por instrumentos universales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Y es justamente del ámbito universal que tomamos la definición más utilizada de tortura (BARBERO, 2011; RAFECAS, 2017), ya que la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984 (“CAT”, por sus siglas en inglés) establece en su Artículo 1:

“1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”.

Desde esta definición universal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”), en su jurisprudencia, ha identificado los tres elementos constitutivos de la tortura, ellos son que se trate de: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito.

Por su parte, la CAT también se refiere al trato inhumano y degradante, sin dar mayor definición pero trae una mención no menor que luego retomaremos. Dice en el Artículo 16:

“1. Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

Solo aparece allí una referencia a que los otros tratos serían aquellos que no llegan a ser tortura, en lo cuantitativo al menos y tal vez en lo cualitativo también, como veremos.

Pero no hay definición de estos otros malos tratos distintos de la tortura, aunque sí tenemos más de una definición de tortura.

Entonces el punto es ver qué ha dicho en sus fallos la Corte IDH a fin de definir ciertos temas que no están completamente resueltos desde los instrumentos o que pueden generar confusiones, entre ellos, cuál es la definición de tortura que rige, ya que existe más de una y con notorias diferencias; cuál es la distinción entre la tortura y otros malos tratos, y cuál es la distinción entre la tortura y otras situaciones como la violencia, en particular contra la mujer, la cual no surge de las convenciones sobre tortura pero va a ser significativa desde la adopción de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como “Convención de Belém do Pará” de 1994.

2 DESARROLLO

2.1 Prohibición absoluta de la tortura y sus elementos constitutivos

La Corte IDH ha resuelto en el caso Bueno Alves Vs. Argentina de 2007 puntos muy significativos sobre el tema. Se refirió, primero, a la prohibición absoluta de la tortura como norma imperativa de Derecho Internacional:

76. En primer lugar, la Corte reitera su jurisprudencia en el sentido de que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional.

Dicha prohibición subsiste aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.

Y en las notas, cita la Corte IDH tanto instrumentos universales como interamericanos, lo cual denota una toma de postura amplia al considerar la totalidad del corpus normativo internacional aplicable, no sólo los documentos regionales.

En segundo lugar, la Corte IDH define en este fallo lo que se entiende por tortura y sus elementos constitutivos, a lo que suma la definición de cada uno de ellos. Dice:

78. Ahora bien, para definir lo que a la luz del artículo 5.2 de la Convención Americana debe entenderse como “tortura”, la Corte debe tomar en cuenta la definición que al respecto hace la primera parte del artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante “CIPST”), así como las diversas definiciones contenidas en algunos de los instrumentos citados en el párrafo anterior...

79. En razón de lo expuesto, la Corte entiende que los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito.

Intencionalidad

81. (...) Que los actos cometidos fueron deliberadamente infligidos en contra de la víctima y no producto de una conducta imprudente, accidente o caso fortuito.

Finalidad

82. (...) Que éstos tuvieron como propósito que confesara en contra de quien era su abogado...

Sufrimiento

83. Finalmente, al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos.

Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar.

Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia persona...

Así, la Corte IDH definió la tortura e identificó sus tres elementos constitutivos. Sin embargo, uno de ellos, la gravedad, no surge de la letra de la CIPST que la misma Corte aplica.

En un fallo posterior, Bayarri Vs. Argentina de 2008, la Corte IDH recordó la prohibición de la tortura desde el *jus cogens* internacional y citó y definió nuevamente, y en el mismo sentido que en su fallo anterior, los tres elementos constitutivos de la tortura.

En su fallo Torres Millacura Vs. Argentina de 2011, la Corte IDH volvió a determinar que la prohibición de la tortura constituye una norma imperativa internacional que integra el *jus cogens* y genera obligaciones *erga omnes*, por lo que se ha conformado un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica.

Y desarrolló en este fallo en particular los factores endógenos y exógenos que deben ser tenidos en cuenta para determinar que en un caso particular existe tortura. Dijo:

86. La Corte ya ha establecido que “[l]a infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta”.

Es decir, las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos.

Entonces, vemos que la Corte IDH ha sido clara en cuanto a la prohibición de *jus cogens* de la tortura, cuáles son sus elementos constitutivos y qué factores son determinantes para su calificación.

2.2 La tortura y los malos tratos en contexto de detención ilegal

La Corte IDH también se ha encargado de expedirse sobre la tortura y otros malos tratos en el contexto particular de la detención ilegal. Hizo notar que en tal contexto se da la presunción de vulneración de otros derechos fundamentales, más allá de la privación de la libertad en sí, ya que la persona se ve en una situación de vulnerabilidad particular y evidente. Se infiere en tales casos el sufrimiento de trato inhumano y degradante del detenido ilegalmente.

En el fallo *Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú* de 2004, la Corte dijo:

108. En otras oportunidades, este Tribunal ha establecido que una “persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad”.

Igualmente, esta Corte ha señalado que basta con que la detención ilegal haya durado breve tiempo para que se configure, dentro de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una conculcación a la integridad psíquica y moral, y que cuando se presentan dichas circunstancias es posible inferir, aun cuando no mediaran otras evidencias al respecto, que el trato que la víctima recibió durante su incomunicación fue inhumano y degradante.

En el fallo *Tibi Vs. Ecuador* de 2004, la Corte IDH dijo:

146. (...) Este Tribunal ha establecido que una “persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad”.

2.3 Anulación de la personalidad de la víctima y tortura psicológica

La Corte IDH ha incluido en el concepto de tortura ciertas conductas que generan no sólo sufrimientos físicos sino también psicológicos, de conformidad con lo dispuesto por la CIPST.

En el fallo *Maritza Urrutia Vs. Guatemala* de 2003, dijo:

85. (...) La presunta víctima fue encapuchada, mantenida en un cuarto, esposada a una cama, con la luz encendida y la radio a todo volumen, lo que le impedía dormir.

Además, fue sometida a interrogatorios sumamente prolongados, en cuyo desarrollo le mostraban fotografías de personas que presentaban signos de tortura o habían sido muertos en combate y la amenazaban con que así sería encontrada por su familia.

Igualmente, los agentes del Estado la amenazaron con torturarla físicamente o con matarla o privar de la vida a miembros de su familia si no colaboraba.

Con tal fin le mostraban fotografías suyas y de su familia y correspondencia de ella con su ex esposo.

Por último, Maritza Urrutia fue obligada a filmar un video, que fue posteriormente transmitido por dos televisoras guatemaltecas, en el cual rindió una declaración en contra de su voluntad, y cuyo contenido se vio forzada a ratificar en una conferencia de prensa sostenida después de su liberación.

91. (...) Esta Corte destaca que entre los elementos de la noción de tortura establecidos en el artículo 2 de la Convención Interamericana contra la Tortura se incluyen métodos para anular la voluntad de la víctima con el objeto de obtener ciertos fines, como información de una persona, o intimidación o castigo, lo que puede ser perpetrado mediante violencia física, o a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo.

En el caso sub judice está demostrado que Maritza Urrutia fue sometida a actos de violencia psíquica al ser expuesta a un contexto de angustia y sufrimiento intenso de modo intencional, de acuerdo con la práctica imperante en esa época.

Además, la Corte estima que los actos alegados en el presente caso fueron preparados e infligidos deliberadamente para anular la personalidad y desmoralizar a la víctima, lo que constituye una forma de tortura psicológica.

2.4 Distinción entre tortura, trato inhumano y trato degradante

En el fallo Cantoral Benavides Vs. Perú de 2000, la Corte distinguió la tortura de otros malos tratos, primero, desde un punto de vista cuantitativo, pero también desde lo cualitativo. Dijo:

83. (...) El aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

85. En cuanto a las condiciones de reclusión, la Corte ha dado por probado que el señor Cantoral Benavides fue mantenido durante un año bajo aislamiento riguroso, hacinado con otros presos en una celda pequeña, sin ventilación ni luz natural, y que las visitas que podía recibir estaban sumamente restringidas. También surge claramente de las pruebas aportadas que la atención médica brindada a la víctima fue muy deficiente.

Además, ya se ha dejado establecido en esta misma sentencia que 20 días después de haber sido privado de su libertad, cuando aún no había sido procesado, y mucho menos condenado, el señor Cantoral Benavides fue exhibido ante los medios de comunicación, vestido con ropas infamantes, junto a otros detenidos, como autor del delito de traición a la patria.

91. (...) Además de haber sido incomunicado, y haber sido sometido a condiciones de reclusión muy hostiles y restrictivas, el señor Cantoral Benavides fue en varias ocasiones golpeado y agredido físicamente de otras maneras y que esto le produjo intensos dolores corporales y sufrimientos emocionales.

100. Merece destacarse que según las normas internacionales de protección, la tortura no solamente puede ser perpetrada mediante el ejercicio de la violencia física, sino también a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento físico, psíquico o moral agudo.

102. La jurisprudencia internacional ha ido desarrollando la noción de tortura psicológica. La Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que es suficiente el mero peligro de que vaya a cometerse alguna de las conductas prohibidas por el artículo 3 de la Convención Europea para que pueda considerarse infringida la mencionada disposición, aunque el riesgo de que se trata debe ser real e inmediato.

En concordancia con ello, amenazar a alguien con torturarlo puede constituir, en determinadas circunstancias, por lo menos un “trato inhumano” (Cfr. Eur. Court HR, *Campbell and Cosans*, Judgment of 25 February 1982, Series A Vol. 48, para. 26).

Ese mismo Tribunal ha estimado que debe tomarse en cuenta, a efectos de determinar si se ha violado el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, no sólo el sufrimiento físico sino también la angustia moral (Cfr. Eur. Court HR, *Soering v. United Kingdom*, Judgment of 7 July 1989, Series A Vol. 161, paras. 110 and 111).

En el marco del examen de comunicaciones individuales, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha calificado la amenaza de hacer sufrir a una persona una grave lesión física como una “tortura psicológica” (Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Miguel Angel Estrella vs. Uruguay*, No. 74/1980 de 29 de marzo de 1983, párrs. 8.6 y 10).

104. Atendiendo al conjunto de las circunstancias del caso y al contexto en que se produjeron los hechos, estima este Tribunal, sin lugar a duda razonable, que cuando menos parte de los actos de agresión examinados en esta causa pueden ser calificados como torturas, físicas y psíquicas.

Considera también la Corte que dichos actos fueron preparados e infligidos deliberadamente contra el señor Cantoral Benavides cuando menos con un doble propósito.

En la fase previa a la condena, para suprimir su resistencia psíquica y forzarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas.

En la etapa posterior a la condena, para someterlo a modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma.

Entonces, del fallo Cantoral Benavides Vs. Perú se observa que la Corte IDH distingue que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva, el hacinamiento con otros presos en una celda pequeña, sin ventilación ni luz natural, y la restricción de las visitas así como la insuficiente atención médica brindada a la víctima, sumado a la falta de imputación y exhibición ante el público con traje a rayas como los condenados por traición a la patria, todo ello sería trato cruel e inhumano, o degradante. En cambio, los golpes y sufrimientos tanto físicos como psicológicos con determinado propósito, constituyen ya tortura.

Parecería entonces que existe una diferencia cuantitativa y cualitativa entre la tortura y los otros malos tratos, tales como el trato inhumano, degradante o cruel. Ni la CAT ni la CIPST son explícitas al respecto y no nos brindan referencias expresas para poder distinguir estas figuras. En la CAT, se ve una leve distinción porque el artículo 16 se refiere a otros tratos que no llegan a ser tortura. Parecería que hay una diferencia de graduación o cantidad de sufrimiento, primero, y también una diferencia cualitativa que tiene que ver con que no se daría -necesariamente- la finalidad en los malos tratos, lo cual sí debe existir en la tortura. Esto porque se deriva del texto que los malos tratos serían los “que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1”, entonces la referencia puede ser tanto a la gravedad del sufrimiento (mayor en la tortura, menor en los malos tratos) como a las otras cualidades de las conductas en comparación, como por ejemplo la finalidad (que debe existir en la tortura, no así en los malos tratos). Por su parte, la CIPST nada dice.

En cambio, la Corte IDH parece intentar hacer cierta distinción. Por lo resuelto en el fallo Cantoral Benavides Vs. Perú, entendemos que ciertas conductas como la incomunicación y las condiciones indignas de detención constituyen esos tratos que no son tortura (porque no llegan a serlo por su gravedad y porque no hay necesariamente una finalidad determinada), pero, en cambio, los golpes ya de mayor entidad y con cierta finalidad constituyen tortura.

2.5 Tortura y violencia sexual contra la mujer

Habiéndose intentado distinguir la tortura de otros tratos de menor gravedad y distinto propósito, aparece un nuevo escenario aún no resuelto de manera definitiva y clara por la Corte IDH. Cuando la violencia sexual contra la mujer es utilizada como un método de tortura, o se da en una situación de detención ilegal como en centros clandestinos o durante conflictos armados, ¿constituye tortura?

El punto es si es suficiente su calificación como tortura o es necesario hacer una distinción y determinar la existencia de tortura, por un lado, en caso que se den sus elementos constitutivos, y por otra parte la existencia de violencia contra la mujer. Esto así ya que existen diversas convenciones que tratan de manera independiente ambas conductas y generan obligaciones distintas para los Estados.

Son varios los fallos de la Corte IDH que han tratado situaciones de violencia sexual contra la mujer. En algunos se ha hecho hincapié en la perspectiva de género y la necesidad de visibilizar la agresión contra la mujer como mujer, y en otros se ha encuadrado la conducta en tortura. Tomamos aquí apenas tres fallos que resultan representativos del cuadro de situación a fin de destacar el punto en cuestión.

En los casos *Fernández Ortega Vs México* y *Rosendo Cantú Vs México* de 2010, mujeres indígenas residentes en el estado de Guerrero fueron violadas por militares en un marco de persecución de delincuencia organizada en la zona y se comprobó su particular situación de vulnerabilidad. Allí la Corte IDH decidió que existió violencia sexual como tortura, por haberse tratado de un maltrato deliberado que causó sufrimientos físicos o mentales con determinado fin. Para evaluar el sufrimiento severo, tuvo en cuenta las características del maltrato, su duración, el método utilizado y los efectos físicos y mentales sufridos. Además, se consideraron las condiciones personales de las víctimas, como la salud, edad, el sexo. Dijo la Corte IDH que la violación es sufrimiento severo (porque el sufrimiento es inherente a toda violación) y, aunque no haya lesión corporal, puede haber daños y secuelas psicológicas y sociales. Y además se dio, según la Corte IDH, el elemento de finalidad, la cual consistió en el caso en discriminar, intimidar, obtener información, castigar por no obtener información. Así la Corte llevó la situación en ambos casos desde la figura de violación a la figura de tortura. Buscó si se daban los elementos constitutivos de la tortura (la intencionalidad y, en particular, la gravedad del sufrimiento y la finalidad) y resolvió en tal sentido. Quedó algo desdibujada entonces la violencia contra la mujer, ya que la tortura acaparó la atención del fallo. Esto es lo que se manifiesta, que de este modo, al pretender encuadrar este tipo de casos en la figura de tortura, se pierden elementos de la violencia contra la mujer que deberían ser puestos a análisis y permitir así la visibilización de este flagelo (AUCÍA, 2011; BALARDINI; OBERLIN; SOBREDO, 2001; RAFECAS, 2017).

Ahora bien, distinto es lo ocurrido en el caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México* de 2018. Aquí la Corte IDH se refirió expresamente a la violencia sexual utilizada como método de tortura. En este caso, la policía municipal, estadual del estado de México y la Policía Federal Preventiva llevaron adelante un operativo para reprimir manifestaciones públicas en el que fueron detenidas once mujeres. Durante su detención y mientras eran trasladadas e ingresadas a un Centro de Readaptación

Social, fueron sometidas a distintas formas de violencia, incluida en algunos casos la violación sexual y la violación en particular.

La Corte IDH determinó que en el caso se violaron los derechos a la integridad personal y a la vida privada, así como la dignidad y la prohibición de tortura, la libertad personal y garantías judiciales. Se aplicó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de Belém do Pará y la CIPST. Aquí la Corte IDH dijo que las agresiones físicas consistieron en tortura y violencia sexual. También hubo agresiones verbales discriminatorias hacia las mujeres y ellas constituyeron violencia verbal y estereotipada. La Corte dijo que los insultos y amenazas con connotaciones altamente sexuales, machistas, discriminatorias y en algunos casos, misóginas, formas altamente groseras y sexistas en que los policías se dirigieron a las víctimas, con palabras obscenas, haciendo alusiones a su imaginada vida sexual y al supuesto incumplimiento de sus roles en el hogar, así como a su supuesta necesidad de domesticación, es evidencia de estereotipos profundamente machistas, que buscaban reducir a las mujeres a una función sexual o doméstica. Aclaró que la violencia sexual fue utilizada por parte de agentes estatales como una táctica o estrategia de control, dominio e imposición de poder, pues instrumentalizaron los cuerpos de las mujeres detenidas como herramientas para transmitir su mensaje de represión y desaprobación de los medios de protesta empleados por los manifestantes. La violencia sexual fue utilizada como un arma más en la represión para alcanzar el propósito de dispersar la protesta y asegurarse de que no volviera a cuestionarse la autoridad del Estado. Se ve así la especial perspectiva de género que aplicó la Corte.

Así, en este caso la Corte IDH advirtió que la violencia sexual fue utilizada como tortura, de hecho el Protocolo de Estambul la enumera entre los métodos que se consideran tortura, y consideró que se dieron violaciones a ambas convenciones interamericanas, tanto a la convención contra la violencia contra la mujer como a la convención contra la tortura. Es decir, determinó la Corte que se dieron ambas conductas y resaltó la presencia de rasgos característicos de una conducta y otra, sin dejar de visibilizar la violencia contra la mujer y sus especiales elementos, así como la perspectiva de género que faltó en la investigación y judicialización del caso en el país donde ocurrieron los hechos.

En breve, en estos casos modelo se advierte que la Corte IDH ha variado su jurisprudencia. Desde los primeros casos donde el foco estaba en la figura de tortura, aun tratándose de violaciones y, por tanto, claras situaciones de violencia contra la mujer, hasta su doctrina judicial reciente en la cual ya distingue las conductas destacando elementos constitutivos tanto de la tortura, por un lado, como de la violencia contra la mujer, por otro.

3 CONCLUSIÓN

Del relevamiento de instrumentos internacionales y el análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH que hemos destacado, se pueden derivar los principales estándares sobre este tema en el sistema interamericano.

Primero, se establece la prohibición absoluta de la tortura y la generación de obligaciones *erga omnes* para los Estados. Esto implica que no se admiten excepciones en ningún contexto ni situación de excepción y que la norma es imperativa y por tanto rige más allá de la ratificación o no por parte de los Estados de los instrumentos internacionales respectivos.

Segundo, la Corte IDH tiene ya identificados los tres elementos constitutivos de la tortura: la intencionalidad; la gravedad del sufrimiento, y la finalidad. Y distingue la tortura de otros malos tratos (como el trato inhumano, degradante y cruel) por diferencias cuantitativas (mayor o menor gravedad en el sufrimiento) como cualitativas (existencia o no de finalidad en la conducta), teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos para tal calificación.

Tercero, la Corte IDH hace hincapié en la prohibición de la tortura no sólo física sino también psicológica.

Cuarto, la Corte IDH aplica tanto instrumentos universales como instrumentos interamericanos. Conceptualmente y a efectos de interpretación, para identificar los elementos constitutivos de la tortura recurre a la CAT para exigir gravedad (elemento no presente en el texto de la CIPST) y también para distinguir entre la tortura y otros malos tratos, aplicando su artículo 16, ya que la CIPST no trae distinción clara. Sin embargo, al aplicar convenciones y resolver sobre la responsabilidad de los Estados, aplica los instrumentos interamericanos vinculantes.

Quinto, la Corte IDH hace una leve distinción en casos de detención ilegal. Aquí la vulnerabilidad de la víctima es mayor y cierta gravedad en el sufrimiento se presume, aumentando la gravedad de la violación al derecho a la integridad personal.

Por último, la Corte IDH evoluciona en su doctrina sobre la tortura y la violencia contra la mujer. De aquella primera etapa en la cual no distinguía mayormente ambas conductas, ha pasado a diferenciar y resaltar las obligaciones incumplidas por los Estados tanto en cuanto a la prohibición de la tortura como a la prohibición de la violencia contra la mujer, en particular, y sobre todo respecto de las obligaciones de investigar con perspectiva de género.

REFERENCIAS

LIBROS Y CAPÍTULOS DE LIBROS

AUCÍA, A. Género, violencia sexual y contextos represivos. En: AAVV. **Grietas en el silencio, una investigación sobre la violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado**. Rosario: CLADEM, 2011. p. 26-67.

BALARDINI, L.; OBERLIN, A.; SOBREDO, L. Violencia de género y abusos sexuales en los centros clandestinos de detención. Un aporte a la comprensión de la experiencia argentina. En: CELS-CEJIL. **Hacer justicia. Nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en Argentina**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2001. p. 167-226.

BARBERO, N. **Análisis dogmático-jurídico de la tortura. La tortura en Derecho Internacional. La tortura como delito y como crimen contra la humanidad en Derecho argentino y español**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.

RAFECAS, D. **El crimen de tortura. En el Estado autoritario y en el Estado de derecho**. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2017.

ZURUTUZA, C.; CHIAROTTI, S. **Ensanchando grietas en el silencio. Testimonios de contexto en juicios de lesa humanidad sobre violencia sexual**. Asunción: CLADEM, 2017.

FALLOS

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bayarri Vs. Argentina de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bueno Alves Vs. Argentina de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú de 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fernández Ortega Vs. México de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México de 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rosendo Cantú Vs México de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi Vs. Ecuador de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Torres Millacura Vs. Argentina de 2011.

EL CONTROL DE LEGALIDAD EN LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y LA RESPONSABILIDAD DE LA MAGISTRATURA

Pablo Andrés Vacani¹

Resumen: El artículo analiza el principio de legalidad sobre un supuesto particular de control de convencionalidad respecto del artículo 5.2 de la Convención Americana. Considera el alcance que la pena determinada en la sentencia debe tener en el proceso de su efectiva ejecución penal. Problematisa esa situación como control de legalidad de las penas privativas de libertad y considera cómo la magistratura debe responder ante situaciones de modificación de esa pena al ser objeto de condiciones carcelarias susceptible de imponer penas crueles, inhumanas y degradantes. De este modo, establece la propuesta de variar la cuantía penal como corrección de la proporcionalidad penal. Con ello, se dirige a las nuevas exigencias que la medida provisional de la Corte IDH impuso en los precedentes “Plácido Sá Carvalho” y “Curado”.

Palabras claves: Legalidad-responsabilidad-cuantificación

1 INTRODUCCIÓN

El principio de legalidad en materia penitenciaria es una pauta de actuación de la actividad de los órganos que intervienen en dicho proceso (sea como medida cautelar o pena privativa de libertad), y de la administración de justicia que tiene a su cargo el control judicial permanente de sus actos. Siendo así, las consecuencias que se le imponen resultan también éticas y se definen en el respeto del sistema de principios del derecho internacional de los derechos humanos². Tal sistema provee de un marco

¹ Abogado de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor en Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires, tesis doctoral calificada como sobresaliente y con el premio “Facultad” para publicación. También culminó su posdoctorado en dicha Universidad en noviembre de 2022, en su tesis “La medida cualitativa de la pena en el proceso de ejecución penal”. Es profesor de grado de la UBA en “Elementos de Derecho Penal y Criminología” y de posgrado en universidades argentinas (UBA, Comahue, USAL, UCASAL, UNLa), resultando también profesor invitado en la Universidad de Barcelona. Ha sido Becario de Posgrado (Conicet y UBA). Se encuentra en elaboración su tesis de posdoctorado “Sistema de la medida del tiempo de prisión en el proceso de ejecución penal” en la Universidad de Buenos Aires. Es autor de varios libros, entre los principales “La cantidad de pena en el tiempo de prisión. Sistema de la medida cualitativa. Tomo I” (Ad Hoc, 2015); (et. al), La indeterminación de la pena en el proceso de ejecución penal. Nuevas herramientas teóricas y jurisprudenciales” (Ad Hoc, 2019) y recientemente, como director, “Derecho Penal y Penas ilícitas. Hacia un nuevo paradigma pospandemia” (Ad Hoc, 2020) y junto a Jorge Nuñez - como coordinadores- “El castigo en la conformación de los saberes penales y penitenciarios. Racionalidades, instituciones y tratos punitivos. Siglos XIX-XXI” (Editores del Sur, 2020).

² En *Ética y derechos humanos* Santiago Nino explica que es necesario buscar un fundamento racional al respeto y aplicación de los derechos, es decir, las bases teóricas para su vigencia. Se pregunta luego si los derechos humanos tienen carácter jurídico o moral o si pertenecen a la que se llama “categoría mestiza” del derecho natural. Afirma que el iusnaturalismo puede caracterizarse por la defensa de dos tesis fundamentales: i) la primera, que existen principios que determinan la justicia de las instituciones sociales, los que son universalmente válidos con independencia de su reconocimiento efectivo y ii) la segunda, que un sistema normativo dotado de coactividad no puede ser calificado de “derecho” si no se conforma con aquellos principios. cfr. Nino, S., *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1992, pág. 16.

conceptual (cuya guía lo definen las reglas de *soft law* de la jurisprudencia de la Corte)³, pero asimismo, metodológicamente, es la ciencia penal la que debe aportar de un sistema que regule el ámbito de realización práctica de esos principios como expresión del control de legalidad y judicialización de la pena.

Para ello, debe entenderse por un lado que la política criminal, como política pública sujeta a la organización y administración de la violencia estatal, ha de estar sujeto a ciertos objetivos, los cuales en el plano del derecho internacional y la jurisprudencia suprema, es producto de ciertos estándares los cuales no pueden ser trascendidos dentro del marco de un cumplimiento mínimo de derechos (estándares de trato digno definidos en las Reglas Mandela).

Este trabajo procura desarrollar al menos uno de los principios más relevantes: la legalidad de la pena privativa de libertad. Con ello propone establecer pautas en la actividad jurisdiccional tendientes a fortalecer la directa relación que las condiciones de cumplimiento de las mismas tienen con la cuantía penal, tal como fuera interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las medidas provisionales “Curado” y “Plácido Sá Carvalho”⁴. Conforme esta medida, se impone para Brasil agudizar el control de convencionalidad que impone aquellos presupuestos de ambas medidas provisionales, con la particular característica de ser responsables en todas aquellas consideraciones jurídicas que de dicha sentencia se imponen para los cómputos de pena en los casos individuales.

La ciencia jurídico penal debe generar un conjunto de conocimientos que permita convertir en jurisprudencia la máxima realización de estos principios y por lo tanto proveer un marco conceptual a la prohibición de penas ilícitas, evitando que la ejecución resulta ajena a la legalidad que impone la sentencia y, asimismo, se asimilen las consecuencias de una pena legal a otra ilícita.

Por lo tanto, esta antropología constitucional define una ética del juez frente a las prácticas del poder penitenciario (punitivo, en general) y, resulta de su actividad, garantizar aquellos principios, aún sin tener la norma legal expresa que así le indique el tipo de consecuencias a aplicarse. En razón de ello, la actividad judicial debe actuar frente a esa omisión y, de tal modo, bastaría con remitirse a lo normado en el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tendiente a la adopción de medidas

3 Abramovich, V. “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”, en Courtis, C., Bovino, A. y Abramovich, V. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 255.

4 Sobre un desarrollo de esto, v. Vacani, P. (et. al), *La indeterminación de la pena en el proceso de ejecución penal. Nuevas herramientas teóricas y jurisprudenciales*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2019; también, *Derecho Penal y Penas ilícitas. Hacia un nuevo paradigma pospandemia*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2020; Zaffaroni, E.R., et. al., *Penas ilícitas y hermenéutica jurídica. Un análisis a propósito de las medidas de la Corte IDH respecto del IPPSC*, Ediar, Buenos Aires, 2020.

de diverso carácter (más allá que las legislativas) que fueran necesarias para hacer efectivo los derechos y las libertades, siendo garante del control convencional de legalidad, mucho más cuando tal incumplimiento acarrearía responsabilidad al Estado por la suscripción de los pactos internacionales.

2 EL PROBLEMA DE UNA FALSA RUPTURA: DETERMINACIÓN DE LA PENA Y EJECUCIÓN PENAL

La doctrina penal tradicional, anclada en el desarrollo realizado por Saleilles (de significancia en su época por adecuar la pena a la persona y no de manera tasada),⁵ y seguido en nuestro país por otros doctrinarios,⁶ ha fragmentado el proceso individualización judicial de la pena respecto de la forma de su ejecución o cumplimiento. El sistema de individualización de la pena se ha limitado a alcanzar la definición de la pena respecto del monto de su duración, sin considerar la relación que ese valor (tiempo físico) tiene respecto al contenido de la misma, desatendiéndose de las características de su ejecución penal.⁷

Este último segmento careció de una doctrina que relacionara la medida del castigo y las condiciones carcelarias impuestas, las que definirían concretamente su característica y, con ello, la dimensión del sujeto respecto de su culpabilidad y el injusto (ser), lo que permitió que la individualización de la pena estuviera más modernamente sujeto a los fines de la misma y a la idea de prevención (deber ser).⁸

De este modo, se sostuvo que la racionalización del Derecho Penal pasa necesariamente por una interrelación entre el momento legislativo, el judicial y el ejecutivo, que exige la determinación de la pena mínima necesaria en sede legislativa y judicial, “para evitar un sistema penal escindido que en sede ejecutiva se preocupa por la búsqueda de alternativas que corrijan el exceso o la incorrección de la pena impuesta”⁹.

5 Resultó distinguida la individualización legal, judicial y administrativa o ejecutiva de la pena. De acuerdo a esta clasificación existe un conjunto compartimentado de tareas no relacionadas, de modo que la individualización legislativa es la que realiza el legislador cuando establece las escalas penales, de manera que el juez debe justificar una concreción al monto dentro de la misma, sujeto a un proceso de individualización, debiendo adecuarse al hecho y a la persona. Luego, la individualización administrativa estará a cargo del tratamiento penitenciario, la que quedará sujeto a la autoridad administrativa. v. Saleilles, R. *La individualización de la pena. Estudios de criminalidad social*, Hijos de Reus, Madrid, 1914.

6 Chichizola, M., *La individualización de la pena*, Buenos Aires, 1967; Soler, S., *Derecho penal argentino*, Tomo II, Tea, Buenos Aires, 1978, pág. 416; Rivacoba y Rivacoba, M., “Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 3, Madrid, 1993, pág. 621-640, entre otros. En igual sentido, me remito al clásico, Dolcini, E., *La commisurazione della pena*, Edizione Cedam, Padova, 1979.

7 Filippini, L., “La prisión y el discurso penal”, en *SELA*, Yale Law School, 2010. Disponible en https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/79/

8 Roxin, C., “Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, en *Derecho penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 71-110; anteriormente, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1981, entre otros.

9 cfr. Crespo, E. D., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad Salamanca, 1999, pág. 32; Sobre su manifestación contra la certeza de la pena, v. Ferrajoli, L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 406 y ss.

De acuerdo a ello, la cuantificación apareció vinculada a la esfera judicial sólo en el momento de imponer la sentencia, de modo que dicho proceso de sujeción racional respecto de la cuantía de pena no continuó *a posteriori*. Por lo tanto, la pena definida justa en la sentencia *no apareció relacionada por la doctrina penal con el contenido que la prisión durante su ejecución y, de tal modo, la concepción administrativa relativa a este tercer proceso terminó por consagrar la individualización penitenciaria respecto del tratamiento penitenciario*, presumiendo las legislaciones penitenciarias que la pena resultaba inalterada respecto de aquella medida impuesta¹⁰.

Pero la positivación internacional del sistema normativo en materia penitenciaria integró no sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes y las Reglas Mandela (reglas soft law), sino todo un mecanismo de estándares en que se define la responsabilidad del Estado respecto del contenido del trato punitivo (traslados, requisitos, sanciones disciplinarias, mecanismos de seguridad y atención médica adecuada), y estableció medidas de reparación integral que marcaron el desarrollo de la jurisprudencia¹¹.

Este nuevo sistema de principios y derechos define desde la reforma constitucional de 1994 una serie de mecanismos de mayor protección respecto de la relación jurídica entre el Estado y las personas condenadas que posiciona a éstos respecto de un estado de vulnerabilidad que trastocó la antigua doctrina de relación de sujeción especial¹².

Sin embargo, desde el ámbito judicial este cambio hermenéutico no ha adquirido mayores significaciones respecto del modo en que los derechos de las personas condenadas puedan verse garantizados, sin definirse una sistemática que integre el modo de consecuencias jurídicas, más que aquel vinculado a la individualización penitenciaria de la pena¹³.

La necesidad de tal metodología se impone si a partir de la definición de la cuantía penal, por el cumplimiento en uno u otro establecimiento penitenciario se definirá una cualidad de castigo que podría por su gravedad diferenciarlo de aquel proceso de

10 Rotman, E., "Las técnicas de individualización judicial frente a una noción moderna de reinserción social", en *Revista de Derecho Penal y Criminal*, enero-marzo, Buenos Aires, 1972, pág. 114-118.

11 Sobre la *restitutio in integrum*, v. Corte IDH, caso "Trujillo Oroza vs. Bolivia", sentencia del 27 de febrero de 2002, párr. 61.

12 Los estándares de la Corte Interamericana contemplan que el detenido o privado de libertad se encuentra en las manos del Estado en una relación de sujeción especial, que lo sitúa en una condición de vulnerabilidad que obliga al Estado a brindarle protección hasta convertirse en su garante. En particular, Corte IDH, Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay, 2 de septiembre de 2004, párr. 152/155; Sobre estos estándares y su aplicación en el caso "Verbitsky", v. Courtis, C., "El caso "Verbitsky": ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?", publicado en www.cels.org, recuperado de https://www.cels.org.ar/common/documentos/courtis_christian.pdf

13 Los principios que integran los pactos internacionales se encuentran garantizados en tanto se asegure la vigencia de tales principios mediante mecanismo o técnicas. Estos para Binder tienen dos dimensiones: por un lado, la de vigilar que estos principios se cumplan y, por otra parte, aquella vinculada a las formas de los actos procesales, a las decisiones judiciales referido a la fundamentación de las decisiones judiciales. Binder, A., *Introducción al derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999., pág. 105.

cuantificación si se integran otras lesiones a bienes jurídicos no contempladas en la medida penal¹⁴.

Como se ha señalado en el acápite anterior, el discurso pronunciado por Berthold Freudenthal en 1909 ante la Facultad de Derecho de Francfort, y luego traducido y publicado como “La posición jurídicopública del preso”, resultó ya en ese tiempo un certero alegato sobre esta cuestión, al afirmar que la condición jurídica del preso conducen sólo a limitaciones de la libertad y deben afectar sólo a los condenados a ellas, no pudiendo el modo de su ejecución convertirse en más pena que la impuesta por la sentencia¹⁵.

Es aquí justamente dónde el principio de legalidad ejecutiva adquiere un sentido más que sustancial relacionado al derecho de cuantificación penal. De tal modo, se colige de tal principio que *no se puede imponer una pena más grave que la pronunciada en la sentencia condenatoria y, por ende, su forma de ejecución tampoco puede superar el valor inherente de privación temporal ambulatoria en que no sólo se definiera la medida de la pena sino toda su estructuración en tiempo lineal del régimen de progresividad*.

Por lo tanto, la pena que se ejecuta de forma más grave respecto de la medida penal que definiera la sentencia resulta es contraria al principio de legalidad y, por ello, ello *exige al derecho de ejecución penal integrar un sistema de regulación de la pena ilícita conforme a otras consecuencias que las relativas a la finalidad de la ejecución de una pena legal*. Dicha situación jurídica conlleva a una modificación de la matriz de objetividad jurídica que traduce en tiempo lineal el proceso de reinserción social (v. gr. régimen de progresividad) y debe comprender otras consecuencias jurídicas que aludan a los efectos contrarios respecto de la finalidad de la pena.

Conforme el alcance de este principio, la ejecución de las penas privativas de la libertad no es otra cosa que la concretización del derecho penal sustantivo y por ende, es una manifestación propia de la cuantificación penal y del propio ámbito de legalidad de la condena impuesta. Sin embargo, la relación de la ejecución penal con la determinación de la pena adquiere la relevancia que su regulación está sujeto al *devenir* mismo de la forma de su cumplimiento y con ello a la faceta existencial del tiempo de prisión¹⁶, en

14 “Casi todas estas lesiones a bienes jurídicos son producto de conductas típicas (activas u omisivas) de funcionarios estatales, aunque algunas los sean por negligencia o por circunstancias no imputables a los funcionarios de las agencias ejecutivas, sino del deficiente material de que estos funcionarios disponen o de las precarias condiciones en que deben cumplir sus tareas”. cfr. Zaffaroni, E.R., *Penas ilícitas: un desafío a la dogmática penal*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2020, pág. 12.

15 Por ello, concluiría “dejemos tranquilos a la ley y la sentencia el velar por la protección de la sociedad. Sin embargo lo que ellas un día ordenaron sobre el delincuente no habrá de modificarlo la ejecución penal, sino debe cumplirse estrictamente (...). La ley y la sentencia son su Carta Magna también en la ejecución penal. Sobre éste fundamento resuélvase el problema de la posición jurídico pública del preso”. Freudenthal, B., “La posición jurídico pública del preso”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales* nro.13, Lima, 2003 (1909), pág. 360.

16 Mesutti, A., *El tiempo como pena*, Ediar, Buenos Aires, 2008 (1994); Sobre un revisión del primero, Messuti, A., “Más allá del tiempo como pena”, en Zaffaroni, E. R. (dir.), *La medida de castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, Ediar, Buenos Aires, 2012. También, Luna, D., “Las condiciones de prisión como frustración del proyecto de vida. Un ensayo a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH y la CSJN”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año III nro. 4, mayo 2013, pág. 175-190.

tanto ya no se trata de aquella situación estática (y compartimentada por agencias) como se difundiría por la doctrina al inicio del siglo pasado¹⁷, sino a una forma de regulación sujeta a que la dinámica de las formas de prisión durante el proceso de su ejecución.

La crudeza de la situación carcelaria, y su instrumentación política en América Latina tendiente a regular poblaciones de subsistencia¹⁸, explica a contramano su utilización en el constante aumento de la sobrepoblación y los niveles de violencia ya analizados (es decir, no sólo mayor nivel cuantitativo sino cualitativo, de más gravedad en sus formas de cumplimiento). Por ello, el estudio de estas condiciones adquiere una significación que aún no integró el estudio de la ejecución penal, lo cual exige de una sistemática que la debe comprender dentro de aquellas previsiones del derecho de cuantificación penal.

Este proceso de regulación, que debió integrar toda la instancia ejecutiva penal no es más que el propio límite de legalidad que el derecho penal no impuso al poder punitivo (penitenciario), en tanto su exceso de poder (arbitrario, ilegal) se manifestaría en forma de una pena que deviene cruel y desproporcionada, sin sujeción posible de la finalidad ejecutiva. Por lo tanto, lo que el principio de legalidad ejecutiva manifiesta es que no es posible regular la etapa de ejecución penal respecto de su finalidad y la individualización del tratamiento penitenciario, si ésta se cumple en condiciones que la traducen en pena ilícita.

Justamente, el alcance del tal principio es evitar una pena descarriada de la sentencia penal¹⁹, pues las alteraciones que imponen las formas de gobierno de la prisión y sus estrictas condiciones carcelarias pueden implicar una modificación de la condena que trastoca la medida penal como “Carta Magna” del preso –en términos del Freudenthal–.

En principio, al implicar su contenido que las penas deben ejecutarse del modo previsto en las normas vigentes antes de la comisión del hecho ilícito que justifica la condena (*nulla poena sine lege*), se deriva de ello que no sólo su alcance se limita a la definición respecto de la duración de las penas sino también a la regulación legal de las condiciones de ejecución penal (restricción de derechos, aplicación del régimen penitenciario, definición del régimen progresivo, etc.) y, por lo tanto, a las características cualitativas de la pena y de qué manera se va a desarrollar la ejecución.

Es aquí donde es necesario atender del contenido del principio la diferencia respecto de la legalidad formal y de legalidad sustancial ejecutiva. Lo que está reservado al legislador, en relación al contenido estricto de las normas que integran las legislaciones peni-

17 Sobre ello, v. Zysman Quirós, D., *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, Didot, Buenos Aires, 2012.

18 Sobre dicha noción, v. Simon, J., *Juicio al encarcelamiento masivo*, Didot, Buenos Aires, 2019; Cuneo Nash, S., *El encarcelamiento masivo*, Didot, Buenos Aires, 2017.

19 Binder, A., *Introducción al derecho procesal penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 211.

tenciarias y, por tanto, establecen ciertas condiciones de trato, modalidad de régimen y resguardo de los derechos fundamentales, integran el ámbito formal de legalidad ejecutiva.

No obstante, el alcance del principio de legalidad ejecutiva sustancial se corresponde a todo el programa constitucional de la ejecución penal que integra el sistema de principios convencionales, cuyo principio general es que “nadie pueda ser sometido a penas crueles, inhumanas y/o degradantes” (art. 5. 2 CADH), ni que los objetivos de la ejecución esté dirigidos hacia la afectación de la dignidad y la integridad personal (art. 5. 1 CADH).

Este último segmento es donde el principio de legalidad ejecutiva adquiere mayor dimensión, por estar directamente vinculado a la integración de todo el sistema de cuantificación penal. A diferencia de concebir que la ejecución penal es la individualización administrativa a través del tratamiento penitenciario, por contrario, debe considerarse que esto no solo define el alcance de la legalidad de la pena, pues el contenido concreto de su forma de cumplimiento será también una instancia de corrección sujeta al grado de realización que la privación temporal de libertad tiene en su devenir temporal.

3 EL ALCANCE DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD AMBULATORIA TRAS LA SENTENCIA

De lo dicho, es necesario detenerse en aquello que puede ser entendido como una posible contradicción entre el alcance del principio de legalidad ejecutiva y los efectos que los actos de tratos arbitrarios tengan sobre la pena legal cuantificada en la sentencia respecto de la individualización y corrección *a posteriori* en el proceso de ejecución penal. Esta cuestión mereció su tratamiento por Zaffaroni en su célebre artículo “Las penas crueles son penas”²⁰ y que luego, en su *Derecho penal. Parte General*²¹, volviera sobre dicha temática, aunque no abarcada por el principio de referencia sino por el de culpabilidad.

En el primer trabajo, se indicó que la cuestión vinculada a la “cosa juzgada” es una garantía para la persona penada, que siempre cede ante un hecho posterior y cuya valoración jurisdiccional sólo puede beneficiarle. De este modo y con tal argumento, Zaffaroni explica que *resulta absurdo oponer una garantía para perjudicar al que la garantía ampara*, por lo que –del mismo modo– no es posible confundir el alcance del *nem bis in ídem* –ser juzgado dos veces por el mismo hecho– con la prohibición de la doble punición –imponer a la pena legal otra pena ilícita–, siendo ésta garantía un resguardo a la legalidad de las penas (art. 5, apartado 2 de la Convención Americana).

20 Zaffaroni, E.R., “Las penas crueles son penas”, en *Lecciones y Ensayos* nro. 56, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Eudeba, 1996, pág. 12.

21 Zaffaroni, E.R., Alagia, A. y Slokar, A., *Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 1064.

Siendo así, la llamada cosa juzgada horizontal –el agravio por la consecuencia jurídica o la pena impuesta en la sentencia, sin cuestionar la culpabilidad del autor–, o aquella de carácter vertical –el agravio se limita a uno de los hechos o a un aspecto del injusto o la culpabilidad–²², no puede confundirse con el valor que se debe otorgar a la cosa juzgada en materia de responsabilidad.

La distinción debe resultar clara por los siguientes motivos.

Aquello que se vincula al alcance de la sentencia en lo relativo al injusto, la culpabilidad y la sanción no cede justamente aquello que la sentencia garantiza en sí por derivación del principio de legalidad, es decir, una determinada cantidad de pena legal definida en términos de privación temporal de libertad, en tanto define su coto máximo con relación al monto y agotamiento del poder punitivo.

Pero también el valor de la cosa juzgada en la sentencia no sólo admite la firmeza de cierta cuantía de pena sino que hace *responsable* a la autoridad judicial de que la misma, siendo pena privativa de libertad, se lleve a cabo de acuerdo a ciertos requisitos mínimos que debe resguardar con relación al modo en que se llevan a cabo las políticas penitenciarias y, de tal modo, garantizar un trato digno²³. Es por derivación del art. 18 in fine de la Constitución Nacional que la responsabilidad del juez por toda medida “*que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija*”, alcanza la necesaria regulación que debe hacer con respecto al contenido que la pena adquiere respecto de su ejecución²⁴.

Es aquí justamente donde he ponderado una diferenciación que el saber penal debe integrar, entre la protección del sistema de principios y el modo en que les cabe sancionar y contener una política penitenciaria que sea lesiva de aquellos, lo que implica que la actividad jurisdiccional vaya más allá de la legalidad formal y permita extender su desarrollo al alcance mismo de los principios en materia penitenciaria²⁵.

En esta perspectiva los principios aparecen brindando un contenido al saber de ejecución penal respecto de las consecuencias de políticas penitenciarias lesivas al contenido de las penas y determina el sentido de límites respecto a aquellos excesos

22 Maier, J., *Derecho procesal penal*. Tomo III, Ad Hoc, Buenos Aires, 2011, pág. 303.

23 Sobre una indagación empírica entre la aplicación jurídica de la prisión y su concreta realidad carcelaria, v. Gauna Alsina, F., “Detrás del castigo. Primeras aproximaciones a la relación de la justicia penal con la prisión” en *Derecho y Ciencias Sociales. Estudios actuales sobre la justicia penal*, Octubre 2017. N° 17, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJyS-UNLP, 2017, pág. 44-69.

24 Implicando en consecuencia el principio de humanidad, cfr. González, J.V., *Manual de Constitución Argentina*, Estrada, Buenos Aires, 1983, pág. 199; Linares Quintana, S., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, volumen VI, Plus Ultra, Buenos Aires, 1980, pág. 147. En igual sentido, respecto de la doctrina penal, cfr. Jimenez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, pág. 1012; Nuñez, R., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, Lerner, Córdoba, 1988, pág. 360; De la Rúa, J., *Código Penal Argentino*, Parte General, Lerner, 1972, pág. 131.

25 Bovino, A., “Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos”, en *¿Más derecho?*, Año I, nro.1, Di Plácido, Buenos Aires, 2001, pág. 237 y ss.

que suponen la aplicación de penas ilícitas durante su ejecución. La construcción de un saber disciplinado y riguroso como expresión del derecho penal debe brindar herramientas de garantías. Es aquí donde los principios que integran el sistema de la medida cualitativa en la ejecución penal aparecen como puntos de partida que no sólo facilitan el conocimiento de la realidad sometida a estudio, sino que además brindan ciertos criterios normativos que dan sentido y justificación a lo analizado²⁶.

De tal modo, esta actividad se encuentra directamente sujeta al control judicial y de legalidad explícitamente receptados en la legislación penitenciaria de los países de Latinoamérica. El hecho que la ejecución deba estar sometida al *permanente* control judicial va de suyo que apela a la propia dinámica que el curso del tiempo tiene en la ejecución con relación al control de la pena legal. Es por ello que el alcance del control judicial sea justamente el de preservar la ejecución de la pena respecto de aquel manifestado en el contenido de la sentencia, evitando que la sanción sea alterada en una mayor cantidad de restricciones de derechos o bienes jurídicos que las normas de trato protegen.

Esto no es otra cosa que el modo en que la garantía de legalidad de la ejecución pretende ser amparada por el control judicial permanente, por lo que los déficits en el alcance de dicho control (en tanto ceda sobre las restricciones arbitrarias aplicadas por el servicio penitenciario), hace que la garantía sobre la prohibición de penas crueles ceda paso a la doble punición por su inutilización y provoque en la ejecución la aplicación de una pena desproporcionada y contraria al principio de culpabilidad, en apariencia de una pena legal.

Es por ello que el valor de la cosa juzgada no tiene alcance sobre la cuantía penal impuesta si, aún en caso de cosa juzgada horizontal (en tanto se cuestionara sólo la cuantía de pena individualizada), es justamente sobre aquella impuesta (de mayor gravedad a la pretendida por la defensa), que la forma de ejecución más gravosa derivará su modificación más lesiva respecto del contenido de la sentencia y por ende, se impondrá efectivamente una mayor cantidad de pena.

Lo que el sistema de la medida cualitativa pretende es justamente definir un modelo de consecuencias jurídicas que debe el control judicial prever en cada proceso individual mediante una supervisión imperativa y continúa acerca de todas las cuestiones que rodean la cualidad del trato punitivo y la regulación que los principios deben hacer respecto de tales circunstancias descriptivas en la cuantía penal.

Por ello, como se señalara “la prohibición de penas crueles e inhumanas no puede regir para los jueces en el momento de la sentencia, y ser ajenas a su potestad y deberes

26 Yacobucci, G., *El sentido de los principios penales*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, Reimpresión, 2019, pág. 51.

de control y contención en el tiempo de su ejecución o cumplimiento”²⁷, debiendo aquel control judicial permanente hacerse cargo de aquellas variaciones por pena ilícita que exigirá la definición y respuesta (garantías) en el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos.

Esto representa una innovación importante que la doctrina debe incorporar ante el avance de la jurisprudencia en este aspecto. Si bien, ante la aplicación de un trato arbitrario, la consecuencia no puede ser otra que la cesación del acto lesivo, también *ello exige analizar el tipo de efectos en el régimen progresivo teniendo en cuenta su duración o reiteración, las circunstancias en que se impusieron y las formas del acto lesivo respecto de su trascendencia a las circunstancias personales y las de terceros.*

Pero no sólo se trata de no utilizar la noción de reinserción social para restringir derechos²⁸, sino también de integrar al sistema la teoría de la responsabilidad punitiva que, en materia de ejecución, otorga coherencia entre la pena legal impuesta y aquella definida en el marco de mínima irracionalidad que la definiera al momento de ser individualizada y determinada en la sentencia. De acuerdo a ello, debe diferenciarse la función de contradicción que la autoridad judicial cumple antes de imponer la pena vinculada a los presupuestos de la “teoría del injusto” (racionalidad, coherencia, uniformidad), y aquel que, después en la ejecución, la respuesta punitiva se diferencia de aquella manifestada en la sentencia.

Este proceso en la ejecución tiene dos características: parte de la cuantía, valorando el trato punitivo dentro de un mínimo de irracionalidad y definirá que efectos tuvo la ejecución de tratos más gravosos, cuando debió por contrario generar consecuencias más beneficiosas respecto de la finalidad pautada en tiempo lineal (llamado progresividad de la pena); y resulta dinámico (no se concreta en un único acto), pues en cuyo curso la pena impuesta puede alterarse por múltiples circunstancias, susceptible a que el acto de corrección de la cuantía penal no sea único²⁹.

Tal ámbito de responsabilidad debe actuar como instancia del debido proceso legal, es decir, que sólo en resguardo de ciertas condiciones -cuya responsabilidad es del Estado en su posición de garante- pueda imponerse a la persona condenada aquellos requisitos para evaluar su cumplimiento durante la ejecución penal. De acuerdo a nuestro sistema, entonces, es la agencia judicial la que debe comportarse *éticamente* frente a un ejercicio de poder deslegitimado como el penitenciario, y no condicionar a

27 Zaffaroni, E.R., *op. cit.*, pág. 1064.

28 Alderete Lobo, R., “La cárcel no tiene expensas”, en Pitlevnik, L. (dir.), *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Tomo 12, Hammurabi, Buenos Aires, 2012.

29 Sobre ello, Mosconi, G., “Tiempo social y tiempo de cárcel”, en Rivera Beiras, I. y Dobón, J. (eds.), *Secuestros institucionales y derechos humanos. La cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*, Bosch, Barcelona, 1997.

la persona a requisitos u obligaciones de imposible realización en el medio carcelario, si existieran manifestaciones de pena ilícita³⁰.

Mientras que las teorías de la cuantificación penal ensayan la contención de un poder punitivo que determina certeza en cuanto a la mensura (pena justa), la modalidad de castigo, al resultar más gravoso, altera justamente tales límites que determinaron su imposición, y de tal manera, excluye el significado otorgado a los fines de la ejecución penal (pena útil), para integrar un segundo proceso de determinación continuo y de carácter previsible.

Por lo tanto, y de acuerdo al sistema que se presenta, la sentencia no sólo va a determinar una pauta temporal final, sino una definición del valor que supone en la ejecución la aplicación de una pena legal, no pudiendo agravarse y, en su caso, debe preverse por imperio del principio de legalidad ejecutiva la corrección de aquella cuantía.

4 EL PODER JURISDICIONAL EN LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LAS PENAS DE ENCIERRO CARCELARIO

Del contenido de los puntos anteriores sostuvo la cuestión del alcance de la pena como restricción inherente de la libertad ambulatoria, considerando que ello define la sentencia penal como expresión del principio de legalidad. La pena no puede agravarse, no sólo por el coto que impone su duración cronológica respecto de su agotamiento sino por la relación de la cantidad que define su medida en la privación de libertad ambulatoria y sus restricciones inherentes³¹. Es desde aquí dónde la cualidad del castigo –la otra cara de la moneda– explica el modo en que su contenido permite diferenciar y complementar la dimensión lineal y aritmética del tiempo de prisión con las condiciones de detención.

En esta perspectiva, analizado el alcance del principio de legalidad ejecutiva desde el proceso de individualización de la pena (como cantidad y calidad de poder punitivo que se ejerce sobre la persona criminalizada), se pone de manifiesto en toda su magnitud las consecuencias que acarrea para el mandato de certeza y la seguridad jurídica que

30 Sobre la cuestión del requisito conductual, v. Vacani, P. A., "Obedecer la ley sin que la ley exista: la cuestión de la conducta en prisión en la práctica jurídica", en Anitua, I. y Gual, R., (comp), *Privación de libertad: una práctica violenta*, Didot Buenos Aires, 2018, pág. 227-244.

31 En este sentido la Corte Interamericana ha indicado que "la restricción de derechos del detenido, como consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de ésta, debe limitarse de manera rigurosa; sólo se justifica la restricción de un derecho humano cuando es absolutamente necesaria en el contexto de una sociedad democrática". Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, párr. 104; y *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*, párr. 154. Teniendo en cuenta lo anterior, y conforme nuestro sistema, todo análisis de casos en particular debe cuestionar si las condiciones en que se mantienen a ciertas personas privadas de libertad son necesarias, razonables y proporcionadas, y si se siguen por otra parte los estándares mínimos establecidos en la jurisprudencia y en las Reglas Mandela para el tratamiento de los reclusos, de Naciones Unidas. Al respecto, cfr. Vacani, P. *La cantidad de pena en el tiempo de prisión. Sistema de la medida cualitativa*, Tomo I, Ad Hoc, Buenos Aires, 2015, pág. 351-380.

provee la sentencia penal la forma en que el trato punitivo sea efectivamente aplicado durante el proceso de ejecución penal.

Para definir el alcance del mandato de certeza en la ejecución penal se debe considerar dos aserciones complementarias. Primero, resulta ilegítima la imposición de una pena distinta a la prevista en la ley antes de la comisión del hecho, excepto que la nueva ley o la vigente en el tiempo intermedio sea más benignas; y segundo, la pena fijada en la sentencia condenatoria firme no puede ser agravada en el curso de su ejecución.

Sobre esto último, el alcance del principio de legalidad ejecutiva se expresa en sentidos diferentes. En un primer aspecto, que las normas de ejecución no sean aplicadas estableciendo discriminación respecto de las personas condenadas, garantizando que esas diferencias sólo sean constitutivas del tratamiento individualizado, sin perjuicio que su contenido nunca puede trascender la autonomía de la voluntad y la dignidad humana.

De este modo, se viene juzgando a las actuales reformas relativas al modo diferenciado de ejecución por el delito cometido, como contrario a lo expresamente previsto en la norma citada, en tanto la sola subsunción legal de la condena a cierto tipo penal haría que la persona tenga un trato diferente y discriminatorio que no esté relacionado al modo de su cumplimiento en el régimen penitenciario.

Tal como se ha venido sosteniendo, se descalifican los fundamentos de la restricción en “criterios peligrosistas” que exceden los parámetros de un derecho penal de acto, cuyo objetivo es la inocuización del condenado retrasando lo máximo posible la recuperación de la libertad, permitiendo de este modo *una pena distinta y más gravosa* de aquella prevista sobre la finalidad de la reinserción social³².

En un segundo aspecto, y que la integra el sistema aquí propuesto, resulta que el contenido de la pena impuesta por su forma de aplicación devino más gravosa, ya sea por circunstancias objetivas (estructurales) o subjetivas (respecto de las relaciones o circunstancias personales), que implicaron por acción, omisión o aquiescencia del personal penitenciario, un trato de carácter arbitrario –superador de las restricciones inherentes de la privación de libertad-, ya sea mediante circunstancia única, reiterada o permanente en el tiempo de prisión³³.

Por ello, el principio de legalidad ejecutiva no sólo exige una regulación previa, precisa y escrita de las formas de cumplimiento que la pena tendrá en las modalidades de cumplimiento (características concreta de la situación carcelaria y el régimen aplicable

32 v. Seitun, D., “Cumplimiento diferenciado de la pena en función del delito cometido”, en Ziffer, P. (dir.), *Jurisprudencia Penal de Casación. Justicia Federal*, vol. 10, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pág. 105-115.

33 Sobre el análisis del alcance del trato arbitrario en cada componente del tiempo existencial de prisión, v. Vacani, P. *La cantidad de pena en el tiempo de prisión. Sistema de la medida cualitativa*, Tomo I, op. cit., pág. 436 y ss.

en dicho contexto), sino que también integra, como alcance propio de la medida penal definida en la sentencia, la previsión precisa respecto de la pauta temporal equivalente a cierta cantidad de pena que define la regulación jurídica del régimen de ejecución en cierto tiempo lineal (acceso a períodos o fases del régimen, definición temporal del agotamiento de pena)³⁴. Es decir, ciertos medios, en ciertos plazos y conforme a ciertas condiciones.

La mayor cualidad del castigo se identifica con su cantidad como términos equivalentes y no diferenciables, aspecto que el mandato de certeza pretende garantizar desde el propio contenido de la sentencia procurando que la forma de la ejecución no altere el contenido de la pena en forma más gravosa. En tal sentido, el alcance de la noción “seguridad, y no para castigo” del art. 18 de la Constitución Nacional adquiere un contenido sustancial que es necesario precisar.

La Corte Suprema de Justicia en Argentina estableció en “Badín” una relación directa entre la noción de “seguridad” como deber primario del Estado, prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional y el de “reinserción social” de los penados como constitutivo de dicha norma constitucional. Indicó que esa obligación no se cumple si falla aquel deber primario del Estado, al que no sirven formas desviadas del control penitenciario³⁵. Y enfatizó que tal principio no encuentra excepción alguna en las dificultades presupuestarias que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, la carencia de recursos humanos, la insuficiencia de formación del personal o las consecuentes excesivas poblaciones penales.

La noción de “seguridad” de la cláusula del art. 18 de la Constitución de la República Argentina tiene un contenido operativo que impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios, la obligación y responsabilidad de otorgar una “adecuada custodia”, la cual define el alcance de la noción seguridad prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional *si el servicio que se presta procura evitar o prevenir aquellos conflictos que atentan contra dicho derecho fundamental*³⁶.

Si bien el alcance del fallo “Badín” tuvo directa implicancia en el precedente “Verbitsky” (Fallos 328:1146), al citarse el principio señalado (considerando 18°), ha sido en el caso “Gatica, Susana Mercedes c/ Buenos Aires, provincia de s/daños y perjuicios” del 22/12/2009 (Fallos: 332:2842) donde la Corte –asumiendo competencia origina-

34 Quiñones Allende, G., “El mandato de certeza y la ejecución de la pena”, en *Infojus*, Ministerio de Justicia de la Nación, 2013, pág. 724, recuperado de http://www.sajj.gob.ar/doctrina/dacc130316-quinones_allende-mandato_certeza_ejecucion_pena.htm.

35 En función de ello señalo una de sus frases más emblemáticas: “*si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aun las que persiguen la reinserción social de los detenidos*” (considerando 9°).

36 En el fallo “H.M.A c/ Servicio Penitenciario Federal” del 30/10/2018 la Corte Suprema de la Nación, remitiéndose al dictamen del Procurador estableció que en el marco de la sanción de aislamiento el Estado mantiene su deber de protección del derecho a la salud de los internos de acuerdo a la normativa vigente, v. arts. 22, 36, 37, 56 y 57 del Reglamento de Disciplina para los Internos, decreto 18/1997, conforme Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos (32.1 y 32.3).

ria- desarrolló la noción de responsabilidad objetiva por la falta de servicio en brindar custodia y seguridad ante fallecimientos bajo custodia³⁷.

En este sentido, doctrinariamente no suele cuestionarse de modo suficiente el alcance que la falta de servicio del Estado tiene respecto de la responsabilidad penal de agentes que, por infracción del deber, no hayan evitado riesgos previsibles o fuentes de peligro que tienen bajo custodia³⁸.

Lo cierto entonces es que el modo en que el Estado no sólo genere políticas lesivas en el trato sino que éstas se encuentren desreguladas por ausencia de medidas de prevención y evitación estableciendo sistemas de excepción en la aplicación del régimen penitenciario, hace que la ejecución penal puede suponer la alteración de la pena misma y, por tanto, la incerteza del derecho a una pena justa y proporcional con el injusto y la culpabilidad del autor.

De acuerdo a ello, el mandato de certeza en la ejecución debe brindar la seguridad jurídica que proporciona la responsabilidad del Estado en su posición de garante, atento el sistema de límites en la prestación del servicio (sobre todo respecto del alcance de las acciones de prevención y evitación de conflictos o prestación de bienes) que condicionan la actuación del personal penitenciario.

En este sentido, el mandato de certeza entonces no sólo debe observarse en cuanto a la redacción de los tipos penales, sino que también incumbe a las penas, en dos aspectos.

El primero, por resultar indispensable su previsión precisa antes del hecho de la causa y por ende, determinada su aplicación en el desarrollo de un régimen progresivo sujeto a la individualización penitenciaria de la pena^{39 40}. Ferrajoli, hace casi 30 años en su célebre *Derecho y Razón*, problematizó a este proceso como la posdeterminación de la medida de la pena para aludir al proceso de ejecución penal⁴¹. En crítica a ello, consi-

37 En el fallo la Corte no sólo reproduce la doctrina “Badín” haciendo referencia a la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional, sino que -tras la decisión en “Verbitsky”- adopta el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de posición de garante del Estado, en alusión al caso “Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay” del 2 de septiembre de 2004 (párr. 152 a 155), y en relación al art. 5 (tratamiento de las personas privadas de libertad) de la Convención Americana

38 En este sentido resultan destacables los análisis realizados por Silva Sánchez, J., “Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario” en *Cuadernos de política criminal*, n° 38, Madrid, 1989; del mismo, “Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1990 y, posteriormente, “Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario. ¿Sólo responsabilidad patrimonial de la administración o también responsabilidad penal de los funcionarios?” en *ICARO. Revista de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y el Encierro*, Año 1, nro. 1, Fabián Di Plácido editor, Buenos Aires, 2006, pág. 253-279.

39 Arocena, G., “La relativa indeterminación de la pena privativa de libertad durante su ejecución y el rol del juez en la individualización penitenciaria de la sanción”, en Arocena, G. (dir), *Derecho penitenciario. Discusiones actuales*, Alveroni, Buenos Aires, 2011, pág. 87 y ss.; Salt, M., *op. cit.*, pág. 199.

40 Vale destacar que respecto de dicho ámbito de aplicación el mandato de certeza constitucional de las penas legales resulta incompatible con un régimen de ejecución diferenciado de penas perpetuas que defina su determinación a través de un instituto de la progresividad cuya aplicación resultaría condicional, es decir, incierto al estar condicionada a la incorporación del período de libertad condicional. v. nuestro trabajo, “El caso ‘Alvarez’ de la CSJN y otros retrocesos: Reclusión perpetua, reformatio in pejus y vigencia constitucional de la accesoria”, en Pitlevnik, L. y Muñoz, D., (dirección), *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Tomo 27, Hammurabi, Buenos Aires, 2020.

41 Ferrajoli, L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, *op. cit.*, pág. 406.

deró que la reinserción social –ligada a la peligrosidad y al arrepentimiento moral extra legem– es utilizada como aquel dispositivo que modulara la duración de la ejecución. Ferrajoli se introduce en la característica negocial de la ejecución penal caracterizada por someter a la persona a dar pruebas de “sensibilidad y disponibilidad al tratamiento”, cuando ello no es más que un instrumento de gobierno carcelario⁴².

Y en segundo lugar, por resultar también regulable las formas de cumplimiento respecto de la prestación de un servicio adecuado por el Estado que garantice las normas de trato como alcance mismo del contenido de la sentencia y estricta sujeción al principio de legalidad ejecutiva.

Tal como gráficamente lo advirtiera Zaffaroni en un voto minoritario “así como Beethoven ejecutado por un virtuoso no es lo mismo que ejecutado por un principiante, dos penas que se ejecutan de diferente modo son dos penas diferentes”⁴³. Es decir, dos penas idénticas en su valor cuantitativo según la sentencia pueden implicar penas cualitativamente diferentes, distorsionando con ello el marco de certeza que supone la misma con relación a cierto alcance legal del castigo.

Por lo tanto, *la aplicación de tratos arbitrarios que releven un mayor contenido de la pena impuesta distorsiona el mandato de certeza en la ejecución penal* y, de tal modo, altera la seguridad jurídica que pretende garantizar la sentencia penal producto de una “reforma peyorativa” de la pena impuesta⁴⁴. La certeza penal que define la sentencia con alcance en la ejecución no es otra cosa que el límite al contenido y medida que se impone en la prohibición de las modificaciones que la transformen en una sanción más gravosa que la fijada en la sentencia.

5 CONCLUSIONES

Se explicó el modo en que el mandato de certeza y de seguridad jurídica que define la legalidad de la pena definida en la sentencia proporciona la responsabilidad del Estado en su posición de garante. La mayor cualidad del castigo se identifica con su cantidad como términos equivalentes y no diferenciables, aspecto que el mandato de certeza pretende garantizar desde el propio contenido de la sentencia procurando que la forma de la ejecución no altere el contenido de la pena en forma más gravosa.

42 Sobre ello v. Pavarini, M., “¿Menos cárcel y más medidas alternativas?” en *Delito y Sociedad*, Año 1, Nro. 2, Buenos Aires, 1992, pág. 75-85; luego, del mismo, “La negociabilidad de la pena. Entre la parsimonia y el despilfarro punitivo”, en *Criminología*, Año 1, Nro.1, Ad Hoc, 2001, pág. 23-54; “El grotesco de la penología contemporánea”, en *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, pág. 119. También, v. Rivera Beiras, I., *La cuestión carcelaria*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, pág. 573 y ss.

43 CSJN, G. 506. XLVII, “Gomez, Humberto” de 05/02/2013, voto en disidencia, considerando 19°. Con anterioridad, integrando el voto de la mayoría, “Germano, K.” Fallos 335:38, del 14/2/2012.

44 Sobre tal noción, Rodríguez, A., “El valor de la ejecución en la definición de la pena privativa de libertad”, en Pitlevnik, L. (dir), *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 13, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, pág. 132.

Ello permite explicar la relación entre la ética del Estado y la de los jueces y juezas vinculada con el principio de legalidad en términos axiológicos. Es posible afirmar que *no sólo el Estado no puede valerse de métodos ilícitos o formas antijurídicas para castigar, lo cual implicaría que su único límite es la medida de su poder⁴⁵, sino que tampoco los jueces pueden degradar los instrumentos del derecho, y con ello el alcance de los principios, sobre el silencio de la ley formal para no depurar y denunciar esas penas ilícitas en acciones que merecen regulación jurídica durante el transcurso de la condena.*

De ser así, el Estado tendría la particularidad de sólo responder por el modelo de un tratamiento con fines de reinserción social y no por la conducta ilícita de sus funcionarios, ignorando que resulta garante de un servicio y que responde objetivamente por su responsabilidad⁴⁶.

En tal supuesto, el valor justicia pretende moralmente el interés de la sociedad en prevenir que los derechos de sus miembros individuales no resulten menoscabados por métodos ilícitos como forma de ejecución de las sentencias, lo cual excluye otorgar valor a las finalidades de dicho proceso.

En este sentido, nada mejor que atender a aquello que Daniel Pastor señala en idénticas situaciones respecto de las nulidades procesales (generalmente sujeta a los abusos de la autoridad policial), considerando que no hace falta una mejor teoría de las nulidades, sino algo más que la teoría de las nulidades. Se trata, simplemente, de normas de responsabilidad procesal objetiva, “cuya violación no reclama elementos subjetivos, y conduce derechamente a una reacción contra la potestad punitiva”⁴⁷. No se trata de la eliminación del acto viciado en pos de su renovación, sino de la terminación del proceso (exclusión de su finalidad)⁴⁸.

En tal sentido, debe tenerse en cuenta, respecto del sistema de garantías, que el derecho fundamental que más interesa al sistema penal es el de la inmunidad del individuo frente a las punitivas arbitrarias. De aquí que de acuerdo al alcance de la superioridad ética del Estado el ejercicio del poder punitivo debe ser, no solo racional, sino respetuoso de la persona. De modo que cabe, pues, preguntarse esencialmente si el Derecho de Ejecución Penal se define sólo para realizar la finalidad de dicha ejecución o, ante todo, para proteger los derechos fundamentales de las personas condenadas.

45 Zaffaroni-Alagia-Slokar, *ob. cit.*, pág. 131.

46 Sobre ello cabe destacar la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema desde “Vadell” (18/12/1984), pasando por “Badin” (19/10/1995) o “Gatica” (22/12/09) hasta “H.M.A.” (30/10/18).

47 Pastor, D., “El principio de descalificación procesal del estado en el derecho procesal penal”, en Bruzzone, G. y Bertolino, P. (comp.), *Estudios en homenaje al Dr. Francisco D’alborá*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, págs. 431/55.

48 En tal sentido, pese a afianzar la condición de la acreditación de la responsabilidad subjetiva del agente que cometió el acto constitutivo del trato arbitrario, Magariños sostiene en “Nuñez, Brian” (Cámara Casación Nacional, del 15 de septiembre de 2015), la misma conclusión.

En el último caso, el juez de la especialidad conoce la situación carcelaria sobre la que debe actuar y, conforme a los niveles estructurales de violencia que conforman las modalidades de trato arbitrario, es posible prever que estas características del sistema definirán la cualidad de la pena impuesta, de tal entidad que la pena deja de ser de mera privación de libertad y requiere de un proceso de readecuación cuantitativa que restablezca su proporcionalidad.

En cuanto a lo primero, se explica un modelo de análisis y comprensión del proceso de ejecución que no direcciona exclusivamente sus instrumentos hacia la finalidad del mismo (reinserción social), sino a su antítesis, cuestionando y estableciendo un sistema de límites a la actuación del Estado en perjuicio de la persona privada de libertad, considerando el modo en que deben establecerse consecuencias jurídicas en relación a la privación de otros derechos no contenidos en la sentencia.

Es en este sentido, donde a la dogmática le corresponde desarrollar otras derivaciones de los principios que delimitaron la determinación de la pena y, en la definición de su contenido, deberá analizarse dogmáticamente la individualización de la misma en la etapa de ejecución penal.

Respecto a lo segundo, se impone una situación de prestigio y credibilidad de la ciencia jurídico penal tendiente a recomponer éticamente el marco del idealismo normativista, lo que supone en las penas ilícitas la exigencia de cancelar la doble negación de la violencia del derecho, tanto la del Estado como la del funcionario infractor (en ambos casos, la tortura agrava o duplica la lesión), aunque algunas lo sean por omisión, negligencia o por circunstancias no imputables debido a precarias condiciones.

Es por ello que desde lo doctrinario incumbe generar herramientas que permitan fortalecer la ética de los jueces en dar respuesta jurídica a la realidad del ejercicio del poder punitivo ilícito en nuestra región, debiendo proporcionar un sistema que define consecuencias jurídicas a prácticas de penas ilícitas, las que ley formal prohíbe sin determinar el tipo de sanción que esa prohibición generaría.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abramovich, V., “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”, en Courtis, C., Bovino, A. y Abramovich, V. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Del Puerto, Buenos Aires, 2007.

Bovino, A., “Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos”, en *¿Más derecho?*, Año I, nro.1, Di Plácido, Buenos Aires, 2001.

- Crespo, E. D., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad Salamanca, 1999.
- Courtis, C., “El caso “Verbitsky”: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?”, publicado en www.cels.org, recuperado de https://www.cels.org.ar/common/documentos/courtis_christian.pdf.
- Chichizola, M., *La individualización de la pena*, Buenos Aires, 1967; Soler, S., *Derecho penal argentino*, Tomo II, Tea, Buenos Aires, 1978.
- Dolcini, E., *La commisurazione della pena*, Edizione Cedam, Padova, 1979.
- Gauna Alsina, F., “Detrás del castigo. Primeras aproximaciones a la relación de la justicia penal con la prisión” en *Derecho y Ciencias Sociales. Estudios actuales sobre la justicia penal*, Octubre 2017. N° 17, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJyS-UNLP, 2017.
- Ferrajoli, L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1999.
- Freudenthal, B., “La posición jurídico pública del preso”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales* nro.13, Lima, 2003 (1909).
- Filippini, L., “La prisión y el discurso penal”, en *SELA*, Yale Law School, 2010. Disponible en https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/79/.
- Maier, J., *Derecho procesal penal*. Tomo III, Ad Hoc, Buenos Aires, 2011.
- Mesutti, A., *El tiempo como pena*, Ediar, Buenos Aires, 2008 (1994).
- “Más allá del tiempo como pena”, en Zaffaroni, E. R. (dir.) y Vacani, P. A. (coord.), *La medida de castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, Ediar, Buenos Aires, 2012.
- Mosconi, G., “Tiempo social y tiempo de cárcel”, en Rivera Beiras, I. y Dobón, J. (eds.), *Secuestros institucionales y derechos humanos. La cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*, Bosch, Barcelona, 1997.
- Nino, S., *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1992.
- Pavarini, M., “¿Menos cárcel y más medidas alternativas?” en *Delito y Sociedad*, Año 1, Nro. 2, Buenos Aires, 1992.
- Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2006.
- Quiñones Allende, G., “El mandato de certeza y la ejecución de la pena”, en *Infojus*, Ministerio de Justicia de la Nación, 2013.
- Rivacoba y Rivacoba, M., “Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 3, Madrid, 1993.
- Rivera Beiras, I., *La cuestión carcelaria*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- Rodríguez, A., “El valor de la ejecución en la definición de la pena privativa de libertad”, en Pitlevnik, L. (dir), *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 13, Hammurabi, Buenos Aires, 2012.

Rotman, E., “Las técnicas de individualización judicial frente a una noción moderna de reinserción social”, en *Revista de Derecho Penal y Criminal*, enero-marzo, Buenos Aires, 1972.

Roxin, C., Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad, en *Derecho penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1996.

Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, Reus, Madrid, 1981.

Saleilles, R., *La individualización de la pena. Estudios de criminalidad social*, Hijos de Reus, Madrid, 1914.

Silva Sánchez, J., “Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención.

Silva Sánchez, J., “Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1990.

Simon, J., *Juicio al encarcelamiento masivo*, Didot, Buenos Aires, 2019; Cuneo Nash, S., *El encarcelamiento masivo*, Didot, Buenos Aires, 2017.

Vacani, P. A., “Obedecer la ley sin que la ley exista: la cuestión de la conducta en prisión en la práctica jurídica”, en Anitua, I. y Gual, R., (comp), *Privación de libertad: una práctica violenta*, Didot Buenos Aires, 2018.

La cantidad de pena en el tiempo de prisión. Sistema de la medida cualitativa, Tomo I, Ad Hoc, Buenos Aires, 2015

(et. al), *La indeterminación de la pena en el proceso de ejecución penal. Nuevas herramientas teóricas y jurisprudenciales*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2019.

Derecho Penal y Penas ilícitas. Hacia un nuevo paradigma pospandemia, Ad Hoc, Buenos Aires, 2020.

Zaffaroni, E.R., Alagia, A. y Slokar, A., *Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 1064.

Zaffaroni, E.R., “Las penas crueles son penas”, en *Lecciones y Ensayos nro. 56*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Eudeba, 1996.

, et. al., *Penas ilícitas y hermenéutica jurídica. Un análisis a propósito de las medidas de la Corte IDH respecto del IPPSC*, Ediar, Buenos Aires, 2020.

Penas ilícitas: un desafío a la dogmática penal, Editores del Sur, Buenos Aires, 2020.

Zysman Quirós, D., *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, Didot, Buenos Aires, 2012.

Yacobucci, G., *El sentido de los principios penales*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, Reimpresión, 2019.

CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM RELAÇÃO À SANÇÃO PENAL DOS RESPONSÁVEIS POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi¹
Andrea Vaz de Souza Perdigão²

Resumo: Trata-se de artigo que aborda os entraves de direito interno para a implementação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que diz respeito à persecução penal dos responsáveis por violações de direitos humanos. São expostos os problemas para a reabertura de inquéritos e processos penais, além da questão da declaração de prescrição dos crimes, e o atual estágio de cumprimento dos casos brasileiros, em relação a esse tema. Por fim, são apresentados meios para superação desses obstáculos, como o controle de convencionalidade e a adoção de um mecanismo legislativo para possibilitar o cumprimento da obrigação de investigar e punir.

Palavras-chave: Sistema Interamericano de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Controle de Convencionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Em várias das condenações do Estado Brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos houve determinação expressa deste Tribunal Internacional para que fossem levadas a cabo investigações criminais ou instaurados processos penais para sanção penal dos responsáveis por violações de direitos humanos.

Igualmente, sentenças recentes da Corte IDH estabeleceram garantias de não repetição, determinando que o Estado adote medidas de direito interno para garantir a

¹ Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi é mestre em Processo Penal pela Universidade de São Paulo e em Criminologia e Sociologia Jurídico Penal pela Universidade de Barcelona. Foi Vice-Presidente CNPCP 2012-2014. É Juiz Substituto de Segundo Grau no Tribunal de Justiça de São Paulo e Juiz Auxiliar da Presidência no Conselho Nacional de Justiça, onde atua como Coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e Execução de Medidas Socioeducativas - DMF.

² Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Coordenadora Executiva da Unidade de Monitoramento e Fiscalização das Decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (UMF/CNJ).

investigação e punição de condutas que caracterizem graves violações de direitos humanos, com a finalidade de evitar a impunidade e garantir proteção judicial para as vítimas.

O presente artigo analisará alguns entraves presentes, em nosso ordenamento jurídico interno, que obstam a implementação dos pontos resolutivos relacionados com os procedimentos criminais para tornar efetiva a responsabilidade criminal que corresponda às violações.

Serão examinados os obstáculos para desarquivamento do inquérito policial e apresentação de denúncia, bem como o reconhecimento da prescrição penal, que impedem seja realizada a persecução penal dos responsáveis.

Por fim, será exposto como o uso da normativa internacional, da jurisprudência da Corte IDH, bem como a prática do controle de convencionalidade, podem ser utilizados para superar esses obstáculos e possibilitar a responsabilização criminal dos envolvidos.

2 DESARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL E A OCORRÊNCIA DE NOVAS PROVAS

Cabe ressaltar que vários casos brasileiros são aceitos para análise perante o sistema interamericano em virtude de deficiências nas investigações e conseqüentemente violação da garantia de proteção judicial. Assim, nesses casos, nosso ordenamento interno possui ferramentas que possibilitam a reabertura de inquéritos, mesmo após seu arquivamento, permitindo que, após a sentença da Corte IDH, seja possível a apuração de responsabilidades criminais.

Com relação ao desarquivamento do inquérito policial, o Código de Processo Penal estabelece em seu artigo 18 que: “Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”.

Sobre a questão da propositura de ação penal com fundamento em inquérito anteriormente arquivado, a Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal dispõe: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”.

Sobre esse tema, o STF decidiu no HC 94.869, rel. min. Ricardo Lewandowski, (P, j. 26-6-2013, DJE 39 de 25-2-2014), que para o desarquivamento do inquérito policial basta a notícia de novas provas. Contudo, a propositura de ação penal, em caso de inquérito arquivado, depende da produção de prova nova. Ademais, de acordo com o

referido acórdão, “é evidente que o juiz poderá sempre rejeitar a denúncia do Ministério Público, com base no inquérito policial desarquivado, se ela não estiver arrimada em novas provas. Mas, para que estas novas provas sejam apresentadas, é preciso permitir a reativação das investigações, mediante o desarquivamento do inquérito, em face da notícia de novas provas. Afasta-se, pois, na espécie, a incidência da Súmula 524, porque ela - insisto - não regula o desarquivamento, disciplinando apenas, o exercício da ação penal baseada em inquérito arquivado”.

Deste modo, utilizando nosso arcabouço normativo e jurisprudencial, é possível a reabertura do inquérito em havendo notícias de novas provas e a propositura de ação penal, caso o inquérito desarquivado produza provas suficientes para o recebimento da denúncia. De acordo com os princípios e regras que regem o recebimento da denúncia, as provas apresentadas não necessitam trazer juízo de certeza sobre a existência do crime e sua autoria, já que durante o processo penal serão produzidas provas pela acusação e defesa, com base no contraditório e ampla defesa. Obviamente, a valoração da prova para recebimento da denúncia não é a mesma valoração realizada pelo julgador para a prolação de sentença.

Na sentença de 23 de setembro de 2009 do Caso Garibaldi vs. Brasil, um dos pontos resolutivos dispõe que “o Estado deve conduzir eficazmente e dentro de um prazo razoável o inquérito e qualquer processo que chegar a abrir, como consequência deste, para identificar, julgar e, eventualmente, sancionar os autores da morte do senhor Garibaldi”³.

O caso se refere à responsabilidade do Estado decorrente do descumprimento de obrigação de investigar e punir o homicídio de Sétimo Garibaldi, ocorrido em 27 de novembro de 1998, durante uma operação extrajudicial de despejo das famílias de trabalhadores sem terra, que ocupavam uma fazenda no Município de Querência do Norte, Estado do Paraná.

Com o objetivo de cumprir a decisão da Corte, foi apresentada denúncia, tendo o Tribunal de Justiça do Paraná acolhido *habeas corpus* impetrado pela defesa do acusado, que determinou o trancamento da ação penal.

O Tribunal de segunda instância entendeu que a instauração de persecução penal contra o indiciado só poderia ocorrer diante do surgimento “novas provas” capazes de modificar o panorama probatório anterior, o que, no entendimento do Tribunal, não teria ocorrido.

A citada decisão foi objeto do Recurso Especial n. 1.351.177 - PR perante o Superior Tribunal de Justiça que, em julgamento de 15/03/2016, manteve o acórdão, impossibilitando, assim, a persecução penal dos responsáveis pelo assassinato de Sétimo Garibaldi⁴.

3 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Garibaldi vs. Brasil (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), sentença de 23 de setembro de 2009.

4 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n° 1.351.177 - PR, Sexta Turma, Relator para o Acórdão: Ministro Sebastião Reis Júnior, julgamento de 15/03/2016.

Em voto divergente, o Ministro Rogerio Schietti asseverou que não lhe parecia sustentável que, “mesmo reconhecendo a existência de elementos informativos suficientes para dar início a uma ação penal, o Tribunal, em habeas corpus – onde, sabidamente, a cognição é limitada, horizontal e verticalmente – empreenda, nos termos da própria ementa proposta pelo Ministro relator, “percuciente análise de todo o contexto dos autos e cotejamento do antes e depois da colheita as provas apontadas como novas”, para concluir não ter havido inovação substancial do conjunto probatório que pudesse justificar a persecução penal”⁵.

Ademais de considerar cumprida e respeitada a regra processual penal no que tange ao desarquivamento do inquérito policial e existência de novas provas para a propositura de ação penal, o voto divergente ressalta a obrigação do Poder Judiciário na realização do controle de convencionalidade das normas de direito interno, mormente quando existe uma sentença internacional que condena o Estado Brasileiro por violação à Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ressurge do voto divergente a vinculação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos em face do Direito e da jurisdição nacionais e, portanto, a obrigação que possuem todos os órgãos estatais, inclusive juízes e Tribunais, de fazer cumprir essas sentenças, afastando qualquer obstáculo de direito interno que possa impedir a realização das reparações fixadas em âmbito internacional.

Diante do trânsito em julgado da referida decisão que determinou o trancamento da ação penal, não será possível o cumprimento deste ponto resolutivo da sentença do Caso Garibaldi vs. Brasil, restando inviabilizada a apuração e sanção dos responsáveis pela morte do senhor Garibaldi.

Por outro lado, no Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, houve reabertura das investigações sobre os 13 homicídios ocorridos na operação de 1994, em decorrência de ter sido proferido o Relatório de Mérito nº 141/11 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O precedente versa sobre a responsabilidade internacional do Estado pela violação do direito à vida e à integridade pessoal das vítimas – 26 homens vítimas de homicídio e 3 mulheres vítimas de violência sexual – durante operações policiais realizadas na Favela Nova Brasília, Complexo do Alemão, no Rio de Janeiro, em duas incursões ocorridas nos dias 18 de outubro de 1994 e em 8 de maio de 1995⁶.

Conforme a última Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença do caso, datada de 25 de novembro de 2021, é este o estado das investigações para a apuração das responsabilidades criminais:

⁵ Idem

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil (Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas), sentença de 16 de fevereiro de 2017.

“Em relação à obrigação de investigar as mortes ocorridas em 1994: de acordo com o informado por ambas as partes, em novembro de 2018, seis policiais e ex-policiais foram acusados pelo delito de homicídio qualificado. Um deles faleceu, extinguindo-se assim a ação penal. Os outros cinco acusados foram absolvidos por falta de provas mediante sentença de 16 de agosto de 2021. Segundo o informado pelo Estado em 9 de novembro de 2021, dado que nem a defesa nem o Ministério Público interpuseram recursos contra a sentença, esta transitou em julgado em 20 de agosto de 2021.

Em relação à obrigação de investigar as mortes ocorridas em 1995: segundo o informado pelo Brasil em 5 de junho de 2020 e 9 de novembro de 2021, a investigação foi desarquivada em julho de 2018 e remetida ao Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública (GAESP) do Ministério Público do Rio de Janeiro, que realizou novas diligências. O Estado afirmou que, havendo esgotado o trabalho investigativo, não foram encontradas novas provas, de maneira que em 18 de dezembro de 2019 solicitou-se novamente o arquivamento.

Em relação à obrigação de investigar os fatos de violência sexual: de acordo com o informado por ambas as partes, em 2 de julho de 2020 foi protocolada perante a 35ª Vara Criminal do Rio de Janeiro uma denúncia contra duas pessoas pelo delito de atentado violento ao pudor, e uma audiência de instrução foi realizada em 19 de junho de 2020”.

Verifica-se que nem sempre a reabertura das investigações significa a reunião de provas suficientes para oferecimento da denúncia ou para uma condenação. O caso Favela Nova Brasília trata de problemas estruturais do Estado Brasileiro, como violência e letalidade policial, e da impunidade relacionada com esse problema. A Corte IDH trata a questão, ressaltando a necessidade de efetivo controle externo da atividade policial, a existência de uma investigação pericial realizada por um corpo de peritos independente e autônomo, desvinculado da força policial, e a possibilidade de participação efetiva dos familiares das vítimas nas investigações.

3 DA PRESCRIÇÃO

O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde se refere à prática de trabalho forçado e servidão por dívidas na Fazenda Brasil Verde, localizada no Estado do Pará. De acordo com os fatos do caso, milhares de trabalhadores eram submetidos anualmente a trabalho escravo e os que conseguiram fugir declararam sobre a existência de ameaças de morte caso abandonassem a fazenda, o impedimento de saírem livremente, a falta de salário ou a existência de um salário ínfimo, o endividamento com o fazendeiro, a falta de moradia, alimentação e saúde dignas. Além disso, esta situação seria atribuível

⁷ Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 21 de junho de 2021, Favela Nova Brasília vs. Brasil, Pedido de Medidas Provisórias de Supervisão de Cumprimento de Sentença.

ao Estado, pois teve conhecimento da existência destas práticas em geral e, especificamente, na Fazenda Brasil Verde, desde 1989 e, apesar deste conhecimento, não teria adotado as medidas razoáveis de prevenção e resposta, nem fornecido às supostas vítimas um mecanismo judicial efetivo para a proteção de seus direitos, a punição dos responsáveis e a obtenção de uma reparação⁸.

A Corte IDH proferiu sentença no caso, em 20 de outubro de 2016, responsabilizando o Estado Brasileiro, e um dos pontos resolutivos dispõe que “o Estado deve reiniciar, com a devida diligência, as investigações e/ou processos penais relacionados aos fatos constatados em março de 2000 no presente caso para, em um prazo razoável, identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis, de acordo com o estabelecido nos parágrafos 444 a 446 da presente Sentença. Se for o caso, o Estado deve restabelecer (ou reconstruir) o processo penal 2001.39.01.000270-0, iniciado em 2001, perante a 2ª Vara da Justiça Federal de Marabá, Estado do Pará, de acordo com o estabelecido nos parágrafos 444 a 446 da presente Sentença”⁹.

Em outro ponto resolutivo, a Corte IDH determina que “o Estado deve, dentro de um prazo razoável a partir da notificação da presente Sentença, adotar as medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de Direito Internacional de escravidão e suas formas análogas, no sentido disposto nos parágrafos 454 e 455 da presente Sentença”¹⁰.

Por ocasião da decisão de 15 de março de 2018 do Caso Herzog e outros vs. Brasil, foi disposto pela Corte IDH que “o Estado deve adotar as medidas mais idôneas, conforme suas instituições, para que se reconheça, sem exceção, a imprescritibilidade das ações emergentes de crimes contra a humanidade e internacionais, em atenção à presente Sentença e às normas internacionais na matéria”¹¹.

O caso se refere à responsabilidade internacional do Estado pela situação de impunidade em que se encontram a detenção arbitrária, a tortura e a morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorridas em 25 de outubro de 1975, durante a ditadura militar.

Na mais recente sentença (30 de junho de 2022), sobre o Caso Sales Pimenta vs. Brasil, foi disposto pela Corte que “o Estado criará um mecanismo que permita a reabertura de processos judiciais, nos termos do parágrafo 180 da presente Sentença”. O referido parágrafo salienta que o Estado deve criar, “à luz das melhores práticas existentes na

8 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), sentença de 20 de outubro de 2016.

9 Idem.

10 Idem.

11 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Herzog e outros vs. Brasil (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), sentença de 15 de março de 2018.

matéria, no prazo de três anos, um mecanismo que permita a reabertura de investigações e processos judiciais, inclusive naqueles em que tenha ocorrido a prescrição, quando, em uma sentença da Corte Interamericana, se determine a responsabilidade internacional do Estado pelo descumprimento da obrigação de investigar violações de direitos humanos de forma diligente e imparcial”¹².

Nesse caso, o Brasil foi responsabilizado pela situação de impunidade em relação a apuração dos fatos relacionados à morte de Gabriel Sales Pimenta, advogado do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Marabá, que, em razão de seu trabalho, recebeu várias ameaças de morte e solicitou proteção estatal em várias ocasiões junto à Secretaria de Segurança Pública em Belém, no Estado do Pará. Infelizmente, foi morto em 18 de julho de 1982, em um contexto de violência relacionada às demandas por terra e reforma agrária.

Em todos esses casos, pela lei brasileira, os crimes já se encontravam prescritos. Em nosso sistema jurídico, a prescrição tem natureza de direito material, de caráter infraconstitucional.

Nossa Constituição Federal estabelece que são imprescritíveis os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, conforme disposto em seu artigo 5º incisos XLII e XLIV.

No plano internacional, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, de 1968, estabelece que tais crimes são imprescritíveis. Ressalta-se, que a referida convenção não foi ratificada pelo Brasil.

Ademais, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, ratificado em 2002, estabelece, em seu artigo 29, que os crimes da competência do Tribunal não prescrevem. Tais crimes são definidos pela normativa como o crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão.

Por outro lado, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, ratificada em 2016, dispõe que “a ação penal decorrente do desaparecimento forçado de pessoas e a pena que for imposta judicialmente ao responsável por ela não estarão sujeitas a prescrição”¹³. Entretanto, até a presente data, o Estado Brasileiro não tipificou o crime de desaparecimento forçado de pessoas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tratou da matéria pela primeira vez no Caso Barrios Altos vs. Peru, de 2001, nos seguintes termos: “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis das

12 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Sales Pimenta vs. Brasil (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), sentença de 30 de junho de 2022.

13 BRASIL. Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994.

violações graves dos direitos humanos tais como a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrária e as desapareições forçadas, todas elas proibidas por contrariarem direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos”¹⁴.

No desenvolvimento de sua jurisprudência, a Corte IDH reconhece quatro categorias de violações de direitos humanos que possuem um regime especial que assegura a persecução e julgamento dos violadores (i) *crimes contra a humanidade* (Corte IDH, *La Cantuta vs. Peru*, 2006, par. 225); (ii) *crimes de guerra* (Corte IDH, *Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*, 2012, par. 286); (iii) *delitos de direito internacional* (Corte IDH, *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, 2016, parágrafos 248 a 306) e (iv) *graves violações de direitos humanos* (*Favela Nova Brasília vs. Brasil* - sentença de interpretação, 2018, par. 29)¹⁵.

No julgamento do Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, a Corte declarou que a prescrição em matéria penal “é uma garantia que deve ser devidamente observada pelo julgador para todo acusado de um delito. Sem prejuízo do anterior, a prescrição da ação penal é inadmissível quando assim dispõe o Direito Internacional. Neste caso, a escravidão é considerada um delito de Direito Internacional, cuja proibição tem status de *jus cogens* (par. 249 supra). Além disso, a Corte indicou que não é admissível a invocação de figuras processuais como a prescrição, para evadir a obrigação de investigar e punir estes delitos. Para que o Estado satisfaça o dever de garantir adequadamente diversos direitos protegidos na Convenção, entre eles o direito de acesso à justiça, é necessário que cumpra seu dever de investigar, julgar e, se for o caso, punir estes fatos e reparar os danos causados”¹⁶.

Com a finalidade de prosseguir com as investigações sobre os responsáveis por manter os trabalhadores em situação análoga a escravidão, o Ministério Público Federal instaurou um procedimento investigativo criminal. Houve impetração do *Habeas Corpus* número 1023279-03.2018.4.01.0000 em face deste ato, perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, em decisão de 11/12/2018, denegou a ordem, permitindo o prosseguimento das apurações.

Em suas razões de decidir, o Tribunal asseverou que “nos casos de escravidão, a prescrição da ação penal é inadmissível e inaplicável, pois esta não se aplica quando se trata de violações muito graves aos direitos humanos, nos termos do Direito Internacional”¹⁷.

14 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barrios Altos Vs. Peru (Mérito), sentença de 14 de março de 2001.

15 CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. 10ª edição, São Paulo: Saraiva, 2023, pg. 961.

16 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), sentença de 20 de outubro de 2016.

17 Tribunal Regional Federal da 1ª Região - *Habeas Corpus* número 1023279-03.2018.4.01.0000, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Olindo Menezes, em decisão de 11/12/2018.

Do mesmo modo, alegou que, “no caso de violação a normas internacionais relativas a direitos humanos, as normas prescricionais, por serem, no caso, de índole infra-constitucional e legal, não podem merecer qualquer aplicação por parte do operador jurídico brasileiro. Reconhecer a ocorrência da prescrição significaria afastar normas internacionais já internalizadas e vigentes no ordenamento brasileiro, possuidoras de hierarquia superior, o que não pode ocorrer. Tal entendimento, adotado pelo STF, já resultou na edição da Súmula Vinculante 25, no sentido de que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”¹⁸.

No que tange ao Caso Favela Nova Brasília, a Corte IDH em sentença de interpretação declarou que: “i) não são admissíveis obstáculos processuais de nenhuma espécie, que impeçam a investigação de graves violações de direitos humanos; ii) os crimes de estupro podem ser considerados uma forma de tortura; e iii) os atos de estupro no presente caso foram cometidos por agentes do Estado contra pessoas que estavam sob sua custódia e num contexto de execuções extrajudiciais e torturas, o que foi considerado de extrema gravidade por este Tribunal. Assim, esta Corte esclarece o motivo pelo qual decidiu pela impossibilidade de aplicação dos “obstáculos processuais” aos atos de violência e execução extrajudicial, e que tal decisão também se estende aos atos de estupro, aplicando-se a exclusão da prescrição da ação penal para os crimes cometidos no presente caso”¹⁹.

Conforme já salientado supra, apesar da grande preocupação da Corte IDH com a efetiva reparação da violação ocorrida, somente o procedimento criminal para esclarecimento dos atos de violência sexual encontra-se em andamento.

4 DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO PRÁTICA DE SUPERAÇÃO DE OBSTÁCULOS DE DIREITO INTERNO AO CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CORTE IDH

Desde 06 de novembro de 1992, a Convenção Americana de Direitos Humanos foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico. Assim, o Estado Brasileiro assumiu a obrigação de adotar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades estabelecidos na normativa convencional (artigo 2).

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que as normas de tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia supralegal,

¹⁸ Idem.

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil (Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), sentença de 05 de fevereiro de 2018.

possibilitando que, no caso de conflito de norma de direito interno e norma de direito internacional de proteção aos direitos humanos, esta última prevaleça.

Do mesmo modo, a partir de 1998, o Estado brasileiro reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como Tribunal competente para atuar em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Esse ato de aceitação implica em admitir a vinculação e obrigatoriedade das decisões proferidas pela Corte, além de seu cumprimento obrigatório, conforme artigo 68.1 do Pacto de São José da Costa Rica.

O caráter cogente e de supralegalidade das normas internacionais dos tratados de direitos humanos, acompanhado do preceito de vinculação dos Estados às decisões da Corte, são fundamentais para o desenvolvimento do controle de convencionalidade, como exame de conformidade do direito interno com a normativa internacional.

Cabe à Corte IDH, como intérprete final sobre o sentido e alcance das normas da Convenção Americana, o exercício do controle de convencionalidade e nesse mister, sua interpretação serve como fonte obrigatória a todos os órgãos do estado, que não podem decidir em sentido contrário.

A doutrina do controle de convencionalidade foi estabelecida pela Corte IDH na sentença do caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile*. Os fatos do caso se referem à falta de investigação e punição dos responsáveis pela execução extrajudicial do senhor Almonacid Arellano, a partir da aplicação do Decreto Lei n° 2.191, lei de anistia adotada no Chile em 1978, assim como à suposta falta de reparação adequada em favor de seus familiares. Em sua fundamentação, fixou jurisprudência no sentido de que: “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”²⁰.

Deste modo, fixadas as bases para o exercício do controle de convencionalidade por todos os órgãos do Poder Judiciário. Ressalta-se, por ser de extrema relevância, que na

20 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile*, (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), Sentença de 26 de setembro de 2006.

análise da compatibilidade entre a norma interna e a norma internacional, os órgãos do Poder Judiciário nacional devem ter como parâmetro o que foi decidido pela Corte IDH por ocasião de controle de convencionalidade realizado no âmbito internacional.

Nesse sentido, o voto concordante em separado do juiz *ad hoc* Roberto Caldas, na sentença do Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, nos seguintes termos: “se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil”.²¹

Essa doutrina expõe um dos aspectos que marcam a diferença entre os controles de convencionalidade e constitucionalidade. Ademais, estes apresentam técnicas distintas, com parâmetros de validade distintos. No controle de constitucionalidade a norma de hierarquia superior é a norma constitucional, ao passo que no controle de convencionalidade o parâmetro de validade é a norma internacional. Por tal razão, uma norma interna pode ser constitucional e contudo não passar pelo critério de validade da norma convencional.

Assim, assentadas as premissas essenciais para realização do controle de convencionalidade, constata-se que é possível a utilização dessa ferramenta para afastar obstáculos à implementação das decisões da Corte IDH, mesmo em se tratando de regras de prescrição.

Conforme se depreende da narrativa dos fatos dos casos brasileiros descritos no presente artigo, em todos foram demonstradas graves falhas na apuração de responsabilidade criminal e ao dever de investigar e punir, revelando que o Brasil apresenta um quadro de impunidade estrutural, com baixo percentual de investigação e punição penal de violações de direitos humanos fundamentais, aliado a grande dificuldade de finalização de processos criminais em prazo razoável, levando a extinção do *ius puniendi* pela prescrição.

Essa impunidade estrutural afronta diretamente os direitos à proteção judicial e acesso à justiça dispostos pela Convenção Americana e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e, indiretamente, os valores que são a inspiração desses instrumentos normativos, que pugnam pela máxima efetividade dos direitos neles elencados. Essas normas internacionais não são meras declarações de direitos e o controle de convencionalidade proporciona justamente garantir maior efetividade e ampliação da proteção.

Outrossim, os bens jurídicos violados nos casos brasileiros mencionados encontram-se no topo da pirâmide axiológica, pois a maioria envolve violações ao direito à

²¹ Voto concordante do juiz *ad hoc* Roberto Caldas, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, julgamento de 24-11-2010.

vida, alguns cometidos em contexto de violações sistêmicas e generalizadas, classificados como crimes contra a humanidade. Todos são exemplos típicos de situações de violência estrutural e omissão estatal (violência por agentes do Estado, violência no campo, violência contra defensores de direitos humanos), configurando, portanto, graves violações aos direitos humanos.

De certo, que a expressão “graves violações de direitos humanos” possui um conceito aberto, considerando-se o caráter intrínseco de gravidade de qualquer violação de direitos humanos. Do mesmo modo, a proteção judicial aos suspeitos e/ou acusados no processo penal também se caracteriza como direito fundamental. Contudo, para o direito internacional dos direitos humanos a proteção aos direitos da vítima ocupa papel central, servindo como paradigma em sua interpretação e aplicação.

Portanto, para fazer efetivos os direitos e garantias das vítimas elencados em normas internacionais, não podem prevalecer as regras de prescrição previstas no direito interno nos casos de graves violações de direitos humanos, assim definidas pela Corte IDH. A prescrição é regra de direito interno com hierarquia de lei ordinária, não possuindo compatibilidade com as normas internacionais de proteção aos direitos humanos que estabeleçam o dever de investigar e punir e que visem ao estabelecimento da verdade e justiça para as vítimas.

Além da exortação ao controle de convencionalidade, a Corte impõe a realização de procedimento de supervisão de cumprimento de sentença, com base na premissa de que as sentenças da Corte IDH não são declaratórias e que sua efetividade depende de seu cumprimento, ao qual o Estado Brasileiro se obrigou a realizar.

5 CRIAÇÃO DE MECANISMO QUE PERMITA A REABERTURA DE INVESTIGAÇÕES E PROCESSOS JUDICIAIS

Nas sentenças dos Casos Herzog e Sales Pimenta a Corte IDH foi além e fixou como garantias de não repetição que o Estado adote medidas de direito interno que permitam a reabertura de processos judiciais, mesmo em casos de ocorrência de prescrição.

No Caso Herzog, a Corte determinou a reabertura das investigações e também que sejam adotadas providências para o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico interno, da imprescritibilidade das ações emergentes de crimes contra a humanidade e internacionais.

Já no caso Sales Pimenta não há menção sobre a reabertura do processo criminal, mas somente imposição de criação de um mecanismo que permita a reabertura de investigações e processos judiciais, inclusive nos casos em que tenha ocorrido a pres-

crição, quando for determinada pela Corte Interamericana a responsabilidade internacional do Estado pelo descumprimento da obrigação de investigar violações de direitos humanos de forma diligente e imparcial.

A Corte avança em sua proteção, provavelmente em reação ao descumprimento reiterado de suas determinações para realização da persecução penal, como ocorreu nos casos Ximenes Lopes, Garibaldi, Gomes Lund e Favela Nova Brasília.

Na sentença do Caso Sales Pimenta, em nota de rodapé, a Corte apresenta vários casos de países do sistema interamericano e do sistema europeu que alteraram suas legislações internas com a finalidade de permitir a remoção de entraves de direito interno para reabertura de investigações criminais em casos de condenação internacional.

As modificações legislativas apresentadas pela Corte possuem natureza processual e não de alteração do direito material, tais como procedimentos de revisão ou reexame de sentenças definitivas, medidas essas que seriam propostas sem necessidade de demonstração da existência de fato novo ou de novas provas, bastando a notificação de uma decisão de organismo internacional de direitos humanos. Chama atenção o enunciado da lei peruana, que entende ser desnecessária a propositura de procedimento de revisão de sentença definitiva, pois a decisão de organismos internacionais, aos quais o estado peruano se obrigou a cumprir, seriam executadas de imediato, após a intimação formal do Estado e do Tribunal que proferiu a decisão.

6 CONCLUSÃO

De acordo com o demonstrado, boa parte dos casos brasileiros sentenciados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos deixaram de ser cumpridos em relação ao dever de investigar e punir os responsáveis por fatos que violam os direitos humanos, principalmente em virtude de preceitos de direito interno como a prescrição.

Ademais, ainda vigora uma postura de resistência, de parte considerável do Poder Judiciário, na aplicação das normas internacionais de direitos humanos e da Jurisprudência da Corte IDH. Por esse motivo, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Recomendação nº 123/2022, que preconiza a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.

Do mesmo modo, o CNJ lançou o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, com a adoção de uma série de medidas voltadas para a concretização dos direitos humanos no âmbito do Poder Judiciário. Iniciativa da Unidade de Monitoramento e

Fiscalização de Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (UMF/CNJ), o Pacto tem por objetivo central o fortalecimento da cultura de direitos humanos no Poder Judiciário, com especial enfoque no controle de convencionalidade.

A adoção de normas internas de reconhecimento da imprescritibilidade em casos de crimes contra a humanidade e crimes internacionais, bem como de leis que estabeleçam formas simplificadas de reabertura de inquéritos e de processos criminais, que tenham relação direta com casos em que a Corte IDH fixe a obrigação de investigar e punir, é uma saída definitiva e que promete um alto grau de cumprimento. Contudo, a experiência mostra que soluções legislativas são demasiado demoradas ou incertas.

Assim, a alternativa possível para o presente é o fomento a uma cultura de conscientização do Poder Judiciário em relação à responsabilidade de todos os agentes estatais pelo cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo Estado Brasileiro e ao necessário exercício do controle de convencionalidade, como mecanismo para dar cumprimento e efetividade às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito interno.

BIBLIOGRAFIA

CARVALHO RAMOS, André de. ABADE, Denise Neves. Cançado Trindade e o Supremo Tribunal Federal: a extradição n. 1.362 e o novo direito internacional para a humanidade. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 81, pp. 79-102, jul./dez. 2022.

CARVALHO RAMOS, André de. GAMA, Marina Faraco Lacerda. Controle de Convencionalidade, Teoria do Duplo Controle e o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos. *Revista Direitos Culturais | Santo Ângelo* | v. 17 | n. 41 | p. 283-297 | jan./abr. 2022.

CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. 10ª edição, São Paulo: Saraiva, 2023.

HITTERS, Juan Carlos. Control de Convencionalidad (Adelantos y Retrocesos), *Estudios Constitucionales*, Año 13, No 1, 2015, pp. 123-162.

HITTERS, Juan Carlos. Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2012-C, 1215.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 5ª edição - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MONTECONRADO, Fabíola Girão. O Impacto da Regra sobre Imprescritibilidade nos Ordenamentos Jurídicos dos Estados se Justifica? *Revista anistia política e justiça de transição*. Referência: n. 8, p. 374-399, jul./dez., 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 2021.

VELLOSO, Ana Flávia Penna. *A Imprescritibilidade dos Crimes Internacionais*. III Anuário Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte, CEDIN, 2008.

A PALAVRA DO POLICIAL: DO DESACATO À INJUSTIÇA EPISTÊMICA

Marcelo Semer¹

Resumo: o artigo se propõe a um novo olhar sobre a relevância da palavra do policial nos processos penais, que tem sido, gradualmente, repensada, após anos de jurisprudência consolidada como suficiente e, em muitos casos, presumivelmente veraz. Abordamos a discussão fruto da apreciação de julgamento da convencionalidade do tipo de desacato, que culmina com a conclusão por uma necessária restrição da hipótese legal, justamente em face às relações entre o poder do agente e a fragilidade do pretendo infrator em momentos de tensão; a concepção do “especial escrutínio”, extraída da discussão sobre a licitude da violação de domicílio, sobretudo, o calibrar entre poder e credibilidade e, por fim, a consideração de que o desprezo por razões identitárias ou sociais da palavra do réu e testemunhas, bem como o excesso de credibilidade dos agentes, pode significar a reprodução de injustiças epistêmicas. PALAVRA DO POLICIAL. ESPECIAL ESCRUTÍNIO. INJUSTIÇA EPISTÊMICA.

Abstract: the article proposes a new look at the relevance of the police officer’s testimony in criminal proceedings, which has been gradually rethought, after years of consolidated jurisprudence as sufficient and, in many cases, presumably true. We approach the discussion resulting from the assessment of the conventionality of the type of contempt, which culminates in the conclusion of a necessary restriction of the legal hypothesis, precisely in view of the relationship between the power of the agent and the fragility of the alleged offender in moments of tension; the conception of “special scrutiny”, extracted from the discussion about the lawfulness of the violation of domicile, above all, the calibration between power and credibility and, finally, the consideration that the despise for identity or social reasons of the testimony of the defendants and their witnesses, as well as the excessive credibility of the agents, it can mean the reproduction of epistemic injustices. POLICEMAN’S TESTIMONY. SPECIAL SCRUTINY. EPISTEMIC INJUSTICE.

Seria um contrassenso que a palavra do policial, recrutado exatamente para fazer a repressão pudesse ser colocada em dúvida, de alguma forma, quando em confronto com a versão do infrator.

Com palavras pouco ou quase nada distintas dessas, a preponderância absoluta da versão policial quando em confronto com a de pessoas submetidas a investigação navega como elemento suficiente para à consecução da tarefa dos juízes criminais em chegar à conclusão dos processos eventualmente instaurados.

¹ Marcelo Semer é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Penal e Doutor em Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Essa assertiva, muitas vezes acompanhada pela concessão expressa de uma presunção de veracidade ao agente, ou apenas a ideia preconcebida de que ele não teria motivos para mentir – contrapondo-se, portanto, ao réu – acaba por produzir diversas consequências no ordenamento jurídico. A suficiência para a condenação criminal, a ideia de que a violência ou fraude atribuída aos policiais só pode ser apontada mediante prova robusta (e quando ausente não raro é tida como uma espécie de “teoria da conspiração”) e, por fim, a compreensão da validade e relevância da incriminação por desacato, de que dependem não apenas a aceitação da versão do agente, como de sua consideração como autoridade².

A suficiência da prova policial *de per se* vai provocar outras consequências indiretas, a mais importante delas, a diminuição do esforço investigativo policial, de colheita de outras provas, considerando que já se sabe, desde o início, que as declarações bastarão para a condenação criminal.

A questão já foi objeto de inúmeras pendências anteriores, mas, verdade seja dita, a jurisprudência se consolidou fortemente neste sentido.

Temos motivos, todavia, para entender que esta contraposição entre palavra da autoridade e versão do infrator pode estar sendo atualmente melhor calibrada. E é exatamente acerca desse ajuste de que trata esse artigo, que recupera a discussão acerca da convencionalidade do delito de desacato, trafega pela concepção de “especial escrutínio” até chegar na moderna concepção de injustiça epistêmica.

1 A CONVENCIONALIDADE DO DESACATO

A discussão a respeito da convencionalidade dos crimes de desacato nasce da avaliação do Relator para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, considerando, em resumo que, a excessiva tutela dos agentes públicos acabaria por fragilizar o exercício da liberdade de expressão.

Nos termos do relatório então aprovado:

As leis de desacato são incompatíveis com o artigo 13 da Convenção³

5. A afirmação que intitula esta seção é de longa data: tal como a Relatoria expressou em informes anteriores, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) efetuou uma análise da compatibilidade das leis de desacato com a Con-

² A propósito, o importante estudo sociológico desenvolvido por JESUS, Maria Gorete Marques. *A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

³ Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3i.htm> (acesso em 10/06/2023, às 15h00).

venção Americana sobre Direitos Humanos em um relatório realizado em 1995. A CIDH concluiu que tais leis não são compatíveis com a Convenção porque se prestavam ao abuso como um meio para silenciar ideias e opiniões impopulares, reprimindo, desse modo, o debate que é crítico para o efetivo funcionamento das instituições democráticas. A CIDH declarou, igualmente, que as leis de desacato proporcionam um maior nível de proteção aos funcionários públicos do que aos cidadãos privados, em direta contravenção com o princípio fundamental de um sistema democrático, que sujeita o governo a controle popular para impedir e controlar o abuso de seus poderes coercitivos. Em consequência, os cidadãos têm o direito de criticar e examinar as ações e atitudes dos funcionários públicos no que se refere à função pública. Ademais, as leis de desacato dissuadem as críticas, pelo temor das pessoas às ações judiciais ou sanções fiduciárias. Inclusive aquelas leis que contemplam o direito de provar a veracidade das declarações efetuadas, restringem indevidamente a livre expressão porque não contemplam o fato de que muitas críticas se baseiam em opiniões, e, portanto, não podem ser provadas. As leis sobre desacato não podem ser justificadas dizendo que seu propósito é defender a “ordem pública” (um propósito permissível para a regulamentação da expressão em virtude do artigo 13), já que isso contraria o princípio de que uma democracia, que funciona adequadamente, constitui a maior garantia da ordem pública. Existem outros meios menos restritivos, além das leis de desacato, mediante os quais o governo pode defender sua reputação frente a ataques infundados, como a réplica através dos meios de comunicação ou impetrando ações cíveis por difamação ou injúria. Por todas estas razões, a CIDH concluiu que as leis de desacato são incompatíveis com a Convenção, e instou os Estados que as derrogassem.

Algumas decisões foram inovadoras em acolher a posição que mais se aproximava da interpretação convencional.

Foi o caso da decisão, de 2015, prolatada pelo juiz Alexandre Moraes da Rosa, que nela fundamentava⁴:

“(...) cumpre ao julgador afastar a aplicação de normas jurídicas de caráter legal que contrariem tratados internacionais versando sobre Direitos Humanos, destacando-se, em especial, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC), bem como as orientações expedidas pelos denominados “treaty bodies” – Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, dentre outros – e a jurisprudência das instâncias judiciárias internacionais de âmbito americano e global – Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Internacional de Justiça da Organização das Nações Unidas, respectivamente.

Nesse sentido, destaque-se que no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos[3] foi aprovada, no ano 2000, a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, tendo tal documento como uma de suas finalidades

⁴“Desacato não é crime, diz juiz em Controle de Convencionalidade”, **Empório do Direito**, edição de 21/03/2015, disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade> (acesso em 10/06/2023, às 15h15).

a de contribuir para a definição da abrangência da garantia da liberdade de expressão assegurada no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. E, dentre os princípios consagrados na declaração, estabeleceu-se, em seu item “11”, que “as leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como ‘leis de desacato’, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.”

Considerada, portanto, a prevalência do art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos sobre os dispositivos do Código Penal, é inarredável a conclusão de Galvão^[4] de que “a condenação de alguém pelo Poder Judiciário brasileiro pelo crime de desacato viola o artigo 13 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, consoante a interpretação que lhe deu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos”.

A discussão chegaria ao STJ, no ano seguinte, com o acórdão relatado pelo ministro Ribeiro Dantas, da Quinta Turma (Resp. 1.640.084, julgado em 15.12.2106) assim ementado no que interessa ao tema:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.
(...)

4. O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de “medidas legislativas ou de outra natureza” visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais.

5. Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, “o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade.”

6. Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, “no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade.”

7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de emenda constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de recurso especial.

8. Nesse particular, a Corte Interamericana de Derechos Humanos, quando do julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos.

9. Por conseguinte, a ausência de lei veiculadora de *abolitio criminis* não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconstitucionalidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do *desacato*, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.

10. A Comissão Interamericana de Derechos Humanos - CIDH já se manifestou no sentido de que as leis de *desacato* se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo *establishment*, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário.

11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado *pro homine*, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

12. A criminalização do *desacato* está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo.

13. A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito.

14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de *desacato*.

15. O afastamento da tipificação criminal do *desacato* não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (*calúnia*, *injúria*, *difamação* etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público.

16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de *desacato* (art. 331 do CP)

A decisão acabou superada, todavia, pelo acórdão da Terceira Seção do mesmo Superior Tribunal de Justiça, em sentido contrário, julgado por maioria em 24/05/2017, sendo relator para o acórdão, o ministro Antônio Saldanha:

HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME

DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA ABSOLUTO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICA DOS DIREITOS TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL (MARGIN OF APPRECIATION). INCOLUMIDADE DO CRIME DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE, IN CASU, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO TÃO LOGO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do Estado.

2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem status de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes.

3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional.

4. A Corte Internacional de Direitos Humanos (IDH), por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo atribuição jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto.

5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter “moral”, podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos.

6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente “poder de embaraço” ou “mobilização da vergonha”.

7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema “leis de desacato”, não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil.

8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão.

9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito

à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade.

10. Os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal.

11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com acepção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública.

12. A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito.

13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, “compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.”

14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material.

15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (margin of appreciation).

16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena.

17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra lato sensu da Administração Pública.

18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal.

19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão vergastado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, primo ictu oculi, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas.

Até que, por fim, o STF julgou a ADPF 496⁵ e por larga maioria sacramentou a convencionalidade do tipo de desacato -numa interpretação que privilegia mais as circunstâncias locais do que propriamente a absorção dos pacotes convencionais (ou seja, o acolhimento da Convenção Americana e seus intérpretes autorizados⁶).

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CRIME DE DESACATO. ART. 331 DO CP. CONFORMIDADE COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental em que se questiona a conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como a recepção pela Constituição de 1988, do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato.

2. De acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e, em casos de grave abuso, faz-se legítima a utilização do direito penal para a proteção de outros interesses e direitos relevantes.

3. A diversidade de regime jurídico – inclusive penal – existente entre agentes públicos e particulares é uma via de mão dupla: as consequências previstas para as condutas típicas são diversas não somente quando os agentes públicos são autores dos delitos, mas, de igual modo, quando deles são vítimas.

4. A criminalização do desacato não configura tratamento privilegiado ao agente estatal, mas proteção da função pública por ele exercida.

5. Dado que os agentes públicos em geral estão mais expostos ao escrutínio e à crítica dos cidadãos, deles se exige maior tolerância à reprovação e à insatisfação, limitando-se o crime de desacato a casos graves e evidentes de menosprezo à função pública.

6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. Fixação da seguinte tese: “Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato”.

A questão não se encerra de todo com o acórdão do STF, sobretudo, pelas observações impostas pelo relator, ministro Luís Roberto Barroso, observações que se aplicam,

⁵ A despeito do mérito da decisão, louve-se o fato de que o Judiciário brasileiro abriu-se à análise do controle de convencionalidade. Em artigo de 2012, PIOVESAN, Flávia, chamava a atenção para que as decisões do STF tinham outros focos como referência: “Levantamento realizado acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal baseadas em precedentes judiciais de órgãos internacionais e estrangeiros, aponta que 80 casos aludem à jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, ao passo que 58 casos aludem à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha – enquanto que, reitera-se, apenas 2 casos remetam à jurisprudência da Corte Interamericana”. “Direitos Humanos e diálogos entre jurisdições”, in Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012, disponível em [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf), (acesso em 10/06/2023, às 19h00).

⁶ Como afirmamos em “A Convenção Americana no TJSP: desafios da internalização”, in *As Novas Fronteiras do Direito Penal – escritos em homenagem a Sylvia Steiner*, em coautoria com SEMER, Julia Fernandes: “Entre os princípios de aplicação do controle de convencionalidade, citados por Paiva e Heemann, a proteção internacionalista, na consideração de que a interpretação deve ser feita tendo em vista as demais normas do “bloco de convencionalidade”. Ou seja, as normas internacionais não se encontram isoladas, elas fazem parte de um sistema integrado, de modo que ao se consultar uma norma, o intérprete deve se atentar para as demais normas ao redor desta que a expendem e regulam. Indispensável, dessa forma que o juiz nacional tenha conhecimento da interpretação emitida pela Corte, uma vez que se cada Estado seguir uma interpretação conforme seu ordenamento interno, diversos significados surgiriam para o mesmo tema.”

justamente, nos casos mais comuns de desacato (nervosismo do agente, em face da ação do policial, que não chega a ser interrompida).

57. Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a atipicidade de reclamações, censuras ou críticas, ainda que veementes, à atuação funcional do funcionário (Inq 3215, Rel. Min. Dias 2 NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 4, p. 303. Toffoli, Tribunal Pleno, j. 04.04.2013; HC 83233, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, j. 04.11.2003).

58. Como já referido anteriormente, os agentes públicos em geral estão mais expostos ao escrutínio e à crítica dos cidadãos, devendo demonstrar maior tolerância à reprovação e à insatisfação, sobretudo em situações em que se verifica uma tensão entre o agente público e o particular. Devem ser relevados, portanto, eventuais excessos na expressão da discordância, indignação ou revolta com a qualidade do serviço prestado ou com a atuação do funcionário público. (g.n.)

59. Assim, **o tipo penal do art. 331 do Código Penal deve ser interpretado restritivamente, a fim de evitar a aplicação de punições injustas e desarrazoadas.** (g.n.)

(...)

62. Em suma, **o tipo penal deve ser limitado a casos graves e evidentes de menosprezo à função pública, como a prolação de ofensa grosseira e exagerada ao agente de trânsito que, no cumprimento de seu dever, procura realizar testes de alcoolemia; o rasgamento de mandado judicial entregue pelo oficial de justiça; o desferimento de tapa em funcionário público que procura cumprir seu dever etc.** E, ainda assim, normalmente sujeitará o seu autor a medidas despenalizadoras ou a penas restritivas de direitos. (g.n.)

A despeito de compreender que o tipo penal se adequa à Convenção Americana, o ministro Luís Roberto Barroso impõe uma série de interpretações restritivas, desde a efetiva presença do desacato, a ação em exercício de função pública, e que os próprios agentes públicos devem estar cientes de estarem “mais expostos ao escrutínio e à crítica dos cidadãos, devendo demonstrar maior tolerância à reprovação e à insatisfação, sobretudo em situações em que se verifica uma tensão entre o agente público e o particular”, que são, justamente, aqueles casos costumeiramente denunciados como desacato -em regra, um xingamento ou crítica que acompanha justamente o momento de uma prisão em flagrante, ou seja, aquele que em que se verifica, de fato, a maior tensão entre o agente público e o particular⁷.

⁷ Por estes motivos, já demos provimento a apelo defensivo pela exclusão do desacato em certas situações conflituvas, em que os elementos do tipo não se adequam (Apelações: 1512122-16.2020.8.26.0019; 1503875-25.2019.8.26.0005 e 0001999-11.2017.8.26.0028, todos da 13ª Câmara Criminal do TJSP).

2 O ESPECIAL ESCRUTÍNIO

A questão que é levantada no acórdão de Barroso foi melhor explicitada durante a construção do Tema 280 do STF, que discutiu a legalidade do ingresso em domicílio sem autorização judicial:

“A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas “a posteriori”, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.”

Nota-se, em especial à manifestação do ministro Gilmar Mendes, durante o julgamento do RE 603616, quando o ministro Marco Aurélio indaga se deixar a comprovação da justa causa *a posteriori*, não daria uma carta branca aos policiais. É paradigmática a reposta de Gilmar:

*“O policial pode invocar o próprio testemunho para justificar a medida. Claro que o ingresso forçado baseado em fatos presenciados pelo próprio policial que realiza a busca coloca o agente público em uma posição de grande poder e, por isso mesmo, deve merecer **especial escrutínio.**”*

A partir desse raciocínio, podemos inverter a tese que vincula poder a credibilidade.

Diversamente da interpretação tradicional, “quem tem mais poder, tem mais credibilidade” (a denominada presunção da veracidade dos policiais), a sugestão proposta de Gilmar (e de certa medida também por Barroso) é o reverso: quem tem mais poder, tem obrigação de demonstrar maior credibilidade.

Ou seja, o juiz deve avaliar o testemunho de poder com “especial escrutínio” e jamais sob presunções.

A diferença pode parecer sutil, mas inverte o sentido da forma como compreender os relatos dos policiais: não com preconceito (que viria da esfera privada), nem com presunção (uma equivocada administrativização da prova penal), mas com especial escrutínio que esteja ao alcance do poder: quanto maior poder, maior as condições dos agentes de demonstrar a credibilidade de seus atos.

No acórdão do HC 598.951, da 6ª Turma do STJ, relator ministro Rogério Schietti Cruz que serviu de paradigma à compreensão da legalidade da violação de domicílio, a exata forma de inversão: o ônus de provar a licitude da ação empreendida é dos policiais, da acusação, não do réu:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

2. O ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência – cuja urgência em sua cessação demande ação imediata – é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

2.1. Somente o flagrante delito que traduza verdadeira urgência legítima o ingresso em domicílio alheio, como se infere da própria Lei de Drogas (L. 11.343/2006, art. 53, II) e da Lei 12.850/2013 (art. 8º), que autorizam o retardamento da atuação policial na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, a denotar que nem sempre o caráter permanente do crime impõe sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar danos; é dizer, mesmo diante de situação de flagrância delitiva, a maior segurança e a melhor instrumentalização da investigação – e, no que interessa a este caso, a proteção do direito à inviolabilidade do domicílio – justificam o retardo da cessação da prática delitiva.

2.2. A autorização judicial para a busca domiciliar, mediante mandado, é o caminho mais acertado a tomar; de sorte a se evitarem situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova e, por sua vez, ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do agente da segurança pública autor da ilegalidade, além, é claro, da anulação – amiúde irreversível – de todo o processo, em prejuízo da sociedade.

3. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), a tese de que: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori” (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). Em conclusão a seu voto, o relator salientou que a interpretação jurisprudencial sobre o tema precisa evoluir, de sorte a trazer mais segurança tanto para os indivíduos sujeitos a tal medida invasiva quanto para os policiais, que deixariam de assumir o risco de cometer crime de invasão de domicílio ou de abuso de autoridade, principalmente quando a diligência não tiver alcançado o resultado esperado.

4. As circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude “suspeita”, ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente.

5. Se, por um lado, práticas ilícitas graves autorizam eventualmente o sacrifício de direitos fundamentais, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, excluídas do usufruto pleno de sua cidadania, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida e devassada, a qualquer hora do dia ou da noite, por agentes do Estado, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria, por exemplo, um ponto de tráfico de drogas, ou de que o suspeito do tráfico ali se homiziou.

5.1. Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc.

(...)

6.4. Se para simplesmente algemar uma pessoa, já presa – ostentando, portanto, alguma verossimilhança do fato delituoso que deu origem a sua detenção –, exige-se a indicação, por escrito, da justificativa para o uso de tal medida acautelatória, seria então, no tocante ao ingresso domiciliar, “necessário que nós estabeleçamos, desde logo, como fizemos na Súmula 11, alguma formalidade para que essa razão excepcional seja justificada por escrito, sob pena das sanções cabíveis” (voto do Min. Ricardo Lewandowski, no RE n. 603.616/TO).

6.5. Tal providência, aliás, já é determinada pelo art. 245, § 7º, do Código de Processo Penal – analogicamente aplicável para busca e apreensão também sem mandado judicial – ao dispor que, “[f]inda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º”.

7. São frequentes e notórias as notícias de abusos cometidos em operações e diligências policiais, quer em abordagens individuais, quer em intervenções realizadas em comunidades dos grandes centros urbanos. É, portanto, ingenuidade, academicismo e desconexão com a realidade conferir, em tais situações, valor absoluto ao depoimento daqueles que são, precisamente, os apontados responsáveis pelos atos abusivos. E, em um país conhecido por suas práticas autoritárias – não apenas históricas, mas atuais –, a aceitação desse comportamento compromete a necessária aquisição de uma cultura democrática de respeito aos direitos fundamentais de todos, independentemente de posição social, condição financeira, profissão, local da moradia, cor da pele ou raça.

7.1. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu no caso ora em julgamento – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade.

7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral – pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação

a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro – e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado.

(...)

9. Na espécie, não havia elementos objetivos, seguros e racionais que justificassem a invasão de domicílio do suspeito, porquanto a simples avaliação subjetiva dos policiais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso na residência, visto que não foi encontrado nenhum entorpecente na busca pessoa realizada em via pública.

10. A seu turno, as regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes castrenses de que o paciente teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu próprio domicílio, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em seu desfavor.

11. Assim, como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a apreensão, após invasão desautorizada da residência do paciente, de 109 g de maconha –, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.

12. Habeas Corpus concedido, com a anulação da prova decorrente do ingresso desautorizado no domicílio e conseqüente absolvição do paciente, dando-se ciência do inteiro teor do acórdão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como às Defensorias Públicas dos Estados e da União, ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais dos Estados, aos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que deem conhecimento do teor do julgado a todos os órgãos e agentes da segurança pública federal, estadual e distrital.

13. Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal.

É até por isso que o acórdão foi recheado de dados criminológicos, mostrando que o abuso é mais regra que exceção, sobretudo quando se dirige a habitações vulneráveis⁸ e de outro lado por sugestões tecnológicas (como a necessidade de filmagem de todas as abordagens).

⁸ Não por outro motivo, todos os mandados de busca e apreensão coletivos costumavam ser dirigidos justamente às habitações mais vulneráveis, sobretudo nas comunidades e favelas. “Sexta Turma considera ilegal busca e apreensão coletiva em comunidades pobres do Rio”, STJ em notícias, edição de 05/11/2019, disponível em [https://www.stj.jus.br/sites/porta/paginas/Comunicacao/Noticias/Sexta-Turma-considera-ilegal-busca-e-apreensao-coletiva-em-comunidades-pobres-do-Rio.aspx#:~:text=Sexta%20Turma%20considera%20ilegal%20busca%20e%20apreens%C3%A3o%20coletiva%20em%20comunidades%20pobres%20do%20Rio,-Conte%C3%BAdo%20da%20P%C3%A1gina&text=%E2%80%8B%E2%80%8B%E2%80%8B%E2%80%8BPara,de%20forma%20gen%C3%A9rica%20e%20indiscriminada](https://www.stj.jus.br/sites/porta/paginas/Comunicacao/Noticias/Sexta-Turma-considera-ilegal-busca-e-apreensao-coletiva-em-comunidades-pobres-do-Rio.aspx#:~:text=Sexta%20Turma%20considera%20ilegal%20busca%20e%20apreens%C3%A3o%20coletiva%20em%20comunidades%20pobres%20do%20Rio,-Conte%C3%BAdo%20da%20P%C3%A1gina&text=%E2%80%8B%E2%80%8B%E2%80%8B%E2%80%8BPara,de%20forma%20gen%C3%A9rica%20e%20indiscriminada.). (acesso em 10/06/2023, às 16h00).

O fato de que um consentimento por escrito seja sugerido e, ademais, uma filmagem realizada, é sinal de que já não está diante da autoridade suprema de que se revestia a palavra do policial. A ideia que percorre a concepção de excesso no valor da autoridade, no questionamento de suas premissas, começam a ser referências na jurisprudência, sobretudo na mais recente que vem se consolidando no STJ, seja em relação às buscas imotivadas, as violações de domicílio, as fragilidades do reconhecimento fotográfico e de pessoas, e a suficiência da palavra isolada do agente como mecanismo de prova -todas vinculadas, em suma, ao controle judicial da prova penal como um atributo indispensável da função do juiz.

A questão foi recentemente levada ao STF, no conhecido voto acerca do perfilamento racial, apresentado pelo ministro Edson Fachin no HC 208.240, ainda pendente de julgamento, que aponta a necessidade de atos concretos e não mero “tirocínio policial” para a abordagem. O ministro observa, ademais, um contundente exagero do perfilamento racial na ação policial, que tende a produzir um reforço de associações estereotipadas enganosas; a criminalização excessiva de certas categorias; taxas de encarceramento desproporcionais de grupos e, ainda, a maior vulnerabilidade de certos setores, inclusive com a subnotificação de atos de discriminação racial e crimes de ódio

“Tratar das atividades policiais sem situar o fenômeno da racialização dos grupos sociais na análise, é desencontrar questões cruciais para a compreensão da igualdade na nossa sociedade

(...)

O sistema de justiça ainda não deu mostras de que tenha desativado a rede de estereótipos que atribui aos corpos negros sentidos sociais negativos que legitimam violências inclusive estatais, como é o caso do encarceramento em massa de pessoas negras, em particular pelos de crimes de traficância, decorrente, em enorme medida, do que aqui estamos a tratar.”

É certo que não se trata ainda de uma jurisprudência absolutamente pacífica em todos os pontos -em relação a este acórdão HC 598.951, por exemplo, a parte que determinava que as polícias se preparassem para gravar todas as ocorrências, foi mutilada em decisão monocrática, ainda não transitada em julgado, pelo ministro Alexandre de Moraes (RE 1342077), excluindo tais obrigações, por entender abusivas partindo do Judiciário, muito embora elas tenham sido impostas, ainda em maior volume, na ADPF 635, conhecida como ADPF das Favelas.

Mas a decisão do ministro Alexandre de Moraes não anulou o acórdão na sua essência: o de que a prova da licitude da violação de domicílio passa a ser de obrigação dos agentes públicos, não do réu que tenha que correr para conseguir uma “prova robusta” para se contrapor. Na verdade, a exigência da prova robusta era uma forma

de naturalizar a ação policial e praticamente jogar para o retórico o próprio brocardo, *in dubio pro reo*. Diante das tradicionais diferenças entre aceitação dos testemunhos de policiais e defesa, e ainda mais pela utilização frequente dos elementos de inquérito, hauridos antes e fora do contraditório, como se elementos de prova fossem, a dúvida é cada vez menos frequente⁹. Com isso, atingimos o que se denomina “injustiça epistêmica”, cuja denúncia também tem se revelado por meio de acórdãos do STJ, que analisaremos a seguir.

3 A INJUSTIÇA EPISTÊMICA

Em *Sentenciando Tráfico. O papel do juiz no grande encarceramento*, analisando 800 sentenças de juízes dos diversos Estados da Federação, apontamos o desequilíbrio das versões não apenas pela supervalorização dos relatos dos policiais, como também pelo absoluto desprezo pelas provas defensivas, a começar pelos interrogatórios.

A ideia de que policiais são seres abstratos, recrutados pelo Estado para fazer a repressão, sem motivos e ações escusos e que réus tem interesse direto em sua não -responsabilização criminal, tornava a noção de sopesar os relatos extremamente fácil. Na oportunidade dissemos sobre as versões produzidas pelos réus:

“Na verdade, o que veremos resumidamente é que a versão do réu é acolhida sem reservas quando está em consonância com o conjunto probatório (ou seja, os depoimentos policiais) e rejeitada quando está isolada (ou seja, em contraposição à palavra dos policiais). Grosso modo, não é exagero dizer que o interrogatório só tem credibilidade com a confissão. Em todas as outras situações, é inverossímil, fantasioso, interessado, ou seja, mera tentativa de eximir-se da responsabilidade por quem nem sequer é obrigado a dizer a verdade. (...)”

“(...) o policial diz a verdade porque é um agente do Estado, tem fé pública, foi recrutado e treinado para garantir a ordem; do outro lado o réu mente porque é interessado, é sua chance de escapar e não tem qualquer compromisso com os fatos. A generalização tanto funciona para estabelecer a negação que impeça o exercício da crítica, quanto para moldar a fisionomia do folk devil na figura de um criminoso sempre disposto a ludibriar o Estado e as leis para eximir-se de responsabilidade.”¹⁰

⁹ Este é, aliás, um dos fundamentos para a instalação do Juiz das Garantias, que, entre outros dispositivos, instaura uma espécie de “Muralha da China” entre os elementos de inquérito (à disposição do Juiz das Garantias) e os elementos colhidos em prova judicial, pelo Juiz da Instrução. Para uma abordagem teórica do instituto, LANFREDI, Luis Geraldo Sant’Ana. *El Juez de Garantías y el Sistema Penal: (re)planteamientos socio-criminológicos críticos hacia la (re)significación de los desafíos del Poder Judicial frente a la política criminal brasileña*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

¹⁰ *Sentenciando Tráfico*, 3ª edição, p. 219.

E embora já não se mantivesse como propriamente uma prática disseminada, o silêncio do réu ainda permanecia tratado como indício de culpa, seja porque seria seu dever como inocente repudiar imediatamente a acusação, seja porque ao fazê-lo posteriormente, sua versão era costumeiramente traduzida como um esforço intermediado (ou mesmo construído) pela defesa técnica, e, por mais de uma razão, também merecia desprezo. A mesma “leve discrepância” que levava os relatos dos policiais parecerem ainda mais verdadeiros, porque não combinados, era fatal na comparação dos interrogatórios em juízo, quando sucedendo confissões à polícia, ainda que informais.

O quadro encontrado não era muito diferente em relação às testemunhas de defesa, que já não tinham a defesa do “eles não têm motivos para mentir”, como os agentes da autoridade. Dada a proximidade com o réu, em regra parentes ou amigos, de quase nenhuma valia tiveram seus depoimentos. “Por mais que se multiplicassem, a versão da defesa, portanto, continuava estando *isolada*”.¹¹

Observamos, então, que um suposto conhecimento da realidade fazia com que os testemunhos de defesa aumentassem sua imprestabilidade, dada a conhecida violência dos traficantes e a esperada temeridade das testemunhas -ainda que o mesmo conhecimento da realidade não se espraiasse para mensurar os dados de violência policial.

A disparidade era ainda acrescida de um constante aproveitamento dos elementos de inquérito, como testemunhas que não vieram a depor em juízo -ainda que centrais, como supostos adquirentes de droga. A possibilidade deste uso indiscriminado dos elementos de inquérito (momento em que ainda não existe a obrigação, nem a prática, do contraditório) acaba sendo justificado pela noção de “livre convicção motivada”, pela qual o juiz estaria autorizado a recolher elementos de quaisquer partes dos autos que entender necessária para julgar o caso, desde que justificasse a contento¹².

Esse desequilíbrio entre versões veio a ser identificado como “injustiça epistêmica”, sendo Janaina Matida uma das responsáveis para trazer o conceito à doutrina pátria.

“Como explica a epistemóloga Miranda Fricker, a injustiça testemunhal ocorre quando se questiona, de partida e injustificadamente, a capacidade de um falante de conhecer os fatos e, neste sentido, de poder contribuir a uma reconstrução que mereça credibilidade. Na injustiça testemunhal, o questionamento quanto a tal capacidade deve-se ao pertencimento do falante a determinado grupo social ou

¹¹ Idem, p. 224, independentemente do número de réus ou testemunhas de defesa arroladas.

¹² Escrevendo sobre os limites do livre convencimento, GUEDES, Clarissa, afirma em sentido rigorosamente contrário: “Afigura-nos, com efeito, que o aproveitamento, pela sentença de mérito, dos elementos resultantes do inquérito, viola o princípio da judicialidade da prova penal, bem como a necessidade de observância do contraditório no momento da formação da prova. Por tal razão, a não ser nos casos de impossibilidade de reprodução da ‘prova’, mostra inconcebível a utilização, como fundamento da sentença penal condenatória, das informações obtidas no inquérito, seja do próprio processo sentenciado, seja, ainda, de processo distinto.” Persuasão Racional e Limitações Probatórias: enfoque comparativo entre Processo Civil e Penal [tese], USP, 2013.

étnico, operando-se uma infundada falta de credibilidade quanto ao conteúdo. Portanto, o mesmo conteúdo afirmado teria recepção diversa por parte de seu interlocutor se afirmado por alguém de outro grupo social ou étnico.”¹³

Na incorporação mais profunda e holística da teoria, Matida viria, em texto posterior, referindo-se a doutrina de José Medina e Jennifer Lackey, compreender a possibilidade de injustiça epistêmica também “por excesso de credibilidade”, comentando decisão judicial em que se deu maior valor probatório às palavras de policial militar e um bombeiro, que só se resignaram a repetir o que teriam ouvido de populares não identificados.

Essa decisão foi saudada, inclusive, no artigo “A injustiça epistêmica está oficialmente em pauta”¹⁴ que Matida subscreve com as coautoras Rachel Herdy e Marcella Mascarenhas Nardelli, tratando do julgamento do AgResp 1940.381, sob a relatoria do ministro Ribeiro Dantas, chamando a atenção, especificamente ao item 7 da ementa:

“Mesmo sem a produção de nenhuma prova direta sobre os fatos por parte da acusação, a tese da legítima defesa apresentada pelo réu foi ignorada. Evidente injustiça epistêmica -cometida contra um jovem pobre, em situação de rua, sem educação formal e que se tornou pai na adolescência- pela simples desconsideração da narrativa do apresentado.”

No recente Recurso Especial 2037491, sob a relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz, a questão foi ainda mais aprofundada, observando -no que cabe, à sua ementa:

“5. O raciocínio enviesado que concedeu inequívoco valor de verdade à palavra dos policiais e que interpretou a negativa do acusado em juízo como mentira, teve o silêncio do réu em sede policial como ponto de partida. A instância de segundo grau erroneamente preencheu o silêncio do réu com palavras que ele pode nunca ter enunciado, já que, do ponto de vista processual-probatório, tem-se apenas o que os policiais afirmaram haver escutado, em modo informal, ainda no local do fato.

6. Decidiu o Tribunal estadual, então, que, se de um lado havia razões para crer que o réu mentia em juízo, de outro, estavam os desembargadores julgadores autorizados a acreditar que os policiais é que traziam relatos correspondentes à realidade, ao afirmarem: 1) que avistaram o acusado descartando as drogas que foram encontradas no chão, 2) que a balança de precisão que estava no interior de um carro abandonado seria do acusado e, adicionalmente, 3) que ainda na cena do crime, o recorrente haveria confessado informalmente que, sim, traficava. Essa narrativa toma como verídica uma situação em que o investigado ofereceu àqueles policiais, desembaraçadamente, a verdade dos fatos, em retribuição à empatia com que fora tratado por eles; como se houvesse confidenciado um segredo a novos ami-

¹³ “É preciso superar as injustiças epistêmicas na prova testemunhal”, Consultor Jurídico, edição de 22/05/2020, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/limite-penal-preciso-superar-injusticias-epistemicas-prova-testemunhal> (acesso em 08/06/2023, às 14h00).

¹⁴ “A injustiça epistêmica está oficialmente em pauta”, Consultor Jurídico, edição de 04/03/2022, disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-mar-04/limite-penal-injusticia-epistematica-oficialmente-pauta> (acesso em 08/06/2023, às 14h30).

gos, e não confessado a prática de um delito a agentes da lei. Com a devida vênia, esta sim é uma hipótese implausível. Se é que de fato o acusado confirmou para os policiais que traficava por passar por dificuldades financeiras, é ingenuidade supor que o tenha feito em cenário totalmente livre da mais mínima injusta pressão.

7. Para o que importa à análise do presente caso, são oportunas as reflexões relativas às chamadas injustiças epistêmicas. Conforme nos ensinam os seus estudiosos, sociedades marcadas por preconceitos identitários – como, aliás, é o caso da sociedade brasileira – acabam por apresentar trocas comunicativas injustas. Por vezes, a pessoa deixa de ser considerada enquanto sujeito capaz de conhecer o mundo adequadamente pelo simples fato de ser quem é. Sobre essas situações, Miranda Fricker explica que se comete uma injustiça epistêmica testemunhal quando um ouvinte reduz a credibilidade do relato oferecido por um falante por ter, contra ele, ainda que não de forma consciente e deliberada, algum(s) preconceito(s) identitário(s) (FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power and the ethics of knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007). Negros em sociedades racistas, mulheres e pessoas LGBTQIA+ em sociedades machistas, pessoas com deficiência em sociedades capacitistas são alguns exemplos de vítimas sistemáticas de injustiça epistêmica testemunhal. Indivíduos provenientes de grupos sociais vulnerabilizados têm de enfrentar o peso dessa realidade opressora nos mais diversos contextos, inclusive no contexto da justiça criminal.”

4 CONCLUSÃO

Como conclusão, podemos dizer que a palavra do policial, que sempre foi o principal vetor de provas do processo penal está, pelo menos, sob análise mais criteriosa. O desacato foi compreendido como convencional, mas de forma restringida, justamente em face às relações entre o poder do agente e a fragilidade do réu em momentos de tensão; um escrutínio especial deve existir para mediar as relações de poder e credibilidade, que passam a funcionar como medida de calibramento para apurar a licitude de ações como a violação de domicílio; passo a passo, começa a se reconhecer que a prevalência absoluta da palavra da polícia sobre a vulnerabilidade do silêncio e versões primeiras do suspeito, justamente em seu momento mais frágil, nada mais é do que uma forma de consagrar a injustiça epistêmica.

Em comum, a ideia de deslegitimar a sobrevalorização da autoridade, ínsita às democracias, e impor ao juiz que controle a produção e validade das provas realizadas nas e pelas polícias, ignorando a ideia autoritária de presunção de veracidade dos agentes que, no fundo, acaba por transformar o Judiciário em *longa manus* da polícia. Por de trás destas normas que marcam a Convenção Americana e sua relação com a solidez do Estado Democrático de Direito, abre-se a possibilidade de que o juiz possa, enfim, realizar seu papel garantidor.

REFERÊNCIAS

GUEDES, Clarissa Diniz. Persuasão Racional e Limitações Probatórias: enfoque comparativo entre Processo Civil e Penal [tese], USP, 2013.

JESUS, Maria Gorete Marques. A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

LANFREDI, Luis Geraldo Sant'Ana. *El Juez de Garantías y el Sistema Penal: (re)planteamientos socio-criminológicos críticos hacia la (re)significación de los desafíos del Poder Judicial frente a la política criminal brasileña*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MATIDA, Janaina “É preciso superar as injustiças epistêmicas na prova testemunhal”, Consultor Jurídico, edição de 22/05/2020, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/limite-penal-preciso-superar-injusticas-epistemicas-prova-testemunhal> (acesso em 08/06/2023, às 14h00).

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel e NARDELLI, Marcella Mascarenhas. “A injustiça epistêmica está oficialmente em pauta”, Consultor Jurídico, edição de 04/03/2022, disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-mar-04/limite-penal-injustica-epistematica-oficialmente-pauta> (acesso em 08/06/2023, às 14h30).

PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos e diálogos entre jurisdições”, in Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012, disponível em [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf), (acesso em 10/06/2023, às 19h00).

SEMER, Marcelo. Sentenciando Tráfico. O papel do juiz no grande encarceramento. 3ª Edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

SEMER, Marcelo. “Resgatando a presunção de inocência”, in Justiça Criminal na ótica dos juízes brasileiros, vol.1. CRUZ, Rogério Schiatti; BEDÊ Júnior, Américo e DEZEM, Guilherme Madeira (orgs.). São Paulo: RT, 2022.

SEMER, Marcelo e SEMER, Júlia Fernandes. “A Convenção Americana no TJSP: desafios da internalização”, in *As Novas Fronteiras do Direito Penal – escritos em homenagem a Sylvia Steiner*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

PARTE III

**CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE
E ENFOQUES
DIFERENCIADOS**



OS JUÍZES E AS JUÍZAS COMO JURISDICIONADOS(AS): OS PARÂMETROS INTERAMERICANOS SOBRE A PROIBIÇÃO DE INGERÊNCIAS ARBITRÁRIAS AOS MAGISTRADOS(AS) QUE JULGAM PAUTAS CONTRA MAJORITÁRIAS

Isabel Penido de Campos Machado¹

Resumo: O presente artigo tem por objeto sistematizar os parâmetros para a interpretação das garantias conferidas aos juízes para que estes possam atuar com a devida independência judicial, sem sofrer interferências arbitrárias. A partir da análise dos casos submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos, o estudo estabelece três linhas principais de interferências registradas: os processos de destituição arbitrários (pela via do *impeachment* e de procedimentos administrativos disciplinares sem observância das garantias convencionais); as ameaças à vida e à integridade física dos magistrados e magistradas e; ademais, pela difusão de processos difamatórios. Em conclusão, sustenta-se a importância de incorporação dos referidos parâmetros como forma de fortalecer as dimensões individual e institucional da independência judicial.

Palavras-chave: juízes – garantias – independência judicial

Abstract: The article systematizes the parameters of the guarantees granted to judges to achieve judicial independence and avoid arbitrary interferences. Based on the analysis of the cases submitted to the Inter-American Court of Human Rights, the study has listed three main lines of interferences: arbitrary dismissal proceedings (through impeachment and administrative disciplinary procedures); threats to life and physical integrity and, finally, the diffusion of the intense defamatory processes. In conclusion, it is important to incorporate the mentioned parameters, to reinforce independence, both in the individual aspect and in its institutional dimension.

Key words: judges – guarantees – judicial independence.

¹ Doutora em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Mestre em Direito pela *Nottingham University* (Reino Unido). Bacharela em Direito pela UFMG. Defensora Pública Federal de carreira. Atualmente, exerce o cargo de Coordenadora-Geral dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos na Assessoria Especial de Assuntos Internacionais do Ministério de Direitos Humanos e Cidadania.

“(...) se os juízes do tribunal
concederem *habeas corpus*
eu não sei quem amanhã lhes
dará o *habeas corpus* de que,
por sua vez, necessitarão”
Floriano Peixoto²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo se insere em uma coletânea proposta pelo Conselho Nacional de Justiça para registrar os primeiros frutos da adoção do “Pacto do Judiciário pelos Direitos Humanos”³. Conforme destacado na apresentação, trata-se de uma provocadora iniciativa interinstitucional, fruto da parceria das escolas de magistratura com a Unidade de Monitoramento e Fiscalização das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada em 2021. Aquela unidade, além de se voltar para um eixo que visava fomentar a implementação das sentenças da Corte IDH, também se debruçou em um projeto mais amplo, para fomentar a adoção de uma cultura de “controle de convencionalidade”, para que os juízes e juízas brasileiros(as) compreendessem e se apropriassem das ferramentas do sistema interamericano na lida do dia a dia, quando se deparam com graves violações de direitos humanos. Tive a honra de colaborar nos primeiros anos da criação da UMF/CNJ e estar presente no curso piloto, que contou com um rico debate entre magistrados e magistradas de várias gerações. A construção dessa cultura pressupõe a participação ativa dos(as)(es) atores envolvidos, em todos os graus de jurisdição, por meio de cursos de formação continuada, no qual se abre espaço para partilhar experiências, boas práticas e os dilemas enfrentados em casos difíceis.

De uma forma geral, os cursos de formação sobre o sistema interamericano envolvem um estudo da rica jurisprudência da Corte sobre determinado recorte. No presente artigo, busca-se sistematizar os parâmetros para a interpretação das garantias conferidas aos juízes e juízas para que estes possam atuar com a devida independência judicial, sem sofrer interferências arbitrárias. O tema é relevante e atual, tendo em vista que o Estado Brasileiro vivenciou, nos últimos quatro anos, alguns ataques aos poderes republicanos, que culminaram no triste episódio ocorrido em 08 de janeiro de 2023.

² Frase atribuída a Floriano Peixoto, irritado pela impetração de um *habeas corpus* por Rui Barbosa, referente ao caso de generais que se rebelaram contra a deposição de governadores pelo então Presidente da República (STF, HC 300). Essa passagem é descrita em: RECONDO, Felipe. Tanques e togas: o STF e a Ditadura Militar. São Paulo: Cia das Letras, 2018; p. 11.

³ CNJ. Pacto do Judiciário pelos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/folder-pacto-versao-impressao.pdf>. Acesso em 11 set 2023.

A história nos ensina que, tanto o Brasil, quanto os demais países da América Latina ainda guardam cicatrizes autoritárias. No país, a ausência de realização de uma justiça de transição é apontada como uma das causas pelas quais o Poder Judiciário continua a sofrer, apesar das Constituições Democráticas, um número significativo de interferências externas, em ataque à sua própria institucionalidade.

É importante lembrar que o Judiciário brasileiro enfrentou, ao longo de sua história, a imposição de um papel de subordinação aos demais poderes, seguido de visíveis ataques e interferências, em especial no período da última Ditadura Civil-Militar.⁴ A partir do marco de 1988, com o fortalecimento institucional da magistratura e do Ministério Público, a independência judicial aparentava ter obtido alguns avanços no período de redemocratização. Contudo, a grave crise econômica e política, exacerbada pelo impeachment da então presidenta Dilma Rousseff em 2016; seguido de um tenso período eleitoral de 2018; novamente marcam um cenário no qual os três poderes passaram por profundos desafios. Em 2021, a acentuada crise sanitária imposta pela COVID-19⁵, a crise econômica e política, o fechamento dos espaços de participação social fissuraram ainda mais a situação das instituições nacionais.

Desde 2018, o Poder Judiciário vinha sofrendo pressões em casos de grande repercussão, como no curso do julgamento da medida cautelar no *habeas corpus n. 152752*⁶. Naquela ocasião, o Min. Celso de Mello chegou a manifestar diretamente a sua preocupação, por considerar que tais pressões eram “claramente infringentes do princípio da separação de poderes” e “que parecem prenunciar a retomada, de todo inadmissível, de práticas estranhas (e lesivas) à ortodoxia constitucional (...)”⁷.

No curso do difícil processo eleitoral de 2023, uma vez mais a credibilidade do Poder Judiciário foi colocada em xeque por representantes do Poder Executivo, que passam a questionar a integridade das urnas eletrônicas e a autoridade do Tribunal Superior Eleitoral.

Como mencionado, o ápice da crise se dá em janeiro de 2023, após a posse do presidente da república eleito, a partir da organização de uma ofensiva violenta que levou à depredação da sede dos três poderes, perpetrada por pessoas insatisfeitas com o resultado das eleições. Esse triste episódio demonstra a importância de seguir propondo uma educação para direitos humanos, para uma cultura democrática não

4 RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a Ditadura Militar**. São Paulo: Cia das Letras, 2018.

5 Sobre o agravamento das violações a direitos humanos nas Américas no contexto da pandemia da COVID-19, c.f. PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela. Interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos: Una nueva mirada frente al covid-19. **Anuário de Derechos Humanos**, número especial, 2020, pp. 35-58.

6 STF. HC 152752. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018.

7 STF. HC 152752. Voto dissidente do Min. Celso de Mello. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018.

violenta voltadas à população em geral, além dos processos de formação voltados às carreiras do Sistema de Justiça.

Diante dessa conjuntura de ingerências externas ao Poder Judiciário, o artigo parte da premissa que o princípio da independência judicial é um dos pilares das garantias do cidadão em juízo, sendo corolário do princípio do juiz natural e do devido processo legal. Em razão disso, devem existir algumas garantias e prerrogativas reforçadas aos juízes para que eles possam exercer o seu labor. Essas garantias não são um fim em si mesmo e, em razão disso, devem ser asseguradas para que os(as) magistrados(as) possam efetivamente atuar como atores capazes de intervir em pautas contra majoritárias, permitindo a manutenção de um Estado Democrático de Direito, conforme preconizado pela Constituição e pelos tratados de Direitos Humanos dos quais o Brasil é parte.

Por outro lado, como limites a esta flexibilização de direitos e garantias fundamentais às vezes observadas internamente, subsidiariamente, os jurisdicionados também podem peticionar em instancias internacionais, desde que cumpridos os requisitos de admissibilidade impostos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.⁸ Após o devido processo, tribunais internacionais de direitos humanos (como a Corte Interamericana) ditam julgados sobre os casos concretos apresentados, estabelecendo também parâmetros interpretativos que devem ser incorporados pelos Estados partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Esse dever de controle de convencionalidade⁹, imposto não apenas aos juízes nacionais, como também a todo funcionário público, constituem limites à flexibilização de direitos e garantias pelos tribunais locais e pelas Cortes Supremas, muitas vezes sobre forte pressão da opinião pública e das forças políticas e econômicas locais.¹⁰

Na tentativa de situar o contexto brasileiro diante das ameaças e ingerências arbitrárias vivenciadas em outros países da América Latina, o presente artigo se propõe a analisar os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), com o fim de expor alguns parâmetros interpretativos que dão os contornos jurídicos das garantias outorgadas aos juízes, no exercício de seu labor, de forma a reconhecer-lhes uma atuação pautada pela independência.

8 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vols. I, 2^o ed.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

9 CARVALHO RAMOS, André. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade De Direito**, 2009, Universidade de São Paulo, v. 104, p. 241-286.

10 CARVALHO RAMOS, André. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2022.

2 A RELAÇÃO ENTRE A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E AS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO

O estudo sobre as garantias judiciais consagradas na Constituição e nos tratados de Direitos Humanos é essencial para entender se o seu desenho e o seu emprego pelos jurisdicionados tem surtido um efeito de assegurar os direitos reconhecidos. A densificação das referidas garantias não se dá apenas pelos contornos estabelecidos a partir do texto constitucional, como também é aprofundado a partir do estabelecimento de parâmetros jurisprudenciais pelo STF e pelas Cortes de Direitos Humanos, que vão dando concretude interpretativa às normas abstratamente consolidadas.¹¹

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece a independência do Judiciário a partir da adoção do princípio da separação dos poderes em seu artigo 2º. Em decorrência reconhece as garantias aos jurisdicionados que derivam da independência do Judiciário no art. 5º e, finalmente, dedica o capítulo III ao estabelecimento dos contornos do Poder Judiciário, dos seus órgãos, sua fonte de custeio, as funções as serem exercidas, a composição, além de destacar as garantias específicas dos juízes e as suas vedações.

De uma forma geral, o desenho do Judiciário traçado pela Constituição Brasileira converge com os *standards* que derivam da leitura conjunta dos arts. 8 e 25 da CADH. Pela leitura da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a independência judicial é um dos pilares das garantias de acesso à justiça e do devido processo legal. Nesse sentido, o art. 8(1) da CADH estabelece que:

“(…) 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”.

De forma complementar, o art. 25 (1) do mesmo tratado, ao delimitar o direito a um remédio judicial efetivo, exige seja garantido o acesso à justiça perante os “juízes ou tribunais competentes” para a tutela dos direitos fundamentais constitucionais ou convencionais.

Do art. 8(1) da CADH, decorre a garantia, reconhecida a todos os jurisdicionados, de ver respeitado o devido processo legal, o que inclui a observância das regras de competência (princípio do juiz natural) para que se tenha um julgamento justo.

Além de proteger o jurisdicionado, ao exigir a observância das regras de competência, independência e imparcialidade dos juízes, o art. 8(1) da CADH acaba por conferir-lhes

¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

algumas garantias adicionais, para viabilizar o adequado exercício do mister da *jurisdictio*. Isso significa que, para exercerem as suas respectivas funções de forma adequada, não devem sofrer ataques à sua competência (por exemplo, por meio de remoções forçadas) e à imparcialidade (por meio de ameaças expressas ou veladas ou tentativas de interferências externas ou mesmo de outros órgãos do próprio Poder Judiciário).

De forma a estabelecer o sentido e o alcance dos conceitos acima elencados, o Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes adotou os “Princípios Básicos sobre a Independência do Judiciário”; que acabaram por ser incorporadas nas Resoluções 40/32, de 29 de Novembro de 1985 e 40/146 de 13 de Dezembro de 1985, ambas da Assembleia Geral da ONU¹². Tais princípios buscaram sistematizar as obrigações internacionais dos Estados oriundas dos tratados internacionais de direitos humanos em relação ao tema. Nesse sentido, os Princípios da ONU estabeleceram a vedação às interferências externas. A propósito:

O Judiciário deverá decidir questões diante deles de forma imparcial, com base em fatos e de acordo com a lei, sem restrições e sem indevido influências, incentivos, pressões, ameaças ou interferências, direta ou indireta, de qualquer parte ou por qualquer motivo.

Na mesma linha, de acordo com os Princípios de Bangalore:

(...) a independência judicial é um pré-requisito do princípio da legalidade e uma garantia fundamental da existência de um julgamento justo. Consequentemente, um juiz deve defender e exemplificar a independência judicial em seus aspectos individuais e institucionais¹³.

A inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio, além da garantia de aposentadoria previstas na CRFB/1988, são, nesse sentido, uma internalização direta de tais parâmetros estabelecidos no âmbito onusiano. De igual maneira, os princípios da ONU reconhecem algumas de garantias contra as destituições arbitrárias, por perseguições políticas. Nesse sentido, o princípio n. 17 exige o devido processo, a ampla defesa e o contraditório, além da devida motivação nos procedimentos disciplinares contra juízes.¹⁴

12 ONU. **Princípios Básicos das Nações Unidas relativos a independência do Judiciário**. Adotados pelo Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, celebrado em Milão/Itália, 26 de agosto a 6 de setembro de 1985. Confirmado pela Assembléia Geral nas Resoluções 40/32 de 29 de novembro de 1985 e 40/146 de 13 de dezembro de 1985.

13 ONU - Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial** (tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emilio Kloth), Conselho da Justiça Federal, Brasília-DF, 2008.

14 Nesse sentido: “ (...) 17. Qualquer acusação ou reclamação feita contra um juiz por suas ações judiciais e profissionais será processada prontamente e imparcialmente de acordo com o procedimento pertinente. O juiz terá o direito de ser ouvido com imparcialidade. Nesta fase inicial, o exame do assunto será confidencial, a menos que o juiz solicite o contrário. 18. Os juízes só podem ser suspensos ou separados de suas posições por incapacidade ou comportamento que os desqualifique de continuar desempenhando suas funções. 19. Todos os procedimentos para a adoção de medidas disciplinares, suspensão ou separação de mandatos serão resolvidos de acordo com as regras estabelecidas de conduta judicial.” In: ONU. **Princípios Básicos das Nações Unidas relativos a independência do Judiciário**. Adotados pelo Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, celebrado em Milão/Itália, 26 de agosto a 6 de setembro de 1985. Confirmado pela Assembléia Geral nas Resoluções 40/32 de 29 de novembro de 1985 e 40/146 de 13 de dezembro de 1985.

3 OS MODOS CONTEMPORÂNEOS DE ATAQUE À INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

Apesar do enraizamento dos parâmetros trazido pelos princípios onusianos no texto da CRFB/1988 e de várias Constituições da América Latina, a perseguição política aos juízes é um fenômeno que vem sendo reportado na maioria dos Estados do continente, sendo que, inclusive, não são raras as vezes que os próprios juízes se acodem ao Poder Judiciário para assegurar a efetividade das garantias que lhe são conferidas para o exercício de seu mister.

Em casos mais extremos, é reportado inclusive alguns precedentes em que os próprios Juízes buscaram o sistema interamericano em busca de proteção, pela violação às garantias mínimas para o exercício de seu labor. Nesse sentido, as violações podem ser agrupadas em três grupos. Em primeiro lugar, a principal forma de interferência se perfaz, sem dúvidas, a partir de processos disciplinares arbitrários, uma vez que não observam as garantias do devido processo, segundo os parâmetros interamericanos. Em segundo lugar, as interferências se perfazem a partir de ameaças à vida e à integridade física de integrantes do Poder Judiciário. Na sequência, em terceiro lugar, um outro fenômeno de difícil mensuração são os processos difamatórios e de linchamento público (violência política). Nos casos concretos, estabelecer os limites dos parâmetros protetivos, nem sempre é um exercício fácil, conforme demonstrado a seguir.

4 OS PROCESSOS DE DESTITUIÇÃO SEM AS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO

Conforme exposto, para o exercício do seu mister, os juízes gozam das garantias de inamovibilidade e estabilidade. Sem embargo, tais garantias não são absolutas, sendo que “o Direito Internacional dos Direitos Humanos admite que os juízes sejam destituídos por condutas claramente reprováveis”¹⁵. Nesse sentido, o que se exige, com base no art. 8(1) da CADH, é que seja assegurado o devido processo na instância competente (seja no âmbito administrativo ou no âmbito legislativo, no caso de juízos políticos), o que inclui o direito de ser ouvido e o direito à defesa. Já o art. 25(1) do mesmo tratado garante o direito de poder acessar à justiça e buscar um remédio judicial efetivo, em prazo razoável, caso o processo de destituição tenha deixado de observar as normas constitucionais, convencionais e legais. Isso porque, “(...) a livre remoção de juízes de seus cargos fomenta uma dúvida objetiva ao observador sobre a possibilidade efetiva de [os juízes] decidirem casos concretos sem temor a represálias”¹⁶.

15 Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, par. 191.

16 Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, par. 190.

4.1 A destituição de juízes de Tribunais Constitucionais por meio de “juízos políticos” (*impeachment*)

O primeiro precedente da Corte Interamericana sobre destituição arbitrária consiste no caso do Tribunal Constitucional vs. Peru¹⁷, julgado em 2001. O caso se refere à destituição, por meio de um “juízo político”¹⁸ promovido pelo Congresso da República, de três magistrados que integravam o Tribunal Constitucional do Peru. Naquele Estado, o referido tribunal é o órgão com atribuição para o controle de constitucionalidade concentrado em sua competência originária, assim como para o controle difuso pela competência derivada. Com base no art. 201 da Constituição Política de 1993 (ainda em vigor), o órgão era expressamente dotado de autonomia e independência, sendo composto por sete membros, eleitos por mandato de cinco anos. Em 1997, no curso de uma ação judicial que debatia a constitucionalidade (pela via difusa) da lei que permitia a reeleição do então Presidente Alberto Fujimori, três magistrados que haviam se posicionado favoravelmente ao reconhecimento da inconstitucionalidade passaram a receber pressões tanto do Congresso, quanto de representantes do Governo, como também da Presidência da própria Corte.¹⁹ Na sequência, foram destituídos a partir da instauração de “juízos políticos” processados no Congresso da República Peruana, sem a observância de imparcialidade do julgamento (uma vez que Fujimori havia dissolvido o Congresso anteriormente, nomeando posteriormente apenas os seus correligionários), direito de defesa conforme os *standards* interamericanos, assim como o direito de serem previamente ouvidos.

A Corte IDH, pela primeira vez, estabeleceu a responsabilidade do Estado por violação aos artigos 8 e 25 da CADH em um caso envolvendo a destituição de juízes por meio de “juízos políticos” (inspirados no modelo de *impeachment* norte-americano), estendendo as garantias do devido processo e de acesso à justiça à procedimentos desta natureza. Ao declarar a responsabilidade internacional do Estado, a Corte IDH determinou que o Estado investigasse as autoridades responsáveis pelas violações detectadas, bem como o pagamento de indenizações por lucros cessantes (remunerações que os magistrados deixaram de receber, no curso dos respectivos mandatos), bem como indenização pelos danos emergentes causados.²⁰ Como o cargo não era vitalício (com duração estabelecida por termo no mandato), a Corte IDH não determinou a reintegração dos juízes ao cargo.

¹⁷ Id.

¹⁸ O processo de destituição por juízo político tem inspiração no instituto do impeachment do Direito Constitucional Norte-Americano. As autoridades que podem ser submetidas ao referido procedimento são elencadas no art. 99 da Constituição Política do Peru (1993).

¹⁹ Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

²⁰ Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

Em 2013, novamente a Corte IDH analisa destituição de juízes de um tribunal constitucional, desta vez em relação ao Equador, no caso *Camba Gomes e outros* (2013)²¹.

Esse precedente se refere à situação de oito magistrados, que figuraram como petionários perante o SIDH, questionando as respectivas destituições do Tribunal Constitucional do Equador, por decisão do Congresso Nacional daquele país, no final do ano de 2004. Como contexto, o caso integra um quadro de destituição em massa de nove juízes titulares e nove juízes suplentes do tribunal constitucional²², dos juízes da Corte Suprema de Justiça e do Tribunal Supremo Eleitoral no Equador, o que gerou uma grave instabilidade política no período²³. Naquela época, conforme os fatos assentados pela Corte IDH, o então Presidente Lúcio Gutierrez (prestes a ser submetido a um *impeachment* por peculato) realizou um acordo político com o partido da oposição, liderado pelo ex-Presidente da República Abdalá Bucaram, que buscava a anulação de alguns processos penais pelos quais ele respondia na Corte Suprema.²⁴ Especificamente em relação aos juízes do Tribunal Constitucional, alguns parlamentares estavam insatisfeitos com a declaração de inconstitucionalidade de uma norma que adotava o método “D’Hondt” para a distribuição de cadeiras no Congresso. Segundo o Tribunal Constitucional, tal método causava distorções na vontade popular nos países que tinham sistemas de listas abertas. Em um curto intervalo de tempo, houve uma tentativa inicial de abertura dos juízos políticos no Congresso, que não obteve êxito por ausência de quórum. Posteriormente, obteve-se o quórum mínimo, sendo os juízes destituídos, sem direito à prévia notificação, oitiva ou defesa. Sem se vincular às causas que geraram o descontentamento do Congresso, o motivo formal para a destituição em massa foi uma suposta irregularidade no modelo usado para a nomeação; mais de um ano após os juízes já estarem em exercício.

Ao julgar o paradigmático caso, além de reiterar os parâmetros estabelecidos no precedente peruano anterior, a Corte IDH ainda entendeu que a eventual apuração de vícios formais nos processos de nomeação dos juízes deve observar um prazo razoável para apuração, sob pena de criar um ambiente de insegurança e instabilidade, que impediria o desempenho das funções dos tribunais vértice com a devida independência.

Nesse julgado, a Corte destaca as dimensões da independência judicial: institucional e individual. Na dimensão institucional, o poder judiciário deve ser autônomo e livre de ingerências externas dos outros Poderes; ao passo que na dimensão individual, deve garantir a independência funcional, ou seja, que o juiz possa decidir com base nos aspectos do caso concreto, adstrito aos limites da legalidade.

21 Id.

22 O art. 275 da Constituição Equatoriana de 1998 (vigente na época dos fatos) determinava a composição do Tribunal por meio de 9 ministros vogais (titulares) e seus suplentes, eleitos pelo Congresso e com mandato de 4 anos, renovável via reeleição.

23 Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268; par. 40-42.

24 Id.; par. 21.

A Corte IDH destacou que uma situação tão endêmica como a destituição de todos os juízes dos tribunais superiores de um Estado afeta não apenas a independência judicial daquele poder, como também constitui um atentado contra a ordem democrática.²⁵ Ademais, destacou que a destituição de juízes deve obedecer a um caráter de excepcionalidade e de *última ratio*, diante de imputações de falta grave ou por significativa falha técnica²⁶. Por consequência, conclui-se que não é possível a remoção de juízes do cargo por critérios políticos de conveniência e oportunidade, segundo a avaliação dos demais poderes republicanos.

4.2 A destituição dos juízes de órgãos colegiados dos tribunais

Posteriormente, a Corte IDH veio a julgar dois casos da Venezuela, na conhecida era Chávez. Em *Apitz Barbera vs. Venezuela* (2008)²⁷, foi reconhecida a responsabilidade do Estado pela destituição de juízes da “Corte Primeira do Contencioso Administrativo”, sem o devido processo administrativo. A Corte IDH analisa as garantias mínimas para a eventual destituição de “juízes provisórios”, categoria precária existente na Venezuela, que acabava por flexibilizar a independência do Poder Judiciário e a blindagem contra as pressões externas.²⁸

Diferentemente do precedente anterior, que analisava as garantias aplicáveis aos processos políticos de destituição de juízes de Tribunais Constitucionais, o presente caso foi o primeiro a estabelecer as garantias do devido processo administrativo disciplinar para os juízes que eram nomeados “a título provisório”, sem prévio concurso público e que, portanto, não eram dotados da garantia de estabilidade. Ainda assim, a Corte IDH entendeu que o cargo judicial (ainda que preenchido pela categoria de “juízes provisórios”) exigia um mínimo de estabilidade para o fiel exercício da função com independência. Dessa forma, ainda nessa situação de precariedade e transitoriedade, não seria possível a exoneração desmotivada, aplicando-se tanto as garantias do devido processo para eventuais faltas disciplinares, bem como o direito a um remédio efetivo em caso de inobservância dos referidos postulados.²⁹

25 Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268; pár. 207

26 Nesse sentido, o Comitê de Direitos Humanos da ONU estabeleceu que: “Los jueces podrán ser destituidos únicamente por razones graves de mala conducta o incompetencia, de conformidad con procedimientos equitativos que garanticen la objetividad y la imparcialidad establecidos en la Constitución o en la ley. La destitución de jueces por el poder ejecutivo, por ejemplo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé ninguna razón concreta y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia del poder judicial. Esto también se aplica, por ejemplo, a la destitución por el poder ejecutivo de jueces presuntamente corruptos sin que se siga ninguno de los procedimientos establecidos en la ley”. ONU, Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral n. 32, Artigo 14: o Direito a um juízo imparcial e a igualdade ante os tribunais e Cortes de Justiça, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, pár. 20.

27 Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

28 Id.

29 Id.

4.3 A situação da destituição dos juízes de base

Em Caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*³⁰ (2009), a juíza petionaria havia sido nomeada em 1999, para o exercício do Judiciário por meio de uma designação também de “caráter provisório”, até que o Estado realizasse concurso público. Em 2002, ela foi demitida por alegadas infrações disciplinares, sem observar as garantias do devido processo. O caso tem como peculiaridade o fato de a própria Suprema Corte da Venezuela ter reconhecido a nulidade da sanção de demissão. Contudo, como o remédio judicial conferido não permitiu que a vítima fosse reintegrada ao cargo anteriormente ocupado, nem que recebesse o direito os lucros cessantes pela destituição arbitrária, a Corte IDH entendeu que o recurso judicial não havia fornecido uma reparação integral, razão pela qual não preenchia o parâmetro interamericano do art. 25(1) da CADH. Pela primeira vez, a Corte IDH determinou, em sede de reparações, que o Estado deveria promover a reintegração de uma juíza ao cargo anteriormente ocupado, o que constituiu um avanço jurisprudencial e seguiu sendo reafirmado em casos posteriores^{31, 32}.

Posteriormente, em *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (2011)³³, uma vez mais a Corte IDH se debruça sobre a forte interferência que o Poder Executivo vinha realizando no Poder Judiciário do país na primeira década do milênio. A petionária em questão havia sido designada também em “caráter temporário”, no final de 2002, para atuar como juíza criminal na região metropolitana de Caracas.

³⁴ Quando o Estado procedeu a divulgação do nome dos indicados aos cargos judiciais por meio de edital, não foram apresentadas denúncias ou objeções ao seu nome. No entanto, poucos meses após a nomeação, o órgão competente tornou sem efeito a designação, sem a devida motivação ou adoção de procedimento administrativo para apuração de falta grave. Por isso, a Corte IDH reconheceu a violação às garantias do devido processo e de acesso à justiça já desenvolvidos nos julgados anteriores, como também elaborou sobre a relação destes com os direitos políticos insculpidos no art. 23 da CADH (direito de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de determinado país).

30 Caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197

31 Segundo a Corte IDH: “De acuerdo con la jurisprudencia desarrollada por este Tribunal, ante una remoción arbitraria de un juez lo que procede es su reincorporación. En efecto, se considera que el reintegro inmediato ante una remoción arbitraria constituye la medida menos lesiva para satisfacer tanto las necesidades de buen servicio como la garantía de inamovilidad inherente a la independencia judicial.” *In*: Corte IDH. Caso *Martínez Esquivia Vs. Colombia*. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 6 de octubre de 2020. Serie C No. 412, §154.

32 *Id.*, §164.

33 Corte IDH. Caso *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

34 *Id.*

Por fim, em *Lopez Lone e outros vs. Honduras*³⁵ (2015), alguns juízes foram destituídos sem um devido processo legal, depois de terem manifestado publicamente sua opinião sobre o contexto político em Honduras, após o golpe do Presidente Zelaya (2009). Na ocasião, a Corte Interamericana indicou que:

“(...) i) o respeito pelas garantias judiciais implica o respeito à independência judicial; ii) as dimensões da independência judicial são traduzidos para o direito subjetivo do juiz para sua remoção do cargo unicamente devido a razões permitida através de um processo que atende julgamento justo ou porque ele cumpriu o prazo ou período de seu mandato, e iii) quando afeta arbitrariamente permanência de juízes e juízes no cargo, o direito é violado independência judicial consagrado no artigo 8.1 da Convenção americana, em conjunto com a lei acesso e permanência em condições gerais de igualdade em cargo público, estabelecidos no artigo 23.1.c da Convenção Americana. O Tribunal também afirmou que a garantia de estabilidade e permanência de juízes, bem como garantir que um juiz só pode ser destituído do cargo através de um processo com as garantias adequadas ou porque ele terminou o seu mandato, implica que os juízes e os juízes só podem ser demitidos por falta de disciplina graves ou incompetência, e todos os processos disciplinares de juízes serão resolvidas de acordo com os padrões estabelecidos de conduta judicial em procedimentos justos garantindo objetividade e imparcialidade nos termos da Constituição ou pela lei. “

Dessa forma, verifica-se que a Corte IDH tem estabelecido uma série de parâmetros exigíveis para a destituição de juízes, tanto para os que atuam nas Cortes Vértices, quanto para aqueles que exercem a *jurisdictio* a partir da base. Seja pela via dos “juízos políticos” (como o *impeachment*) ou dos processos disciplinares, as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório devem ser asseguradas para aferição da legalidade da destituição. Exige-se, outrossim, que a destituição seja medida de *ultima ratio*, cabível apenas em situações extremas de falta grave e ou acentuada falha técnica, sob pena de que esses institutos se transformem em instrumentos para promover pressões e ingerências externas que afetam a independência do judiciário e, em casos mais extremos, possam afetar a própria institucionalidade democrática (como a Corte destacou em *Camba Camba e Lopéz Lone*).

³⁵ Corte IDH. Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302.

5 AMEAÇAS À VIDA E À INTEGRIDADE FÍSICA DE FUNCIONÁRIOS VINCULADOS AO PODER JUDICIÁRIO

Além das categorias já expostas, a forma clássica de ingerência no Poder Judiciário se dá pelo meio do uso da força ou de sua ameaça por representantes dos outros Poderes. No contexto contemporâneo, os integrantes do Poder Executivo e do Legislativo de uma forma geral, evitam essa via, diante do risco de responsabilização da autoridade envolvida por ruptura ao Estado de Direito e da separação de poderes, pilares de um regime democrático. Ainda assim, infelizmente ainda há casos em que as tentativas de ingerência se dá por meio de ameaças de outros Poderes³⁶ e, ainda, por particulares (grupos dissidentes e ou insatisfeitos com a prestação jurisdicional em casos sensíveis).

Justamente pela vulnerabilidade a estas ameaças, os juízes e juízas devem gozar de uma proteção reforçada à sua vida e à sua integridade física. A vulnerabilidade dos magistrados foi circunstância que ganhou grande repercussão no contexto da Colômbia e da Guatemala, durante os respectivos conflitos armados internos. Em relação ao primeiro, a Corte Interamericana chegou a julgar alguns precedentes importantes especialmente relacionados a ameaças ao Poder Judiciário.

O primeiro deles se refere ao paradigmático caso do Massacre da Rochela³⁷ (2008), que versa sobre a execução extrajudicial de integrantes de uma Comissão de Investigação Judicial (composta por doze pessoas que vieram a falecer, restando apenas três sobreviventes). Tal Comissão investigava a ocorrência de um famoso massacre, conhecido como “Caso dos 19 comerciantes”, perpetrada por paramilitares no Departamento de Antioquia, em 1989³⁸. Nesse precedente, a Corte Interamericana estabelece que o Estado deve investigar, esclarecer os fatos, sancionar e punir as autoridades públicas e os particulares envolvidos em massacres dos “operadores de justiça”, adotando-se padrões de devida diligência. Diante do número de ameaças aos familiares sobreviventes, às testemunhas e aos funcionários responsáveis pela investigação, a Corte IDH destacou, no julgado, que a partir do dever de garantia que decorre do art. 1(1) da CADH, a investigação deve ser séria, imparcial e diligente. Deve, outrossim, garantir as medidas de proteção aos sobreviventes, além de permitir o esclarecimento dos fatos e desarticulação das estruturas que permitem a repetição crônica de eventos dessa natureza, que afetam sobremaneira a administração da justiça e o desempenho dos seus funcionários. Nesse sentido, o tribunal destacou que:

36 Invocamos, neste ponto, o exemplo narrado na introdução do presente artigo.

37 Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

38 Id.

(...) La Corte considera necesario enfatizar que la investigación de las violaciones perpetradas en este caso debía ser efectuada con el más estricto apego a la debida diligencia. Ello se debe no sólo a que se trata de una masacre sino también a la gravedad de haber sido dirigida contra funcionarios judiciales que se encontraban en el desempeño de sus labores y tenía como objetivo afectar la investigación que aquellos estaban realizando sobre graves violaciones de derechos humanos en las que habrían participado paramilitares y altos mandos militares. Al mismo tiempo, representaba un claro mensaje intimidante para que no se investigaran este tipo de crímenes.³⁹

Apesar de o caso *La Rochela* envolver servidores do judiciário e não propriamente os juízes, certamente os parâmetros estabelecidos integram a construção jurisprudencial sobre os deveres de proteção impostos aos Estados.

Alguns anos depois, em 2013, a Corte IDH julga o histórico caso do atentado e da retomada ao Palácio de Justiça⁴⁰ ocorrido em 1985, também na Colômbia. No referido local, funcionava a Corte Suprema de Justiça da Nação e o Conselho de Estado, quando o palácio foi tomado por um grupo dissidente conhecido como M-19. Foram rendidos como reféns alguns magistrados, advogados, servidores e visitantes. A retomada do prédio se deu por meio de uma desproporcional e excessiva operação militar⁴¹ que ensejou a morte de reféns e dos próprios ofensores. Justamente por tratar de uma grande pluralidade de vítimas, o caso não estabelece muitos parâmetros específicos para a proteção de juízes no exercício da função; contudo, o precedente é ilustrativo de um dos maiores ataques à institucionalidade do judiciário latino-americano, construindo parâmetros de proporcionalidade no uso da força na reação estatal para a proteção institucional.

No caso *Villasenor Velarde vs. Guatemala*⁴², a Corte IDH analisou a existência de um conjunto concatenado de ameaças contra uma juíza como uma forma de ingerência externa ao Poder Judiciário, apta a ensejar uma violação à Convenção Americana. Na ocasião, a Corte destacou que um dos objetivos principais da separação de poderes é a garantia da independência judicial⁴³. Em decorrência disso, decorre implicitamente do art. 8(1) da CADH a proteção conferida aos juízes contra as pressões externas perpetrada pelos demais órgãos dos poderes Executivo, Legislativo ou do próprio Judiciário. Além disso, o Estado deve prevenir com eficiência contra essas possíveis interferências e a

39 Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163; par. 149.

40 Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287.

41 Segundo os fatos estabelecidos pela Corte IDH, esse qualitativo foi o empregado pela Comissão da Verdade Colombiana estabelecida para apurar o ocorrido. C.f. Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287; par. 77.

42 Corte IDH. Caso Villasenor Velarde e otros vs. Guatemala. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2019. Serie C, n. 374, párr. 83.

43 Id., §75.

avaliação da violação à CADH deve levar em conta o contexto geral e a sequência de fatos que, em seu conjunto, revelam as tentativas de ingerências arbitrárias. Nesse sentido:

La reiteración y continuidad de los hechos debía haber llamado la atención del Estado, sin perjuicio de que no todos ellos hubiesen debido ser materia de investigación; pero queda claro que se trató de una continuidad intimidatoria o concatenada de hechos, que pone de relieve por lo menos la necesidad de agotar los esfuerzos para individualizar sus fuentes y motivaciones.⁴⁴

Apesar de ter reconhecido que as ameaças sofridas pela juíza guatemalteca Maria Eugenia Villaseñor Velarde eram uma forma de interferência ao exercício de sua função como juíza e que o Estado tem o dever de proteção de operadores de justiça; a Corte IDH não avançou no sentido de enumerar parâmetros de proteção mais consistentes, tal como já tinha feito anteriormente em relação às políticas públicas para proteção a defensores de direitos humanos. Apesar de o ponto ter sido expressamente apontado pelas petionárias em suas alegações finais e que as falências da proteção conferida a juíza fizeram com que as medidas cautelares da CIDH perdurassem entre 1994 a 2013, verifica-se que a Corte não avançou na temática de forma mais impactante.

É importante notar que a Comissão Interamericana vem propondo uma aproximação entre os mecanismos de proteção para a categoria dos “operadores de justiça” (agentes dos Estados envolvidos na administração da justiça) e dos “defensores de direitos humanos” (ativistas que atuam em pautas contra majoritárias e sofrem ameaças em decorrência disso).⁴⁵ Tal caminho é interessante, pois a Corte IDH tem uma série de julgados que estabelece um dever especial de proteção a essas pessoas que se encontram em nítida situação de risco em razão do labor desempenhado, fixando parâmetros mínimos para as políticas públicas de proteção.⁴⁶ Nesse sentido, é possível sustentar que alguns juízes, ao atuarem em pautas contra majoritárias, podem ocupar a posição de defensores de direitos humanos, o que lhes ensejariam o direito às referidas medidas de proteção. No entanto, apesar de ter sido pautada a discussão no curso do caso Villaseñor Velarde, a Corte IDH ainda não endereçou diretamente os parâmetros mínimos que devem ser observados pelas políticas públicas de proteção à juízes e juízas, mantendo ainda um tratamento paralelo entre as categorias de operadores de justiça e defensores de direitos humanos, sem abordar seus possíveis pontos de intersecção.

44 Id., §90.

45 CIDH. Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos. OEA/Ser. L/V/II. Doc 027/17. Washington: CIDH, 2017. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Proteccion-Personas-Defensoras.pdf>>. Acesso em 30 jun 2018.

46 C.f. Corte IDH. Caso Luna López Vs. Honduras. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 10 de outubro de 2013. Serie C, No. 269. Corte IDH. Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283.

6 OS PROCESSOS DIFAMATÓRIOS E LINCHAMENTOS PÚBLICOS PELA MÍDIA E REDES SOCIAIS

Outra forma de interferência contemporânea à independência da magistratura se dá por meio da utilização de processos difamatórios profundos, promovidos por meio da grande mídia e das redes sociais, sem a prévia checagem da informação.

Após a revolução dos meios de comunicação, ainda em andamento, tem sido difícil a construção de um justo equilíbrio entre o direito de proteção da honra e dignidade de pessoas públicas (como os juízes) e a liberdade de expressão.

Ambos os direitos são reconhecidos pelos tratados de direitos humanos e, justamente pela possibilidade de conflito, não são considerados como absolutos. De um lado, ao reconhecer a proteção da honra, o art. 11(2) da CADH veda as “(...) interferências arbitrárias ou abusivas na sua vida privada, na sua família, na sua casa ou na sua correspondência, ou de ataques ilegais à sua honra ou reputação” e reconhece que a lei deve proteger a pessoa contra esse tipo de ataques. Conforme foi sendo construído na jurisprudência da Corte Interamericana, a proteção conferida pelo artigo 11 da CADH abrange três dimensões: a própria honra, de natureza subjetiva (que se refere à estima e valor pessoal), a reputação de uma natureza objetiva (opinião que os outros têm em relação a uma pessoa) e a dignidade, que é a categoria mais ampla, abrangendo outros aspectos dos direitos da personalidade e da vida privada. 120

A jurisprudência internacional estabelece camadas de proteção da honra de pessoas públicas e das pessoas privadas. Nesse sentido, reconhece que as pessoas que ocupam a esfera pública acabam por admitir uma maior flexibilidade à exposição pessoal e ao escrutínio público, tendo em vista o natural interesse do público em geral, além da necessidade de acesso a informação por parte da população. A ideia de transparência e de acesso à informação⁴⁷ flexibilizam a proteção da vida privada. De fato, muitas vezes a divulgação de informação relacionada à atividade desempenhada pela pessoa, pode afetar a sua honra e reputação.

Sendo assim, o direito à liberdade de expressão, reconhecido no art. 13 da CADH é, sem dúvidas, um limite à proteção da honra, sendo extremamente difícil estabelecer as fronteiras entre os referidos dispositivos. O sistema interamericano, assim como o sistema europeu, tem tentado traçar alguns parâmetros interpretativos, em especial no que se refere à honra dos juízes.

⁴⁷ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

A primeira grande preocupação, na tentativa de estabelecer um justo equilíbrio (*fair balance*), se deve à necessidade de garantir o direito à crítica e ao questionamento da atividade jurisdicional, por parte dos jurisdicionados.

Nesse ponto, é importante destacar que ao mesmo tempo em que se consolidava o sistema interamericano, vários países da América Latina vivenciavam processos de redemocratização nos quais se buscou o resgate da verdade e da memória, acerca das graves violações de direitos humanos praticadas; bem como o fortalecimento dos meios de comunicação, que foram largamente perseguidos pelas Ditaduras. Alguns resquícios autoritários permaneceram em nossos sistemas, como a criminalização das leis de desacato; assim como a utilização desproporcional do Direito Penal para silenciamento de jornalistas. Nesse sentido, tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por meio de suas relatorias temáticas⁴⁸; quanto a própria Corte Interamericana pavimentaram a discussão sobre esses resquícios autoritários, tendentes ao silenciamento da mídia. A propósito, a Corte IDH estabeleceu que:

(...) el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual se debe tener una mayor tolerancia y apertura a la crítica frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por las personas en ejercicio de dicho control democrático. Ello se aplica a los funcionarios y miembros de la armada, incluyendo aquellos que integran los tribunales. Además, al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad⁴⁹.

O caso *Kimel vs. Argentina*⁵⁰ é um exemplo emblemático sobre o ponto. Naquele precedente, um jornalista, já no período da redemocratização, publicou um livro sobre um massacre do período ditatorial argentino, com críticas às ações de um juiz que havia encoberto os atos dos responsáveis. Inconformado com as críticas, o juiz ajuizou uma ação penal de iniciativa privada por crime contra a honra, o que resultara na imposição de uma sentença condenatória de um ano de prisão e multa ao jornalista. Ao considerar se a conduta do Estado da Argentina, aplicando sanções penais para proteger a honra do juiz, constituiria uma violação à liberdade de expressão, a Corte IDH aplicou o teste de legalidade, legitimidade e necessidade. Nesse sentido, o tribunal avaliou: (i) se a interferência era fornecida por lei, (ii) um propósito legítimo é perseguido, (iii) se é adequado,

48 CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

49 Corte IDH., Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 83

50 Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, par. 94.

(iv) necessário e (v) proporcional.⁵¹ Nesse sentido, o Tribunal considerou que a utilização do direito penal para a proteção da honra do juiz, cuja conduta era questionada em relação ao encobrimento de crimes no período da Ditadura, era desproporcional⁵².

Assim, a jurisprudência assentada no sistema tende a vedar a utilização do direito penal para a proteção da honra dos funcionários públicos, em especial quando se está em jogo a divulgação de informações de interesse público. Isso não pode permitir, por óbvio, o abuso do direito; no sentido de se invocar a liberdade de expressão para agressões gratuitas e desproporcionais; bem como para a propagação de discursos de ódio.

Esses parâmetros, determinados no marco da redemocratização, não têm sido suficientes para a proteção da honra e integridade de funcionários públicos, diante da revolução dos meios de comunicação e da ausência de controle/regulamentação dos processos de divulgação de *fake news*, que muitas vezes geram verdadeiras situações de linchamento público.

Nesse sentido, em alguns casos, além das interferências diretas (por meios de ameaças à vida e à integridade) e por processos de destituição sem observância das garantias do devido processo; os processos difamatórios também podem resultar em uma forma de interferência em que se mina a reputação de um magistrado para desestimular que ele(a) desempenhe um papel contramajoritário.

Na atualidade, o desafio imposto a doutrina de direitos humanos é justamente a construção de mecanismos contra a disseminação de *fake news*, evitando que o abalo à honra gere o ostracismo e a retirada da vida pública.

Além do sofrimento causado, constrói-se uma profunda humilhação pública da reputação da pessoa, tirando a credibilidade acumulada ao longo da carreira. Várias são as formas pelas quais se constroem tais processos difamatórios: alegações de corrupção não devidamente checadas (sem qualquer respaldo probatório); a excessiva divulgação de informações sobre a vida pessoal e afetiva, além da promoção de discursos de ódio, quando os juízes pertencem a grupos minoritários (por exemplo, em razão de raça, etnia, identidade de gênero e orientação sexual, religião, condição de saúde e outros), dentre outros.

Por outro lado, busca-se também evitar ferramentas de cunho autoritário, que restringiriam a transparência pública ou que resultariam em tratamento desproporcional à proteção almejada.

51 C.f. Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193. Vide também: Corte IDH. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

52 Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, par. 94.

As ferramentas existentes (como a possibilidade de responsabilização civil ulterior) e o direito de resposta não tem se mostrado suficientes, diante da velocidade e do grau do potencial de disseminação desse tipo de notícias. Assim, deve-se buscar construir novos caminhos para a proteção da honra, em equilíbrio com o direito à liberdade de expressão.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS: AINDA HÁ JUÍZES EM BERLIM?

Conforme exposto, muitas vezes, ao se situarem diante de demandas representativas de graves violações a direitos humanos, os juízes sofrem pressões desproporcionais, que podem se traduzir em inúmeras maneiras e podem afetar a adequada observância das garantias judiciais destinadas a efetivar a adequada prestação jurisdicional.

Os casos históricos da América Latina, devidamente documentados por meio do processo internacional interamericano são provas vivas da relação entre a instabilidade política da região e o cíclico enfraquecimento do Poder Judiciário que ainda nos assombra de tempos em tempos. Além da contribuição pelo estabelecimento de parâmetros que nos permitem promover um controle de convencionalidade, o estudo dos referidos casos são úteis para uma leitura da atual situação enfrentada pelo Brasil, a partir de uma perspectiva contextual latino-americana.

Nesse ponto, a Corte IDH tem sido um espaço de proteção dos juízes enquanto jurisdicionados, mesmo quando os sistemas internos se omitem. É preocupante verificar que a fragilidade institucional reportada na América Latina não é tão distante de nossa própria história. Ainda que a CRFB/1988 tenha construído um fortalecimento da magistratura, em um momento de crise institucional, o estudo do contexto dos países vizinhos (assim como a reativação constante de nossa própria história) pode ser uma ferramenta para posicionamento contra a flexibilização de garantias a ponto de gerar um risco de sua própria derrogação, anulando os esforços históricos alcançados pela sociedade brasileira no processo de redemocratização.

Como delineado ao longo do artigo, as formas contemporâneas de ataque à independência judicial nem sempre se estabelecem de forma direta e por meio de um único *modus operandi*. Na maioria das vezes, as interferências são conjugadas por uma névoa de aparente legalidade, sem, contudo, observar as garantias mínimas ou um equilíbrio entre bem jurídicos protegidos em possível conflito. Nesse sentido, é interessante sistematizar a evolução das discussões no âmbito interamericano, tanto em relação ao controle disciplinar da atividade dos magistrados; quanto em relação aos processos públicos de crítica ao exercício da função, além das ameaças diretas à vida e à integridade

física. Não há dúvidas que nenhum sistema de direitos humanos permite a blindagem absoluta aos juízes, sendo que a prestação de contas ao público e a transparência são pilares de uma institucionalidade democrática.

A proposta de um pacto do judiciário pelos direitos humanos fortalece o direito titularizado pelos jurisdicionados e jurisdicionadas a um remédio judicial efetivo, prestado por juízes ou juízas independentes e imparciais. Permite também que, em casos de crises extremas, os próprios magistrados e magistradas se socorram da justiça internacional, depois de esgotados os recursos internos, caso os seus direitos sejam violados.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2016.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, vols. I, 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.
- CARVALHO RAMOS, André. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade De Direito**, 2009, Universidade de São Paulo, v. 104, p. 241-286.
- _____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2022.
- CIDH. **Informe Anual 1994**. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.
- CIDH. **Informe No. 46/16**, Caso 11.388, Admisibilidad y Fondo, María Eugenia Villaseñor y familia, Guatemala, 29 de noviembre de 2016.
- CIDH. **Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos**. OEA/Ser. L/V/II. Doc 027/17. Washington: CIDH, 2017. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Proteccion-Personas-Defensoras.pdf>>. Acesso em 30 jun 2018.
- Corte IDH. **Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.
- Corte IDH. **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
- Corte IDH. **Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.
- Corte IDH. **Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.
- Corte IDH. **Caso López Lone y otros vs. Honduras**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302.
- Corte IDH. **Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Corte IDH. **Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287.

Corte IDH. **Caso Luna López vs. Honduras**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de outubro de 2013. Serie C, No. 269.

Corte IDH. **Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283.

Corte IDH. **Caso Claude Reyes y otros vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

Corte IDH. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

Corte IDH. **Caso Kimel vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

Corte IDH. **Caso Tristán Donoso vs. Panamá**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.

Corte IDH. **Caso Escher y otros vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

Corte IDH. **Caso Villaseñor Velarde y otros vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2019. Serie C No. 374.

Corte IDH. **Caso Martínez Esquivia vs. Colombia**. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 6 de octubre de 2020. Serie C No. 412

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos**. Revista de Direito Administrativo. v. 251. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a Ditadura Militar**. São Paulo: Cia das Letras, 2018.

ONU. **Princípios Básicos das Nações Unidas relativos a independência do Judiciário**. Adotados pelo Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, celebrado em Milão/Itália, 26 de agosto a 6 de setembro de 1985. Confirmado pela Assembleia Geral nas Resoluções 40/32 de 29 de novembro de 1985 e 40/146 de 13 de dezembro de 1985.

ONU. Comitê de Direitos Humanos. **Observação Geral n. 32, Artigo 14: o Direito a um juízo imparcial e a igualdade ante os tribunais e Cortes de Justiça**, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, pár. 20.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2021.

_____; ANTONIAZZI, Mariela. Interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos: Una nueva mirada frente al covid-19. **Anuário de Direitos Humanos**, número especial, 2020, pp. 35-58.

STF. **HC 152752**. Voto dissidente do Min. Celso de Mello. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018.

UNODC. **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial** (tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth), Conselho da Justiça Federal, Brasília-DF, 2008.

VIAMONTE, Carlos Sánchez. **El Habeas Corpus: la Libertad y su Garantía**. Buenos Aires, 1927.

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO UMA FERRAMENTA NECESSÁRIA DO CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA

Melina Girardi Fachin¹

Letícia de Andrade Porto Nosaki²

Resumo: O controle de convencionalidade revela-se em potente ferramenta de diálogo em direitos humanos. A adequação da ordem jurídica nacional às ordens regionais e internacionais, de acordo com os ditames protetivos de direitos humanos, mostra-se acertada frente às violações às quais são expostos grupos vulneráveis. Neste artigo, objetiva-se olhar sob as lentes do constitucionalismo feminista para readequar a ordem jurídica nacional no sentido de ampliar a proteção do direito das mulheres. O constitucionalismo feminista é necessariamente multinível já que a carência protetiva que as mulheres encontram nas sociedades latinoamericanas marcadas pelo patriarcado abre brecha para as inconveniências de algumas leis brasileiras, as quais são datadas e marcadas pelo patriarcalismo do século passado. Busca-se, desse modo, analisar tais inconveniências, à luz do constitucionalismo feminista, de modo a se alinhar ao padrão protetivo regulado pelas cortes regionais e internacionais em direitos humanos, ampliando a proteção a ser oferecida às mulheres. Como metodologia, estipulou-se o método dialético, mediante análise bibliográfica sobre o tema, bem como a análise de diplomas protetivos em direitos humanos e legislações brasileiras, procedendo-se à comparação das inconveniências suscitadas.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade; Direito das Mulheres; Vulnerabilidade; Constitucionalismo Feminista

Sumário: Introdução; 2. Controle de Convencionalidade e a construção do constitucionalismo feminista; 3. As inconveniências e vulnerabilidades dos direitos das mulheres no Brasil; 4. Conclusões; Referências.

¹ Estágio de pós-doutoramento pela Universidade de Coimbra no Instituto de Direitos Humanos e Democracia (2019-2020). Doutora em Direito Constitucional, com ênfase em Direitos Humanos, pela PUC-SP. Professora adjunta dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada.

² Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Especialista em Direito Constitucional pela ABDCONST e FEMPAR/PR. Chefe de gabinete de Desembargador - TJPR.

1 INTRODUÇÃO – O CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA É NECESSARIAMENTE MULTINÍVEL

O direito das mulheres deve ser efetivo e protetivo, razão pela qual, revela-se necessária a oportunização de lugares de fala e empoderamento feminino social. A releitura constitucional sob as lentes do constitucionalismo feminista, remonta à perspectiva que visualiza tais direitos como resultado de lutas sociais permanentes, pelas mulheres e para as mulheres.

Por outro lado, a existência de disparidades normativas entre o âmbito interno e o externo (ou internacional) colocam uma lente de aumento na desigualdade de gênero, evidenciando *inconvencionalidades* - fenômeno este atribuído a inconsistências e choques entre leis internas e diplomas protetivos de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, e que, portanto, devem ser seguidos como Estado-Parte. Tal dissonância gera lacunas na cidadania, o que prejudica grupos sociais vulnerabilizados, que ficam desprotegidos, tendo em vista a ausência de proteção efetiva contra comportamentos violadores de direitos fundamentais.

O presente artigo busca analisar as chamadas *inconvencionalidades* e vulnerabilidades nos direitos das mulheres sob a ótica do constitucionalismo feminista no Brasil. Desse modo, a pergunta de pesquisa se traduz em conhecer: Qual o papel do controle de convencionalidade para a consecução do constitucionalismo feminista?

Para tanto, na primeira parte analisa-se o mecanismo do controle de convencionalidade e sua interferência no ordenamento jurídico brasileiro, como motor de permeabilização das normas protetivas dos direitos das mulheres. Isto se integra dentro da perspectiva do que chamamos do constitucionalismo multinível que não vê mais a Constituição, e seus postulados fundamentais como a equidade de gênero, como um tema de ângulo interno mas fruto da cooperação do diálogo interno-internacional.

No segundo tópico serão analisadas as incompatibilidades - *inconvencionalidades* - dos diplomas protetivos internacionais em relação à legislação brasileira, bem como proceder-se-á à análise de comportamentos patriarcais e seu espelhamento face às vulnerabilidades femininas, sofridas em situações domésticas, bem como, durante períodos de confinamento social em razão das medidas de contenção pandêmicas.

A metodologia a ser utilizada baseia-se no método dialético, por meio de pesquisas bibliográficas sobre o tema do constitucionalismo feminista e do controle de convencionalidade, buscando autoras mulheres, alinhando com as legislações brasileiras sob perspectiva de gênero e a importância da leitura dessas vulnerabilidades sob a ótica feminista.

2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A CONSTRUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA

A Constituição Federal deve ser pautada para a proteção e dignidade da pessoa humana. Nesse ínterim, o pensamento de uma Constituição aberta, que possa dialogar com diferentes sistemas protetivos, aptos a ampliar e pensar novas formas de efetivar os direitos das pessoas - sobretudo daquelas tidas como mais vulneráveis- consubstancia-se em importante marco da era globalizada.

O controle de convencionalidade desponta como uma harmonização dos sistemas nacionais com os *standards* regionais. Torna-se uma ferramenta que busca a justiça às vítimas e assegura celeridade processual, por meio do papel subsidiário da Corte Interamericana “ao mesmo tempo que os juízes nacionais reforçam sua posição como garantidores primários de proteção”³.

Nestor Pedro Saguéz afirma que a Constituição nacional deve ser lida sob a ótica convencional, preterindo-se elementos que não se mostram compatíveis com diplomas internacionais em direitos humanos. A Constituição deve passar pelo filtro convencional, de modo a conformar-se, levando em consideração a CADH e a jurisprudência da Corte IDH. Segundo o autor,

[...] el “control de convencionalidad” de una Constitución, debe conceptualmente preceder al “control de constitucionalidad” de leyes, decretos, reglamentos, etc., que el mismo juez tiene que hacer, a partir de tal constitución convencionalizada⁴.

Ao ampliar-se nos múltiplos níveis de proteção, o direito soma “uma característica essencial do mundo moderno, que promove, no seu atual estágio, a confluência entre Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos”⁵.

A harmonização das ordens jurídicas não requer, apenas, uma acomodação entre ordens, mas, busca a garantia da efetividade dos direitos humanos e garantias funda-

3 “[...] acercar la justicia a las víctimas, asegura la economía procesal, evita la responsabilidad internacional del Estado y en últimas asegura la supervivencia del sistema gracias a su doble efecto centralizador–descentralizador en virtud del cual la Corte IDH reivindica su rol como mero agente subsidiario a la par que los jueces nacionales refuerzan su posición como garantes primarios de la protección”. ALVARADO, Paola Andrea Acosta. **Más allá de la utopía: Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional.** La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel. Tese de Doutorado. Universidad Complutense de Madrid. FACULTAD DE DERECHO INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN ORTEGA Y GASSET. 2015, p. 70.

4 SAGUÉZ, Nestór Pedro. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. A PROPÓSITO DE LA “CONSTITUCIÓN CONVENCIONALIZADA”. **Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.** p. 150. Disponível em: Anuario 2011 - Capitulo 00 Indice.indd (cortesclm.es) Acesso em: 15 ago. 2021.

5 BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.11.

mentais, de modo a tomar medidas que sejam, de fato, protetivas e eficazes. Pode-se, inclusive, pensar em políticas públicas eficientes e com um controle judicial profícuo. Afinal, conforme Ana Paula de Barcellos, “políticas públicas são indispensáveis para a garantia e a promoção de direitos fundamentais”⁶.

Os tratados internacionais sobre direitos humanos são instrumentos que devem permear o ordenamento jurídico nacional dos Estados-parte, por meio da sua ratificação e posterior exercício do controle de convencionalidade, de modo a harmonizar diferentes ordens jurídicas e conferir o maior grau protetivo, em matéria de direitos humanos, aos indivíduos.

O controle de convencionalidade não se restringe aos diplomas internacionais, mas, também, observa os *standards* interpretativos firmados pela Corte Interamericana em sede de suas sentenças.

Neste ponto, a Constituição Federal e todas as leis presentes no ordenamento jurídico brasileiro devem passar pelo filtro convencional. Igualmente, a aproximação com uma ordem marcada pelo *human rights approach* desponta princípios humanistas, os quais devem refletir nas leis e na interpretação realizada⁷.

Na mesma senda de compatibilização e ampliação protetiva, o diálogo entre Cortes desponta como importante mecanismo de efetivação de direitos humanos, em virtude da emergência de diferentes interpretações jurídicas havidas - as quais ampliam a proteção aos direitos.

O mundo multicultural deve ser analisado através de “uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local”, em oposição a uma política hegemônica de direitos humanos. Essa corrente atua na contramão do “choque de civilizações” de Huntington, que formulava a globalização “como arma do Ocidente contra o resto do mundo”⁸.

6 BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In.: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. (org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'**. 2ª Ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado. p. 106

7 FOGAÇA, Anderson Ricardo. CAMBI, Eduardo. SOUZA NETTO, José Laurindo de. PORTO, Letícia de Andrade. FACHIN, Melina Girardi. A recomendação n. 123/22 do CNJ: A construção do devido processo convencional e o controle de convencionalidade pelo poder judiciário. p.243. In.: SOUZA NETTO, José Laurindo de. GIACOIA, Gilberto. CAMBI, Eduardo (Coord.) **Direito, Gestão e Democracia** - Estudos em homenagem ao Ministro Feliz Fischer. Editora Clássica, Curitiba. 2022.

8 SANTOS, Boaventura de Sousa. **As tensões da modernidade**. Fórum Social Mundial. Biblioteca das Alternativas. Disponível em: Boaventura_de_Sousa_Santos (susepe.rs.gov.br) Acesso em: 25 abr. 2022.

Importante visão é trazida por Joaquín Herrera Flores, quando da concepção do diamante ético na Teoria Crítica aos direitos humanos, sob as lentes do universalismo de confluência⁹.

Na qualidade de diamante, nossa figura pretende afirmar a indiscutível **interdependência entre os múltiplos componentes que definem os direitos humanos no mundo contemporâneo**. Com o “diamante ético”, nos lançamos a uma aposta: os direitos humanos vistos em sua real complexidade constituem o marco para construir uma ética que tenha como horizonte a consecução das condições para que “todas e todos” (indivíduos, culturas, formas de vida) possam levar à prática sua concepção da dignidade humana. Nada é mais universal que garantir a todos a possibilidade de lutar, plural e diferenciadamente, pela dignidade humana. A maior violação aos direitos humanos consiste em impedir que algum indivíduo, grupo ou cultura possa lutar por seus objetivos éticos e políticos mais gerais; entre os quais, se destaca o acesso igualitário aos bens necessários ou exigíveis para se viver dignamente. Não permitir que as pessoas que querem e desejam trabalhar em nossos países tenham acesso ao direito à cidadania, bem como impedir que as mulheres tenham acesso à educação ou à saúde constituem violações de direitos humanos da pior espécie, uma vez que afetam o que é universal na proposta dos direitos: a possibilidade de lutar pela consecução da dignidade (Grifo Nosso).

Em se falando da necessidade de assegurar direitos e garantir sua efetividade, revela-se necessária a discussão acerca de lentes feministas para construção do direito constitucional.

O constitucionalismo feminista é parte integrante do constitucionalismo multinível, ao buscar promover a cidadania com o olhar voltado ao direito das mulheres. O constitucionalismo multinível feminista não comporta barreiras - pelo contrário, sobrepõe limites para assegurar direitos e a ampliação protetiva ao direito das mulheres, utilizando-se de diferentes ordenamentos jurídicos para a melhor interpretação de tais garantias.

Pretende-se explorar as potencialidades do ordenamento jurídico, em especial asseverar os padrões protetivos de direitos humanos, fixados pelas cortes regionais e internacionais, bem como os diplomas legislativos que procuram reduzir as desigualdades de gênero. Cabe a cada Estado-Parte proceder à permeabilidade destes ditames de modo a proporcionar a melhor e maior proteção às mulheres, enquanto um grupo vulnerabilizado.

Sobre a teoria feminista, é importante compreender que:

⁹ ANDRADE, Aline Memória. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Conflito de Cosmovisões de Direitos Humanos: Universalismo vs. Relativismo e as propostas conciliatórias multiculturalistas de Boaventura de Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Editora Unijuí. ano 8, n. 16, jul./dez. 2020.

O fundamento do constitucionalismo multinível, olhado pelas lentes das feministas, é o reconhecimento das outras - vistas em suas especificidades e multiplicidades - como sujeitas de direitos merecedoras de igual reconhecimento, pautados pela proteção da dignidade e pela prevenção do sofrimento. O constitucionalismo feminista desencadeia a expansão do discurso constitucional (multinível) e reinstala a diferença e a alteridade como seus fundamentos.

O constitucionalismo feminista representa um desafio global para a visão do constitucionalismo apenas do Estado, abrindo-o para uma visão complexa, integrada, comparada e multinível. Isso não significa que haja uma universalidade constitucional ao redor do globo, mas que os diálogos entre diferentes experiências constitucionais permitem demonstrar o caráter estrutural da opressão de gênero¹⁰.

O constitucionalismo feminista permite que a Constituição seja aberta à perspectiva das mulheres, concebendo os direitos e garantias em pé de igualdade (substancial), sob as lentes da perspectiva de gênero. Neste ponto, merece destaque um vetor da hermenêutica constitucional feminina, o qual coloca a Constituição “como uma totalidade que só se sustenta quando todos os seus elementos têm o seu máximo potencial preservado”¹¹.

Os valores feministas devem ser colocados à disposição e ao uso dos intérpretes da Constituição, conforme leciona Christine Peter da Silva¹²,

[...] para que as Constituições sejam textos normativos também destinados às mulheres, o primeiro passo é conhecer as mulheres que fizeram as Constituições, as mulheres que interpretam as Constituições, as mulheres que fazem das Constituições o seu instrumento de trabalho e de luta por seus direitos fundamentais, nas sociedades contemporâneas.

O direito das mulheres, atualmente, é objeto de tutela pela Organização das Nações Unidas (ONU) - a nível global -, e pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em complemento à proteção constitucional local, ampliando-a e robustecendo-a. O controle de convencionalidade no direito das mulheres pode ser traduzido nos variados diplomas internacionais que tutelam tais direitos, merecendo uma categoria protetiva especial, de forma a permitir sua permeabilidade e eficácia dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

10 CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. FACHIN, Melina Girardi. **Constituição e Direitos Humanos**. Tutela dos grupos vulneráveis. Editora Almedina, 2022. p. 264.

11 SILVA, Christine Oliveira Peter da. GOMIDE, Carolina Freitas. **Constitucionalistas Constituintes: uma agenda para o Brasil**. In.: **Constitucionalismo Feminista**. SILVA, Christine Peter da. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. FACHIN, Melina Girardi (Coord.). Salvador: JusPodvium, 2020. p. 24.

12 Ibid

Podem ser citados múltiplos diplomas internacionais protetivos dos direitos das mulheres, como: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979; as Convenções Interamericanas sobre a Concessão de Direitos Civis (1948) e Políticos (1952) à Mulher, que igualaram os mesmos direitos civis e políticos às mulheres e homens; a Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher), de 1994.

No âmbito interno brasileiro, destacam-se a Lei Maria da Penha (Lei nº 13.340/06) e a Recomendação nº 128/2022, que instituiu o Protocolo de Julgamento da perspectiva de gênero no Poder Judiciário brasileiro.

O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, nos termos da Recomendação nº 128/2022 do CNJ, deve servir de parâmetro hermenêutico a ser utilizado pelo Judiciário como meio de desconstrução e superação de diferenças e desigualdades históricas, de identificação de estereótipos presentes na cultura que comprometem a imparcialidade jurídica, e de promoção da equidade do dever de cuidado de pai e mãe no âmbito familiar:

A ideia de que há neutralidade nos julgamentos informados pela universalidade dos sujeitos é suficiente para gerar parcialidade.

Um julgamento imparcial pressupõe, assim, uma postura ativa de desconstrução e superação dos vieses e uma busca por decisões que levem em conta as diferenças e desigualdades históricas, fundamental para eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher.

Considerar que os estereótipos estão presentes na cultura, na sociedade, nas instituições e no próprio direito, buscando identificá-los para não se submeter à influência de vieses inconsciente no exercício da jurisdição é uma forma de se aprimorar a objetividade e, portanto, a imparcialidade no processo de tomada de decisão. Além disso, a compreensão crítica de que a pessoa julgadora ocupa uma posição social, que informa a sua visão de mundo, muitas vezes bem diversa das partes, reduz a possibilidade de se tomar uma decisão que favoreça a desigualdade e a discriminação.¹³ (grifo nosso).

Por outro lado, sabe-se que, apesar dos esforços engendrados, existem muitos avanços a serem feitos no que concerne à proteção da mulher, conforme será explorado no próximo tópico.

¹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021.

3 AS INCONVENCIONALIDADES E VULNERABILIDADES DOS DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL

O controle de convencionalidade, conforme visto anteriormente, consubstancia-se em importante ferramenta de harmonização entre diferentes ordens jurídicas. Sabe-se que vivemos em um contexto heterogêneo, marcado por dissonâncias legislativas, políticas e sociais - o que fomenta ambientes de tensões democráticas. Tais circunstâncias revelam rupturas protetivas e enaltecem vulnerabilidades, uma vez que a atenção se volta a questões de interesse da minoria governante.

A pandemia decorrente do coronavírus, em 2020, foi um forte exemplo de medidas inconventionais - e não protetivas - frente às vulnerabilidades já existentes no Brasil. Em que pese as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos - bem como as medidas cautelares em face do Brasil, as medidas nacionais de restrição dos direitos fundamentais, no período, bem como a adoção de medidas contrárias aos interesses populacionais apenas enalteceu condições de risco à população.

As mulheres, nesse contexto pandêmico, encontraram-se à margem social e econômica, por dependerem, em sua maioria, de empregos informais/autônomos, bem como nos trabalhos domésticos. As restrições de circulação impactaram no sustento de muitas famílias brasileiras, sobretudo, com grande repercussão na divisão sexual do trabalho, nas quais as múltiplas jornadas ainda pendem sobre os ombros femininos. Não se olvida que, durante o pedido restritivo para a contenção da Covid-19, houve aumento nos casos de violência doméstica no Brasil, o que demandou o fortalecimento dos serviços de atendimento, canais de denúncia e proteção das vítimas de violência intrafamiliar e sexual¹⁴. Todavia, tais iniciativas encontram-se aquém da realidade vivida no período, denotando o descaso para com grupos vulneráveis - os quais restaram ainda mais à margem e desprotegidos em face de medidas 'protetivas' que pouco - ou nada - fizeram.

Igualmente, no contexto legislativo, existem dissonâncias entre os sistemas internacionais protetivos, e o sistema local - o que desponta inconventionidades. Importante ressaltar que o termo "inconvenional" diz respeito a não observância de tratados, convenções e declarações internacionais nas quais o Brasil é signatário, portanto, advindo a necessidade de cumprimento de seus ditames. O controle de convencionalidade desponta a partir da adequação do ordenamento jurídico nacional frente à multiplicidade de diplomas protetivos assinados e, que, devem ser seguidos internamente. Entretanto, no caso do Brasil, a existência de uma grande gama de legislações, cria

14 CAMBI, Eduardo. PORTO, Letícia de Andrade. FACHIN, Melina Girardi. Proteção do direito à vida na pandemia de covid-19. p. 127-128. In.: GIACÓIA, Gilberto. BREGA FILHO, Vladimir. ALVES, Fernando de Brito. (Orgs.). **Teorias da justiça** - Justiça e exclusão. Curitiba: Juruá, 2021.

entraves à adequação legislativa protetivo, não deixando a salvo direitos assegurados internacionalmente, e que, deveriam ampliar e tornar efetivos os direitos já existentes dentro de cada ordenamento nacional.

No Brasil, podem ser citadas as escusas absolutórias no Código Penal, as quais deixam a salvo os maridos e companheiros que cometerem crimes patrimoniais em detrimento da esposa, na constância da sociedade conjugal¹⁵. Apesar de tal dispositivo violar diplomas internacionais, bem como a Lei Maria da Penha - por incidir em violência patrimonial contra a mulher - trata-se de questão ainda vigente, e que merece interpretação pro mulher, a luz do constitucionalismo feminista.

Nesse contexto, não se olvida que as estruturas básicas sociais estipulam posições sociais que as pessoas ocupam e condicionam as suas oportunidades de vida. Retrato disso são as estruturas sociais que oprimem mulheres com base na divisão de gênero e trabalho dentro da unidade familiar.

Segundo Susan Okin, os papéis de gênero e as expectativas estruturam as vidas de homens e mulheres de forma diferente e que resultam em desvantagens e vulnerabilidades para as mulheres e seus filhos. As mulheres se tornam dependentes dos rendimentos masculinos para o sustento principal delas e de seus filhos. Logo, a dependência econômica das mulheres dá a muitos homens um poder desigual na família¹⁶.

Importante parênteses a ser delineado acerca da divisão sexual do trabalho, a qual atribuiu aos homens as atividades remuneratórias de prestígio social, enquanto às mulheres cabia o cuidado aos filhos e à casa.¹⁷

Em seus estudos, Okin retrata a teoria da justiça de John Rawls sob um panorama de gênero, a fim de equalizar direitos e papéis sociais. Conforme:

There is, then, implicit in Rawls's theory of justice a potential critique of gender-structured social institutions, which can be made explicit by taking seriously the fact that those formulating the principles of justice do not know their sex. At the beginning of my brief discussion of this feminist critique, however, I made an assumption that I said would later be questioned-that a person's sex is, as Rawls at times indicates, a contingent and morally irrelevant characteristic, such that human beings can hypothesize ignorance of this fact about them, imagining themselves as sexless, free and equal, rational, moral persons. First, I will explain why, unless this assumption is a reasonable one, there are

15 "Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: (Vide Lei n° 10.741, de 2003) I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal".

16 OKIN, Susan. Justice and Gender. Source: **Philosophy & Public Affairs**, Vol. 16, No. 1 (Winter, 1987), pp. 42-72.

17 HIRATA, H.; KERGOAT, D. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. **Cadernos de Pesquisa**, v.37, n.132, p.595-609, set./dez. 2007; SOUSA, Luana Passos de. GUEDES, Dyeggo Rocha. Desigual divisão sexual do trabalho: um olhar sobre a última década. **Estudos Avançados**, 30(87), 123-139. Recuperado de <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/119119>. p. 124-125.

likely to be further feminist ramifications for a Rawlsian theory of justice, as well as those I have just sketched out. I will then argue that the assumption is very probably not plausible in any society that is structured along the lines of gender. **The conclusion I reach is that not only is the disappearance of gender necessary if social justice is to be enjoyed in practice by members of both sexes, but that the disappearance of gender is a pre-requisite for the complete development of a nonsexist, fully human theory of justice**¹⁸.

Por outro lado, a releitura da Teoria da Justiça, de Rawls, não se desenvolve de maneira fácil. Isso porque para o alcance de uma justiça plena, os representantes do povo devem ser imbuídos de desenvolvimento psicológico e moral idêntico, despidos de características e posições sociais. Os fatores sociais possuem grande implicância na tomada de decisões políticas - sobretudo diante do papel subordinado da mulher, provocado pelo machismo estrutural e pelo patriarcado inerente às instituições. Para Okin, a solução para a equalização de direitos seria a remodelação social para a ausência de gênero - o que seria atingido com a participação de homens e mulheres em atividades governamentais e de desenvolvimento intelectual, social. Tais atividades têm o condão de desenvolver uma “personalidade humana mais completa do que até agora foi possível”¹⁹.

A representatividade das mulheres no mercado de trabalho ainda encontra-se em patamar aquém da igualdade, quando comparado ao número de homens que desenvolvem a mesma atividade. Segundo Luana Passos de Sousa e Dyeggo Rocha Guedes, em 2014, 57% das mulheres brasileiras, participantes da pesquisa, eram economicamente ativas, ou seja, possuíam alguma forma de trabalho remuneratória - contra, quase 85% dos homens entrevistados²⁰.

Nesse norte, leciona Flávia Biroli,

A configuração das fronteiras entre esfera pública e esfera privada implica lugares distintos para mulheres e homens. Não quero, com isso, afirmar que todos os homens e todas as mulheres são posicionados de maneira idêntica, mas que, para a participação das mulheres na esfera pública, impõem-se filtros que estão vinculados às responsabilidades a elas atribuídas na esfera privada e à construção de sentidos do feminino que ainda guardam relação com a noção de domesticidade.

Quando a dualidade entre público e privado não é problematizada - o que é majoritário nas teorias da democracia -, as relações de poder na esfera privada não são computadas na compreensão de como os indivíduos se tornaram

18 Ibid. p. 68.

19 OKIN, Susan. Justice and Gender. Source: **Philosophy & Public Affairs**, Vol. 16, No. 1 (Winter, 1987), p. 71.

20 SOUSA, Luana Passos de. GUEDES, Dyeggo Rocha. Desigual divisão sexual do trabalho: um olhar sobre a última década. **Estudos Avançados**, 30(87), 123-139. Recuperado de <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/119119>. p. 129.

quem são e dos limites desiguais para atuarem, individual e coletivamente. Em outras palavras, a vida doméstica, em um conjunto diferenciado de práticas que se estende da divisão sexual do trabalho à economia política dos afetos, da responsabilização desigual pelo cotidiano da vida à norma heterossexual, é desconsiderada como fator que define as possibilidades de atuação na vida pública²¹.

Por outro lado, ao se falar sobre a representatividade da mulher, é inegável a conexão do papel da mulher na política - a qual se mostra aquém da igualdade ideal e da paridade de gênero.

Na maior parte dos sistemas políticos, as mulheres ocupam uma pequena proporção dos cargos públicos eleitos. Isso frustra as promessas de igualdade política e de oportunidades que estão na base dos princípios democráticos. Propiciar maior inclusão e influência aos grupos sociais sub-representados pode contribuir para que uma sociedade enfrente e reduza a desigualdade social estrutural.

Em relação à participação das mulheres na política, algumas mudanças legislativas podem ser notadas nos últimos anos. Mesmo assim, a participação efetiva da mulher na política ainda é pequena. O desenho atual da Câmara dos Deputados conta com 91 mulheres deputadas federais²² - o que corresponde a quase 18% das cadeiras preenchidas.

Também, destaque para mais uma barreira que restringe a representação política das mulheres no Brasil: os episódios de violência política de gênero. Nesse sentido, revela-se inegável a menção ao triste episódio do assassinato da vereadora do Rio de Janeiro, Marielle Franco, em 2018²³.

Para tentar combater a sub-representação de mulheres na política, alguns dispositivos da Lei Das Eleições foram modificados, tornando obrigatório o preenchimento do percentual mínimo de 30% das vagas para candidatura feminina.

Em 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a distribuição de recursos do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos, popularmente conhecido como “Fundo Partidário”, deve ser feita na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos, respeitado o patamar mínimo de 30% destinado às mulheres dos Partidos.

21 BIROLI, Flávia. Gênero e Desigualdades. **Limites da Democracia no Brasil**. Editora Boitempo. 2020. p. 09

22 BRASIL. Câmara dos Deputados. Secretaria da Mulher. **Bancada feminina alcança 91 deputadas federais**. Acesso em: 12 jan. 2023. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/secretarias/secretaria-da-mulher/noticias/bancada-feminina-alcanca-91-deputadas-federais-1>

23 BRASIL. Senado Federal. **Mulheres na política**. 27 mai. 2022. Acesso em: 12 jan. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/05/aliados-na-luta-por-mais-mulheres-na-politica>

No mesmo ano (2018), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu que os Partidos Políticos devem reservar pelo menos 30% dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e do tempo de horário eleitoral gratuito para as candidaturas femininas.

Ampliando tal informação a nível regional, no México e na Argentina foi introduzido o sistema de paridade, de forma que 50% das candidatas listadas devem ser mulheres. Assim, o México ocupa a 5ª posição no ranking de representação feminina no Legislativo, enquanto o Brasil fica na posição 140, de 191 países.

Neste ponto, Iris Marion Young sustenta a criação de políticas de promoção de justiça, como uma espécie de terceira via, a partir da criação de uma teia de instituições e interações de efeito mútuo. Tal espaço permite a concepção de um processo comunicativo público inclusivo, de modo a permitir a ampliação do ponto de vista que busca fazer um juízo de justiça que comunique os interesses da população²⁴.

Em se falando de grupos vulneráveis - e a carência protetiva que deságua em disparidades, injustiças e inconveniências - revela-se de grande importância a atribuição de papel representativo desses grupos em ações governamentais. Isso porque, a configuração legislativa não comporta o desenho patriarcal, no qual o homem branco estipula legislações que julga serem justas, sem a possibilidade de consulta aos grupos interessados.

A “desarmonia” entre ordens jurídicas encontra raiz nesses moldes autoritários, que repetem padrões misóginos, e calam grupos por décadas, sob a justificativa de que aqueles que se encontram no poder, detém conhecimento para atribuir o melhor a todo o povo. Por outro lado, se esquecem de que grandes grupos têm suas particularidades e anseios distintos, não podendo ser rotulados apenas como uma identidade única. Daí a importância do espaço popular deliberativo e a oitiva de diferentes pessoas - de modo a permitir a maior gama de ideias, representatividade, e respeito à heterogeneidade compositiva de uma democracia justa.

Logo, a inclusão de diferentes grupos demonstra respeito e garante que todos os interesses legítimos na política sejam expressos, pautados pelo princípio fundamental da inclusão democrática.

Para Iris Marion Young, a inclusão tem duas funções adicionais: motiva os participantes do debate político a transformar suas reivindicações de meras expressões de interesses egoístas em apelos à justiça; e, maximiza o conhecimento social disponível

24 YOUNG, Iris Marion. **Inclusion and Democracy**. Oxford, 2000. p. 16-36.

para um público democrático, de modo que os cidadãos tenham maior probabilidade de tomar decisões justas e sábias²⁵.

A democracia inclusiva se pauta na tomada de decisão com o intuito de promover justiça na resolução de problemas, significando reconhecer as diferenciações e divisões sociais e encorajar grupos situados de forma diferente a dar voz às necessidades, interesses e perspectivas na sociedade de maneira que atendam às condições de razoabilidade e publicidade. Trata-se de significado denso de inclusão que destaca a importância de valorizar diversos modelos de comunicação na discussão democrática²⁶.

A representação da mulher é necessária, uma vez que a população feminina não pode ser ouvida e presente em todas as decisões legislativas. Neste ponto, destaca-se o incentivo de outros países na América Latina, que se encontram engajados na participação da população vulnerável na política local.

Como exemplo, cita-se a Constituição do Equador, que retrata o *Buen Vivir* da população a partir da criação dos Conselhos Nacionais Igualitários, formados por representantes da sociedade civil, no intuito de democratizar e retratar os anseios da população de maneira mais equânime e verdadeira possível. Também, a Constituição da Bolívia reconhece o pluralismo jurídico e a participação cidadão como intrínsecos à democracia.

Deseja-se afastar o conceito de que a democracia possa se transformar em um governo de elite, destinado à representação de minorias. Pelo contrário: é mais do que necessário que sejam estipulados mecanismos, e instrumentos, que garantam a justiça aos grupos marginalizados e vulnerabilizados.

Nesse sentido, destaca-se a teoria crítica dos direitos humanos, bem representada na orientação de Joaquín Herrera Flores:

Se existe um fenômeno que resiste à suposta “neutralidade” científica, são os direitos humanos, sobretudo para uma teoria como a nossa, que se compromete a refletir intelectualmente e a propor dinâmicas sociais de luta contra os processos hegemônicos de divisão do fazer humano. Que neutralidade podemos defender se nosso objetivo é *empoderar* e fortalecer as pessoas e os grupos que sofrem essas violações, dotando-os de meios e instrumentos necessários para que, plural e diferencialmente, possam lutar pela dignidade? Por isso nossa insistência para que uma visão atual dos direitos humanos parta de novas bases teóricas e induza a práticas renovadas nas lutas “universais” pela dignidade²⁷.

25 YOUNG, Iris Marion. **Inclusion and Democracy**. Oxford, 2000. p. 16-36.

26 YOUNG, Iris Marion. **Inclusion and Democracy**. Oxford, 2000. p. 16-36.

27 HERRERA-FLORES, Joaquin. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Trad. de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Boiteux, 2009. p. 31-32).

Por certo que o Direito deve acompanhar a dinâmica social e, justamente por isso, deve-se adequar às reivindicações dos grupos vulnerabilizados, que não podem ser inviabilizados pelo sistema jurídico, sob pena da reprodução de padrões injustos. Em outras palavras, o Direito não pode se desligar das suas fontes sociais e da experiência do mundo da vida²⁸.

4 CONCLUSÕES

Inúmeros movimentos vêm remodelando o panorama contemporâneo do direito constitucional, possibilitando a formação de um contexto de (des)construção do discurso tradicional, fomentada por movimentos críticos, especialmente do constitucionalismo periférico. Estes caminhos que se abrem, plurais e diversos entre si, compartilham a insatisfação com o discurso constitucional hegemônico, constituído no paradigma moderno, em cumprir com muitas das promessas constitucionais.

Dentre os temas que revelam essa frustração destaca-se a desigualdade histórica e estrutural entre homens e mulheres, que persiste com maior ou menor intensidade em diferentes realidades (MACKINNON 2012). É neste espaço que as abordagens do chamado *constitucionalismo feminista* surgem (BAINES e RUBIO-MARÍN 2004) e tem se intensificado cada vez mais (BAINES, BARAK-EREZ e KAHANA 2012). Na região latino-americana, marcada pelo androcentrismo, diversas iniciativas têm se formado em prol desta reconstrução (DA SILVA, BARBOZA e FACHIN 2019, 2020).

Ainda que seja um movimento diverso, complexo e miscigenado, com abordagens metodológicas e enfoques diversos, aplicado aos mais variados contextos, há um norte comum nas abordagens do constitucionalismo feminista: reivindicar o poder fundamental de redefinir as experiências constitucionais a partir de uma visão de gênero. Nossas reflexões orbitam, assim, em torno da das desigualdades e subordinação das mulheres, tendo como objeto de denúncia e análise as assimetrias de poder entre os gêneros e ponto de convergência a crítica ao patriarcado.

O constitucionalismo tradicional foi – e ainda é em alguma medida – um movimento sem mulheres. Nós fomos excluídas, esquecidas, invisibilizadas e caladas. O direito constitucional foi, desde a modernidade, construído e projetado para um sujeito abstrato de sexo bem definido: o masculino.

28 BITTAR, Eduardo Bianca. **Introdução ao Estudo do Direito. Humanismo, democracia e justiça**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 309-310.

O discurso constitucional nasce e se mantém indiferente às diferenças refletidas no tratamento díspar no acesso a serviços e bens, trabalho, segurança, participação política e mesmo na estrutura e formação do direito (BAINES, BARAK-EREZ e KAHANA 2012). Como consequência, verifica-se, ainda, em diferentes tradições constitucionais, padrão de discriminação estrutural (CRENSHAW 1991) em relação ao feminino, inerente inclusive às estruturas e mecanismos jurídico-constitucionais, institucionalizada em todos os âmbitos das sociedades.

O direito constitucional clássico é, portanto, um direito de exclusões. É um campo a ser transgredido – no sentido de atravessar, ir além dos limites. O desafio do constitucionalismo feminista é justamente quebrar o silêncio imposto às mulheres por tanto tempo na teoria constitucional e nos espaços de poder que definem a Constituição. Precisamos construir uma história constitucional que nos inclua, uma Constituição na qual nossa história possa ser contada (SOLNNIT 2020).

Para edificar um direito constitucional feminista é necessário o protagonismo das mulheres, afinal, nada sobre nós será pensado sem a nossa participação. Assim, o primeiro passo que se coloca é de evidenciar as mulheres que fizeram e fazem o direito constitucional. É, em certa medida, um exercício de resgate constitucional das constitucionalistas que foram silenciadas, recusadas e olvidadas. Recompor esta paisagem feminal do direito constitucional, para além de fazer justiça com legado de importantes pensadoras como Mary Wollstonecraft, Olympe de Gouges e Simone de Beauvoir, nos inspira para avançar.

A coragem é contagiosa e esse inventário das constitucionalistas nos anima para repensar o direito constitucional por mulheres e para as mulheres. Esta viragem paradigmática não é apenas dos sujeitos constitucionais, mas da própria visão da Constituição, aqui compreendida de modo amplo e não apenas na sua expressão normativa. Ver o direito constitucional pelas lentes do feminismo – aqui entendido como igualdade social, política e econômica entre os sexos (ADICHIE 2015) – traz uma virada epistemológica que amplia a latitude e seus fundamentos, propondo uma revisão crítica de suas estruturas.

Quanto à latitude, o constitucionalismo feminista representa um desafio global, rompendo com a visão exclusivamente estatal do fenômeno constitucional, abrindo-o para uma dimensão transversal, integrada, comparada e multinível (SLAUGHTER 2003). Isto não significa que haja uma universalidade constitucional, mas os diálogos entre diferentes experiências constitucionais (PIOVESAN 2013) permitem demonstrar o caráter estrutural da opressão e estabelecer uma perspectiva mais ampla. Assim, lança-se luz, por meio de comparações (JACKSON 2010), sobre os diferentes papéis que a Constituição desempenha em relação à justiça de gênero (NUSSBAUM 2001).

Não há como pensar na proteção constitucional das mulheres desconsiderando o legado da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), na voz de sua interpretação autorizada feita pelo Comitê específico. Na região americana, destaque para a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) e sua interpretação evolutiva feita pelos órgãos do sistema interamericano – Comissão e Corte. Sob a perspectiva de gênero, o sistema interamericano tem tido a força catalizadora de propiciar avanços seja no campo normativo, seja no campo das políticas públicas (ANTONIAZZI 2017), fortalecendo a proteção dos direitos humanos das mulheres.

Além desta abertura, o constitucionalismo feminista também provoca mudanças quanto aos fundamentos da teoria constitucional. Os princípios da igualdade e da não discriminação ganham novos contornos com a ideia central de diferença e alteridade (FRASER 1997). O foco na diversidade é um dos aspectos mais evidentes de uma abordagem feminista do direito constitucional.

Se, para a concepção formal de igualdade, tal conceito é tomado tendo um ponto de partida abstrato, na concepção substancial, a igualdade é mirada como resultado, tendo como pressuposto as diferenças. Mostra-se, assim, essencial distinguir diferença e desigualdade. O constitucionalismo feminista afirma a igualdade com respeito à diversidade, o reconhecimento de identidades e o direito à diferença com base em uma plataforma emancipatória e igualitária.

No diálogo expansivo com o direito internacional, os constitucionalismos locais são instados a adotar diferentes perspectivas para realização do direito à igualdade e à não discriminação, identificando e reconhecendo as diferenças de gênero e garantindo que o tratamento dado não se traduza em um obstáculo para fruição de direitos das mulheres.

A diferença é reivindicada aqui em seu sentido plural: as desigualdades e a opressão vividas pelas mulheres não se limitam a um código binário homem/mulher, mas também abrangem raça, cultura e categorias de classe social (DAVIS 2016). As mulheres não sofrem discriminação num vácuo, mas dentro de um contexto social, trazendo à tona o tema das interseccionalidades (AKOTIRENE 2019). Com efeito, a discriminação das mulheres está indissociavelmente ligada a outros fatores tais como a raça, classe social, idade, origem étnica, orientação sexual. O constitucionalismo feminista não pretende incluir todos os aspectos da diversidade, mas contém uma chave epistemológica que os conecta com o constitucionalismo (MACKINNON 2012).

Portanto, o constitucionalismo feminista transgride o direito constitucional clássico e hegemônico, desencadeando a expansão do discurso constitucional (plural, multiní-

vel e transversal) e reinstalando a diferença e a alteridade, em suas especificidades e multiplicidades, como seus fundamentos.

O constitucionalismo feminista consubstancia-se como um meio de incorporar ao Direito o *lugar de fala* das mulheres²⁹. Em um mundo marcado por padrões misóginos e a repetição de normas patriarcais, nas quais as mulheres ainda lutam por um lugar no mercado de trabalho e, possuem jornada dupla - às vezes, tripla -, revela que as tarefas domésticas e o cuidado com os filhos recai, em sua maioria, sob ombros femininos.

Além disso, conforme analisado no decorrer do texto, em que pese a existência legislativa de proteção ao direito das mulheres no Brasil, ainda existe a reprodução de normativas dissonantes desse contexto protetivo, como a possibilidade de o marido/companheiro isentar-se de pena, quando da prática de crimes patrimoniais contra a esposa/companheira, na constância da sociedade conjugal. Tal prerrogativa vai de encontro a diplomas protetivos internacionais, bem como, configura violência patrimonial nos moldes da Lei Maria da Penha.

Situações vividas em época de confinamento para a contenção do coronavírus, em 2020 e 2021, mostraram a ampliação da vulnerabilidade das mulheres. Isso porque, aquelas que dependiam da economia informal, por serem autônomas ou trabalharem em outros lares exercendo profissão de empregada doméstica, tiveram impacto em suas atividades. Além do mais, o número de violência doméstica aumentou nesse período, por estarem confinadas com pessoas agressivas a maior parte do tempo.

Ao remontar à pergunta de pesquisa que buscava saber: Qual o papel controle de convencionalidade para a consecução do constitucionalismo feminista? O controle de convencionalidade busca harmonizar diferentes ordens jurídicas, sob a justificativa de ampliar a proteção conferida aos diferentes grupos que compõem a sociedade. Nesse norte, olhar a constituição sob as lentes feministas garante um lugar de fala poderoso às mulheres, que podem ser ouvidas e representadas em suas questões. Ao mesmo tempo, o controle de convencionalidade opera como uma filtragem em nosso ordenamento jurídico, permitindo a passagem de normativas que caminhem em consonância às lutas daqueles, e daquelas.

A caminhada é longa, mas já mostra parcos resultados. O julgamento com a perspectiva de gênero, idealizada pelo Conselho Nacional de Justiça, idealizado na Recomendação n. 128/2022 do CNJ, mostra um acoplamento de valores necessários para a transformação social - a qual ocorre lentamente, com a educação para direitos humanos, o combate à violência e o empoderamento das meninas e mulheres.

²⁹ RIBEIRO, Djamilia. **Lugar de fala**. São Paulo: Jandaíra, 2019.

A perspectiva é contra-hegemônica, para que se incorporem conhecimentos capazes de desestabilizar as normas jurídicas injustas, construídas a partir de um panorama machista e patriarcal. Porém, não se esquece que grandes conquistas não ocorrem inesperadamente, mas, sim, são frutos de mobilização social e de lutas constantes para uma sociedade justa e que permita condições equânimes - e protetivas - entre homens e mulheres.

REFERÊNCIAS

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. **Más allá de la utopía: Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional**. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel. Tese de Doutorado. Universidad Complutense de Madrid. FACULTAD DE DERECHO INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN ORTEGA Y GASSET. 2015

ANDRADE, Aline Memória. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Conflito de Cosmovisões de Direitos Humanos: Universalismo vs. Relativismo e as propostas conciliatórias multiculturalistas de Boaventura de Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Editora Unijuí. ano 8, n. 16, jul./dez. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In.: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. (org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e 'reserva do possível'. 2ª Ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014

BITTAR, Eduardo Bianca. **Introdução ao Estudo do Direito. Humanismo, democracia e justiça**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 309-310.

BIROLI, Flávia. Gênero e Desigualdades. **Limites da Democracia no Brasil**. Editora Boitempo. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Mulheres na política**. 27 mai. 2022. Acesso em: 12 jan. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/05/aliados-na-luta-por-mais-mulheres-na-politica>

BRASIL. Câmara dos Deputados. Secretaria da Mulher. **Bancada feminina alcança 91 deputadas federais**. Acesso em: 12 jan. 2023. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/secretarias/secretaria-da-mulher/noticias/bancada-feminina-alcanca-91-deputadas-federais-1>

CAMBI, Eduardo. PORTO, Letícia de Andrade. FACHIN, Melina Girardi. Proteção do direito à vida na pandemia de covid-19. p. 127-128. In.: GIACOIA, Gilberto. BREGA FILHO, Vladimir. ALVES, Fernando de Brito. (Orgs.). **Teorias da justiça** - Justiça e exclusão. Curitiba: Juruá, 2021.

CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. FACHIN, Melina Girardi. **Constituição e Direitos Humanos**. Tutela dos grupos vulneráveis. Editora Almedina, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça,- CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021.

FOGAÇA, Anderson Ricardo. CAMBI, Eduardo. SOUZA NETTO, José Laurindo de. PORTO, Letícia de Andrade. FACHIN, Melina Girardi. A recomendação n. 123/22 do CNJ: A construção do devido processo convencional e o controle de convencionalidade pelo poder judiciário. p.243. In.: SOUZA NETTO, José Laurindo de. GIACOIA, Gilberto. CAMBI, Eduardo (Coord.). **Direito, Gestão e Democracia** - Estudos em homenagem ao Ministro Feliz Fischer. Editora Clássica, Curitiba. 2022.

HERRERA-FLORES. Joaquin. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Trad. de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Boiteux, 2009. p. 31-32).

HIRATA, H.; KERGOAT, D. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. **Cadernos de Pesquisa**, v.37, n.132, p.595-609, set./dez. 2007.

OKIN, Susan. Justice and Gender. Source: **Philosophy & Public Affairs**, Vol. 16, No. 1 (Winter, 1987).

RIBEIRO, Djamilia. **Lugar de fala**. São Paulo: Jandaíra, 2019.

SAGUÉZ, Nestór Pedro. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. A PROPÓSITO DE LA “CONSTITUCIÓN CONVENCIONALIZADA”. **Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina**. p. 150. Disponível em: Anuario 2011 - Capitulo 00 Indice.indd (cortesclm.es) Acesso em: 15 ago. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **As tensões da modernidade**. Fórum Social Mundial. Biblioteca das Alternativas. Disponível em: Boaventura_de_Sousa_Santos (susepe.rs.gov.br) Acesso em: 25 abr. 2022.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. GOMIDE, Carolina Freitas. Constitucionalistas Constituintes: uma agenda para o Brasil. In.: **Constitucionalismo Feminista**. SILVA, Christine Peter da. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. FACHIN, Melina Girardi (Coord.). Salvador: JusPodvium, 2020.

SOUSA, Luana Passos de. GUEDES, Dyeggo Rocha. Desigual divisão sexual do trabalho: um olhar sobre a última década. **Estudos Avançados**, 30(87), 123-139. Recuperado de <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/119119>.

YOUNG, Iris Marion. **Inclusion and Democracy**. Oxford. 2000.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS LGBTI+: DIÁLOGOS ENTRE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Flávia Piovesan¹

Nathércia Magnani²

Resumo: Trata-se de artigo que expõe os avanços normativos e jurisprudenciais trazidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos no âmbito da proteção dos direitos relativos à diversidade sexual. Aliando teoria e prática, as autoras analisaram como esse pode ser um palco importante para avanços na efetivação dos direitos desse grupo em especial situação de vulnerabilidade. Em um segundo momento, examinaram o diálogo do STF com os julgados sobre o tema da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que vem produzindo um universo jurisprudencial alinhado com o *corpus juris* interamericano.

Palavras-chave: Sistema Interamericano de Direitos Humanos, Supremo Tribunal Federal, diversidade sexual, diálogo entre Cortes.

Abstract: This is an article that exposes the normative and jurisprudential advances brought by the Inter-American Human Rights System in the scope of the protection of rights related to sexual diversity. Combining theory and practice, the authors analyzed how this can be an important stage for advances in the realization of the rights of this vulnerable group. In a second moment, they examined the STF dialogue with the judges on the subject of the Inter-American Court of Human Rights, which has been producing a jurisprudential universe aligned with the Inter-American corpus juris.

¹ Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1990), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1994) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). É professora doutora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo nos programas de graduação e pós graduação em Direito; visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000); visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005); visiting fellow do Max-Planck Institute for Comparative Law and International Law (2007-2008, 2015-2022) e Humboldt Foundation Georg Forster Researcher Fellow no Max-Planck Institute for Comparative Law and International Law (2009-2014). Foi membro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana; da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development; e do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Eleita para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (2018-2021). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, Direito Constitucional e Direito Internacional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, Direito Constitucional, Direito Internacional, proteção internacional e proteção constitucional. É Procuradora do Estado e atualmente é Coordenadora científica da Unidade de Monitoramento e Fiscalização das Decisões da Corte Interamericana.

² Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2009), especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2011), mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2013) e doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2019- atual). Foi bolsista do CNPQ na graduação e no mestrado. No doutorado, é pesquisadora vinculada à CAPES. Atuou como advogada no setor de projetos sociais do Escritório Modelo Don Paulo Evaristo Arns da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e como professora na Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Já teve passagem como pesquisadora e advogada em organizações não governamentais ligadas ao fortalecimento dos direitos humanos. Temas de interesse: direitos humanos, Sistema Interamericano de Direitos Humanos, metodologia de pesquisa, pesquisa empírica em direito e educação popular em direitos.

Keywords: *Inter-American Human Rights System, Federal Supreme Court, sexual diversity, inter-court dialogue.*

1 INTRODUÇÃO

Esse é um artigo teórico-prático, que possui dois objetivos centrais.

O primeiro deles é, valendo-se da atuação de uma das autoras como comissionada da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (ou, simplesmente, CIDH) durante o mandato de 2018-2021, e como relatora na Relatoria sobre os Direitos de Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo do órgão³, demonstrar os avanços na agenda da proteção dos direitos das pessoas LGBTI+ trazidos pela atuação dos dois órgãos que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (ou, simplesmente, SIDH) – a referida Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (ou, simplesmente, Corte IDH).

Em segundo lugar, demonstrar como o Supremo Tribunal Federal (ou, simplesmente, STF), na função de órgão de cúpula do Judiciário brasileiro e de guardião da nossa Constituição Federal, tem dialogado com as decisões emancipatórias geradas pelo sistema regional de proteção.

Não há consenso sobre o conceito do termo “minorias”, uma vez que o termo é manejado por distintos ramos das Ciências Sociais. Não obstante, para a Teoria Geral dos Direitos Humanos pode-se entender uma minoria como qualquer comunidade de pessoas que esteja submetida a uma relação de subjugação por um grupo dominante – o que, em outras palavras, significa estar em situação de vulnerabilidade social. Portanto, o mencionado termo, quando empregado no âmbito dessa disciplina, não tem nada a ver com estar em menor quantidade numérica diante de um grupo maior, mas em estar suscetível e fragilizado de alguma maneira frente a uma força preponderante e estigmatizante que seja fruto de uma relação assimétrica de poder.

É difundida a máxima de que todos são iguais perante a lei. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ou, simplesmente, DUDH), por exemplo, proclama que todos somos livres e iguais em dignidade, direitos e respeito. Mas, por conta da existência de duas facetas do direito à igualdade (igualdade formal + igualdade material), a concepção aristotélica de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais (na exata medida de sua desigualdade) se tornou um dos pilares dos ordenamentos

³ A Relatoria sobre os Direitos das Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo foi criada em 2014 e, atualmente, se junta a outras 12 Relatorias temáticas. Para saber mais: <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/r/default.asp>.

jurídicos ocidentais e contemporâneos. Assim sendo, os grupos mais fragilizados na estrutura que forma o tecido social devem receber proteção especial da lei e de seus aplicadores para que as suas situações de vulnerabilidade sejam atenuadas.

Com base no dito acima, infere-se que existem diversos grupos que podem ser considerados minoritários. São exemplos (não exaustivos): os povos indígenas, as mulheres, os afrodescendentes, as pessoas em situação de rua, as pessoas privadas de liberdade, as pessoas idosas, as crianças, os refugiados, a comunidade LGBTI+⁴, etc.

Aqui, o enfoque é dado apenas a uma minoria em específico, qual seja, a comunidade de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, intersexuais e demais pessoas com identidade de gênero ou orientação sexual diversos do binarismo e da heteronormatividade (representadas na sigla aqui utilizada pelo sinal de “mais”).

Importa pontuar que a comunidade LGBTI+ não é homogênea. Não se pode, por exemplo, comparar o grau de vulnerabilidade a que estão expostos uma mulher transexual que resida em uma área rural do interior da Bolívia e um homem de classe alta, branco e gay que more em um apartamento localizado em frente ao Central Park, em Nova York. Ambos possuem domicílio no mesmo continente e, por isso, são regidos pelo mesmo sistema de proteção dos direitos humanos, mas, apesar disso, o grau de fragilidade que suas existências representam é diverso. Isso porque quando existe um somatório vulnerabilidades, a vulnerabilidade resultante ao final se torna extremamente potencializada (o que também é conhecido como *overlapping vulnerabilities*).

Corroborando o dito acima o fato de que, dentro desse plural grupo, as mulheres transexuais são as que mais sofrem, apresentando expectativa de vida que pode chegar a ser quarenta anos menor do que a média⁵.

Guardadas as diferenças, o que as pessoas da comunidade LGBTI+ possuem em comum é a dificuldade em gozar do direito à personalidade de forma autônoma, plena e livre, isto é, a elas é dificultada a concretização de um dos direitos mais básicos, o direito à identidade, o direito de ser.

Outro ponto a ser esclarecido é sobre o conhecimento de que o enfrentamento à violência e à discriminação contra a comunidade LGBTI+ é complexo, não se resolvendo

4 O trabalho optou por utilizar a sigla LGBTI+ por ser a sigla utilizada no nome da Relatoria específica sobre a matéria na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A Organização das Nações Unidas (ONU) também utiliza essa nomenclatura, mas sem o símbolo de “+”. No entanto, não há um consenso sobre a sigla que melhor define a comunidade. Mais recentemente, tem se falado em LGBTQIAP+, onde o “Q” faz referência à “*queer*” (pessoas que não se encaixam na heterocisnormatividade), o “A” à “*assexuais*” e o “P” à “*pansexuais*”.

5 Diversos relatórios especializados apontam essa estatística e, também, que o Brasil é o país mais violento do mundo para as mulheres trans. Sobre o assunto, consultar, por exemplo o “*Dossiê: Assassinatos e Violência Contra Travestis e Transsexuais Brasileiras em 2020*”, da organização, da Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil e do Instituto Brasileiro Trans de Educação, publicado em 2021. Disponível em: <https://antrabrazil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf>.

apenas com avanços jurisprudenciais e legais. O SIDH não é uma panaceia para todos os problemas enfrentados por esse (ou qualquer outro) grupo. Apenas, entende-se que a ineficácia judicial (em qualquer esfera) frente a casos de violência (de qualquer ordem) propicia um ambiente de impunidade que torna essa violência mais facilitada e, até mesmo, tolerada socialmente⁶. Daí a importância de que as violações que não tenham sido investigadas, processadas, punidas e reparadas adequadamente no âmbito interno encontrem possibilidade de o serem no palco do Sistema Interamericano.

Tampouco, a proposta desse artigo de focar os avanços trazidos pelo sistema regional de proteção serve para hierarquizar essa via em detrimento de outros âmbitos de combate para a causa, escalonando-os em importância. A perspectiva de direitos humanos adotada pelas autoras é a multinível, ou seja, a de que os sistemas global, regional e local de proteção dos direitos humanos devem atuar juntos de maneira a proibir retrocessos e promover avanços nas temáticas de direitos humanos.

Para encerrar essas linhas introdutórias, algumas notas sobre a metodologia aplicada devem ser esclarecidas: as reflexões aqui propostas possuem base conceitual e, ao mesmo tempo, diversos casos do SIDH (e, depois do STF) são citados para exemplificar o debate proposto. Não se trata, no entanto, de uma proposta com intuito de citar e refletir de maneira censitária sobre os casos envolvendo a comunidade LGBTI+ já julgados nos dois sistemas de maneira absoluta – mas, tão somente de trazer à tona os *leading cases* sobre o assunto.

2 COMO COMPREENDER O IMPACTO TRANSFORMADOR DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS LGBTI+ NA REGIÃO?

Defendemos que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem sido capaz de semear e estabelecer estândares protetivos mínimos em diversas matérias, incluindo a temática LGBTI+. Esses estândares podem fomentar a compensação de déficits nacionais e empoderar atores locais na luta por direitos e por justiça.

O mantra do SIDH é proteger direitos, mas também mudar realidades, o que significa contribuir ativamente para transformações sociais enquanto se salvaguarda os direitos violados. Para isso, os mandatos dos comissionados que compõem a Comissão

⁶ Tal argumentação está presente, por exemplo, na sentença do caso *Barbosa de Souza e outros versus Brasil*, em que houve condenação do Estado brasileiro por não investigar e punir adequadamente o crime de feminicídio cometido contra Márcia Barbosa de Souza, bem como por estruturalmente ser um país discriminatório para mulheres.

Interamericana de Direitos Humanos e dos juízes que compõem a Corte Interamericana de Direitos têm três principais dimensões.

A primeira delas é a *proteção e a promoção dos direitos humanos tendo por centralidade as vítimas*. As vítimas são a razão de ser do SIDH e, por vezes, isso significará que se deve agir de maneira contramajoritária, não aguardando o consenso dos Estados, mas se valendo justamente das matérias com dissenso na região para avançar na proteção dos direitos humanos.

A segunda delas é o *corpus iuris interamericano*, isto é, existe uma ordem pública interamericana que pode ativar transformações domésticas, seja mitigando lacunas de proteção, seja fortalecendo os atores que atuam na defesa dos direitos humanos nas esferas internas⁷.

A terceira e última é o *instituto da reparação integral com base nas garantias de não repetição*. A reparação integral pode ser considerada a grande ousadia do SIDH, que entende que violações estruturais têm causas estruturais e se deve agir para dismantelar essas raízes. A reparação integral tem embasamento nas garantias de não repetição, que desembocam na existência de um dever estatal absoluto de prevenção, ou seja, os Estados devem agir com todas as suas ferramentas para evitar que novas vítimas iguais às que já chegaram ao SIDH existam (evitar, por exemplo, futuras Marias da Penha)⁸.

No SIDH se trabalha com a lente da universalidade dos direitos humanos (o que significa que todos têm direitos e, para tê-los, basta o requisito único da condição humana), com a lente da indivisibilidade, interdependência e interrelação dos direitos humanos (o que significa adotar uma visão holística dos direitos humanos, congregando os direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais) e, ainda, com a lente interseccional (o que significa que, para o sistema, é fundamental romper com a indiferença às diferenças e, também, trabalhar com dados desagregados).

Para compreender o alcance do mandato transformador do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, destacam-se, também, as três prioridades que a relatoria

7 A “caixa de ferramentas” da qual a Comissão Interamericana pode se valer inclui a análise de casos, as medidas cautelares, as audiências públicas, as soluções amistosas, os relatórios temáticos, os relatórios sobre países específicos e as visitas e investigações *in loco*. Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ser o órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pode se valer de medidas provisórias, opiniões consultivas, de resoluções sobre provas e audiências, dos fundos de assistência à vítima, das sentenças e das supervisões de cumprimento das sentenças.

8 A expressão utilizada faz menção à figura de Maria da Penha Maia Fernandes, uma cidadã brasileira vítima de violência doméstica que se tornou figura importante para a ampliação do debate sobre o tema. Depois de sofrer uma tentativa de homicídio por parte de seu ex-marido que a deixou paraplégica, a cearense passou a lutar por um devido processo legal na justiça brasileira, que não se concretizou. O caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, por meio do Relatório 54/2001, responsabilizou o Brasil por negligência, omissão e tolerância em relação à violência perpetrada contra as mulheres. A Lei 11.340/2006, mais popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, foi um desdobramento direto das recomendações feitas pela CIDH ao Brasil e tem como objeto central criar mecanismos para proibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres.

existente na Comissão de Direitos Humanos e especificamente dedicada às pessoas LGBTI+ adota.

A primeira delas é o *combate à violência baseada em orientação sexual e identidade de gênero*, o que significa, basicamente, que todas as pessoas que compõem a comunidade LGBTI+ possuem direito a uma vida livre de violência. Na perspectiva de que todo direito gera um dever, esse direito implica no dever estatal de devida diligência, isto é, de prevenir, investigar, processar, punir e reparar toda e qualquer violência baseada em orientação sexual e identidade de gênero.

O trabalho na Relatoria sobre os Direitos das Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo fez com que uma das autoras pudesse perceber em seu dia a dia que as identidades não binárias normalmente são castigadas com emprego de um grau de requinte acentuado no campo da crueldade (via de regra há a dimensão do *hate crime*, ou seja, além de existir uma violação atroz ainda há um castigo, uma violência adicional baseada em preconceito).

Sobre esse ponto, merece um estudo mais apurado, pelos ensinamentos trazidos, dois casos sentenciados recentemente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: o Caso Azul Rojas Marín e outra *versus* Peru, e o Caso Vicky Hernández e outras *versus* Honduras.

O Caso Azul Rojas Marín *versus* Peru foi sentenciado pela Corte IDH em 12 de março de 2020⁹. A vítima, identificada como mulher transgênero no momento da sentença e como homem gay no momento de sua detenção, foi detida ilegalmente e arbitrariamente por funcionários judiciais e, na prisão, torturada, violentada e humilhada em razão de sua orientação sexual – sem que os fatos ocorridos tivessem uma investigação posterior decente.

Azul nasceu em 30 de novembro de 1981 e foi presa em 25 de fevereiro de 2008 simplesmente porque estava voltando caminhando para sua casa, sozinha, às 00:30 horas. Tal fato, embora totalmente legal, desagradou aos policiais, que a carregaram na viatura entoando xingamentos homofóbicos, a aprisionaram, a desnudaram forçosamente e a violentaram inserindo em parte sensível de seu corpo um instrumento de castigo pontudo.

⁹ As informações sobre o caso que constam no presente artigo foram todas retiradas da sentença original, disponível em português e espanhol no site da própria Corte IDH. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf. Último acesso em 23 de janeiro de 2023.

A Corte IDH constatou que na sociedade peruana existia (e ainda existe) forte preconceito e discriminação estrutural contra as pessoas que integram a comunidade LGBTI+, muitas vezes manifestado por meio de violência, inclusive por agentes estatais.

O Peru foi condenado por violação do direito à liberdade pessoal, do direito à integridade pessoal, do direito à vida privada, do direito a não ser submetido a tortura, do direito às garantias judiciais e do direito à proteção judicial. Ainda, em relação à mãe da vítima, houve condenação pela violação do direito à integridade pessoal.

No campo da reparação integral e das garantias de não repetição, a Corte IDH ordenou ao Estado peruano que: i) promovesse e continuasse as investigações para punir os responsáveis pela violência; ii) realizasse a publicação da sentença e de seu resumo oficial; iii) realizasse um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional; iv) bancasse tratamento médico e psicológico/psiquiátrico à vítima; v) adotasse um protocolo de investigação e administração da justiça durante os processos penais para casos de pessoas LGBTI+ vítimas de violência; vi) criasse e implementasse um plano de capacitação e sensibilização sobre violência contra as pessoas LGBTI+; vii) desenhasse um sistema de produção estatística em relação às pessoas LGBTI+ vítimas de violência; viii) eliminasse a menção à erradicação de homossexuais e travestis dos Planos de Segurança Pública das diversas regiões e distritos do país; ix) pagasse à vítima a quantia determinada na sentença para fins indenizatórios.

Por sua vez, o Caso Vicky Hernández e outras *versus* Honduras foi sentenciado pela Corte IDH em 26 de março de 2021¹⁰. Trata-se de caso que pode ser considerado paradigmático, uma vez que a Comissão Interamericana, para admissão do caso, invocou pela primeira vez a ofensa à Convenção de Belém do Pará¹¹, entendendo que ela se aplica a todas as mulheres, inclusive às mulheres trans.

Vicky Hernández era uma mulher trans que atuava como trabalhadora sexual e, também, era reconhecida ativista de direitos humanos no país, atrelada ao “Coletivo Unidade Cor-de Rosa”. Foi vítima de execução sumária com disparos frontais, nunca esclarecida, por estar na rua à noite com uma colega de trabalho durante um golpe de Estado no país que instituiu toques de recolher.

10 As informações sobre o caso que constam no presente artigo foram todas retiradas da sentença original, disponível em português e espanhol no site da própria Corte IDH. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf. Último acesso em 23 de janeiro de 2023.

11 A Convenção de Belém do Pará é o “apelido” dado à Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir Erradicar a Violência Contra a Mulher. Trata-se de documento adotado em 09 de junho de 1994, durante o 24º período ordinário de sessões da Assembleia Geral. Em seu artigo 7, que foi o especificamente invocado no caso mencionado, a Convenção trata dos deveres do Estado para condenar toda e qualquer forma de violência contra as mulheres, listando oito políticas para as quais devem se empenhar em concretizar (listadas de “a” a “h”). No caso mencionado não houve entendimento unânime sobre a aplicação da dita Convenção às mulheres trans, havendo um voto dissidente. As autoras do trabalho compactuam da teoria vencedora.

A responsabilidade do Estado hondurenho se configurou por existirem indícios suficientes de que agentes estatais foram os responsáveis pelos fatos. Por entender que o crime ocorrido se deu pela identidade de gênero da vítima, a Corte IDH condenou Honduras pela violação do direito à vida, direito à integridade pessoal, direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, direito à liberdade pessoal, direito à privacidade, direito à liberdade de expressão, direito ao nome, direito à proteção judicial, direito às garantias judiciais, além de desobedecer ao disposto na Convenção de Belém do Pará.

O direito à igualdade e a não discriminação também aparece na sentença, com a Corte IDH lembrando que a violência contra as pessoas LGBTI+ tem um objetivo simbólico, com a vítima sendo escolhida com o propósito de comunicar uma mensagem de exclusão ou subordinação.

No campo da reparação integral e das garantias de não repetição, a Corte IDH ordenou ao Estado hondurenho que: i) promovesse e continuasse as investigações para punir os responsáveis pela violência; ii) realizasse a publicação da sentença e de seu resumo oficial; iii) realizasse um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional; iv) concedesse uma bolsa de estudos à sobrinha da vítima; v) produzisse um documentário audiovisual sobre a situação das mulheres trans no país; vi) criasse uma bolsa educativa para mulheres trans homenageando a vítima; vii) criasse e implementasse um plano permanente de capacitação dos agentes de segurança pública do Estado; viii) facilitasse a mudança de dados pessoais na documentação às pessoas de acordo com o gênero auto-declarado por elas; ix) adotasse um protocolo de investigação e administração da justiça durante os processos penais para casos de pessoas LGBTI+ vítimas de violência; x) desenhasse um sistema de produção estatística em relação às pessoas LGBTI+ vítimas de violência; xi) pagasse a quantia determinada na sentença para fins indenizatórios.

Estudado os casos, passa-se à segunda prioridade adotada pela Relatoria, que é o *combate à discriminação baseada em orientação sexual e identidade de gênero*. Isso quer dizer que há o direito à igualdade e o dever estatal de prevenir, investigar, processar, punir e reparar discriminações motivadas por orientação sexual e identidade de gênero, além do dever de adotar leis que proíbam a discriminação e protejam a identidade de gênero.

Sobre esse ponto, merece um estudo mais apurado, pelos ensinamentos trazidos, três casos sentenciados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: o Caso Atala Riffo *versus* Chile, o Caso Duque *versus* Colômbia e o Caso Flor Freire *versus* Equador.

O Caso *Atala Riffo versus Chile* foi sentenciado pela Corte IDH em 24 de fevereiro de 2012¹². Popularmente conhecido como “Caso Karen Atala” é emblemático na determinação da obrigação estatal de desarticular e dismantelar preconceitos e padrões discriminatórios.

Karen Atala foi casada com um homem durante vários anos, com quem teve três filhas. Após divorciar-se, ficou com a guarda das crianças e passou a ter uma união estável com uma mulher. Um ano depois do divórcio, seu ex-marido interpôs um pedido de guarda e tutela perante o Juizado de Menores competente no país alegando que a nova opção sexual de Karen era biologicamente e psicologicamente perigosa para o desenvolvimento das crianças. Apesar de carregado de preconceitos contra a comunidade lésbica, o pedido paterno, depois de muitas idas e vindas jurídicas, restou deferido. Inconformada, a vítima levou o caso ao SIDH.

A Corte IDH entendeu que houve tratamento discriminatório e interferência arbitrária na vida privada e familiar da senhora Atala, o que ensejou a responsabilização internacional do Estado chileno. A análise de fundo da Corte IDH foi toda feita com base no princípio da igualdade e da não discriminação, e os direitos tido como violados foram: obrigação de respeitar direitos, direito à honra e à dignidade, proteção à família, direito das crianças, direito à igualdade perante a lei, proteção judicial e garantias judiciais.

No campo da reparação integral e das garantias de não repetição, a Corte IDH ordenou ao Estado chileno que: i) oferecesse tratamento psicológico ou psiquiátrico às vítimas que assim o desejarem; ii) providenciasse a publicização da sentença e do seu resumo em meios oficiais e de ampla circulação; iii) realizasse um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade internacional por conta dos fatos estampados no caso; iv) implementasse programas e cursos de capacitação sobre a temática LGBTI+ dirigidos aos funcionários públicos do país, especialmente aos funcionários do Judiciário; v) pagasse as indenizações devidas; vi) comunicasse à Corte IDH, no prazo de um ano, sobre o andamento das medidas devidas.

O Caso *Duque versus Colômbia* foi sentenciado pela Corte IDH em 26 de fevereiro de 2016¹³. Trata-se de responsabilização estatal pela negação à vítima da possibilidade de obter uma “pensão de sobrevivência” depois da morte de seu companheiro, o que se deu por conta de se tratar de pessoa do mesmo sexo do pleiteante – um homem gay,

12 As informações sobre o caso que constam no presente artigo foram todas retiradas da sentença original, disponível em português e espanhol no site da própria Corte IDH. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf. Último acesso em 23 de janeiro de 2023.

13 As informações sobre o caso que constam no presente artigo foram todas retiradas da sentença original, disponível em português e espanhol no site da própria Corte IDH. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf. Último acesso em 23 de janeiro de 2023.

pobre e portador do vírus HIV (mesma doença que vitimou seu companheiro). Nesse caso, portanto, a Corte IDH manejou o princípio da igualdade e da não discriminação para demandar a sensibilização das decisões judiciais colombianas no que tange à diferença de tratamento concedido para casais formados entre pessoas do mesmo sexo e casais formados por pessoas de sexos distintos.

A Comissão Interamericana entendeu que o conceito de família não é estereotipado e limitado, o que não torna idônea a diferença de tratamento recebida pelo senhor Duque. Assinalou que a discriminação, além de ter ocorrido em sede administrativa, foi ratificada pelo órgão judicial do país, o que seria inadmissível diante de seu papel ser justamente o de promover o acesso à justiça. Ainda, entendeu que a integridade física da vítima, diante do fato de ser portador de uma doença crônica, foi afetada.

Já para a Corte IDH, o principal argumento do caso girou ao redor de o Estado colombiano não ter fornecido nenhuma explicação sobre uma necessidade social imperiosa de aplicação do tratamento distinto. A condenação do Estado se deu com base na violação do princípio da igualdade perante a lei e do dever estatal de adotar disposições de direito interno. Entendeu-se que não houve violação das garantias judiciais e da proteção judicial, tampouco do direito à vida e à integridade pessoal.

No campo da reparação integral e das garantias de não repetição, a Corte, entre outras determinações, recomendou: i) a publicação da sentença em meios oficiais e de grande visualização do público; ii) que houvesse trâmite burocrático prioritário para garantir a pensão ao senhor Duque; iii) o pagamento de indenização pelos danos sofridos.

O terceiro e último caso que merece destaque na prioridade de combater a discriminação às pessoas LGBTI+ adotada pela Relatoria específica existente na CIDH é o Caso Flor Freire *versus* Equador¹⁴.

Trata-se de caso em que houve discriminação contra o senhor Homero Flor Freire por parte das Forças Armadas do Equador (a chamada *Fuerza Terrestre*). Acusado de ter tido atos sexuais homossexuais nas instalações militares, o senhor Freire sofreu processo disciplinar e acabou sendo desligado de suas funções – caso as relações sexuais não tivessem sido de ordem homossexual, o desfecho do processo disciplinar teria sido outro, uma vez que a legislação aplicada ao caso considera os atos sexuais heterossexuais de “ordem legítima”.

¹⁴ As informações sobre o caso que constam no presente artigo foram todas retiradas da sentença original, disponível em português e espanhol no site da própria Corte IDH. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_315_esp.pdf. Último acesso em 23 de janeiro de 2023.

Na versão da vítima, o soldado encontrado em seu quarto estava bêbado e tinha sido recolhido por ele em uma festa. A ideia de mantê-lo ali foi justamente para que não retornasse às festividades. Quando os fatos aconteceram, a vítima já possui o cargo de tenente e ocupava a instituição fazia vários anos.

No campo do princípio da igualdade e não discriminação, a Corte IDH lembrou que a orientação sexual de cada pessoa cabe apenas a ela mesmo, devendo prevalecer a regra da autodeterminação. Entendeu, ainda, que houve ofensa ao princípio da legalidade e proteção da honra e da dignidade do tenente, uma vez que a história acabou sendo difundida e comentada entre seus pares. Finalmente, o Estado equatoriano foi condenado pela violação da proteção judicial devida e das garantias judiciais, uma vez que o processo disciplinar não seguiu o disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou, simplesmente, CADH).

No campo da reparação integral e das garantias de não repetição, a Corte IDH ordenou ao Estado equatoriano, entre outras coisas, que: i) reestabelecesse o senhor Flor Freire ao cargo que ocupava, inclusive respeitando as promoções que seus colegas tenham tido durante o período do afastamento; ii) colocasse em prática programas de capacitação de caráter contínuo e permanente devotado aos membros das Forças Armadas sobre proibição da discriminação por orientação sexual; iii) pagasse as quantidades fixadas na sentença a título de indenização.

Estudado esses casos, passa-se à terceira prioridade adotada pela Relatoria, que é *fomentar nova cultura de respeito e promoção aos direitos humanos*, ou seja, entende-se que é pelo direito à cultura e à educação que novas realidades podem ser fomentadas.

Nesse sentido, por exemplo, a Comissão Interamericana, lançou o Relatório sobre o Reconhecimento dos Direitos das Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo nas Américas em 2019¹⁵.

O relatório considera que “*a efetiva proteção e garantia de direitos das pessoas LGBTI+ só podem ser alcançadas mediante a participação efetiva destas pessoas nos espaços e instâncias de decisão sobre as legislações e políticas públicas dos Estados, assegurando que suas expectativas e necessidades estejam refletidas nessas*”.

Sobre o preconceito e a discriminação contra pessoas LGBTI, a CIDH entende que se trata de um problema estrutural, e “*reconhece que a educação inclusiva com um enfoque de gênero e de diversidade sexual possui um papel fundamental na promoção dos direitos das pessoas LGBTI+ e na prevenção da violência*”.

15 Disponível em: <https://cidhoea.wixsite.com/avances-lgbti/portugues>. Último acesso em 23 de janeiro de 2023.

Também nesse sentido a Relatoria adotou como medida de especial importância fomentar a difusão da Opinião Consultiva (ou, simplesmente, OC) número 24 da Corte Interamericana, emitida em 24 de novembro de 2017, a respeito do direito à identidade de gênero e ao matrimônio igualitário. Nessa OC a Corte Interamericana realça que os direitos à intimidade e à privacidade são insuscetíveis de ingerência estatal, resguardando a vivência interna de cada indivíduo, o que e como cada pessoa sente, como se vê e como se projeta na sociedade. Para a Corte IDH, cabe, em suma, a cada pessoa conferir sentido e significado à sua própria existência, a partir de escolhas e convicções.

3 ECOS INTERAMERICANOS REVERBERANDO NO BRASIL: A AGENDA DOS DIREITOS DAS PESSOAS LGBTI+ NO STF

Na salvaguarda dos direitos das pessoas LGBTI+ em território brasileiro, o STF tem guardado muitas convergências com o que vem sendo decidido no SIDH, concretizando um diálogo jurisdicional e exercendo controle de convencionalidade.

No Brasil, na proteção dos direitos das pessoas LGBTI+, merece destaque a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ou simplesmente, ADO) 26 e o Mandado de Injunção (ou simplesmente MI) 4733, julgados em 13 de junho de 2019¹⁶. Com relatoria do Ministro Celso de Mello na ADO, o Plenário concluiu que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas devem ser enquadradas como crime, seguindo a tipificação da Lei de Racismo (Lei 7.716/89) e, em caso de homicídio, ser qualificada como motivo torpe.

Assim sendo, por maioria, em outras palavras, o STF reconheceu que a letargia do Congresso Nacional em legislar penalmente sobre atos atentatórios aos direitos fundamentais das pessoas que integram a comunidade LGBTI+ é uma omissão inconstitucional – e, por isso, sanável via controle de constitucionalidade.

A escolha do enquadramento na Lei do Racismo se deve ao fato de o STF ter entendido que o racismo ultrapassa aspectos meramente biológicos ou relativos ao fenótipo, também englobando a negação da humanidade e da dignidade de grupos vulneráveis.

O STF pontuou, ainda, que a repressão por meio do Direito Penal da homotransfobia não afronta o livre exercício da liberdade religiosa, a não ser que a manifestação de crença implique em discurso de ódio, caso em que passa a ser indevida.

¹⁶ As informações sobre os casos foram retiradas diretamente dos acórdãos na íntegra (disponíveis em documentos em pdf diretamente no site do próprio STF). A ADO número 26 está disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>. O MI número 4.733 está disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Ambos foram acessados pela última vez em 23 de janeiro de 2023.

Afora a criminalização da homotransfobia, o STF possui diversas decisões paradigmáticas sobre os direitos das pessoas LGBTI+. São exemplos não exaustivos¹⁷: Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ou, simplesmente, ADPF) número 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ou, simplesmente, ADI) número 4.277, em que se decidiu pela procedência das duas ações e, por consequência, pelo reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, atribuindo-lhe as mesmas regras e possibilidades jurídicas referentes à união estável heterossexual; Recurso Extraordinário (ou, simplesmente, RE) número 646.721, em que se adequou à Constituição Federal/88 uma norma do Código Civil brasileiro com o intuito de assegurar a equiparação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros em união estável homoafetiva; RE número 670.422, em que se decidiu pela possibilidade de alteração do nome e sexo no registro civil de pessoas transexuais mesmo sem intervenção cirúrgica; e as ADPFs número 5.543 e 461, ambas versando sobre a possibilidade de ensino e divulgação de material sobre gênero e orientação sexual nas escolas, com base na doutrina da proteção integral e do princípio da liberdade de aprender e de ensinar.

Ainda, em sede de medida cautelar (MC na ADPF de número 527), merece destaque a determinação que abriu a possibilidade de pessoas transexuais e travestis com identificação de gênero feminino decidirem sobre cumprimento de suas penas em presídio masculino ou feminino¹⁸.

Observe-se que a maioria significativa das decisões proferidas pelo STF na proteção dos direitos das pessoas LGBTI+ tem como respaldo e fundamento a Opinião Consultiva número 4/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que é evidência a abertura de nossa Corte Suprema para dialogar com o SIDH e, também, o impacto transformador que o sistema interamericano tem no eixo.

Interessante pontuar, por fim, que não há na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (ou, simplesmente, CADH) uma norma especificamente voltada à proteção dos direitos humanos das pessoas LGBTI+, o que se repete com a Constituição Federal brasileira de 1988. Não obstante, tanto o STF quanto os órgãos do SIDH têm se valido da interpretação teleológica e de uma visão ampliada da cláusula de igualdade e proibição da discriminação para proteger os direitos das pessoas que integram a comunidade – o que é determinante para o fato de que, cada vez mais, também se consolide uma

17 Exemplos retirados dos “Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: concretizando direitos humanos – Direito das Pessoas LGBTQIAP+”, um esforço em conjunto do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Supremo Tribunal Federal (STF) e do *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*.

18 A informação sobre o caso foi retirada diretamente do acórdão na íntegra (disponível em documento em pdf diretamente no site do próprio STF). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345975525&ext=.pdf>. Último acesso em 23 de janeiro de 2023.

jurisprudência farta e emancipatória sobre a temática dos direitos das pessoas LGBTI+ no âmbito doméstico brasileiro.

4 CONCLUSÃO: DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA AVANÇAR NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS LGBTI+

O primeiro desafio é a criminalização. Há ainda nove países do Caribe anglófono que, ao herdar legislação da época colonial, criminalizam práticas consensuais entre adultos do mesmo sexo¹⁹. E quando há leis que criminalizam, essas leis dão à sociedade a sensação de que aquilo é o certo, uma vez que erigido ao patamar normativo, o que acaba por gerar hostilidades, violência e ataques à comunidade em questão.

O segundo desafio é o crescimento do populismo autoritário na região, uma vez que, via de regra, os populistas autoritários possuem narrativas homofóbicas e transfóbicas que ainda se sustentam na intolerância.

O terceiro desafio é a existência de grupos religiosos conservadores que, em nome da liberdade religiosa, atacam os direitos da população LGBTI+.

A cláusula da igualdade e de proibição da discriminação é sempre frisada pela CIDH como ponto de partida para superar esses desafios, inclusive em relação ao exercício da liberdade religiosa.

Por outro lado, apesar das supracitadas adversidades, também podemos entender que há razões empíricas para esperança. Um exemplo disso é o fato de que, até o ano 2001, a Holanda era o único país no mundo que previa a proteção ao casamento igualitário. Hoje, são mais de trinta países²⁰ – incluindo o Brasil, como já visto anteriormente.

Outro exemplo é que a Irlanda foi o primeiro país condenado na Corte Europeia de Direitos Humanos por criminalizar práticas homossexuais (*Case David Norris v. Ireland*, 1988) – o que não estaria de acordo com o artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O caso recebeu o nome do político e ativista da causa responsável pelo processo, e que ficou conhecido nacionalmente como o responsável por descriminalizar o casamento gay no país. Menos de 30 anos depois, em 2015, a Irlanda se tornou o

¹⁹ Antígua e Barbuda, Barbados, Dominica, Granada, Guiana, Jamaica, São Cristóvão e Neves, Santa Lúcia e São Vicente e Granadinas.

²⁰ Holanda, Áustria, Bélgica, Reino Unido, Dinamarca, Finlândia, França, Irlanda do Norte, Alemanha, Islândia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Noruega, Portugal, Espanha, Suécia, Eslovênia, Suécia, Suíça, Canadá, Estados Unidos, Argentina (pioneira na América do Sul), Brasil, Colômbia, Equador, Uruguai, Costa Rica, Chile, Cuba, Taiwan (pioneiro na Ásia), Austrália, Nova Zelândia, Israel e África do Sul (único país do continente africano, até o presente momento, a descriminalizar a prática).

primeiro país do mundo a aprovar por referendo popular o casamento homossexual, com 62% de sua população votando pelo “sim”.

Para finalizar, apesar das inúmeras dificuldades que ainda orbitam ao redor da proteção das pessoas LGBTI+, temos que nos inspirar na equação lembrada por Kathryn Sikkink²¹ quando busca compreender a fonte dos avanços em direitos humanos: indignação, combinada com esperança, a impulsionar ações emancipatórias, com base na capacidade transformadora de realidades que possuem os seres humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. **Dossiê: Assassinatos e Violência Contra Travestis e Transexuais Brasileiras em 2020**. São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2021.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS. São José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Último acesso em 23 de janeiro de 2023.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília, Brasil, 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Último acesso em 23 de janeiro de 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.oas.org/pt/sobre/comissao_direitos_humanos.asp. Último acesso em 23 de janeiro de 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm?lang=pt. Último acesso em 23 de janeiro de 2023.

SIKKING, Kathryn. **Evidence for hope: making human rights work in the 21st century**. Princeton University Press: EUA, 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (site). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Último acesso em 23 de janeiro de 2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Direitos das pessoas LGBTQIAP+: Caderno de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – concretizando direitos humanos**. Brasília: STF; CNJ; 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/12/cadernos-stf-lgbtqia-3.pdf>. Último acesso em 23 de janeiro de 2023.

21 SIKKING, Kathryn. *Evidence for hope: making human rights work in the 21st century*. Princeton University Press: EUA, 2019.

LEI BRASILEIRA DE ALIENAÇÃO PARENTAL E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Camilla de Jesus Mello Gonçalves¹

Resumo: O Brasil é signatário de Convenções protetivas de direitos humanos. Assumiu compromissos de combater, punir e erradicar a violência de gênero contra mulher, perante a comunidade internacional. No plano das Nações Unidas, desde os anos 90, vêm sendo aprovadas Recomendações que chamam atenção para o caráter discriminatório e estrutural dessa violência. No plano regional, sentenças da Corte Interamericana são expressas ao associar estereótipos de gênero e violência contra mulher. Além das Convenções, tais normas e decisões integram o *corpus iuris* de direitos humanos a ser considerado pelos Estados-Parte, em âmbito doméstico, sob pena de controle de convencionalidade externo.

Em observância ao sistema de direitos humanos, a lei brasileira de alienação parental deve ser confrontada com os parâmetros internacionais, favoráveis à pessoa, e submetida a controle de convencionalidade, na consideração de que mobiliza estereótipos relacionados a comportamentos negativos, associados a mulheres.

Dar visibilidade a tais estereótipos é essencial para evitar a reprodução de preconceitos que servem à desigualdade estrutural, a qual prejudica e expõe mulheres à violência. O combate a estereótipos é especialmente relevante no exercício da jurisdição, a fim de evitar a quebra de imparcialidade deles resultante e garantir a igualdade “perante a lei e da lei”, garantida pela Convenção de Belém do Pará, como se espera em um Estado democrático de Direito.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade – Estereótipos de Gênero – Alienação Parental

Abstract: Brazil is a signatory of human rights Conventions. It made commitments to the prevention, punishment and eradication of violence against women, before the international community. At the level of the United Nations, since the 1990s, Recommendations have been approved that draw attention to the discriminatory and structural nature of this violence. At the regional level, judgments of the Inter-American Court associate gender stereotypes and violence against women. In addition to the Conventions, such norms and decisions are part of

¹ Juíza de Direito. Titular da 5ª Vara de Família e Sucessões, Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Doutora em Direitos Humanos, USP, 2012. Mestre em Filosofia do Direito, USP, 2006. Membro do Conselho Consultivo da Escola Paulista da Magistratura, biênio 2022/2023. Juíza Formadora e Tutora da ENFAM. Professora nos cursos da EPM e da ENM. Autora dos livros “Transexualidade e direitos humanos: o direito à identidade de gênero entre os direitos da personalidade” e “O princípio da boa-fé: perspectivas e aplicações”; e dos artigos: “A Aplicação da Lei Maria da Penha às Mulheres Trans à luz do Controle de Convencionalidade” (Estudos em Homenagem à profª Flavia Piovesan); “A identidade de gênero e o binarismo, à luz das decisões do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.275 e no RE nº 670.422” (Homenagem aos 80 anos do Profº Emérito Celso Lafer); “Guarda e medidas protetivas sob a perspectiva de gênero” (Enciclopédia Jurídica da PUC/SP-virtual); “Igualdade de gênero no Poder Judiciário: uma proposta de ação afirmativa” (Revista Direito e Sexualidade); “O reconhecimento de direitos a homossexuais pelo Poder Judiciário: interpretação autorizada ou ativismo judicial?” (Revista Síntese), entre outros.

the corpus iuris of human rights to be considered by the Member States, at the domestic level, under penalty of external conventionality control.

In observance of the human rights system, the Brazilian parental alienation law must be confronted with international parameters and submitted to conventionality control, considering that it mobilizes negative stereotyped patterns of behaviors associated with women.

Giving visibility to such stereotypes is essential to avoid the reproduction of prejudices that serve structural inequality, which harms and exposes women to violence. Fighting against stereotypes is especially relevant in the decision-making process of Judicial Power, in order to avoid the resulting breach of impartiality and guarantee equality “before the law and of the law”, guaranteed by Belém do Pará Convention, as it is expected to happen in a democratic State based on the rule of law.

Keywords: Conventionality Control – Gender Stereotypes – Parental Alienation

1 INTRODUÇÃO

Em 12 de agosto de 2022, o Comitê de Acompanhamento da Convenção de Belém do Pará e a relatora especial sobre violência contra mulher, no âmbito das Nações Unidas, Reem Alsalem, expressaram preocupação com o uso da figura da Síndrome de Alienação Parental para fundamentar decisões que negam a guarda dos filhos às mães e a fixam em benefício do pai acusado de violência familiar; que permitem a guarda compartilhada em situações de risco às mulheres; e que obrigam a mãe a mudar de país para que o pai violento possa conviver com os filhos.

Na ocasião, alertaram que a utilização da alienação parental contra mulheres, em casos em que alegam violência baseada no gênero, faz parte do *continuum* de violência de gênero contra mulher e pode gerar responsabilidade por violência institucional, dos Estados signatários da Convenção de Belém do Pará.²

Em 13 de abril de 2023, Reem Alsalem divulgou estudo sobre guarda e violência contra mulheres, crianças e adolescentes, para debate no 53º período de sessões do Conselho de Direitos Humanos, entre 19 de junho e 14 de julho de 2023.

Seu relatório aponta para a utilização da alienação parental em decisões judiciais sobre guarda, em vários países do globo, não obstante a síndrome tenha sido eliminada

² Integra do documento disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/women/sr/2022-08-15/Communique-Parental-Alienation-EN.pdf>, último acesso em 05/06/2023.

da lista de doenças da Organização Mundial da Saúde em 2020, identificando o Brasil entre tais países.³

Chama atenção para aspectos de violência de gênero e para possibilidade de violência secundária nos processos em que se alega alienação parental⁴ e finaliza recomendando aos Estados a adoção de várias medidas, entre elas que legislem para proibir a invocação da alienação parental e que invistam na formação e capacitação dos órgãos judiciais sobre a dinâmica da violência doméstica e sua relação com a alegação de alienação parental, nos direitos de família e penal.⁵

Frente ao panorama internacional, que associa a alienação parental à violência de gênero contra a mulher e insta os Estados-Parte a adaptarem suas legislações, objetiva-se refletir sobre a situação nacional, tendo em vista que o Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, doravante denominada CEDAW, e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher, “Convenção de Belém do Pará”, aceitou a jurisdição da Corte Interamericana, mas aprovou lei reguladora de efeitos da alienação parental, contraditoriamente.

Nestas linhas, a proposta é submeter a Lei de Alienação Parental a controle de convencionalidade, com base no direito, de toda mulher, de ser livre de discriminação e de ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamentos e costumes baseados em conceitos de inferioridade e subordinação, estabelecido no artigo 6, *a* e *b*, da Convenção de Belém do Pará.⁶

Para tanto, serão analisadas normas relativas às convenções temáticas global e regional, além de duas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), proferidas nos Casos “Atala Riffo e Crianças vs. Chile” e “Barbosa Souza e outros vs. Brasil”, com vistas a conhecer o que se entende por discriminação contra mulher por estereótipo de gênero, no sistema internacional de direitos humanos.

Em seguida, serão trazidas considerações sobre a alienação parental, em perspectiva de gênero e, ao final, serão propostas alternativas de controle de convencionalidade, na intenção de contribuir para a efetividade dos direitos humanos das mulheres no país.

³ A/HRC/53/36, disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G23/070/21/PDF/G2307021.pdf?OpenElement>, último acesso em 28/06/2023, §§ 11 e 60, p. 3 e 16/17, respectivamente.

⁴ Idem, §§ 13, 14 e 15, p. 04/05.

⁵ Idem, §74.a e 74.c, p. 20/23.

⁶ Íntegra em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4377>, último acesso em 28/06/2023.

2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade pressupõe o confronto de atos estatais com o *corpus iuris* internacional, nos moldes em que se procede em relação ao direito interno frente à Constituição. Resulta da constitucionalização ou nacionalização do direito internacional,⁷ e, no Brasil, existe desde a promulgação da CF/88 e da entrada em vigor de tratados de direitos humanos ratificados pelo país, após 05/10/88.⁸

Anita Belem e Cláudia de Sousa, fortes na lição de Danilo Simini e José Sala, apontam que a expressão “controle de convencionalidade” foi empregada pela primeira vez na França, em 1975, por ocasião de julgamento em que o Conselho Constitucional Francês se recusou a analisar a compatibilidade de norma interna com a Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁹

Objetiva garantir a supremacia do sistema de direitos humanos sobre os ordenamentos nacionais, partindo do pressuposto de que as normas internacionais estão acima das internas, inclusive constitucionais, desde que sejam mais favoráveis à pessoa.¹⁰

Flavia Piovesan anota que o controle de convencionalidade envolve duas dimensões: o controle exercido pelas Cortes, em relação às ordens jurídicas dos países membros, e o controle doméstico, mediante a incorporação da normatividade, principiologia e jurisprudência internacional no sistema nacional, por atos do próprio Estado.¹¹ O primeiro também seria denominado controle secundário ou subsidiário e o segundo, primário ou originário, sempre preferencial, independentemente de forma especial.¹²

O controle de convencionalidade não se limita à análise de tratados e convenções, mas se estende a seus respectivos protocolos, aos relatórios da Comissão Interamericana e dos Comitês de Acompanhamento e ao estudo das decisões das Cortes sobre a extensão dos direitos que apreciam, visando evitar entendimentos díspares, que comprometam a consistência do sistema.

As convenções são instrumentos vivos,¹³ constantemente integradas por interpretação evolutiva, que passa a compor o arcabouço normativo interamericano para fins de

7 MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, p. 653.

8 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, p. 766.

9 In Controle de convencionalidade na jurisprudência brasileira: estudos em homenagem à prof^a Flávia Piovesan. Coordenação e organização Flávia de Almeida Viveiros de Castro, 2023, p. 28.

10 SAGUÉS, Nestor Pedro, p. 620/621; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, p. 542/543.

11 2013, p. 389.

12 OLIVEIRA, Erika Souza Corrêa. In Controle de convencionalidade na jurisprudência brasileira: estudos em homenagem à prof^a Flávia Piovesan. Coordenação e organização Flávia de Almeida Viveiros de Castro, 2023, p. 80

13 Corte IDH, Parecer Consultivo OC 24/17, § 58, p. 30. Ver também Sentença Caso Vicky Hernandez e outras vs Honduras, §130, p. 36.

controle de convencionalidade. As decisões da Corte estabelecem a palavra final, dada pelo órgão máximo, com competência internacional em matéria de direitos humanos.

A Corte Interamericana fixou o entendimento de que os próprios países são responsáveis, num primeiro momento, por conferir a correta adequação de seus atos às Convenções que ratificam.

Nesse sentido, a Corte afirma que todo juiz e juíza nacional é interamericano e deve confeccionar suas decisões levando em conta a superioridade hierárquico-normativa do direito internacional dos direitos humanos, no sentido que lhe empresta a Corte, independentemente de provocação.¹⁴ Como aponta Eduardo Ferrer Mac-Gregor: *O controle difuso de convencionalidade converte o juiz nacional em juiz interamericano, guardião não apenas dos direitos fundamentais previstos no ordenamento interno, mas também dos valores, princípios e direitos humanos que o Estado reconheceu e assumiu salvaguardar ao ratificar os instrumentos internacionais* (tradução livre).¹⁵

O controle doméstico, de compatibilidade do ordenamento estatal com padrões internacionais, pode resultar no afastamento de norma incompatível ou na harmonização da lei interna com o sistema protetivo de direitos humanos, por meio de interpretação atenta a *standards* mais favoráveis à pessoa.

3 SISTEMA INTERNACIONAL PROTETIVO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

No âmbito global, a definição de discriminação contra mulher como toda “distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo” (art. 1º da CEDAW) vem sendo atualizada.¹⁶

A Recomendação nº 19, de 1992, do Comitê CEDAW, sugere que seja compreendida como “violência baseada no gênero, isto é, violência dirigida contra uma mulher porque ela é uma mulher ou que afeta as mulheres desproporcionalmente”.¹⁷

Em 2010, a Recomendação nº 28 chamou atenção para a hierarquia estabelecida pelo gênero e estabeleceu que “um tratamento idêntico ou neutro das mulheres e dos homens pode constituir uma discriminação contra as mulheres sempre que esse tra-

14 Corte IDH, Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. Mexico, § 225 da sentença.

15 “El ‘control difuso de convencionalidad’ convierte al juez nacional em juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la CHDH, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos Internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad”, In Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro, 2013, p. 660.

16 Íntegra da Convenção in: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf.

17 In: <https://patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2021/10/Traducao-das-Recomendacoes-Gerais-da-ONU--CEDAW.pdf>, p. 57, § 6, último acesso em 13/06/2023.

tamento tiver como resultado ou efeito privá-las do exercício de um direito por não se ter levado em conta a pré-existência de desvantagens e de desigualdades que afetam as mulheres, por motivos de gênero”.¹⁸

A Recomendação n° 33, de 2015, trata da importância da capacitação judicial para evitar que estereótipos e preconceitos de gênero impeçam o acesso de mulheres à justiça e dificultem a fruição de seus direitos humanos. Alerta para os prejuízos causados pelos rígidos padrões de comportamento exigidos das mulheres e sua penalização, quando não correspondidos: “§26. (...) Os estereótipos distorcem percepções e resultam em decisões baseadas em crenças e mitos preconcebidos em vez de fatos relevantes. Com frequência, juízes adotam rígidos padrões sobre comportamentos que consideram apropriados para as mulheres, penalizando aquelas que não agem conforme esses estereótipos. Os estereótipos também afetam a credibilidade dada às vozes, aos argumentos e depoimentos das mulheres, sistema de justiça, que pode, por como partes e testemunhas. Esses estereótipos podem levar juízes a mal interpretar ou aplicarem as leis”.¹⁹

Em 2017, a Recomendação n° 35 explicitou a relevância da dimensão estrutural da violência de gênero contra as mulheres: “Essa expressão fortalece a compreensão dessa violência como um problema social e não individual, requerendo respostas abrangentes, para além de eventos específicos, agressores individuais e vítimas/sobreviventes”.²⁰

O direito enunciado no art. 6° da Convenção de Belém do Pará,²¹ de toda mulher ser livre de discriminação e valorizada e educada livre de padrões estereotipados, foi objeto de apreciação, pela Corte IDH, no Caso Atala Riffo e no Caso Marcia Barbosa.

O primeiro foi julgado em 24-02-2012.²²

A Sra. Atala havia perdido a guarda das 3 filhas por conta de sua orientação sexual. A Comissão IDH considerou que isso era discriminação e interferência em sua vida privada e encaminhou o caso a julgamento.

Na sentença, a Corte afirmou que todo tratamento que possa ser considerado restritivo do gozo de qualquer direito previsto na Convenção Americana (Pacto de San José da Costa Rica) é discriminatório, afirmando que o direito à não discriminação, previsto

18 Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/rec_geral_28_obrigacoes_fundamentais_dos_estados_partes.pdf, § I.5, último acesso em 13/06/2023.

19 Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4377>, p. 14, último acesso em 28/06/2023.

20 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf>, item 2.9, p. 19, último acesso em 13/06/2023.

21 Íntegra em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4377>.

22 Íntegra da sentença disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/c0dec043db9e912508531a43ab890efb.pdf>, último acesso em 10/06/2023.

no art. 1.1, estende-se a todos os direitos nela previstos.²³ O dever de tratamento igualitário e de não discriminação, do Estado-Parte, espalha-se por toda legislação interna que venha a adotar. Se o Estado deixar de observar tal dever, pode ser responsabilizado por violação do direito à “igual proteção da lei” (art. 24 da mesma Convenção).²⁴

Para a Corte, igualdade é inseparável de dignidade, afrontada quando se trata um grupo considerado superior com privilégio, ou um grupo considerado inferior com hostilidade, ou menos direitos do que aqueles que não estejam nessa situação.²⁵

O Estado tem obrigação de agir contra discriminação, não só repressivamente, mas também promocionalmente, adotando “medidas positivas para reverter ou modificar situações discriminatórias existentes na sociedade em detrimento de determinado grupo de pessoas”.²⁶

Para identificação da discriminação, a Corte recorre à análise dos argumentos das autoridades judiciais, suas condutas, a linguagem e o contexto em que lançados, para verificar se a diferença de tratamento perpetrada decorreu da orientação sexual da mãe.²⁷ Consigna que, tratando-se de proteção contra discriminação, a restrição de direito deve ser muito bem fundamentada e inverte-se o ônus probatório. Cabe ao Estado provar que a restrição não discriminou, porque havia direito mais relevante a ser protegido.²⁸ Do contrário, admite-se que a decisão judicial esteja baseada em estereótipo.²⁹

A Corte observa que referências abstratas ao superior interesse da criança não bastam. Consigna que, nas decisões sobre guarda, a determinação do superior interesse deve se basear na avaliação de comportamentos parentais e seus impactos no bem-estar e no desenvolvimento da criança, em consideração a danos ou riscos reais e provados, e não especulativos ou imaginários, presunções ou estereótipos.³⁰ Sobre a proteção da prole, a Corte assevera: “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”.³¹

23 §78, p. 27.

24 § 82, p. 29.

25 § 79, p. 28.

26 §80, mesma página.

27 § 95, p. 35

28 §124, p. 42/43.

29 §125

30 §109, p. 38.

31 § 111, p. 39.

Na sentença do Caso *Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*, de 07 de setembro de 2021,³² a Corte ressalta a obrigação assumida pelo Estado brasileiro ao ratificar a Convenção de Belém do Pará, de adotar medidas para promover mudanças de comportamentos baseados em estereótipos.

Em referência ao caso *Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala*, a Corte IDH deixa clara a relação entre estereótipo de gênero e violência contra a mulher, afirmando “que é possível associar a subordinação da mulher a práticas baseadas em estereótipos de gênero socialmente dominantes e socialmente persistentes”, apontando que a criação e o uso de estereótipos “se converte em uma das causas e consequências da violência de gênero contra a mulher, condições que se agravam quando se refletem, implícita ou explicitamente, em políticas e práticas, particularmente na fundamentação e na linguagem das autoridades estatais”.³³

Sobre o comprometimento da imparcialidade pela ação de estereótipos, a Corte foi clara: “Em particular, a Corte reconheceu que os preconceitos pessoais e os estereótipos de gênero afetam a objetividade dos funcionários estatais encarregados de investigar as denúncias que lhes são apresentadas, influenciando em sua percepção para determinar se ocorreu ou não um fato de violência, em sua avaliação da credibilidade das testemunhas e da própria vítima. Os estereótipos ‘distorcem as percepções e dão lugar a decisões baseadas em crenças preconcebidas e mitos, em lugar de fatos’, o que por sua vez pode dar lugar à denegação de justiça, incluindo a revitimização das denunciantes”.³⁴

Em 19 de outubro de 2021, antes da publicação da sentença, o Brasil lançou o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, adiantando-se no cumprimento da decisão.³⁵

4 LEI Nº 12.318 DE 2010, LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL, E ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO

Cook, na obra *Estereotipos de Género*, define o estereótipo como uma visão generalizada ou uma concepção sobre atributos ou características de membros de um grupo ou sobre os papéis que tais membros devam cumprir.³⁶ Em razão das características

32 Íntegra da decisão em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf, último acesso em 10/06/2023.

33 § 143, p. 44.

34 § 144, p. 44.

35 Íntegra do documento em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-lanca-protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero/>, último acesso em 28/06/2023.

36 COOK, Rebecca J. CUSACK. Simone. *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales e Transnacionales*, p. 11.

associadas aos estereótipos de gênero, aponta que têm efeito mais flagrante sobre mulheres, atribuindo-lhes papéis servis, desvalorizando seus atributos e características, condicionando-as a assumir papel subordinado e passivo, considerado apropriado ao seu *status*, atuando para perpetuar e legitimar a subordinação legal e social feminina.³⁷ Por meio da ação do estereótipo, presume-se que o indivíduo possua determinadas características pelo simples fato de pertencer a determinado grupo.³⁸

A literatura exemplifica estereótipos masculinos e femininos, chamando atenção para o desvalor atribuído às características associadas ao feminino:

“Qualidades associadas aos homens, são características de um grupo dominante: força, força de vontade, necessidade de realização, competitividade, agressividade. Qualidades associadas às mulheres são de um grupo subordinado: fraqueza, brandura, amabilidade, sensibilidade, afeto, empatia, solicitude”³⁹

“A descoberta de que o arquétipo feminino é o estereótipo feminino expôs “mulher” como construção social. Sua versão contemporânea na sociedade industrial é dócil, suave, passiva, que se ocupa dos demais, vulnerável, fraca, narcisista, infantil, incompetente, masoquista e doméstica, feita para o cuidado dos filhos, da casa e do marido”.⁴⁰

O art. 2º da Lei nº 12.318 de 2010 não traz referência a gênero ao definir alienação parental: “Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”.

Não obstante, a lei é alvo de críticas resultantes dos prejuízos que sua aplicação causa às mulheres.

Carolina Aires Marangoni, Juliana Borges Kopp e Melina Oliveira e Marinho apontam que Gardner, autor da síndrome de alienação parental, partiu de uma visão estereotipada, de mulher vingativa.⁴¹ Observam que a lei traz neutralidade de gênero, mas destacam apontamento de Alessandra P. Andrade e Sibebe de L. Lemos, segundo o qual os textos de apoio, no debate legislativo, artigos da internet levados por grupos de homens, uti-

37 Idem, p. 12.

38 Idem, p. 15.

39 JOEL, Daphna. VIKHANSKI, Luba. Cérebro e Gênero, 2020, p. 33.

40 MACKINNON, Catharine A. Feminismo, Marxismo, Método e o Estado: uma agenda para Teoria. Tradução Juliana Carreira Avila, Juliana Cesario Alvim Gomes, p. 819.

41 A Utilização da Lei de Alienação Parental como Instrumento de Realização de Violência Psicológica contra Mulheres, p. 4.

lizavam a mãe como referência alienante.⁴² Ressaltam pesquisa de Sheila Stolz e Sibebe de L. Lemos, cujo resultado identificou a reprodução de estereótipos, após análise de 118 decisões do TJRS: enquanto os homens não foram julgados do ponto de vista moral, as mulheres foram representadas de modo pejorativo e depreciativo, por meio do uso de expressões como “em surto”, “instabilidade emocional”, “afirmações infundadas de hipotéticos desequilíbrios/incapacidades psicoemocionais”, entre outras.⁴³

Gláucia Fernanda Batalha e Maiane Cibele Serra observam que Gardner, na maior parte de seus artigos, estabelece a mulher como praticante da alienação, ao tratar do genitor alienador.⁴⁴ Para o autor, em contexto de separação, as mulheres se tornam irracionais, histéricas e manipuladoras,⁴⁵ o que as levaria a alienar a prole em prejuízo do pai.

As preocupações com os estereótipos de gênero envolvidos nas ações de alienação parental são semelhantes no direito português. Maria Clara Sottomayor aponta que a teoria da síndrome, embora sem nenhuma validade científica, é utilizada como argumento para obtenção da guarda paterna,⁴⁶ mesmo assentada em presunção de maldade, egoísmo e irracionalidade das mulheres.⁴⁷ Lembra que Gardner acreditava em uma sociedade patriarcal, em que mulheres e crianças eram propriedades do homem, inclusive como objetos sexuais.⁴⁸ Para a autora, a tese da alienação parental fundamenta-se na preconcepção de que as mães mentem por definição, em prejuízo do homem, que representa o estereótipo do bom *pater*.⁴⁹ Atua como um mecanismo de reprodução da estrutura social, penalizando a mulher que tenta romper a rigidez da hierarquia de gênero. Na avaliação da autora sobre a situação em Portugal, após o processo Casa Pia:

“Trata-se, no fundo, de uma sociedade que, em termos implícitos, continua a ser patriarcal e a discriminar as mulheres e as crianças, resistindo ao seu processo de emancipação, e optando, como em épocas mais conservadoras se fazia, por vitimizar o homem, e diabolizar a mulher que rompe o silêncio e que confia no sistema jurídico para sair da situação de subordinação”.⁵⁰

Reem Alsalem chama atenção para o padrão sexista do recurso à alienação parental, em que a mãe é caracterizada como vingativa, delirante, obstrutiva e mal-intencionada, observando tendência generalizada de culpá-la pela situação. Como os estereótipos de

42 Idem, p. 8 e nota 27.

43 Idem, p. 16 e nota 59.

44 Produções discursivas de gênero: uma reflexão crítica sobre a Lei 12.318/2010 e a ‘Síndrome de Alienação Parental’, p. 24.

45 Idem, p. 25.

46 Uma análise crítica da Síndrome de Alienação Parental e os Riscos de Sua Utilização nos Tribunais de Família, p. 83.

47 Idem, p. 84.

48 Idem, p. 85.

49 Idem, p. 89/90.

50 Idem, p.91.

mentirosa e vingativa não se aplicam aos homens, é expressivamente maior o número de casos em que a acusação de alienação parental é dirigida às mulheres. Para a relatora especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU, isso indica a existência de elevado componente de gênero na alienação parental, com prejuízos às mulheres, visto que o litígio de família passa a servir como forma de violência secundária contra mulher.⁵¹

No Brasil, a lei afeta desproporcionalmente as mulheres, embora pareça neutra do ponto de vista do gênero.

Fabiana Cristina Severi e Camila Maria de Lima Villarroel, por meio de análise de decisões de primeiro e segundo grau, prolatadas de junho 2000 a junho 2019, objetivaram mensurar o acesso à justiça das mulheres e entender os efeitos dos estereótipos nas decisões judiciais dos Tribunais da região Sudeste. Suas pesquisas revelam que, em São Paulo, o genitor foi quem mais alegou e a genitora foi o maior alvo da alegação de alienação parental.⁵² Em 2º Grau, a genitora foi o alvo da alegação de alienação parental em 70% dos casos.⁵³ Anotam que alienação parental é considerada reação patriarcal à perda de autoridade do marido na família, para parte da doutrina.⁵⁴

Pode-se concluir que a aplicação da lei de alienação parental revela visão estereotipada de mulher e de homem, pela qual ela é representada negativamente e ele, positivamente. Mobiliza estereótipos sobre como as mulheres reagem em situação de rompimento afetivo: com raiva, ciúme e irracionalidade, reforçando mitos que retratam a mulher como pessoa não confiável, incapaz de manter a serenidade em situação de rompimento e dor, que mente por loucura ou vingança, em contraposição ao homem, inabalável em seu propósito provedor e protetor da prole.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

A lei brasileira de alienação parental não está de acordo com o sistema internacional e deve ser submetida a controle de convencionalidade.

51 A/HRC/53/36, disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G23/070/21/PDF/G2307021.pdf?OpenElement>, §§ 13/15, p. 04/05.

52 Análise Jurisprudencial dos tribunais da região sudeste sobre aplicação do instituto: (síndrome da) alienação parental, p. 7/8. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/353467183_Analise_jurisprudencial_dos_tribunais_da_regiao_sudeste_sobre_a_aplicacao_do_instituto_sindrome_da_alienacao_parental, último acesso em 28/06/2023.

53 Idem, p. 9/10.

54 Idem, p. 12.

Alegações de alienação parental estão frequentemente presentes no cotidiano profissional de 83,81% dos 519 participantes da pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM, entre agosto e setembro de 2020,⁵⁵ o que indica urgência de ação estatal para minimizar a violação de direitos das mulheres em ações de guarda.

A lei refere a “genitores”, sem especificação de gênero. Todavia, como visto, os números revelam que as mulheres são alvo preferencial de alegações de alienação parental.

A perspectiva de gênero implica chamar atenção para tal situação, na consideração de que a violência que afeta desproporcionalmente as mulheres é reconhecida como violência baseada no gênero, nos moldes da Recomendação n° 19 da ONU. O impacto diferenciado da alienação parental, sobre mulheres, indica que um tratamento neutro ou idêntico pode gerar desigualdade e discriminação, dificultando o acesso à justiça e a fruição de direitos humanos, como alertado nas Recomendações 28 e 33.

Ao se inspirar em ideia de mãe alienante, o legislador atenta contra a dignidade das mulheres e contribui para a perpetuação da engrenagem discriminatória, dada a dimensão estrutural da violência de gênero. Ainda que existam pessoas vingativas, de todos os gêneros, generalizações típicas de estereótipos contribuem para o reforço de padrões femininos inferiorizantes e para a manutenção da hierarquia de gênero, em violação direta da Convenção de Belém do Pará e de decisões da Corte IDH.

Como ressaltado na sentença do Caso Marcia Barbosa, práticas baseadas em estereótipos são causa e consequência da violência de gênero contra mulher. Em situações de denúncia de abuso sexual ou envolvendo violência doméstica, a preocupação deve ser mais intensa, a fim de não revitimizar a mulher, prejudicar a prole e deixar as vítimas indefesas e submetidas ao algoz. Por isso, o afastamento da Lei de Alienação Parental, por controle de convencionalidade, dá cumprimento a compromisso assumido pelo Brasil, perante a comunidade internacional, de adotar todas as medidas necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra mulher.

Outra possibilidade de controle de convencionalidade é a interpretação da lei, com perspectiva de gênero, com vistas a concretizar o direito à não discriminação por estereótipos e harmonizar o ordenamento nacional à normativa de direitos humanos.

O Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, lançado pelo CNJ em 2021, traz diretrizes a serem observadas.

O Protocolo é enfático ao destacar a importância de se tomar consciência dos próprios preconceitos e vieses de gênero, para não se submeter à essa influência no exer-

⁵⁵ Disponível em: <https://ibdfam.org.br/pesquisaalienacaoparental/>, último acesso em 16/09/2021.

cício da jurisdição.⁵⁶ De acordo com o documento, perceber a presença de estereótipos na cultura, na sociedade, nas instituições e no Direito é uma forma de aprimorar a objetividade e a imparcialidade no processo de tomada de decisão.⁵⁷

Como ensina Maria Teresa Féria de Almeida:

“Sabemos que imagens sociais dominantes tendem a produzir ideias generalizadas sobre um dado fenómeno ou facto, que se tornam ‘naturais’, perdendo-se relativamente a elas o senso crítico necessário para aferir a sua veracidade.

É nestas ideias aparentemente ‘naturais’ que assentam e se reproduzem os preconceitos (...). Estes conduzem à criação de estereótipos, ou seja, de representações simplistas sobre uma qualquer categoria ou conjunto que apresente características semelhantes”.⁵⁸

A reflexão crítica sobre a imagem social de mulher, que se forma na mente dos atores processuais e acaba representada nos autos, em busca de identificar preconceitos que influenciem no julgamento, é medida de combate à violência de gênero.

No caso da alienação parental, os estereótipos de mulher vingativa, narcísica e imatura desafiam especial atenção, a fim de que não norteiem o raciocínio e afastem a atenção dos envolvidos dos fatos efetivamente comprovados. A omissão na adoção dessa postura ativa tende a contribuir para o reforço de concepções desfavoráveis às mulheres e mantém intacta estrutura desigual, resultando em discriminação no acesso à justiça.

A mesma preocupação se estende à instrução processual, para assegurar que seja dado o mesmo peso às palavras de mulheres e homens e evitar comprometer a credibilidade de depoimentos apenas com base no gênero.⁵⁹

A interpretação despreocupada da Lei de Alienação Parental, ao infirmar a imparcialidade, viola o “direito a igual proteção perante a lei e da lei” (art. 4, *f*, da Convenção de Belém do Pará).

56 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, - CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021, p. 18

57 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, - CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021, p. 36

58 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, - CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021, Página 23.

59 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, - CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021, p. 47.

Para evitar desigualdade de tratamento, além de observar o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, o Estado deve fundamentar objetivamente decisões restritivas de direitos de mulheres.

A presença de estereótipos na alienação parental inverte o ônus argumentativo e impõe ao Estado a obrigação de demonstrar que a restrição de direitos não é discriminatória. Em casos de disputa de guarda, o superior interesse a ser protegido deve ser explicitado de forma concreta e o raciocínio, desenvolvido com cuidado, sob pena de ser admitido que a decisão esteja baseada em estereótipo, como assentado pela Corte IDH na sentença do Caso Atala Riffo vs. Chile.

Interpretação imparcial e objetividade na análise de casos envolvendo alienação parental são caminhos para evitar a exposição do Brasil a controle secundário de convencionalidade, como Estado violador de direitos humanos das mulheres no sistema interamericano.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Teresa Féria de. Julgar com uma perspectiva de gênero. **JULGAR Online**, novembro de 2017, p. 1-13. Disponível em: <http://julgar.pt/julgar-com-uma-perspetiva-de-genero/> Acesso em 23/06/2023

BATALHA, Glauca Fernanda Oliveira Martins; SERRA, Maiane Cibele de Mesquita. Produções discursivas de gênero: uma reflexão crítica sobre a Lei 12.318/2010 e a 'Síndrome de Alienação Parental'. **Revista de Direito de Família e Sucessões**. Belém, vol.5, n°2, p. 19-37. Disponível em: https://www.academia.edu/53991470/PRODU%C3%87%C3%95ES_DISCURSIVAS_DE_G%C3%8ANERO_uma_reflex%C3%A3o_cr%C3%ADtica_sobre_a_Lei_12_318_2010_e_a_S%C3%ADndrome_da_Aliena%C3%A7%C3%A3o_Parental_ Acesso em 23/06/2023

BELEM, Anita Magdelaine Perez. SOUZA, Claudia Vieira Maciel de. O Direito Humano ao Meio Ambiente e o Controle de Convencionalidade: Estudo de Caso da Corte Rondoniense. **Controle de convencionalidade na jurisprudência brasileira: estudos em homenagem à profª Flávia Piovesan**. Coordenação e organização Flávia de Almeida Viveiros de Castro, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 21-35

COOK, Rebecca J. CUSACK, Simone. **Estereótipos de Gênero. Perspectivas Legales e Transnacionais**. Tradução em espanhol: Andrea Parra. Profamilia, Bogotá, 2010

JOEL, Daphna. VIKHANSKI, Luba. Tradução Marta Pinho. **Cérebro e Gênero – Para lá do Mito do Cérebro Masculino e Feminino**. Temas e Debates-Círculo de Leitores, chancela Bertrand Editora, 2020.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Direitos humanos, democracia e integração jurí-**

dica: emergência de um novo direito público. Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 627-705

MACKINNON, Catharine A. Feminismo, Marxismo, Método e o Estado: Uma Agenda para a Teoria. Tradução Juliana Carreiro Avila; Juliana Cesario Alvim Gomes. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, Vol 07, n. 3 (2016), p. 798-837. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25361>, acesso em 20/22/2020

MARANGONI, Carolina Aires; KOPP, Juliana Borges; MARINHO, Melina Oliveira e. A utilização da lei de alienação parental como instrumento de realização de violência psicológica contra mulheres. **Revista Direito e Feminismos**. Salvador, vol.1, nº1, p. 1-10, jun de 2022.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público.** Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.744-778.

OLIVEIRA, Erika Souza Corrêa. Imprescritibilidade do Crime de Redução à Condição Análoga a de Escravo. **Controle de convencionalidade na jurisprudência brasileira: estudos em homenagem à profª Flávia Piovesan.** Coordenação e organização Flávia de Almeida Viveiros de Castro, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 69-88

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo Jurisdicional no Contexto Latino-Americano. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público.** Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 388-409

SAGUÉS, Nestor Pedro. Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la “constitución convencionalizada”. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público.** Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 617-626

SEVERI, Fabiana Cristina. VILLARROEL, Camila Maria de Lima. Análise Jurisprudencial dos tribunais da região sudeste sobre aplicação do instituto: (síndrome da) alienação parental. **Pensar**. Fortaleza, v. 26, nº 2, p. 1-14, abr/jun. 2021. Disponível in: https://www.researchgate.net/publication/353467183_Analise_jurisprudencial_dos_tribunais_da_regiao_sudeste_sobre_a_aplicacao_do_instituto_sindrome_da_alienacao_parental

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica da Síndrome de Alienação Parental e os Riscos de Sua Utilização nos Tribunais de Família, **Julgar** – nº 13, 2011, Coimbra Editora. In <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/12591/4/073-107-Aliena%C3%A7%C3%A3o-parental.pdf>. Acesso em 16/06/2023.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume I, 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

Corte IDH, Sentença Caso Atala Riffo e Crianças vs Chile

Corte IDH, Sentença Caso Barbosa Souza e outros vs Brasil

