

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS

GERAIS

FACULDADE DE DIREITO

A SUPRANORMATIVIDADE DOS

DIREITOS HUMANOS

Fernando G. Jayme/

Belo Horizonte, ^{26/05/}2003.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

FACULDADE DE DIREITO

A SUPRANORMATIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Fernando G. Jayme

Tese apresentada ao Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho.

Belo Horizonte - 2003

JAYME, Fernando Gonzaga. A supranormatividade dos Direitos Humanos. Belo Horizonte: UFMG, 2003. 386 p. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2003.

INDEXAÇÃO:

Direitos humanos. Direitos fundamentais. Democracia. Pacto de São José da Costa Rica. Convenção Americana de Direitos Humanos. Comissão Interamericana de Direitos humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Interpretação dos Direitos Humanos.

RESUMO

A democracia ao permitir a participação de todos sobre os fins políticos da sociedade é o único sistema que propicia a realização dos direitos humanos, constituindo-se em pressuposto essencial destes direitos.

A adesão dos Estados aos tratados de Direitos Humanos e o reconhecimento da proteção jurisdicional internacional destes Direitos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, vai implicar, inevitavelmente, no reconhecimento da supremacia hierárquica do Direito Internacional dos Direitos Humanos em relação ao ordenamento jurídico interno.

SUMMARY

Democracy when enabling the participation of all citizens on the political aims of the society, it is deemed to be the only system which allows for the realisation of human rights. Thus, it is true to say that Democracy is the cornerstone of such human rights.

The amendment of the Human Rights Treaty by member States and the recognition of the international jurisdiction protection of those rights by the Inter-American Court of Human Rights will inevitably give rise to the recognition the hierarchic supremacy of International Human Rights Law in relation to the internal jurisdiction (or legal system).

SUMÁRIO

I- INTRODUÇÃO.....	09
---------------------------	-----------

II - DESENVOLVIMENTO

CAPÍTULO I - DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AOS DIREITOS HUMANOS

1- DIREITOS HUMANOS: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	26
2- PROCESSO HISTÓRICO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	32

CAPÍTULO II - A DEMOCRACIA COMO PRESSUPOSTO DOS DIREITOS HUMANOS

1-DEMOCRACIA: CARACTERES.....	52
2- OS VALORES DEMOCRÁTICOS: LIBERDADE E IGUALDADE.	79
2.1-LIBERDADE: PILAR DA DEMOCRACIA.....	79
2.2 - IGUALDADE: ESSÊNCIA DA PESSOA HUMANA.....	91

CAPÍTULO III - TIPOLOGIA DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

1- OS TRATADOS INTERNACIONAIS À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO GERAL.....	102
2- A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO.....	107
3- A ESPECIFICIDADE DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	114

CAPÍTULO IV - O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

1- O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: FORMAÇÃO HISTÓRICA	122
2- OS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO.....	136
2.1- A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: REGIME JURÍDICO	136
2.2- A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	158
2.2.1-COMPOSIÇÃO E REGIME JURÍDICO DOS JUÍZES.....	158
2.2.2- COMPETÊNCIAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	170

2.2.2.1- COMPETÊNCIA CONTENCIOSA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	172
2.2.2.2 - COMPETÊNCIA PROVISÓRIA.....	190
2.2.2.3 - COMPETÊNCIA CONSULTIVA.....	201

CAPÍTULO V - O ORDENAMENTO JURÍDICO DOS DIREITOS HUMANOS NAS AMÉRICAS INTERPRETADO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

NOÇÕES PRELIMINARES.....	214
1- COMPROMISSO DOS ESTADOS EM RESPEITAR OS DIREITOS E LIBERDADES RECONHECIDOS NA CONVENÇÃO.....	218
2- DIREITO À PERSONALIDADE.....	227
3- DIREITO À VIDA.....	2294
- DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL.....	234
5 - PROIBIÇÃO DA ESCRAVIDÃO E DA SERVIDÃO.....	241
6 - DIREITO À LIBERDADE.....	247
7 - GARANTIAS JUDICIAIS.....	253
8- PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA ANTERIORIDADE PENAL.....	266
9 - DIREITO À INDENIZAÇÃO.....	269

10 – PROTEÇÃO DA HONRA E DA DIGNIDADE.....	274
11- LIBERDADES RELIGIOSA E DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO.....	277
12- DIREITO DE RETIFICAÇÃO OU RESPOSTA.....	289
13- DIREITO DE REUNIÃO.....	291
14 – LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO.....	293
15 – PROTEÇÃO DA FAMÍLIA.....	296
16– DIREITO AO NOME.....	299
17 – DIREITOS DA CRIANÇA.....	300
18 – DIREITO À NACIONALIDADE.....	303
19 – DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA.....	307
20-DIREITO DE CIRCULAÇÃO E RESIDÊNCIA.....	314
21 – DIREITOS POLÍTICOS.....	320
22- IGUALDADE PERANTE A LEI.....	324
23 – PROTEÇÃO JUDICIAL.....	326
24 – DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS.....	332
25- SUSPENSÃO DE GARANTIAS.....	344
26 – CLÁUSULA FEDERAL.....	349
27– NORMAS DE INTERPRETAÇÃO.....	351
28– ALCANCE DAS RESTRIÇÕES.....	357

29- RECONHECIMENTO DE OUTROS DIREITOS.....	362
30-CORRELAÇÃO ENTRE DEVERES E DIREITOS.....	365
III-CONCLUSÃO.....	367
IV- BIBLIOGRAFIA	375

I – INTRODUÇÃO:

Os Direitos Humanos são concebidos na dimensão mais abrangente possível do seu significado: o caminho a seguir na busca da felicidade, direito de todos os seres humanos, reconhecido pioneiramente na Constituição dos Estados Unidos.

Estes direitos são uma via, um método a ser desenvolvido por toda a humanidade em direção à realização da dignidade humana, fim de todos os governos e povos. Assegurado o respeito à pessoa humana, assegura-se, por conseguinte, sua existência digna, capaz de propiciar-lhe o desenvolvimento de sua personalidade e de seus potenciais, para que possa alcançar o sentido da sua própria existência. Isso significa conferir liberdade no desenvolvimento da própria personalidade.

“La formación de la individualidad es uno de los supremos intereses solidarios. La evolución de un todo está firmemente condicionada por la evolución de sus miembros.”¹

Nesta dimensão, o Direito estará efetivamente cumprindo sua tarefa de servir à humanidade, uma vez que, ao aperfeiçoar-se e evoluir cotidianamente, amplia a própria percepção e dimensão da condição humana, na mesma intensidade da evolução da sociedade. Os Direitos

¹ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p.189.

Humanos identificam-se com a plenitude do direito à vida, sob o aspecto físico e moral; daí, consagrarem a dignidade da pessoa humana como seu fim.

A idéia de direitos humanos, como realização da dignidade humana, deve ser compreendida de forma dinâmica por representarem eles, os direitos humanos, patamares mínimos para uma existência digna; todavia, os valores neles consagrados, tais como liberdade, igualdade, democracia, bem estar, felicidade, são cláusulas abertas e, portanto, inexauríveis. Assim, respeitar os direitos humanos significa conferir condições mínimas, necessárias para o indivíduo desenvolver seus potenciais com o máximo de liberdade possível.

Nessa mesma linha de raciocínio, é importante asseverar que a vinculação entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos e sociais não é apenas uma imposição ética ou moral, mas também uma condição palpável da paz e da estabilidade social, e que pouco serve a proteção dos direitos civis e políticos sem a existência dos direitos econômicos, sociais e culturais. Os direitos humanos não podem consistir em vã invocação da liberdade, mas devem assentar-se no que é a essência do ser humano: o direito à vida, ao trabalho e às condições imprescindíveis para satisfazer as premências espirituais e materiais. A indivisibilidade permeia toda noção de direitos humanos; entre direitos civis, políticos,

econômicos, sociais e culturais, não se estabelece primazia de uns em desfavor de outros, pois todos são essenciais à realização do princípio da dignidade humana.

Além da indivisibilidade, caracterizam-se os direitos humanos pela universalidade, decorrência da condição invariável da pessoa humana, pois basta o indivíduo ser humano para tornar-se titular desses direitos, independentemente de qualquer condição econômica, social, étnica, sexual, religiosa, ou de situação geográfica. Esse indivíduo, em qualquer lugar, usufrui de proteção incondicional dos direitos humanos.

A realidade que se pretende descortinar, neste trabalho, é a da existência de um sistema² de direitos humanos. A partir do reconhecimento de que os Tratados de Direitos Humanos são concebidos não como meros enunciados de valores, mas dotados de força cogente, vinculante e efetiva, os Estados assumem o dever de cumpri-los e de fazê-los cumprir dentro das fronteiras de sua soberania. O sistema de proteção dos direitos humanos representa os limites e condições dentro dos quais os Estados podem atuar sem suscetibilizar a dignidade humana.

Além disso, reconhece-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos, obrigatório e universal, por estabelecer os limites

² Emprega-se a definição de Jacques Lesourne: “Sistema é um conjunto de elementos interligados por um conjunto de relações”. *Apud*, DUROSELLE, Jean-Baptiste. *Todo império perecerá*. Brasília: UNB, 2000., p. 22. trad. de *Tout empire périra*, 1992.

intangíveis para os Estados, cujas normas situam-se no topo da hierarquia normativa, porquanto quem dita a última palavra sobre interpretação e aplicação das normas de direitos humanos é a jurisdição internacional e dizer por último significa estabelecer soberana e definitivamente o direito.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão supremo para interpretar e aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos no continente americano, explicita, em sua jurisprudência, que a principal característica desses direitos é exatamente a supranormatividade.

A identificação dos conteúdos dos direitos fundamentais e dos direitos humanos é de fácil constatação: basta cotejar o art. 5º da Constituição da República com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, uma vez que a Constituição de 1988 consagrou um extenso rol de direitos fundamentais coincidentes com os constantes nesses Tratados, algumas vezes, de forma até mais abrangente, como por exemplo, a vedação absoluta à censura prévia.

Isso faz com que a conexão entre direitos fundamentais e direitos humanos se torne incontestável, mas admiti-los com o mesmo significado é um equívoco a ser corrigido.

Os direitos humanos sobrepõem-se aos direitos fundamentais, uma vez que a aplicação daqueles, apesar de supletiva, é posterior à destes, somente vindo a ocorrer quando as instituições nacionais

recusarem-se, por qualquer razão, a garantir os direitos essenciais do ser humano.

Por essa razão, os métodos e sujeitos da interpretação e os instrumentos existentes para a concretização de uns e outros são distintos.

Os ordenamentos jurídicos, internacional e interno, encontram-se em constante interação, formando um todo harmônico, o que se confirma através da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha: “a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos contribui na determinação do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais da Constituição”³. Ainda que a Lei Fundamental não confira, explicitamente, hierarquia supralegal à Convenção Européia, mostra-se suficiente o reconhecimento do Tribunal Constitucional, de modo que a inserção de dispositivo, nesse sentido, na Lei Fundamental alemã, seria supérflua.

No nosso continente, a exemplo do que ocorre na Europa, já se registram casos em que os órgãos de cúpula do Poder Judiciário da Argentina, da Costa Rica e do Equador reconheceram em seus julgados a primazia da Convenção Americana sobre as normas de direito interno, até mesmo sobre normas constitucionais.

³ Bverfge 74, 358 (370). *Apud* HESSE, Konrad. *Significado de los Derechos Fundamentales*, in, BENDA, MAIHOFER, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 89.

Doutrinariamente, trata-se de questão totalmente superada a dicotomia da primazia entre norma de direito interno e norma de direito internacional. A controvérsia não tem mais razão de existir em relação aos direitos humanos, nem mesmo no nível meramente doutrinário.

A solução do conflito virtual de normas sempre se faz mediante a prevalência da regra mais favorável à pessoa humana, nos termos do art. 29.b da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Os direitos humanos constituem-se em objeto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ramo autônomo do Direito, que possui normas substantivas e processuais próprias, destinadas a garantir a dignidade essencial do ser humano, a serem, supletivamente, efetivadas por um órgão jurisdicional independente, cujas decisões são irrecorríveis e inquestionáveis perante os órgãos de jurisdição nacionais.

Apesar da inevitável tendência de convergirem os conteúdos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, esse fenômeno ainda não se manifestou no Brasil. Ao contrário, tem-se verificado um agudo distanciamento da concretização dos direitos da pessoa humana. A negação de direitos fundamentais e direitos humanos no Brasil é secular e não é meramente conceitual, é principiológica. Os tribunais brasileiros empregam uma metodologia hermenêutica restritiva e conservadora, esquecendo-se,

em muitos momentos, de que a Constituição da República tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana.

Esse posicionamento obsoleto dos nossos tribunais revela um contraste acentuado com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que deveria nos vexar, pois, nesta, o lema maior é o da máxima proteção da pessoa vítima de violações de direitos humanos. A Corte, em sua breve existência, já se consolidou como um expoente na proteção do ser humano através de uma jurisprudência arrojada que atribui às normas de direitos humanos dinamismo e efetividade, dando segurança a todos quanto à garantia dos direitos humanos, fim último de todas as normas.

O novo milênio, entretanto, veio arejar também o Direito com novas perspectivas que o aperfeiçoam e o humanizam. Esta profunda mudança de paradigmas está promovendo a reformulação de diversos conceitos até então incontrastáveis, como, por exemplo, os de soberania do Estado e de supremacia constitucional. A formação da Comunidade Européia está a gerar uma nova concepção destes e de outros tantos conceitos, superando o tradicionalismo, para propiciar a edificação de uma nova ordem jurídica⁴.

⁴ Neste sentido cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. Trad. Luiz Afonso Heck de *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., p. 95-106.

Vislumbram-se novos ares também no nosso horizonte. A efetivação dos direitos humanos no Brasil, ainda que insuficiente, ganhou impulso a partir da redemocratização, há pouco mais de uma década. Não se pode negar reconhecimento às conquistas até então alcançadas.

A jornada da reconstrução do ordenamento jurídico e da cidadania, iniciada em 1988, com a ‘Constituição Cidadã’, dá um grande salto com a ratificação, em 1992, do Pacto de São José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos – e alcança o ápice a partir do Decreto Legislativo nº 89/98, pelo qual a submissão do Estado brasileiro à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi, finalmente, reconhecida.

Esse posicionamento do Estado brasileiro rompe com o dogma de soberania absoluta e impõe ao Estado o dever de concretizar os compromissos assumidos por ocasião da adesão à Convenção. Essa nova realidade evidencia a transcendência de direitos fundamentais em relação a direitos humanos, que gozam de efetiva tutela internacional exercida pela jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No Brasil, o Poder Judiciário, muitas vezes ou quase sempre, ao confundir prudência com imobilismo conceitual, compromete a efetividade plena destes direitos. Entretanto, a exemplo do que já ocorre em países vizinhos, ser-lhe-á inevitável incorporar à sua jurisprudência os

fundamentos empregados pela Corte, pois não se pretende ver o Brasil em situação de ilicitude internacional e conseqüentemente na incômoda posição de ser responsabilizado perante os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos. A incompatibilidade da jurisprudência nacional com a da Corte representa, além de ilícito internacional, uma flagrante inconstitucionalidade, por violar a Constituição brasileira, que tem a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.

A jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal é um triste exemplo desse imobilismo. Em relação ao mandado de injunção, por exemplo, uma compreensão equivocada do instituto⁵ representou a amputação de uma das maiores garantias individuais trazida a lume pelo constituinte e colocou o Supremo Tribunal Federal na condição de refém da sua própria covardia. Essa situação é reconhecida na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao sentenciar que o Mandado de Injunção não se presta “sequer para suprir, no caso concreto, a omissão absoluta do legislador - tal a modéstia de suas dimensões, conforme demarcadas pelo STF, e que o Congresso vem de negar-se a ampliar”⁶.

Outra demonstração desse conservadorismo conceitual é a interpretação que o mesmo Supremo Tribunal Federal fez do art. 62 da

⁵ O Supremo Tribunal Federal equipara os efeitos da decisão do mandado de injunção aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, isto é, “os direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” continuarão carecendo da discricionariedade do Congresso para serem gozados.

⁶ BRASIL, STF, MIQO-608 / RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 25/08/00, p. 60.

Constituição da República, admitindo ampla e irrestrita liberdade do Presidente da República para editar medidas provisórias. Em razão desse julgado, o Chefe do Executivo recebeu amplos poderes legiferantes em detrimento do Poder Legislativo. Essa decisão fez desabar os pilares do Estado democrático ao romper com o princípio da separação de poderes. O Poder Legislativo, constitucionalmente legitimado para elaborar as leis brasileiras mediante o devido processo legislativo, no qual, através do debate democrático, estabelece-se a vontade do povo soberano⁷, viu seu mister constitucional usurpado pelo Presidente da República com o beneplácito do Supremo Tribunal Federal. Para o Tribunal, o direito de editar medidas provisórias constitui-se em potestatividade, cujo exercício - presentes razões de urgência e relevância - só ao Chefe do Executivo compete decidir. Em face dessa interpretação inútil do dispositivo constitucional, fez-se imprescindível alteração do texto normativo através da Emenda Constitucional nº 32, cuja finalidade é promover o reequilíbrio entre os poderes executivo e legislativo. Essa opção do constituinte derivado representa uma péssima opção, pois, há dois séculos, os países

⁷ BRASIL, STF, ADIN nº 293-7/600-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 16.04.1993. A fundamentação do Supremo Tribunal Federal, baseada no Direito Italiano, de onde derivou o dispositivo constitucional brasileiro, para conferir ampla e irrestrita discricionariedade ao Presidente da República para editar medidas provisórias, não se sustenta porque as particularidades do sistema parlamentarista italiano e do presidencialismo brasileiro não foram consideradas pelos julgadores. No regime parlamentarista italiano, o abuso do direito praticado pelo Governo, consistente, dentre outras circunstâncias, no abuso na edição de medidas provisórias, pode implicar em sua destituição pela perda de confiança do Parlamento. Por sua vez, no regime presidencialista brasileiro, o Presidente da República, mesmo abusando da edição e reedição de medidas provisórias não está sujeito a nenhum controle ou sanção, o que lhe permite cumprir integralmente seu mandato, sem qualquer ameaça. A consequência da edição das medidas provisórias é apenas a sujeição ao controle jurisdicional de constitucionalidade das normas pelo STF, nada mais.

civilizados abandonaram o controle político de constitucionalidade, em razão da inevitável tendência do uso abusivo deste poder.

O “guardião da Constituição” carregará, ainda, a mácula indelével da concessão de aumento de vencimentos a membros do Poder Judiciário através de decisão judicial⁸, o que contraria a jurisprudência da Corte, e, o que é mais grave, fere de morte vários dispositivos da Constituição da República, rompendo, mais uma vez, com o equilíbrio entre os Poderes da República e comprometendo a ordem institucional e a vivência democrática.

Ainda que não tenham por destinatários diretos as autoridades judiciárias brasileiras, as palavras de LASSO são válidas e atuais, pois conclamam a uma reflexão da vocação a ser desenvolvida pelo Poder Judiciário:

“hay que reconocer que en nuestro hemisferio se violan masivamente esos derechos, cuando la administración de justicia no satisface los intereses de la aplicación de la ley, del respeto de la norma del derecho. Una justicia que tarda, que equivale a una justicia denegada, una justicia que mantiene sistemas carcelarios inhumanos, una justicia que despreciando procedimientos mantiene en prisión sin juicio,

⁸ BRASIL, STF, AORMC-630 / DF, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 08/03/00, p. 2.

sin fórmula de juicio, a tantas y tantas personas inculpadas, es una justicia que propicia la crisis de las instituciones estatales, que hace perder la fe en esas instituciones y que está ocasionando lo que se da en llamar genéricamente la crisis del Estado-nación, y que está propiciando, en consecuencia, la aplicación de la justicia por mano propia, que es uno de los síntomas de la disolución del Estado organizado.”⁹

Na esfera política, a maioria dos representantes do povo, oriunda das elites oligárquicas, que desde sempre se mantêm, a qualquer preço, no poder, simboliza a estagnação, o conservadorismo, o atraso e a corrupção de valores, constituindo-se em verdadeiras muralhas obstativas às transformações de que o país tanto precisa para resgatar sua dívida social para com as gerações futuras. A consequência dessa prática política na qual se despreza o interesse geral, é que, apesar de ostentar uma das economias mais pujantes do globo, com o PIB ultrapassando a marca de US\$ 0,5 trilhão, o Brasil é capaz, no que tange à qualidade de vida de sua população, de fazer corar o indivíduo mais impudente, por apresentar

⁹ LASSO, José Ayala. Bases para uma Agenda Iberoamericana de Derechos Humanos. In, *Governabilidad democrática y derechos humanos*. Caracas, 1997, p.117-122., p. 121.

indicadores sociais que o alinham entre os mais baixos da América Latina, e, obviamente, do planeta¹⁰.

Há meio século, MARITAIN já sublinhava que “o dever mais urgente que se depara às democracias, hoje em dia, consiste em desenvolver a justiça social e melhorar a organização econômica do mundo”¹¹.

O resgate da dívida social só pode visar às gerações futuras, porquanto o débito existente para com as passadas e a presente não há como ser quitado. Não há como trazer à vida crianças que morrem à míngua, desnutridas, os jovens que são vítimas da violência urbana, nem aqueles que tombaram executados sumariamente pela polícia ou por marginais, nem os que, sem socorro algum, sucumbiram nas filas dos hospitais públicos, ou as minorias marginalizadas, ou os escravizados nas lavouras e carvoarias. Não há como trazer esperança de uma vida digna aos adolescentes recolhidos nas FEBEMs e a um sem-número de indivíduos que padecem do mal de miséria neste País. Para esses, a riqueza gerada representou apenas opressão e exclusão.

Apesar deste quadro, as perspectivas de um futuro melhor são animadoras em razão do amadurecimento da democracia brasileira,

¹⁰ O Brasil, de acordo com dados de 2000, da Organização das Nações Unidas, é o 74º país no Índice de Desenvolvimento Humano, situando-se abaixo da Argentina (35), Chile (38), Cuba (56), Colômbia (68), México (55), Suriname (67), Trinidad y Tobago (50), Uruguai (39), para ficar apenas nos países latino-americanos.

¹¹ MARITAIN, Jacques. *O Homem e o Estado*. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1952, p. 29.

que, apesar de jovem, vem fortalecendo-se e consolidando-se a cada dia. Não se trata de futurologia demagógica¹², mas de um prognóstico baseado em dados objetivamente colhidos da realidade.

A liberdade de opinião vem desempenhando uma importante função neste cenário, ao, pedagogicamente, fazer o indivíduo apreender sua condição de cidadão para, nesta qualidade, exercer a titularidade de direitos em face do Estado. A consciência da cidadania e da titularidade de direitos é um processo complexo, que não se consuma instantaneamente a partir dos enunciados normativos e, portanto, não se faz da noite para o dia, mas há vigorosos sinais de que este processo está em curso, em ritmo considerável. Os Direitos Humanos, o Ministério Público, as Ouvidorias de Polícia, a ampliação da base educacional, a lei que tipifica o crime de tortura, as entidades organizadas da sociedade civil, a urna eletrônica, os movimentos sociais, a lei que define os crimes de discriminação, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o princípio da publicidade, a lei que define os atos de improbidade administrativa, a bolsa-escola, o Código de Defesa do Consumidor, a imprensa livre e independente, as liberdades individuais são alguns dos protagonistas da edificação de uma realidade melhor.

¹² VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de Filosofia II - Ética e cultura*. São Paulo: Edições Loyola, s.d., p. 273 também comunga desta esperança “alimentada pela multiplicação de práticas populares de solidariedade, pela difusão de formas múltiplas de consciência participativa, ou seja, por ensaios de democracia vivida na sua mais alta exigência ética.”

Contudo, é necessária a consciência de que a todos os seres humanos deve-se assegurar o direito de usufruir um conjunto de condições indispensáveis a uma vida digna, livre e humana. Esse patrimônio jurídico pessoal constitui-se de, pelo menos, uma adequada participação na cultura e na educação, com moradia apropriada e com renda que permita satisfazer, de modo permanente e com tranquilidade, livre de angústias, às necessidades do indivíduo e de sua família. O Estado tem de comprometer-se, através de ações negativas e afirmativas, a não permitir que os membros da comunidade vivam em condições incompatíveis com a dignidade humana. Os governantes devem atentar para o fato de que a injustiça social gera, por mais que haja governos livremente eleitos, a impossibilidade de construção de um Estado Democrático de Direito, com instituições democráticas sólidas e estáveis.

Estes prolegômenos prenunciam a seqüência temática a ser desenvolvida neste trabalho.

Preliminarmente, procede-se à adequação terminológica, estabelecendo-se o conceito de direitos humanos e a distinção destes em relação aos direitos fundamentais.

Considera-se neste trabalho, a partir da análise histórica, que os direitos humanos são frutos de uma conquista alcançada ao longo da existência humana e que, em determinado momento de sua evolução, faz

transbordar os lindes das fronteiras dos Estados soberanos, para estabelecer regras de cooperação e de solidariedade universais.

A democracia é o único ambiente adequado para a concretização dos direitos humanos e dos valores democráticos fundamentais, que são liberdade e igualdade. Por esse motivo, afirma-se que democracia é pressuposto dos direitos humanos.

A garantia da democracia e, por conseguinte, dos direitos humanos é constituída pelo processo, não em uma dimensão meramente formal, mas no seu sentido concreto, concebido como ‘procedimento realizado em contraditório’. Através desse procedimento, em que as partes participam em simétrica paridade, asseguram-se a construção democrática do Direito e a integridade do patrimônio jurídico da pessoa humana.

Ficam estabelecidos, assim, os pressupostos necessários para demonstrar a supremacia do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos em relação à jurisdição interna.

Os tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos, especificamente a Convenção Americana de Direitos Humanos, constituem normas jurídicas hierarquicamente superiores às de direito interno, o que se demonstra mediante o exame da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que reiteradamente decide que as normas substantivas de direitos humanos têm hierarquia supraconstitucional.

No continente americano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos detém competência para proferir a última e definitiva palavra a respeito de direitos humanos. Equivale dizer que o significado e alcance dos direitos humanos são aqueles que lhes forem atribuídos pela decisão da Corte.

O reconhecimento da primazia dos Direitos Humanos consagrados na Convenção permite vislumbrar um futuro de esperança, por destinar-se a realizar prioritariamente os direitos da pessoa humana e apresentar propostas que resgatem a juridicidade do agir estatal.

CAPÍTULO I - DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AOS DIREITOS HUMANOS

1- DIREITOS HUMANOS: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Direitos humanos e direitos fundamentais destinam-se, uns e outros, a conferir dignidade à existência humana, o que cria uma tendência inevitável em reconhecê-los com mesmo significado. Contudo, não podem ser compreendidos como sinônimos, pois a denominação diferenciada não decorre de mero preciosismo acadêmico, mas de implicações diferenciadas no âmbito de aplicação de cada um deles. Apesar da similitude de conteúdos entre os direitos fundamentais, assegurados nas constituições dos Estados, e os direitos humanos, consagrados em tratados internacionais, a distinção entre uns e outros mostra-se imprescindível em face da diversidade de conseqüências jurídicas advindas da aplicação de um ou outro. Daí a importância em precisá-la ¹³.

Direitos fundamentais são direitos essenciais à pessoa humana definidos na Constituição de um Estado, contextualizados histórica, política, cultural, econômica e socialmente. Constituem “direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como

¹³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito Constitucional*. T. I, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 12, esclarece que, ao atribuir o mesmo significado a direitos fundamentais e direitos humanos, o fez por questões didáticas; contudo, não deixa de asseverar que a doutrina os distingue.

os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e económicas e das circunstâncias de cada época e lugar.”¹⁴

Por sua vez, os direitos humanos “arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”¹⁵

Assim, direitos fundamentais são direitos humanos constitucionalizados, gozando de proteção jurídica no âmbito estatal, reservando-se o emprego da expressão direitos humanos para as convenções e declarações internacionais, que desfrutam de proteção supra-estatal.

Não se pretende, contudo, estabelecer conceito unívoco dos direitos humanos. LUÑO, após discorrer sobre as diversas definições de direitos humanos (tautológica, formal e teleológica), atesta que “nenhuma delas permite elaborar uma noção dos direitos humanos com limites precisos e significativos.”¹⁶

¹⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV, 2ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 9-10.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999 p. 369.

¹⁶ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos. Estado de derecho e Constitución*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 25. “a) Tautológicas, que no aportan ningún elemento nuevo que permita caracterizar

MARITAIN ilustra bem a polissemia dos direitos humanos, ao contar que “durante uma das reuniões da Comissão Nacional Francesa da UNESCO, na qual se discutiam os Direitos do Homem, espantou-se alguém de que proponentes de ideologias violentamente opostas houvessem concordado no levantamento de uma lista de direitos. Com efeito, replicaram eles, concordamos na enumeração desses direitos, contanto que não nos perguntem por quê. A partir do porquê, começa a divergência.”¹⁷

BOBBIO¹⁸ ensina que os direitos humanos surgiram a partir da evolução e ampliação da noção de direitos fundamentais. Para ele, são quatro as fases percorridas pela humanidade em direção à conquista dos direitos humanos:

- 1- Constitucionalização dos direitos fundamentais, primeiramente no Estado liberal, posteriormente no liberal-democrático. “Desse modo os direitos do homem tornaram-se, de direitos naturais, direitos positivos.”
- 2- Progressiva e contínua extensão dos direitos fundamentais, representando, primeiramente, a passagem do Estado liberal para o

tales derechos. Así, por ejemplo, ‘los derechos del hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre. B) Formales, que no especifican el contenido de estos derechos, limitando-se a alguna indicación sobre su estatuto deseado o propuesto. (..) c)Teleológicas, en las que apela a ciertos valores últimos, susceptibles de diversas interpretaciones. ‘Los derechos del hombre son aquellos imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, par el progreso social, o para el desarrollo de la civilización.’

¹⁷ MARITAIN, Jacques. *O Homem e o Estado*. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1952, p. 92.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 481-483.

Estado liberal-democrático, com o incremento dos direitos políticos aos direitos civis, e, posteriormente, a transição para o Estado democrático social, quando aos direitos civis e políticos agregaram-se os direitos sociais.

- 3- Universalização destes direitos, a partir de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, “vale dizer, a transposição da sua proteção do sistema interno para o sistema internacional”¹⁹.
- 4- Especificação dos direitos, “necessária à medida que emergiam novas pretensões, justificadas com base na consideração de exigências específicas de proteção, seja em relação ao sexo, seja em relação às várias fases da vida, seja em relação às condições, normais ou excepcionais, da existência humana. (...) Sim, é verdade, trata-se de um fenômeno novo; mas, olhando bem, nada mais é do que um desenvolvimento conseqüente da idéia original do indivíduo considerado em todos os seus aspectos como titular de direitos, ou seja, de pretensões que lhe devem ser reconhecidas, em relação à

¹⁹ Essa afirmativa encontra sua melhor expressão em MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV, 2ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 30.: “A crença oitocentista na Constituição supusera que onde esta existisse, estariam também garantidos os direitos fundamentais. Num contexto de subsistência do dogma da soberania do Estado, isto levaria a que não se concebesse senão uma proteção interna dos direitos fundamentais. Mas, quando o Estado, não raramente, rompe as barreiras jurídicas de limitação e se converte em fim de si mesmo e quando a soberania entra em crise perante a multiplicação das interdependências e das formas de institucionalização da comunidade internacional, torna-se possível reforçar e, se necessário, substituir, em parte, o sistema de proteção interna por vários sistemas de proteção internacional dos direitos do homem. Com antecedentes que remontam ao século XIX, tal é a nova perspectiva aberta pela Carta das Nações Unidas e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e manifestada, em seguida, em numerosíssimos documentos e instâncias a nível geral, sectorial e regional.”

sociedade grande ou pequena, ou até mesmo grandíssima, da qual faz parte.”

Diante dessa lição, pode-se afirmar a precedência histórica dos direitos fundamentais em relação aos direitos humanos, pois as questões relacionadas à dignidade humana primeiramente foram tratadas como assunto de soberania nacional, não sujeitas à ingerência internacional, para, em momento posterior, serem proclamadas em caráter universal. Entretanto, não há como tratar a evolução dos direitos fundamentais e dos direitos humanos como compartimentos estanques e isolados. Na verdade, os direitos humanos representam um avanço a partir do estágio evolutivo dos direitos fundamentais, quando a comunidade política internacional passou a reconhecer aqueles como indivisíveis e universais²⁰.

A universalização da titularidade dos direitos fundamentais decorre da sua definição como direitos inerentes à pessoa humana, que gozam de proteção dos ordenamentos jurídicos estatais.

²⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago coordenou obra coletiva denominada *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, cujo título já prenuncia o antagonismo com a idéia defendida neste trabalho e que fica evidenciado na distinção por ele empregada entre direitos fundamentais e direitos humanos; na sua concepção, que não é isolada na doutrina pátria e alienígena, “os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, situadas em uma dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de direito interno.” *In*, *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*., Op. Cit., p.12. *No meu ponto de vista, o equívoco do autor é manifesto e acredito ser o art. 7º do ADCT suficiente para desfazer a incompreensão do real significado dos direitos humanos, pois o constituinte não propugnaria pela criação de um tribunal internacional de direitos humanos sem haver uma ordem normativa a ser aplicada por esse órgão jurisdicional.*

Os direitos humanos situam-se acima das leis emanadas do poder estatal, cujo fundamento é o respeito à dignidade humana; a pessoa humana é o valor fundamental da ordem jurídica ²¹.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece as características dos direitos humanos, concebend o-os como universais e indivisíveis. Como conseqüência, vem à tona a característica essencial da distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais; trata-se “da idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional.” ²²

²¹ MONTORO, André Franco. *Cultura dos Direitos Humanos*. In, MARCÍLIO, Maria Luiza, PUSSOLI, Lafaiete (coord.) *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTR, 1998, p. 11-23, p. 13.

²² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização*. Revista de Direito Constitucional e Internacional: São Paulo, vol. 37, p. 109-127, p. 111.

2- PROCESSO HISTÓRICO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O reconhecimento dos direitos humanos é resultado de um processo histórico que coincide com a própria formação da sociedade moderna. Daí, a noção de continuidade. Os direitos fundamentais evoluíram na direção dos direitos humanos. A relação entre eles é uma relação complementar, que se estabeleceu por imperativos político-históricos.

A barbárie da II Grande Guerra chamou à consciência os governantes para a necessidade do reconhecimento de direitos humanos universais, não mais restritos à tutela privativa dos Estados soberanos, mas garantidos também pela comunidade internacional.

De acordo com BOBBIO, os direitos do homem são decorrência de verdadeiras conquistas históricas, “a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros

rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos.”²³

“Há assim, uma antropologia política fundamental que, em formas diversas, acompanha a história já relativamente longa das sociedades políticas do Ocidente”, registra VAZ²⁴.

A dignidade da pessoa humana enquanto premissa antropológica constitui uma garantia de não retrocesso, pois a partir desse reconhecimento os direitos fundamentais foram progressivamente desenvolvidos, não se admitindo sequer a possibilidade de restringi- los.

Razão assiste a MIRANDA, ao dizer que “somente há direitos fundamentais quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida, se contrapõem.”²⁵

Ao estágio civilizatório atual não se chegou instantaneamente. Até aqui vivenciou-se um longo percurso histórico que permeia toda a existência humana. É através dessa trajetória que se dão a conhecer os direitos humanos.

²³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1996, p.5.

²⁴ VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de Filosofia II – ética e cultura*. Belo Horizonte: Loyola, 1993, p. 138.

²⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. T. IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 12.

A Antiguidade Clássica legou à humanidade a racionalidade²⁶; “é na aurora do pensamento grego que tem lugar essa iniciativa de imenso alcance para a história das sociedades ocidentais que é a atribuição à ordem divina do mundo, transcrita no registro racional da idéia de natureza (*physis*), do caráter formal de lei normativa das ações humanas (...) que vai orientar o desenvolvimento da razão segundo duas linhas específicas de racionalidade que conservarão entre si uma constante homologia: a racionalidade do pensamento científico e a racionalidade do pensamento social e político.”²⁷

Aristóteles e Platão são os arquitetos da filosofia política grega; “é a idéia de correspondência entre a ordem cósmica e a ordem da cidade sob a soberania de uma mesma lei universal que inspira as primeiras tentativas de definição de uma esfera do direito e da justiça à qual o homem deve elevar-se para libertar-se do mundo da violência e do caos.”²⁸

Na Antigüidade se reconhecia personalidade jurídica apenas aos homens livres, circunstância que não impediu JELLINEK²⁹ de reconhecer a existência de uma esfera de direitos públicos individuais.

²⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. *Os direitos humanos e a constituinte*. Revista Brasileira de Estudos Políticos: Belo Horizonte, Separata do nº 82, 1996, p. 20

²⁷ VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de Filosofia II – ética e cultura*. Belo Horizonte: Loyola, 1993, p. 149..

²⁸ VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de Filosofia II – ética e cultura*. Belo Horizonte: Loyola, 1993, p. 148..

²⁹ JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Albatros: Buenos Aires, 1954, p.307. A esse pensamento contrapõe-se VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha por el estado de derecho*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.

A doutrina cristã representa o marco teórico inaugural do processo de efetivação dos direitos humanos, conforme LAFER, “o ensinamento cristão é um dos formadores da mentalidade que tornou possível o tema dos direitos humanos.”³⁰

A idéia de liberdade na igualdade foi posta entre nós através da doutrina cristã. “É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem aceção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos os homens são chamados à salvação através de Jesus que, por eles, verteu o Seu sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos os homens têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir.”³¹

A sociedade estamental da Idade Média reconhecia direitos dos indivíduos enquanto membros de determinados grupos.

Sucedeu a essa forma de organização social o Estado absolutista, de modo que “perante o poder soberano todos os grupos e todos os homens são iguais. O rei atinge todos e todos estão sujeitos ao rei. Sob este aspecto, o Estado absoluto – que, aliás, se pretende legítimo, e não tirânico – viria a ser um dos passos necessários para a prescrição de direitos

³⁰ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Cia das Letras, 1988, p. 119.

³¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV, 2ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p.17.

fundamentais, universais ou gerais, em vez de situações especiais, privilégios ou imunidades.”³²

“El Estado absoluto tiene como fin aniquilar completamente el derecho originário individual; pero no puede destruir totalmente la conciencia de la prioridad de los derechos individuales.”³³

Neste contexto, sobreleva-se a liberdade religiosa cuja importância é ressaltada pela doutrina que reconhece ser a positivação dos direitos naturais uma idéia mais religiosa do que política³⁴. A ruptura da unidade religiosa, após a Reforma, faz nascer, das lutas entre ingleses e escoceses, o primeiro direito individual: o de liberdade religiosa.³⁵

“Mais tarde, a Escola do direito natural, com Grotius (De jure belli ac pacis) e seus discípulos, defendeu a existência de direitos que pertencem originária e essencialmente ao homem, que são inerentes à sua natureza, que ele goza pelo simples facto de ser homem.”³⁶ Essa concepção é responsável por promover a laicização do direito, com o conseqüente apelo à razão. A conseqüência dessa doutrina é a liberdade do uso

³² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV, 2ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p.19.

³³ JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Albatros: Buenos Aires, 1954, p.307.

³⁴ JELLINEK, *Apud*, MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV, 2ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p.20.

³⁵ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Cia das Letras, 1988, p. 121;

JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Albatros: Buenos Aires, 1954, p.308.

³⁶ BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Européia dos Direitos do Homem*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 20.

autônomo da própria razão, “daí a reivindicação da liberdade de pensamento e de opinião.”³⁷

O individualismo do jusnaturalismo representou a passagem do medievo à Idade Moderna, “o Derecho Natural partia de la libertad originaria del individuo, y hacía derivar de ella la autoridad del Estado.”³⁸

Durante os séculos XVI e XVII, segundo VERDÚ, houve uma contraposição entre os teóricos absolutistas e os partidários da limitação do poder real que entendiam que a atividade legislativa deveria ser o desenvolvimento do direito natural que se adaptava às condições de tempo e de lugar³⁹. A segunda corrente, que defende a limitação de poder, prevalece e impulsiona as revoluções liberais.

O Estado de Direito liberal originado das Revoluções Burguesas do séc. XVIII, nos Estados Unidos e na França, estabeleceu limites ao poder do governante, através da instituição do governo de leis, em substituição ao governo de homens.

A idéia de limitação de poder, contudo, não era uma novidade à época; foi apropriada dos filósofos cristãos da Idade Média, que desenvolveram a concepção de ‘leis injustas’ e a teoria da resistência à

³⁷ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Cia das Letras, 1988, p. 121.

³⁸ JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Albatros: Buenos Aires, 1954, p.309.

³⁹ VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha por el estado de derecho*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, p. 15.

opressão, “primeira expressão de uma doutrina coerente com a limitação de poder dos governantes”, segundo DUVERGER⁴⁰. O que, tempos depois, fizeram os filósofos iluministas foi atribuir um fundamento racional e secular a essas idéias, elaborando a teoria das liberdades públicas, celebrizadas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.

Das lutas dos povos contra o regime feudal e da formação das relações burguesas⁴¹ surgiu a primeira idéia de direitos do homem. Estes movimentos revolucionários, com base na filosofia jusnaturalista, fundados na ética da razão inspiradora do liberalismo democrático foram responsáveis por gerar a concepção moderna de direitos fundamentais.

Não se pode deixar de reconhecer a influência, também determinante, do direito inglês, que, desde a *Charta Magna*⁴² de 1215, estabelecia cláusulas limitadoras do poder monárquico, que, sem outra alternativa, teve de sucumbir às exigências da aristocracia feudal. Ainda que os beneficiários dessas medidas fossem apenas os integrantes dessa classe, não se pode negar o ineditismo do mencionado documento.

A constituição representa o instrumento pelo qual se assegura a prevalência do Direito sobre o voluntarismo despótico dos

⁴⁰ DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas e derecho constitucional*. Barcelona: Ariel, 1962, p. 206.

⁴¹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos. Estado de derecho e Constitución*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 23.

⁴² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV, 2ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 20.

soberanos. A constituição como obra do poder constituinte é expressão da vontade de todos e, por essa razão, reconhecidamente, é a lei das leis, suprema em relação às demais, estando legitimada a limitar o poder de governantes e legisladores⁴³.

É notável registrar que a idéia de constituição escrita nasceu na Inglaterra, um país que até hoje não tem uma constituição instrumental⁴⁴.

As primeiras Constituições positivadas foram elaboradas pelas ex-colônias inglesas na América do Norte. De acordo com JELLINEK⁴⁵, a experiência colonial norte-americana preparara as futuras constituições que seriam concebidas como normas supremas que vinculam os legisladores,⁴⁶ elaboradas sob os princípios da soberania popular e da separação de poderes.

⁴³ DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas e derecho constitucional*. Barcelona: Ariel, 1962, p. 225. "El mecanismo de la limitación de los gobernantes mediante las Constituciones escritas es el siguiente: las disposiciones de la Constitución se imponen a todos los gobernantes, que no pueden modificarla, sino que tienen que conformarse a ella (supremacía de las Constituciones); esta conformidad se realiza mediante órganos especiales que pueden hacer fracasar las decisiones de los gobernantes contrarias a la Constitución (control de la constitucionalidad)."

⁴⁴ JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p. 386. GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1993, p. 266 "Se introduce un gobierno militar, y a través de una serie de documentos in los que se destaca el *Instrument of Government* (1653) se intenta dar a Inglaterra una constitución escrita. Por sugestiva que sea la historia política de este período, no tuvo sobre el desarrollo constitucional inglés más que un influjo negativo."

⁴⁵ JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p. 390.

⁴⁶ JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p. 392. "Estas constituciones son las leyes más altas del país. (...) Aunque no se exprese así de una manera manifiesta, se las considera como fijas, y en la práctica se reconoce que el juez debe comprobar si todas las leyes concuerdan materialmente con la Constitución."

“Os direitos do homem são as bases do Estado (preâmbulo da Declaração de Virgínia) e uma sociedade em que falte a sua garantia não tem Constituição (art. 16 da Declaração de 1789).”⁴⁷

A novidade histórica dessas Declarações deve-se à circunstância de não se invocar a tradição, mas sim a razão e os direitos da natureza humana como pressupostos de toda ordem jurídica.

O primeiro destes textos normativos a catalogar os direitos públicos individuais foi a Declaração do Estado de Virgínia, em 12/06/1776. Alguns dos direitos nela mencionados constituíram-se em parte integrante da Declaração de Independência dos Estados Unidos, promulgada em 04/07/1776 e, posteriormente, agregados à Constituição de 1787.

Nessas Declarações, constavam os direitos à liberdade individual bem como os demais direitos públicos do indivíduo, o princípio da soberania popular, da divisão de poderes, da duração das funções públicas, da responsabilidade dos detentores de funções públicas, “permanecendo nestes documentos a antiga concepção inglesa de que a Constituição é antes de tudo um jus inter partes, e é concebida, portanto, como o fundamento dos direitos subjetivos.”⁴⁸

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV, 2ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 22.

⁴⁸ JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p. 391.

O modelo constitucional norte-americano migrou para a França e daí para todos os Estados que “repousam sobre um princípio democrático”⁴⁹, difundindo, também, uma concepção jusracionalista do direito, que tem por premissas a igualdade e a liberdade, que não podem ser violentadas em nenhuma hipótese.

Os direitos fundamentais como produto das Revoluções liberais do séc. XVIII vieram revestidos de alto teor individualista e da desconfiança nos governantes, conforme expressam as palavras de Montesquieu: “o pior inimigo da liberdade é o poder, pois foi permanentemente constatado que todo homem detentor de poder tende a abusar do mesmo.”⁵⁰

De acordo com RADBRUCH, “para o Liberalismo são ponto de partida de toda a construção de filosofia política os ‘direitos do homem’, os direitos fundamentais e originários do indivíduo, e entre eles o da liberdade, como elemento do seu estado natural, que já existia antes do Estado, e que só foram transportados para dentro deste sob a condição de serem aí absolutamente respeitados.”⁵¹ Sacralizou-se, nesta ocasião, os direitos à liberdade, à segurança e à propriedade, complementados pela resistência à opressão. Essa igualdade contudo, não representou igualdade

⁴⁹ JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p. 395..

⁵⁰ Apud, GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1993, p. 155.

⁵¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997, p. 147.

em direitos, pois estes são conferidos a determinadas categorias de indivíduos, de acordo com a classe social, sexo ou condição.

O Estado de Direito se tornou a garantia essencial destes direitos, na medida em que limitava a positivação e manutenção do ordenamento jurídico, para garantir a cada indivíduo a liberdade para desenvolver suas habilidades. O Estado atuava em conformidade com as leis previamente estabelecidas, gerais, claras e precisas, o que evitaria lesões de direito. O poder emanava do Direito e não de outras ordens transcendentais.

No século XX, a idéia de liberdades públicas, entendidas como um conjunto de direitos e prerrogativas de que são titulares os indivíduos, vai sofrer profunda transformação. A passagem para o Estado social, por razões diversas, extingue ou, ao menos, atenua o cunho classista de certos direitos. “A transição do governo representativo clássico para a democracia representativa irá reforçar ou introduzir uma componente democrática, que tenderá a fazer da liberdade tanto uma liberdade-autonomia como uma liberdade-participação”⁵², materializada com a universalização do sufrágio.

Os direitos econômicos e sociais foram acrescentados às liberdades públicas, afirmando alguns autores tratar-se da segunda geração

⁵² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV, 2ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 23.

de direitos fundamentais. A idéia central deste novo elenco de direitos fundamentais é propiciar condições materiais mínimas de existência que permitam ao indivíduo usufruir das demais liberdades ⁵³.

Aos direitos referidos agregaram-se, mais recentemente, os *solidarity rights*, “o direito dos povos, o direito da humanidade” ⁵⁴, reconhecidamente, direito de todos e não só do cidadãos nacionais. “Alguns direitos de liberdade são, em sentido mais amplo, direitos de cooperação na vida espiritual, social e política.” ⁵⁵

A criação da Jurisdição Constitucional é de importância vital para o desenvolvimento da transcendência dos direitos fundamentais para o âmbito de proteção internacional. As cortes constitucionais ao consagrarem a proteção e respeito integral ao indivíduo, em sua jurisprudência, têm como referência os tratados e convenções de direitos humanos:

“Na família dos Estados constitucionais, o intérprete dos direitos fundamentais terá que considerar as declarações universais e regionais de direitos humanos. (...) A abertura para além do conteúdo e dimensões dos direitos fundamentais

⁵³ DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas e derecho constitucional*. Barcelona: Ariel, 1962, p. 217.

⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 363

⁵⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Op. Cit., p.236.

é consequência da evolução para o Estado constitucional cooperativo.”⁵⁶

Para HÄRBELE, nasce uma comunidade de intérpretes dos direitos fundamentais através da internacionalização da sociedade aberta dos intérpretes dos direitos fundamentais⁵⁷, o que foi percebido no pós-guerra.

A humanidade ao presenciar as atrocidades cometidas nas duas Grandes Guerras Mundiais, descobriu que a proteção jurídica apenas no âmbito interno dos Estados não é suficiente, pois restou evidenciado que os governos podem, em nome do Direito, adotar políticas discriminatórias, injustas, autocráticas. É o que ocorreu, por exemplo, na Alemanha nazista, que, segundo VERDÚ, constituiu-se em um Estado de Direito, ainda que sob perspectivas políticas peculiares, pois, “autoridad, poder y derecho son los valores vitales del Estado nacional de derecho, que sienta n así las bases éticas de la vida política”⁵⁸.

Dessa evidência, surgiu a necessidade de estabelecer que a proteção concedida aos direitos do homem não se restringe apenas às fronteiras do Estado, pois, se esses direitos, liberdades e garantias

⁵⁶ HABERLE, Peter. *Jurisprudencia constitucional*. In, Pina, Antonio López (coord.). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid:a Civitas, 1991, p.272.

⁵⁷ HABERLE, Peter. *Jurisprudencia constitucional*. In, Pina, Antonio López (coord.). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid:a Civitas, 1991, p.272.

⁵⁸ VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha por el estado de derecho*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, p. 18.

fundamentais fossem negados pelo Estado estar-se-ia negando reconhecimento à própria pessoa humana. Deste modo, instituiu-se o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que é, na verdade, a última esperança para as vítimas de violações dos direitos essenciais da pessoa humana. Esse sistema internacional estabelece o caráter vinculante dos direitos humanos por tutelá-los jurisdicionalmente.

O instrumento jurídico fundador do sistema internacional de proteção dos direitos humanos é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pelas Nações Unidas em 1948.

A Declaração não foi obra do momento. Ainda durante a II Guerra, alguns documentos jurídicos já tratavam da questão, apesar de não possuir a mesma força impactante na ordem jurídica internacional.

Em 1941, na Carta do Atlântico, uma declaração conjunta de Roosevelt e Churchill, fez constar o estabelecimento da paz e segurança “dentro de suas próprias fronteiras, e aos homens, em todas as terras, a garantia de existências livres de temor e privação.”

Em 1º/1/1942, um grupo de 25 países aliados firmou uma declaração internacional onde, pela primeira vez, “consagrava o princípio

de que os Estados devem proteger os direitos do homem no interior dos seus territórios e também nos dos outros.”⁵⁹

Estes documentos podem ser apontados como antecedentes próximos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, representativos de um avanço no sentido da constatação da universalidade, interdependência, inter-relação e indivisibilidade dos direitos humanos. A partir da Declaração, consolida-se a idéia de que o respeito dos princípios e regras relativos aos direitos fundamentais da pessoa humana constitui uma obrigação de todo Estado perante os demais Estados.⁶⁰ “Na mesma linha de pensamento passa-se a vincular aos direitos humanos fundamentais o bem comum, tendo em mente a emancipação do ser humano de todo tipo de servidão, inclusive de ordem material.”⁶¹

As declarações de direitos humanos levaram à adoção de tratados sobre o tema, destacando-se as Convenções regionais, a Americana, a Européia e a Africana, cujo propósito é assegurar a máxima proteção possível às vítimas.

No contexto regional, instituíram-se Cortes de Direitos Humanos com função jurisdicional, o que representa, até o momento, o

⁵⁹ BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Européia dos Direitos do Homem*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 24.

⁶⁰ BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Européia dos Direitos do Homem*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 25.

⁶¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 19.

estágio mais avançado até então alcançado, uma vez que, ao julgar questões referentes a direitos humanos, estas Cortes o fazem com definitividade e suas decisões têm eficácia de coisa julgada. Certo é que a jurisprudência desses tribunais tem produzido uma transformação nos ordenamentos jurídicos internos, que, não raro, adotam como razão de decidir os fundamentos expendidos pelas Cortes de Direitos Humanos. Esse fenômeno tem ocorrido com frequência na jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujos julgados têm repercutido para além dos tribunais nacionais, determinando até mesmo reformas constitucionais, com vistas à adequação da ordem jurídica interna ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. O julgamento do caso *La Última Tentación de Cristo*, realizado em 05/02/2001, reconheceu que “cualquier norma de derecho interno, independientemente de su rango (constitucional o infraconstitucional), puede, por su propia existencia y aplicabilidad, per se comprometer la responsabilidad de un Estado-parte en un tratado de derechos humanos”⁶² e, por esta razão, o Estado tem a obrigação de adequar o seu ordenamento interno às normas de proteção dos direitos humanos.

⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Última Tentación de Cristo*. Voto em separado do Juiz A. A. Cançado Trindade. http://www.corteidh.or.cr/serie_c/C_73_ESP.html#1, consultado em 10/12/2001.

A evolução dos direitos humanos tem se constituído no núcleo central das relações internacionais, com o reforço de juridicidade produzido com as Conferências Mundiais ocorridas no final do séc. XX, tais como a do Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992); Direitos Humanos (Viena, 1993); População e Desenvolvimento (Cairo, 1994); Desenvolvimento Social (Copenhague, 1995); Mulher (Beijing, 1995) e Assentamentos Humanos (Istambul, 1996).

Dessas Conferências se extraem os fundamentos dos direitos humanos, que são o princípio da unidade e da indivisibilidade, a complementariedade dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, garantidos processualmente, através de regras de procedimento bem definidas que assegurem a imprescindível coordenação e eficiência dos órgãos de supervisão dos tratados de direitos humanos.

A grande conquista da universalização dos Direitos Humanos é a conseqüente universalização da democracia, que não é mais uma exigência meramente formal, mas gera para o indivíduo legitimidade para exigir garantia dos Direitos Humanos⁶³. Esta afirmativa significa que,

⁶³ No encontro das Nações, realizado em Monterrey, março de 2002, a classificação se fez entre povos ricos e povos pobres do Sul, cujo documento extraído é a perpetuação do Tratado de Tordesilhas, a diferença é que desta vez os colonizadores são outros. Reunidos sob o manto do mercado, instituíram a tirania do capital que corrompe não só o patrimônio de um País, mas valores ético-jurídicos imprescindíveis à democracia. Ao invés de pertencermos a duas Nações (Portugal e Espanha), seremos propriedade do mercado; as Nações cedem lugar ao *Mr. Market*. O resultado é a corrupção de valores de um Estado que de tão explorado curva-se diante das nações poderosas, como se, neste jogo os atores não fossem iguais. A democratização das relações entre Estados já tarda. É chegado o momento de estabelecer relações isonômicas nas relações internacionais, pois até o momento tem prevalecido o poderio bélico e

a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, há uma reviravolta nas relações internacionais, regida doravante pelo princípio democrático e, considerando que democracia só existe no sentido material, como nos ensina PIOVESAN,

“Não há democracia sem o exercício dos direitos e liberdades fundamentais. A democracia exige o efetivo e pleno exercício de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.”⁶⁴

O Estado está inescusavelmente obrigado a assegurar direitos mínimos para uma existência humana digna a todos os indivíduos. As Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de maio de 1997, estipula que os direitos sociais devem ser concretizados independentemente da disponibilidade de recursos:

“Al igual que con los derechos civiles y políticos, los Estados cuentan con un margen de discreción en la selección de los mecanismos a usar para hacer efectivas sus respectivas obligaciones. Tanto la práctica de los Estados, como la forma en que las entidades internacionales de

econômico. Deve-se instalar a democracia também nas relações interestatais com vistas a assegurar iguais oportunidades de participação dos Estados no processo de tomada de decisões

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização*. In, Revista de Direito Constitucional e Internacional: São Paulo, Revista dos Tribunais, out-dez/2001, n° 37, p. 109-127, p. 113.

supervisión de tratados y los tribunales nacionales aplican las normas legales a casos y situaciones concretos, han contribuido a la evolución de normas mínimas universales y a una comprensión común acerca del alcance, la naturaleza y las limitaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. El que la plena efectividad de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales solo pueda lograrse progresivamente, como ocurre también con la mayoría de los derechos civiles y políticos, no cambia la naturaleza de la obligación legal que requiere que los Estados adopten algunas medidas de forma inmediata y otras a la mayor brevedad posible. Por lo consiguiente, al Estado le corresponde la obligación de demostrar logros cuantificables encaminados a la plena efectividad de los derechos aludidos. Los Estados no pueden recurrir a las disposiciones relativas a la "aplicación progresiva" del artículo 2 del Pacto como pretexto del incumplimiento. Del mismo modo, los Estados no pueden justificar la derogación o limitación de los derechos reconocidos en el Pacto en base a diferencias en las tradiciones sociales, religiosas o culturales.

No mesmo documento se encontram, também, parâmetros mínimos a serem observados para uma existência digna a ser assegurada pelo Estado, sob pena de este incorrer em ilícito internacional:

“Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina "una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]. Por ejemplo, incurre prima facie en una violación del Pacto un Estado-participante en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza." Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad.”

Esse périplo histórico evidencia o dinamismo dos direitos humanos, que devem ser entendidos como um conceito aberto, receptivo a novos conteúdos que venham incorporar as evoluções e transformações que ocorrem na sociedade, com a finalidade de aperfeiçoar a existência humana com dignidade.

CAPÍTULO II - A DEMOCRACIA COMO PRESSUPOSTO DOS DIREITOS HUMANOS

1- DEMOCRACIA: CARACTERES

O pressuposto dos direitos humanos é a democracia, pois direitos humanos só têm dimensão apreciável em regimes democráticos. Nesses regimes assegura-se autonomia ao indivíduo, permitindo-se-lhe optar livremente por quais aptidões irá desenvolver -se. Pois é através da democracia que são criadas as “oportunidades para que as pessoas se estabeleçam em sua capacidade de ser cidadãos”⁶⁵.

Os governos democráticos orientam-se em direção à realização dos direitos humanos, porque, a partir do exercício de direitos civis e políticos, particularmente do direito de participar da vida política e da liberdade de manifestação do pensamento, permite-se que, do consenso colhido das diversas opiniões existentes, adotem -se decisões políticas que contribuam para a realização de outros direitos. “A democracia constrói as instituições necessárias para a realização dos direitos humanos.”⁶⁶

A democracia é, portanto, o pressuposto essencial dos direitos humanos, uma vez que estes, efetivamente, deixam de vigorar em

⁶⁵ HELD, David. *Modelos de Democracia*. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1987, p. 262.

⁶⁶ JOLLY, Richard (Coord.). *Informe sobre desarrollo humano 2000*. Madrid: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo: Ediciones Mundi Prensa, 2000, p. 59.

regime não democrático. Nela reside a maior garantia para o pleno respeito dos direitos humanos, porque, onde não há um ambiente democrático, sufocam-se os direitos humanos, conforme lição de ESPIELL:

“No hay democracia sin pleno respeto a los derechos humanos y no puede haber pleno respeto de los derechos humanos fuera de la democracia.”⁶⁷

É a partir da forma democrática que se constrói o sistema de proteção dos direitos humanos, porque somente em Estados democráticos encontram-se instrumentos hábeis a garanti-los ⁶⁸ e a concretizá-los.

O Estado democrático organiza-se politicamente para assegurar a dignidade da pessoa humana, razão pela qual todas as diretrizes e princípios da política do Estado têm por fundamento a realização dos direitos humanos, compreendidos como um “elemento básico para a realização do princípio democrático”⁶⁹.

⁶⁷ Discurso do Juiz Thomas Burgenthal, Presidente da Corte Interamericana de Derechos Humanos. In, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1986, p. 47.

⁶⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*, t. I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 373-374, observa que “o regime autoritário que se afirmou nas décadas de 60 e 70, em países latino-americanos como o Brasil, Argentina, Uruguai, Bolívia, Chile, dentre outros, é sem dúvida, o pior campo para a existência dos Direitos Humanos, pois não existe respeito a nenhum dos grupos de direitos, sejam individuais, sociais, políticos ou econômicos. Portanto, neste estudo dos sistemas políticos, podemos notar que no atual estágio de evolução dos sistemas políticos o que melhor apresenta condições para o desenvolvimento dos Direitos Humanos é a democracia social, que reúne elementos do liberalismo - ao assegurar as liberdades fundamentais - e do socialismo - ao assegurar os direitos sociais, democracia econômica e política.”

⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 284.

O funcionamento da democracia constrói o sistema de proteção dos direitos humanos⁷⁰. Desta maneira, lógica e cronologicamente, a democracia precede os direitos humanos. Os direitos humanos sucedem aos direitos fundamentais representando uma fase histórica ulterior, no momento em que, eticamente, o ser humano sentiu necessidade de comprometer-se e responsabilizar-se por reconhecer e proteger universalmente um núcleo de direitos invioláveis, inerentes à personalidade.

A limitação do poder estatal e um sistema de garantias contra eventuais abusos de direitos, oponíveis inclusive ao próprio Estado, constituem fenômeno privativo das democracias. A realização dos direitos essenciais da pessoa humana só tem sentido e importância em um ambiente onde reinem igualdade e liberdade, sendo a forma democrática de governo a única concebida para assegurar e desenvolver tais valores.

A idéia de democracia como pressuposto da efetivação dos direitos humanos encontra-se enunciada nos preâmbulos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Convenção Americana de Direitos Humanos. Os referidos preâmbulos, cuja importância decorre do

⁷⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*, t. I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 373.

significado jurídico imediato e obrigatório⁷¹ que possuem, se constituem em verdadeiras bússolas da interpretação que dos tratados se fizer.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem inaugura o seu texto afirmando que “todos os seres humanos nascem livres em dignidade e direitos”. Por sua vez, a Convenção Americana de Direitos Humanos reconhece, no seu preâmbulo, que a implantação “de um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais”, ocorrerá dentro do quadro das instituições democráticas.

Nos dois instrumentos, encontra-se explícita menção à democracia, edificada sobre os pilares da igualdade e da liberdade e “no pressuposto inquestionável de que a democracia designa a forma mais alta de organização política a que pode aspirar uma sociedade”⁷². A democracia, quando surge, representa não garantia, mas pressuposto dos direitos humanos.

Após o estabelecimento do regime democrático, onde todos são livres e iguais, e positivados os direitos fundamentais, a democracia passa, então, a se constituir como garantia da realização dos direitos humanos. “O exercício efetivo da democracia representativa contribui

⁷¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Op. Cit., p. 109

⁷² VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de Filosofia II - Ética e cultura*. São Paulo: Edições Loyola, s.d., p. 263.

decisivamente para a plena garantia da observância dos direitos humanos”⁷³.

O art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos atribui à democracia o status de garante dos direitos humanos, ao vedar qualquer método de interpretação que tenda a excluir quaisquer direitos e garantias que decorram da forma democrática representativa de governo. Com efeito, em conformidade com LAFER, a participação cidadã é pressuposto da dignidade humana, uma vez que “os direitos humanos pressupõem a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio, pois a privação da cidadania afeta substantivamente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades acidentais - seu estatuto político - vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos outros como um semelhante.”⁷⁴

Tendo em vista que a realização da dignidade da pessoa humana tem por premissa o Estado Democrático⁷⁵, cumpre compreender o significado do que seja democracia.

⁷³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. II. Op. Cit., p. 221.

⁷⁴ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos - Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 151.

⁷⁵ O respeito à dignidade humana não é exclusividade das democracias, no entanto somente nelas o cidadão contará com instrumentos garantidores dos seus direitos individuais ou liberdades públicas violados perante um judiciário independente e através do processo justo.

Assim como os Direitos Humanos, uma conceituação unívoca de 'democracia' inexistente, mas é preciso concebê-la como um conceito dinâmico, historicamente construído a partir de novos elementos que se incorporam ao ideal democrático.

Na busca de sua definição, mostra-se válida a advertência de SCHMITT, porquanto democracia converteu-se em um conceito ideal, ligando-se ao liberalismo e identificando-se com ele, com o socialismo, a justiça, a humanidade, a paz e a reconciliação dos povos⁷⁶. Assim, toda tentativa de conceituá-la transforma-se em custosa e inatingível tarefa⁷⁷. Há de ser considerado, também, que, formalmente, todo e qualquer Estado arvora-se esta qualidade, ainda que reconhecidamente totalitário, como o são os países socialistas, que cassaram as liberdades individuais pela proposta utópica do fim da coerção estatal⁷⁸. Autodenominar-se democrático, portanto, transformou-se em lugar comum, mero rótulo

⁷⁶ SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 227.

⁷⁷ Sobre a dificuldade de se alcançar um conceito de democracia, cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. Trad. Luiz Afonso Heck de *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., p. 115: "Quase não há um conceito jurídico-constitucional ao qual são dadas interpretações tão diferentes como àquele da democracia. Embora o princípio democrático determine, em primeiro lugar, a ordem constitucional da Lei Fundamental, existe sobre isto, que é "democracia" uma abundância de concepções diferentes, muitas vezes, opostas."

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus Editora, 2000, p. 375, afirma que "Hoje "democracia" é um termo que tem uma conotação fortemente positiva. Não há regime, mesmo o mais autocrático, que não goste de ser chamado democrático. A julgar pelo modo através do qual hoje qualquer regime se autodefine, poderíamos dizer que já não existem no mundo regimes não democráticos. Se as ditaduras existem, existem apenas, como dizem os autocratas, com o objetivo de restaurar o mais rápido possível a "verdadeira" democracia, que deverá ser, naturalmente, melhor do que a democracia suprimida pela violência." O insucesso dos países marxistas deve-se em parte ao fato de que pretendiam desconsiderar as desigualdades dos indivíduos, (igualar os essencialmente desiguais) ao mesmo tempo que lhes privava do exercício de liberdades fundamentais, ao admitir no processo de transição para o comunismo um estágio onde a forma de governo é ditatorial. De todas as imperfeições das obras humanas, a democracia é a menos imperfeita das formas de governo já estabelecidas pelo indivíduo.

formal, uma senha para ingresso no cenário internacional com uma ‘aura de legitimidade’⁷⁹, não se prestando a identificar os sistemas de governo existentes.

Democracia é uma idéia que permeia a história política da sociedade ocidental, presente desde a antiguidade clássica, como se vê, a propósito, na obra de Aristóteles. Apesar de estar presente ao longo da história da civilização ocidental, ainda hoje o significado de democracia é conflitante e o seu desenvolvimento, em relação à sua longevidade, foi lento; “o rumo da história democrática mais parece a trilha de um viajante atravessando um deserto plano e quase interminável, até finalmente iniciar a longa subida até sua altura no presente.”⁸⁰

A Grécia clássica não era um país como se conhece na atualidade, constituía-se de cidades-estado⁸¹, ou seja, “centenas de cidades independentes, rodeadas de áreas rurais”⁸². A democracia direta era a forma de governo existente. Segundo Péricles, “chama-se democracia já que se qualifica não em relação a poucos, mas à maioria. As leis regulam as controvérsias privadas de modo tal que todos tenham um tratamento igual,

⁷⁹ HELD, David. *Modelos de Democracia*. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1987, p. 1

⁸⁰ DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: UNB, 2001, p. 19.

⁸¹ SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. Vol. II. São Paulo: Ática, 1994.. Esse Autor contrapõe-se à qualificação de cidades-estado e a referência à democracia na Grécia. Para ele, eram cidades-comunidade, “pois não era, em nenhum sentido, um ‘Estado’. A *polis* era uma cidade-comunidade, uma *koinonía*. [...] os homens é que são a cidade. É muito revelador que *politeia* tenha significado, ao mesmo tempo, cidadania e estrutura (forma) da *polis*. Assim, quando falamos do sistema grego como um Estado democrático, estamos sendo grosseiramente imprecisos, tanto terminológica quanto conceitualmente”

⁸² DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: UNB, 2001, p. 21.

mas quanto à reputação de cada um, o prestígio (...) não é conquistado com base na condição social de origem, mas em virtude do mérito”⁸³.

“Na democracia grega, através da ekklesia - assembléia dos homens livres - deliberavam-se os assuntos da pólis. Faziam-se presentes a noção de isonomia (igualdade da lei para todos) e a de eunomia (equidade da lei). A invenção grega do político torna-se justamente o gesto instaurador do Ocidente como idéia civilizatória, na medida em que dá forma histórica à dialética da igualdade na diferença como dialética própria do ser político. Ela assegura ao homem, ser social, essa forma superior de igualdade que o eleva da particularidade das diferenças individuais à universalidade concreta do ser-reconhecido no universo ético da politeia, ou no reino das leis”⁸⁴. Esta circunstância representa a grande contribuição dos gregos à civilização ocidental.

“A idéia de que os seres humanos deveriam ser cidadãos ativos em uma ordem política, cidadãos de seu estado, e não meramente súditos cumpridores de seus deveres, teve poucos defensores desde as primeiras associações humanas até o início da Renascença e o fim do absolutismo.”⁸⁵ Nesse período, o afastamento da democracia deve-se à transformação do homo politicus em homo credens, de fé cristã. “A visão do

⁸³ Apud, BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Op. Cit., p. 416-417.

⁸⁴ VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de Filosofia II - Ética e cultura*. São Paulo: Edições Loyola, s.d., p. 265.

⁸⁵ HELD, David. *Modelos de democracia*. Belo Horizonte: Paidéia, 1987, p. 34.

mundo do cristianismo transformou o fundamento lógico da ação política da polis para uma estrutura teológica.”⁸⁶

Após esse longo ostracismo, a democracia vai ressurgir na Inglaterra, desta feita, sob a forma representativa. “Menos um produto intencional e planejado do que uma evolução às cegas, o Parlamento emergiu das assembléias convocadas esporadicamente, sob a pressão de necessidades, durante o reinado de Eduardo I, de 1272 a 1307. [...] A lógica da igualdade estimulou a criação de assembléias locais, em que os homens livres pudessem participar do governo [...] Para garantir o consenso dos cidadãos livres em um país, nação ou estado-nação, seriam necessários legislativos ou parlamentos representativos eleitos em diversos níveis: local, nacional e talvez até provinciano, regional ou ainda outros níveis intermediários”.⁸⁷

O Parlamentarismo inglês que se estabeleceu vai despertar a atenção dos revolucionários franceses e norte-americanos do séc. XVIII, porque “já nos primeiros anos do século XVIII, a repartição de funções públicas entre o rei, a Câmara dos Lordes e as Comunas era considerada pelos ingleses como absolutamente indiscutível”⁸⁸, enquanto, na Europa continental, reinavam regimes absolutistas.

⁸⁶ HELD, David. *Modelos de democracia*. Belo Horizonte: Paidéia, 1987, p. 34.

⁸⁷ DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: UNB, 2001, p. 32.

⁸⁸ RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 116.

A democracia representativa constitui-se a partir das Revoluções Americana e Francesa em valor universal, vindo a expandir-se, para a Europa ocidental, ex-colônias africanas e latino-americanas e até para o Oriente. O Japão, em 1889, e a China, em 1911, promulgaram constituições inspiradas nos mesmos princípios. Essa forma democrática recebe a denominação de democracia constitucional da liberdade e caracteriza-se por “um governo da maioria, obrigado a respeitar a liberdade como valor supremo, e limitado pela Constituição.”⁸⁹

No Brasil e em vários outros Estados (Portugal, França, Itália, Áustria, Alemanha, Suécia), adotou-se a democracia semidireta como forma de harmonizar a soberania popular com a democracia representativa. A opção por este modelo deve-se, principalmente, a dois fatores. O primeiro, refere-se à impossibilidade de compatibilizar a democracia direta com os Estados modernos, pois além da dimensão territorial há o contingente populacional a inviabilizá-la. O segundo diz respeito à preocupação de não restringir a participação do eleitorado apenas ao sufrágio, o que ocorre em democracias meramente representativas⁹⁰.

⁸⁹ MAIHOFER, Werner. *Princípios de una democracia en libertad*. BENDA, MAIHOFER, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p.219.

⁹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 418, 416, 415, “Na chamada democracia representativa, onde o princípio democrático se reduz à eleição dos órgãos criadores de Direito (...) a função do povo - ou formulando mais corretamente, do eleitorado - limita-se à criação do órgão legislativo(...) Muitas constituições democráticas estipulam expressamente a independência dos deputados perante seus eleitores. Essa independência do parlamento em relação ao eleitorado é um traço característico do parlamento moderno.”

A experiência tem demonstrado que a democracia semidireta é um bom regime por adaptar-se melhor à complexidade da sociedade moderna, por propiciar ao cidadão participar do poder não só através de representantes, mas também, diretamente, por plebiscitos, referendos, iniciativa popular de lei.⁹¹

“Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo”⁹², é o que nos ensina KELSEN. Este conceito encontra-se fundamentado na obra de SCHMITT: “esta definição resulta da substancial igualdade, que é o suposto essencial da Democracia. Exclui o fato das distinções dentro do Estado democrático de dominantes e dominados, governantes e governados, expresse ou produza uma diferença qualitativa. (...) Portanto, a força ou autoridade dos que dominam ou governam não há de se apoiar em quaisquer altas qualidades inacessíveis ao povo, mas sim na vontade, no mandato e na confiança dos que hão de ser dominados ou governados, que desta maneira, na realidade, governam a si mesmos.”⁹³

⁹¹ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. Cit., p. 288-293.

⁹² KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 35.

⁹³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 230-231. “Esta definición resulta de la sustancial igualdad, que es supuesto esencial de la Democracia. Excluye el que la distinción dentro del Estado democrático de dominantes y dominados, gobernantes e gobernados exprese o produzca una diferencia *cualitativa*. (...) Por lo tanto, la fuerza o autoridad de los que dominan o gobiernan no ha de apoyarse en cualesquiera altas cualidades inaccesibles al pueblo, sino sólo en la voluntad, el mandato y la confianza de los que han de ser dominados o gobernados, que de esta manera se gobiernan en realidad *a sí mismos*.”

A democracia, por ser o regime da igualdade na diferença, deve ser essencialmente pluralista. O princípio da maioria que lhe confere legitimidade dispensa o consenso unânime dos cidadãos, pelo que não prescinde da existência e coabitação com as minorias. A defesa dos direitos das minorias tem de estar assegurada, porque senão haveria uma ditadura da maioria. Essa segurança deve ocorrer, principalmente, através da igualdade de oportunidades para que as minorias hoje possam vir a ser maioria posteriormente.

O princípio da maioria significa compromisso, constituindo-se em um imperativo a preservação dos direitos da minoria. A garantia destes direitos se realiza através dos direitos e liberdades fundamentais, que atuam limitando o poder da maioria.

KELSEN, o grande teórico da democracia, assevera que a defesa das minorias é condição de preservação do próprio sistema, uma vez que “uma ditadura da maioria sobre a minoria não é possível, a longo prazo pelo simples fato de que uma minoria, condenada a não exercer absolutamente influência alguma, acabará por renunciar à participação - apenas formal e, por isso, para ela sem valor e até danosa - na formação da vontade geral, privando, com isso, a maioria - que, por definição, não é possível sem a minoria - de seu próprio caráter de maioria.”⁹⁴

⁹⁴ KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 68.

A limitação constitucional do exercício do poder “não deixa o procedimento de formação da vontade política na obscuridade dos pactos ou decisões dos detentores do poder incontroláveis, senão o põe fundamentalmente na luz do público. A racionalidade do processo político, apesar de seu curso naturalmente menos funcional, ganha, com isso, em visibilidade, clareza, inteligibilidade: racionalidade substancial, que primeiro possibilita participação ativa e é base da legitimidade estatal.”⁹⁵

O princípio da maioria é uma característica dos regimes democráticos, mas sua existência isolada não é suficiente para qualificar um Estado como tal, “Se assim fosse - afirma FERRAJOLI - seria difícil negar o caráter democrático de regimes totalitários como o fascismo, o nazismo ou o stalinismo, que provavelmente gozaram, pelo menos em alguns momentos, de consensos largamente majoritários. Mas precisamente porque os erros destes regimes ensinaram que a democracia não consiste realmente no despotismo da maioria, mas sim num sistema frágil e complexo de separações e equilíbrios entre poderes, de limites e vínculos ao seu exercício, de garantias estabelecidas para a tutela dos direitos fundamentais, de técnicas de controlo e reparação contra a sua violação; e que estes equilíbrios se rompem, e a democracia é posta em perigo, sempre que os poderes, sejam econômicos, sejam políticos, se acumulam ou, pior,

⁹⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Op. Cit., p. 122.

se confundem em formas absolutas.”⁹⁶ Para esse autor, nenhuma maioria tem poder para limitar os direitos individuais e deixar de realizar os direitos sociais.

BOBBIO⁹⁷ também ensina ser incorreto atribuir à regra da maioria o poder de maximizar a liberdade ou o consenso. A maximização da liberdade ou do consenso pressupõe livre determinação, representada por uma determinação racionalmente adotada em face de várias outras possíveis, com o reconhecimento e garantia dos direitos de liberdade, pluralidade de formações políticas, livre antagonismo entre elas, liberdade de propaganda, voto secreto. Sem estas pré-condições, o princípio da maioria é apenas uma regra de valor - do maior número de votantes, que não teria significação alguma, pois “seria impossível justificar o princípio majoritário com a opinião de que uma quantidade maior de votos tem mais poder do que poucos votos.”⁹⁸

“O princípio da maioria, a máxima aproximação possível à idéia de liberdade na realidade política, pressupõe, como condição essencial, o princípio da igualdade. Pois, o ponto de vista segundo o qual, na sociedade, o grau de liberdade é proporcional ao número de indivíduos livres implica que todos os indivíduos têm o mesmo valor político e todos a

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *O estado constitucional de direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade*. In: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 58.

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 436

⁹⁸ KELSEN, Hans. *A Democracia*. Op. Cit., p. 31.

mesma pretensão à liberdade, isto é, a mesma pretensão de que a vontade coletiva esteja em conformidade com sua vontade individual.”⁹⁹

A formação da vontade política deve se dar mediante as garantias do sufrágio geral, livre, igual¹⁰⁰ e secreto; das liberdades ideológica, político-partidária, de manifestação do pensamento, de associação, de reunião; de igualdade de oportunidades; de respeito às minorias.

Nas democracias, observar, simplesmente, o princípio majoritário não é suficiente. Nas sociedades pluralistas modernas convive-se com o risco de discriminação das minorias, que, por não deterem poder político suficiente para se fazer representar, permanecem indefinidamente sob o jugo da maioria, o que cria tensões que podem acabar em atos de violência. Desta forma, a maioria no poder deve preocupar-se em propiciar

⁹⁹ KELSEN, Hans. *A Democracia*. Op. Cit., p. 180.

¹⁰⁰ Há polêmica normativa e doutrinária acerca da denominada ‘cláusula de barreira’, através da qual os partidos políticos com votação inferior a determinado percentual estabelecido não são considerados na distribuição dos mandatos. O interesse pela questão no Brasil surge do debate a respeito da reforma política e na adoção da referida cláusula. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, segundo HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Op. cit., p.128, considera a cláusula compatível com o princípio da igualdade, no mesmo sentido posiciona-se o Tribunal Constitucional da Espanha, conforme LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos Fundamentales y principios constitucionales*. Madrid: Ariel, 1995, p. XI. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Op. cit., p. 317 não opõe obstáculos à implantação deste modelo na Itália não vislumbrando vícios de constitucionalidade. Em Portugal, contudo, há vedação constitucional a esta cláusula, entendendo-a plenamente legítima CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Op.cit., p. 297: “Da exigência de igual valor quanto ao resultado deriva também a exigência (para além da proporcionalidade) de não condicionamento da possibilidade de representação à obtenção de percentagens globais mínimas - proibição de *cláusulas-barreira*. O princípio do voto igual, na sua dimensão de igual valor quanto ao resultado, tem sido estendido à própria luta eleitoral.” KELSEN, Hans. *A Democracia*. Op. cit., p. 74, não prevê esta limitação ao direito da minoria, para ele, “não se pode negar seriamente que essa integração encontre melhor realização no seio do próprio parlamento do que entre a grande massa dos eleitores. (...) O sistema da proporcionalidade pressupõe, mais do que qualquer outro sistema, a organização dos cidadãos em partidos políticos e, onde a organização dos partidos não estiver suficientemente evoluída, terá forte tendência a acelerar e reforçar esta evolução.”

a participação democrática da minoria, através de ações positivas includentes, baseada no princípio de que o poder político se distribui e é compartilhado de diversas formas, para proteger as minorias e para garantir a participação e a livre expressão de todos os cidadãos. “É preciso reconhecer e deixar que se expressem as múltiplas facetas da identidade e a lealdade das pessoas a seu grupo étnico, religioso, sua região ou Estado, do contrário, podem ocorrer conflitos.”¹⁰¹

A idéia de soberania popular e de sufrágio é insuficiente para estabelecer o conceito de democracia. Desta forma, ante a impossibilidade de se construir um conceito material de democracia, empresta-se de BOBBIO a concepção processual de democracia.

Sob este aspecto, define-se democracia como “conjunto de regras que devem servir para se tomarem as decisões coletivas, as decisões que interessam a toda a coletividade, com o máximo de consenso e o mínimo de violência.”¹⁰²

Os pontos essenciais, destacados por BOBBIO¹⁰³, são os seguintes:

¹⁰¹ JOLLY, Richard (Coord.). *Informe sobre desarrollo humano 2000*. Madrid: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo: Ediciones Mundi Prensa, 2000, p. 60.

¹⁰² BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 426.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 426.

- 1- todos os cidadãos que tenham alcançado a maioria, sem distinção de qualquer natureza, devem gozar do direito de expressar sua própria opinião ou de escolher quem a expresse por eles;
- 2- o voto de todos os cidadãos deve ter igual peso;
- 3- todos aqueles que gozam dos direitos políticos devem ser livres para poderem votar segundo sua própria opinião formada, ao máximo possível, livremente, isto é, em uma livre disputa entre grupos políticos organizados em concorrência entre si;
- 4- os eleitores devem ser livres também no sentido de que devem ser colocados em condições de escolher entre diferentes soluções, isto é, entre partidos que tenham programas distintos e alternativos;
- 5- seja para as eleições, seja para as decisões coletivas, deve valer a regra da maioria numérica, no sentido de que será considerado eleito o candidato (ou será considerada válida a decisão) que obtiver o maior número de votos;
- 6- nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, particularmente o direito desta de tornar-se, oportunamente, maioria em igualdade de condições.

Tratando-se de pressupostos meramente formais, não são eles suficientes para caracterizar a existência de um governo democrático;

contudo, a ausência de um deles é suficiente para desqualificar, isto é, para se afirmar não ser o governo nem aparentemente democrático.

Não se pode olvidar, contudo, da lição de TOURAINE, que nos induz a prosseguir na busca da essência da democracia. Ele inadmite a possibilidade de reduzir-se democracia a procedimentos, pois “o que, ainda hoje, opõe um pensamento autoritário a um pensamento democrático é que o primeiro insiste sobre a formalidade das regras jurídicas, enquanto o outro procura descobrir, atrás da formalidade do direito e da linguagem do poder, escolhas e conflitos sociais.”¹⁰⁴

A democracia representativa, por contar com um órgão de deliberação, onde as decisões coletivas são tomadas, tem, necessariamente, de encontrar no voto sua principal característica. Na composição do órgão representativo, ela deve, através do sufrágio, buscar ter integrantes representando os diferentes grupos de opinião que formam a sociedade.

A partir das Revoluções liberais do séc. XVIII, a relação política deixou de ser vista a começar do Estado, para ser visualizada da posição do súdito. Desta forma, o indivíduo passou a constituir a razão do Estado. O fundamento ético da democracia, por esta razão, consiste no reconhecimento da autonomia do indivíduo, de todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza.

¹⁰⁴ TOURAINE, Alain. *O que é a democracia*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 37.

A democracia, por ser o regime da igualdade na diferença, é essencialmente pluralista e legitima-se, por razões de absoluta necessidade, através do princípio da maioria. Contudo, a democracia por dispensar o consenso unânime dos cidadãos, demanda o dever de respeito e coabitação da maioria para com as minorias – governo da maioria com respeito às minorias¹⁰⁵. Através do princípio da igualdade de oportunidades preservam-se os direitos das minorias, prevenindo-se a ditadura da maioria. Esse princípio também permite a alternância no poder, propiciando às minorias possibilidades de virem a ser maioria posteriormente.

A participação no processo democrático exige uma participação política responsável, “razão e consciência” são os pressupostos colocados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Entretanto, esta exigência não tem o alcance idealizado. Ao se estabelecer o princípio do sufrágio universal, estão se legitimando todos os cidadãos, que estarão igualmente habilitados a participar do processo político, não se admitindo restrições, salvo em relação à capacidade eleitoral e pressupostos formais objetivamente justificados¹⁰⁶. Portanto, ‘razão e consciência’ subsumem-se na condição de cidadão.

BOBBIO enfatiza o caráter individualista da sociedade:

¹⁰⁵ RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 122.

¹⁰⁶ Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Op. Cit., p. 127; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ªed. Op. cit., p. 294.

“Na democracia moderna, o soberano não é o povo, mas são todos os cidadãos. O povo é uma abstração, cômoda, mas também falaciosa; os indivíduos, com seus defeitos e seus interesses, são uma realidade. Não é por acaso que como fundamento das democracias modernas estão as Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, desconhecidas da democracia dos antigos. A democracia moderna repousa em concepção individualista da sociedade.”¹⁰⁷

Esta noção liberal da sociedade é insuficiente para pôr termo às injustiças geradas pelo próprio Estado, sendo forçoso reconhecer que apenas a plenitude de direitos políticos não é capaz de gerar um regime democrático que tenha por fundamento a dignidade humana.

“Se a igualdade política é um direito moral, também o é uma maior igualdade no tocante às condições dos recursos produtivos.”¹⁰⁸

FERRANDO BADIA “ressalta a importância do sistema de democracia social que surge do impacto da crítica marxista ao liberalismo e da pressão operária. Foi a partir desse momento que as democracias políticas se foram transformando em democracias sociais, e em alguns casos, que ainda são poucos, houve também a aceitação de certos princípios

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p.380.

¹⁰⁸ HELD, David. *Modelos de Democracia*. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1987, p. 265.

de democracia econômica.”¹⁰⁹ A democracia social é uma fase ulterior à democracia liberal¹¹⁰, diante da incompetência do liberalismo em constituir-se num modelo socialmente inclusivo, o que acarretou problemas sociais de proporções incomensuráveis.

Desta forma, a partir da 2ª Grande Guerra, princípios de democracia social foram incorporados aos textos constitucionais, a saber: direitos a prestações do Estado, constitucionalização de medidas de ‘política social’, possibilidades de socialização e intervenção na vida econômica. A democracia liberal assume feição social, “e o fato é que desde então, vem condicionando a estrutura constitucional dos Estados democráticos liberais.”¹¹¹

Apesar da constitucionalização dos direitos sociais, muitos governos deixam de realizá-los. Mesmo quando o governo se mostra absolutamente incompetente na realização de políticas sociais efetivas, ele permanece no poder, porque os destinatários da ação social do Estado não têm força política capaz de repercutir no resultado eleitoral. Acontece que o desprezo aos direitos sociais é um fator que compromete a própria democracia, por acentuar a desigualdade dentro do Estado, criando uma

¹⁰⁹ Apud. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*, t. I. Op. Cit., p. 374. Mandamentos, 2000, p.

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 84.

¹¹¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1993, p. 204

parcela de indivíduos excluídos da condição de cidadão por absoluta impossibilidade de ter uma existência digna.

Acontece que a exclusão social, quando acentuada em razão da desigualdade extrema, acaba por gerar limitações indesejadas e imprevisíveis no exercício das liberdades diante da reação explosiva provocada pela camada marginalizada economicamente ¹¹².

Esse quadro de exclusão encontra na globalização a sua plenitude. A globalização nada mais é do que a aproximação mercantil dos povos em razão da agilização dos meios de comunicação, internacionalização dos mercados, flexibilização da soberania, tendo por efeito o livre fluxo de capitais, de bens e serviços. Entretanto, suas conseqüências têm-se mostrado devastadoras sobre a governabilidade democrática e os direitos humanos.

Esse fenômeno tem-se prestado a promover o distanciamento econômico, nos planos internacional e interno, de modo a tornar os ricos cada vez mais ricos e os pobres em miseráveis. Essa situação compromete a normalidade democrática nos países periféricos, em razão do agravamento da crise social, deitando por terra o ideal democrático da igualdade de todos.

¹¹² O crescimento da violência urbana serve como exemplo.

A realização do princípio da igualdade revela-se como uma prioridade ética, com vistas à garantia, respeito e desenvolvimento dos direitos humanos. Somente através da igualdade material, poderá ser concebido o primado da dignidade humana como princípio fundamental do ordenamento jurídico.

A igualdade impõe aos Estados o dever de colocar a superação da miséria como ordem do dia, meta que pode ser alcançada através da realização dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A democracia social representa um avanço em relação à democracia liberal. Ao contrário do que se entende, agrega-se a concretização dos direitos sociais aos postulados do constitucionalismo clássico, como a separação entre sociedade e Estado, a prevalência do Direito, a representação política, o princípio da separação de poderes e, sobretudo, a afirmação da liberdade como pressuposto do ordenamento jurídico.

“En el estado actual de la cuestión, el constitucionalismo social se encuentra en la etapa de la profundización de una protección integral de la persona, para liberar al hombre no sólo de la opresión política (que siglos antes había originado el reconocimiento de un derecho de resistencia a la opresión), sino también frente a cualquier forma o

manifestación denigrante para el desarrollo de la personalidad”.¹¹³

O Estado democrático é a forma de organização estatal que deve permitir aos indivíduos desenvolver suas capacidades e interesses, livres de quaisquer instrumentos arbitrários de limitação dessa liberdade de escolha.

A idéia de democracia como pressuposto da efetivação dos direitos humanos, presente na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), prevê a consolidação de “um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais”.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reconhece que “o exercício efetivo da democracia representativa contribuía decisivamente para a plena garantia da observância dos direitos humanos”¹¹⁴

A concepção de democracia meramente formal ou processual mostrou-se insuficiente para sua efetivação, considerando a existência de um quadro de grande exclusão social, que impede as pessoas de compartilharem as vivências sociais com iguais oportunidades. Esse

¹¹³ VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Etapas e transformaciones del constitucionalismo social (Los problemas del “Estado Social de Derecho”)*

¹¹⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 221.

quadro começou a se transformar a partir da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993.

Os Estados acordaram em introduzir como elemento essencial à democracia a existência de condições materiais mínimas para assegurar uma existência digna. Os elementos tradicionais identificadores dos regimes democráticos, representados pelos direitos civis e políticos, não estão mais desacompanhados.

A partir desta Conferência, os direitos econômicos, sociais e culturais responsáveis por propiciar a satisfação das necessidades humanas básicas adquirem o mesmo nível hierárquico dos direitos civis e políticos.

Os direitos econômicos, sociais e culturais, da mesma forma que os direitos civis e políticos, impõem aos Estados três tipos de obrigações: a de respeitá-los, a de protegê-los e a de cumpri-los. A obrigação de respeitar impõe ao Estado a abstenção de medidas que venham a impedir o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais. A obrigação de proteger exige que o Estado previna violações dos referidos direitos por parte de terceiros. A obrigação de cumprir requer que o Estado adote as medidas legislativas, administrativas, legais ou, de qualquer natureza, adequadas para atribuir efetividade plena a estes direitos.

As obrigações de respeitar, proteger e cumprir os direitos econômicos, sociais e culturais não se bastam nelas mesmas. Além das

obrigações de conduta, exigem-se, também, obrigações de resultado. As obrigações de conduta exigem ações racionalmente concebidas com o propósito de assegurar o exercício de um direito específico. Por exemplo, no caso do direito à saúde, a obrigação de conduta poderia implicar a aprovação e execução de um plano de ação destinado a reduzir o índice de mortalidade materna. A obrigação de resultado requer que os Estados cumpram objetivos concretos que satisfaçam uma norma substantiva precisa. Por exemplo, com respeito ao direito à saúde, a obrigação de resultado exige que se reduza a taxa de mortalidade materna a níveis estabelecidos na Conferência Internacional do Cairo sobre a População e o Desenvolvimento, de 1994, e a Quarta Conferência Mundial de Beijing sobre a Mulher, de 1995.

A plena efetividade da maioria dos direitos econômicos, sociais e culturais só pode realizar-se progressivamente, assim como ocorre com a maioria dos direitos civis e políticos, não alterando a obrigação legal que impõe aos Estados o dever de adotar algumas medidas de forma imediata e outras na maior brevidade possível. Os Estados não podem invocar a cláusula de "aplicação progressiva" como pretexto para o não cumprimento de alguns dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Nesta linha de entendimento, caracteriza violação por parte do Estado a não satisfação da obrigação de assegurar direitos mínimos

essenciais à existência material digna. Assim, o Estado incorre em violação destes direitos quando há um número significativo de cidadãos sem acesso a alimentação adequada, saúde, habitação, renda mínima e educação. Estes direitos, por estarem diretamente ligados à sobrevivência dos seres humanos, não comportam qualquer escusa, nem mesmo a de indisponibilidade de recursos, para o não cumprimento. O não atendimento às condições mínimas essenciais de existência demonstra nada mais do que falta de vontade política por parte do Estado.

Da mesma forma, não são aceitas alegações de diferenças sociais, religiosas ou culturais, para justificar a derrogação ou limitação de direitos econômicos, sociais e culturais.

O reconhecimento da insuficiência dos direitos civis e políticos é, portanto, a grande transformação que orientará a construção da idéia de democracia. Reconhecem-se democráticos apenas Estados que, por vislumbrarem a indivisibilidade dos direitos humanos, cumprem e fazem cumprir todos os direitos fundamentais dos indivíduos. A novidade é que tais Estados reconhecem que direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais, se encontram no mesmo nível hierárquico.

2- OS VALORES DEMOCRÁTICOS: LIBERDADE E IGUALDADE

2.1- LIBERDADE: PILAR DA DEMOCRACIA

A democracia é uma semente que precisa ser cultivada, pois a linha que a separa de regimes não democráticos é muito tênue e deve haver uma preocupação constante em preservá-la.

Os valores igualdade e liberdade caracterizam a democracia. Porém, não podem ser absolutamente realizados, pois, diante de uma situação de absoluta igualdade ou liberdade, estaríamos reciprocamente diante de absoluta desigualdade ou falta de liberdade, uma anulando a outra. O sistema democrático tem sempre pela frente o desafio de promover o equilíbrio de ambos os valores, pois, quanto maior a liberdade, mais desigualdade haverá e, quanto mais iguais formos, maiores limitações à liberdade teremos. A construção de um Estado democrático justo significa equilibrar liberdade e igualdade, porquanto “sociedade de livres e iguais é um estado hipotético, apenas imaginado.”¹¹⁵. A Declaração do México, de 06 de maio de 1945, já proclamava o dever de harmonização entre os interesses da coletividade com os direitos do indivíduo.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro, Ediouro, 1985, p. 8.

Os valores igualdade e liberdade, elementos essenciais da democracia, nos remetem à idéia de justiça, pois um e outro sofrem variações e gradações por razões espaciais e temporais.

No paradigma liberal, os dois traços característicos da democracia são a garantia dos direitos e o controle dos poderes públicos. Segundo BOBBIO, "O primeiro dos dois princípios deu origem à proclamação dos direitos naturais; o segundo, à divisão dos poderes. Resumidamente podemos dizer que proclamação dos direitos e divisão dos poderes são os dois institutos fundamentais do Estado liberal entendido como Estado de direito, ou seja, como Estado cuja atividade é, em duplo sentido, isto é, materialmente e formalmente, limitada."¹¹⁶

As democracias liberais ocidentais caracterizam-se, conforme BARACHO, pela presença dessas características: constituição rígida e suprema, garantia dos direitos e liberdades fundamentais, limitação de poder, respeito às minorias, soberania popular, pluralismo ideológico, separação de poderes, acesso irrestrito à justiça integrada por poder judiciário independente¹¹⁷.

No Estado liberal, assegura-se liberdade mediante a consideração de que o Estado é instrumento para fazê-la efetiva, de modo a

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 276.

¹¹⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Constitucionalismo*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 1986, ano 22, v. 35, p. 5-62.

garantir que nenhum homem encontre obstáculos para o desenvolvimento de sua personalidade nas diversas esferas vitais ¹¹⁸.

“La lucha entre libertad e igualdad há comenzado. La Historia de los siglos próximos tendrá que ser escrita bajo el signo de essa amplísima contienda” ¹¹⁹.

Essa idéia de liberdade representa uma conquista da modernidade, que foi alcançada ao longo da história da humanidade.

Durante a Idade Média, desconsiderava-se o indivíduo, reconhecendo-se direitos apenas àqueles inseridos em classes (nobreza, clero, etc.). A liberdade individual encontrava-se enclausurada pelo absolutismo medieval.

A passagem para a Idade Moderna significou a passagem de uma sociedade estamental, teocrática, para uma sociedade antropocêntrica e individualista. É interessante observar que essa transição, apesar de representar conquistas para o indivíduo, não teve motivação humanitária, ocorrendo em razão das necessidades de normalização econômica para atender aos interesses da burguesia.

O liberalismo é a doutrina que resgata a esfera privada do indivíduo, conferindo-lhe direitos fora da comunidade ou do Estado. A

¹¹⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1993, p. 144. “La tesis de que ningún hombre debe encontrar obstáculos para el desarrollo y despliegue de su personalidad en las diversas esferas vitales. Por consiguiente, gira en torno a una afirmación de la libertad y a la consideración del Estado como instrumento para hacer efectiva esa libertad.”

¹¹⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Op. Cit., p. 202.

filosofia liberal tem no jusnaturalismo o embasamento necessário para o reconhecimento das liberdades individuais. A Escola do Direito Natural representa uma ligação entre a natureza humana e Deus, atribuindo ao Direito um fundamento ético. Os direitos naturais pertencem ao indivíduo pelo simples fato de ele existir.

GROTIUS, precursor e maior expoente da escola jusnaturalista clássica, “liga o direito natural à vontade de Deus, autor da natureza; contudo, ele se torna tão imutável, que se independitiza daquela vontade, como ocorre com as equações matemáticas, já que é um ditame da reta razão que mostra a justiça ou não de um ato, segundo seja este conforme ou não a mesma razão natural do homem.”¹²⁰

A doutrina do direito natural, segundo MARITAIN, considera a existência de leis não escritas e imutáveis, que “não nasciam do capricho de hoje ou de ontem, mas vivem sempre e para sempre e nenhum homem sabe de onde provêm.”¹²¹ As leis da natureza, sendo racionalmente justificadas, sobrepõem-se ao direito positivo, porquanto têm fontes universais e imutáveis. Desta forma, o Estado tem o dever, para ser justo, de assegurar os direitos inatos ao indivíduo.

¹²⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant -seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 2ªed. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 72.

¹²¹ MARITAIN, Jacques. *O Homem e o Estado*. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1952, p. 101.

Na lição de DEL VECCHIO, a humanidade iguala-se na liberdade, direito inato ao ser humano, pelo que, “em face dos outros, portanto, cada um de nós tem um direito natural à liberdade. Entre os homens, relativamente a este direito, não existe diferença alguma; a propósito dele, irmana-os perfeita igualdade. Eis porque cada um de nós sente que pode e deve pretender dos outros respeito pela integridade própria, assim física como moral; que às várias direções da atividade humana devem corresponder outras tantas especificações de mesmo direito fundamental, ou seja, da liberdade harmonizada e elevada ao universal, segundo a idéia de uma possível coexistência.”¹²²

A transição da antigüidade para a era moderna liberal, que ocorre com as revoluções burguesas, representará a mudança do modelo político, doravante limitado para respeitar os direitos e liberdades individuais, com poderes separados, autônomos e independentes. O ciclo revolucionário inicia-se na Inglaterra, no séc. XVII. Através dos documentos firmados, tais como Petition of Rights (1628), Habeas Corpus Act (1679) e Bill of Rights (1689), consagraram-se direitos e liberdades individuais. Estas normas, de caráter eminentemente liberal, através do reconhecimento e proteção do direito de propriedade, da liberdade de locomoção, da liberdade de manifestação do pensamento, da liberdade

¹²² *Apud.* REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 352.

religiosa, do direito de petição, da garantia do trial by jury, da legalidade e da anterioridade tributária e da igualdade política, conferem segurança jurídica e direitos e liberdades individuais.

Contudo, as primeiras declarações de direito, no sentido moderno, são as elaboradas pelas colônias norte-americanas, por ocasião da independência. Sua importância deve-se ao fato de tomarem por fundamento os direitos da natureza humana e a razão de forma genérica, enquanto os documentos ingleses ainda refletiam privilégios de castas em uma sociedade ainda estamental.

A Declaração do Povo da Virgínia, no seu dispositivo inaugural, sintetiza as idéias jusnaturalistas: “Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm direitos inatos dos quais não podem ser privados por nenhum pacto posterior.”

A Revolução Francesa culminou com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão “proclamando a liberdade, a igualdade e a soberania popular, a Declaração foi o atestado de óbito do Antigo Regime, destruído pela Revolução”¹²³, marcando o início da nova era.

As liberdades individuais constituem-se no núcleo indevassável da autodeterminação humana. Representam princípios

¹²³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 1996, p. 85.

superiores do ordenamento jurídico, não podendo ser limitados e muito menos suprimidos por uma decisão ainda que majoritária. Tais direitos estão inseridos no que LOEWENSTEIN denomina de zonas proibidas, isto é, fechadas a todos, inclusive para os destinatários do poder, por serem direitos inalienáveis¹²⁴.

Liberdade é, originariamente, um conceito negativo observado sob a perspectiva do indivíduo no ‘estado de natureza’. Nesse sentido, ela representa a não subordinação a algo ou a alguém. No entanto, a ‘liberdade natural’ só existe na absoluta solidão. O ser humano é um ser social e, portanto, não pode prescindir do grupo social, o que se mostra absolutamente incompatível com a liberdade ilimitada. O brocardo latino *Ubi homo ibi societas, ubi societas ibi jus, ergo ubi homo ibi jus* - torna evidente a legitimidade e necessidade de o Direito atuar como limitador da liberdade natural. Tão imperiosos, portanto, quanto a liberdade são os limites que lhe devem ser impostos, os quais, se inexistentes, estaria inviabilizada a vida em sociedade.

Todavia, o indivíduo, vivendo em sociedade, está subordinado a um comando. Daí não se prescindir também da limitação de poder para quem dita as ordens. Uma tendência psicológica inevitável é a que transforma o uso do poder em abuso de poder. Somente divindades

¹²⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 390.

seriam capazes de resistir a essa tentação. Onde encontrá-las ? - é a indagação irrespondível que LOEWENSTEIN¹²⁵ nos deixa. A Revolução dos Bichos é uma ilustrativa fábula de George Orwell, na qual é contada a história de alguns animais que sonharam construir a sociedade ideal, onde igualdade e liberdade reinariam, após livrarem-se da opressão humana. Entretanto, livres do jugo humano, os animais que assumiram o comando submeteram os demais a um regime mais opressor e cruel do que antes.

BENJAMIN CONSTANT, ideólogo da Revolução norte-americana, atentou para o problema. A outorga de poderes ao povo, por aplicação do princípio da soberania popular, não está livre de limitações. Desde a origem, deve-se considerar sua eficácia relativa e limitada. Para esse autor, “sem uma definição exata e precisa - das limitações do poder soberano - o triunfo da teoria poderia converter-se em uma calamidade em sua aplicação. (...) Se se atribui a esta soberania uma amplitude que não deve ter, a liberdade pode perder-se apesar desse princípio, ou inclusive por este princípio. (...) Assim, toda autoridade tem seus limites traçados pela justiça e pelos direitos individuais.”¹²⁶

ROSSEAU, “talvez o maior teórico da democracia”¹²⁷, no Contrato Social, apresenta a ‘liberdade social’ como forma de evitar a

¹²⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 28.

¹²⁶ *Apud.* GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1993, p. 199.

¹²⁷ KELSEN, Hans. *A Democracia*. Op. Cit., p.29.

anarquia decorrente da liberdade despojada de domínio: “O que o homem perde através do contrato social é sua liberdade natural e seu direito ilimitado a tudo que deseje e possa alcançar. O que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo quanto possui. O indivíduo, apesar de unir-se a todos, permanece tão livre como antes, pois se perde sua liberdade natural, que não tem limites senão nas próprias forças do indivíduo, em compensação, ganha a liberdade civil, que só pode ser limitada pela vontade geral, isto é, pela lei.”¹²⁸

“Essa metamorfose da idéia de liberdade é da maior importância para todo o nosso pensamento político. (...) Assim, Rosseau formulou a questão cuja resposta é a democracia. (...) A liberdade política, isto é, a liberdade sob a ordem social, é a autodeterminação do indivíduo por meio da participação na criação da ordem social.”¹²⁹

Nas democracias, o instrumento legítimo de limitação do poder é a constituição, cuja finalidade é criar instituições para limitar e controlar o poder político; é o que, na lição de LOEWENSTEIN “se deverá considerar como o telos de toda constituição”¹³⁰.

¹²⁸ Apud, MAIHOFER, Werner. *Principios de una democracia en libertad*. In, BENDA, MAIHOFER, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Op. Cit., p.223.

¹²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 407-408.

¹³⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 151.

KANT influenciado pelas idéias de Rosseau, desenvolve a concepção de liberdade a partir da vontade. SALGADO expõe com clareza, a partir da noção de vontade, a idéia kantiana de liberdade:

“A vontade é a faculdade que cria leis (e esta é também a definição da razão) e, na medida em que cria as suas próprias regras, é livre. Do ponto de vista da criação de leis para si (da autodeterminação) pela vontade, a liberdade é definida, pois, como autonomia (sentido positivo). Do ponto de vista do livre arbítrio, ou seja, do momento em que a lei da razão pura prática deve ser realizada por um indivíduo, a liberdade aparece, em primeiro lugar, como pura negatividade ou desvinculação total de toda lei da natureza, mas, ao mesmo tempo, como submissão total à lei da razão pura prática, ou como arbítrio. Só assim o arbítrio, que é aquele momento em que a ação aparece sob a pressão de dois pólos (as inclinações comandadas pela natureza e as leis práticas impostas pela razão pura prática), pode tornar-se livre.”¹³¹

¹³¹ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant - seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Op. Cit., p. 235.

BOBBIO¹³², ao discorrer sobre liberdade, classifica-a em liberdade negativa e liberdade positiva.

Liberdade negativa, por ele denominada liberdade como não-impedimento e como não constrangimento, encontra-se expressa no art. 5º, inc. II da Constituição da República brasileira: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Liberdade positiva ou autonomia consiste na livre manifestação da vontade para tomar decisões, “por isso se diz ‘livre o homem não-conformista, que raciocina com a própria cabeça, é imparcial, não cede a pressões, adulações, promessas de cargos, etc.’”¹³³

Esta mesma definição está presente na obra de ALEXY, para quem “liberdade positiva e liberdade negativa se diferenciam somente porque na liberdade positiva o objeto da liberdade consiste, exatamente, em uma ação, enquanto que na liberdade negativa consiste em uma alternativa de ação.”¹³⁴ A liberdade negativa é denominada liberdade jurídica.

As liberdades asseguradas no Estado democrático contemporâneo podem ser analiticamente enumeradas da seguinte maneira: liberdade pessoal (não ser preso arbitrariamente e o direito ao devido processo legal); liberdade de consciência e de religião; liberdade de

¹³² BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro, Ediouro, 1985, p. 48-52.

¹³³ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Op. Cit., p. 279.

¹³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 215.

pensamento e de expressão; liberdade de reunião e liberdade de associação. Elas têm por destinatário o Estado que tem o “dever de proteção”¹³⁵ através de uma prática negativa - não violá-las. Estas liberdades estão garantidas na ordem jurídica interna através dos direitos e liberdades fundamentais definidos na constituição, núcleo intangível e inalienável.

Entretanto, quando exauridos os instrumentos internos de garantia, o Pacto de São José da Costa Rica assegura o acesso à jurisdição internacional.

A liberdade, direito sagrado do ser humano, como qualquer outro direito, não é absoluto ou inviolável, podendo vir a sofrer restrições legítimas, conforme consta na Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo art. 32.2, enuncia:

“Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.”

¹³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. Cit., p. 375.

2.2 - IGUALDADE: ESSÊNCIA DA PESSOA HUMANA

A igualdade constitui o direito mais importante de nosso tempo, ao ser considerado como postulado primeiro, fundador de toda a moderna construção teórica e jurídico-positiva dos direitos sociais¹³⁶.

Igualdade é um conceito que se relaciona comparativamente, pois toma o homem a partir de determinado contexto. A desigualdade, neste contexto, é um correlato necessário. De acordo com BOBBIO, “a igualdade é um modo de estabelecer um determinado tipo de relação entre os entes de uma totalidade, mesmo quando a única característica comum desses entes seja o fato de serem livres.”¹³⁷.

O princípio da igualdade incompatibiliza -se com a outorga ou manutenção de privilégios, sem, contudo, deixar de reconhecer na individualidade de cada pessoa e, em razão dela, as diferenças existentes entre os indivíduos. A igualdade não implica na imposição de sacrifícios aos mais capacitados em benefício daqueles menos capacitados; ao contrário, implica em suprir, através de ações positivas, as deficiências dos que se encontram em condições desfavorecidas para que tenham iguais

¹³⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1999., p. 50.

¹³⁷ Neste sentido RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. No início de sua obra se lê “A justiça é a primeira virtude das instituições sociais”.

oportunidades para alcançar os mesmos benefícios daqueles que não padecem de limitações.

A idéia de igualdade remonta aos gregos e, para eles, advinha da isogonía, igualdade de natureza ou de nascimento, que faz todos os indivíduos iguais e igualmente dignos, consituindo-se no fundamento ideal do governo democrático. SOCRATES, no diálogo Menêxemos, proclamava: “Nós e os nossos, nascidos irmãos da mesma mãe, não pretendemos ser entre nós servos e senhores, mas a igualdade de nascimento nos obriga a buscar também a igualdade legal e a não ceder a ninguém mais, a não ser no apreço da virtude e da inteligência.”¹³⁸

Para o enraizamento no “pensamento político ocidental contribuiu a idéia cristã dos homens irmãos enquanto filhos de um único Deus: idéia esta, a da fraternidade entre os homens, que, secularizada através da doutrina da natureza humana comum, acabou por constituir um dos três princípios da Revolução Francesa.”¹³⁹

HOBBS atribui à igualdade a condição de premissa inaugural de sua teoria: “a natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isso em conjunto, a

¹³⁸ Apud, BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus Editora, 2000, p. 377.

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus Editora, 2000, p. 378.

diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele.”¹⁴⁰

A concepção de igualdade, no ideário Revolucionário burguês, encontra-se bem traduzido na obra de SIEYÈS, para quem a diferenciação entre governantes e governados se faz através do povo e não frente a ele. No seu inflamado discurso contra a nobreza e o clero, opunha-se este autor exatamente ao fato de que estas classes atribuíam-se privilégios frente ao povo. É o que se depreende da leitura da magnífica exaltação à liberdade presente na obra *Qu'est-ce que le Tiers État?*¹⁴¹:

“É necessário remontar aos princípios. Os direitos políticos, assim como os direitos civis, devem corresponder à qualidade de cidadão. Esta propriedade legal é a mesma para todos, sem nenhuma relação com a maior ou menor propriedade real com que cada indivíduo possa compor sua fortuna ou suas posses. Todo cidadão que reúne as condições determinadas para ser eleitor, tem direito de se fazer representar, e sua representação não pode ser uma

¹⁴⁰ HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Apud, SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant - seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Op. Cit., p. 75.

¹⁴¹ Para se compreender o que representaram as idéias de SIEYÈS, cf. SCHAMA, Simon. *Cidadãos - Uma crônica da Revolução Francesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 256-257: “Coube ao abade Sieyès elaborar o mais incisivo de todos os panfletos - *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?* - para tornar decisivo o cisma entre o útil e o inútil. (...) Não só deu conteúdo e forma à nova política nacional, como ainda apontou um dedo ameaçador para todos que se separavam de tal política.”

fração da representação do outro. Este direito é uno; todos o exercem por igual, como todos estão protegidos igualmente pela lei que ajudaram a fazer.”¹⁴²

A desigualdade é da própria natureza humana, mas não se admitem discriminações, nem outorga de privilégios, assevera o abade revolucionário:

“Nunca será demais repetir que todo privilégio se opõe ao direito comum. (...) As vantagens pelas quais os cidadãos diferem estão além do caráter do cidadão. As desigualdades de propriedade e de indústria são como as desigualdades de idade, de sexo, de tamanho, etc. Não desnaturam a igualdade cívica. Sem dúvida, essas vantagens particulares estão sob a salvaguarda da lei; mas não cabe ao legislador criar vantagens desta natureza, dar privilégios a uns e negá-los a outros. (...) Mas não impede de modo algum que cada um, segundo suas faculdades naturais e adquiridas, de acordo com acasos mais ou menos favoráveis, acresça sua propriedade com tudo o que a sorte próspera ou um trabalho mais fecundo puder acrescentar. A lei, protegendo os direitos comuns de todos os cidadãos, protege cada cidadão

¹⁴² SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa - Qu'est-ce que le Tiers État ?*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.56.

em tudo, até o momento em que o que ele quer começa a prejudicar o interesse comum.”¹⁴³

Para ROSSEAU, igualdade significa reduzir as desigualdades naturais através do contrato social, considerando, imprescindível, por exemplo, a distribuição de riquezas, como forma de assegurar-se igualdade política e, por conseguinte, a legitimidade do poder¹⁴⁴.

Igualdade, para KELSEN, tem uma dimensão política:

“a igualdade democrática implica a igualdade que se supõe existir na relação entre os que exercem o governo e os que se submetem ao mesmo, pois os governados participam do governo e porque a democracia, enquanto autodeterminação política, significa identidade entre governantes e governados.”¹⁴⁵

O reconhecimento da igualdade, portanto, não é admitido como decorrência automática do nascimento, a condição de igual é uma

¹⁴³ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa - Qu'est-ce que le Tiers État ?*. Op. Cit., p. 10, 72-73.

¹⁴⁴ *Apud*, BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995, p. 25, “Numa das passagens decisivas do *Contrato Social*, ele escreve: *O pacto fundamental, em lugar de destruir a igualdade natural, pelo contrário, substitui por uma igualdade moral e legítima aquilo que a natureza poderia trazer de desigualdade física entre os homens.*”. In MAIHOFER, Werner. *Princípios de una democracia en libertad*. in, BENDA, MAIHOFER, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Op. Cit., p.228. encontra-se a seguinte passagem: “para ROSSEAU ello no significa que el principio de igualdad exija *que todos tengan que poseer igual fuerza e igual riqueza*. Pero en cambio sí significa, tanto para este autor como para nosotros hoy, que *ningún ciudadano debe ser tan rico como para poder comprar a otro, ni tan pobre como para tener que venderse.*”

¹⁴⁵ KELSEN, Hans. *A Democracia*. Op. Cit., p. 250.

construção decorrente da condição social e política do indivíduo: inter homines esse. BOBBIO doutrina:

“A igualdade não é por si mesma um valor, mas o é somente na medida em que seja uma condição necessária, ainda que não suficiente, daquela harmonia do todo, daquele ordenamento das partes, daquele equilíbrio interno de um sistema que mereça o nome de justo. (...) Mas, com freqüência, não se dá atenção ao fato de que aquilo que atribui uma carga emotiva positiva à enunciação - que enquanto proposição descritiva, é excessivamente genérica ou até mesmo falsa - não é a proclamada igualdade, mas a extensão da igualdade.”¹⁴⁶

“De fato, a asserção de que a igualdade é algo inerente à condição humana é mais do que uma abstração destituída de realidade. É uma ilusão facilmente verificável numa situação limite como a dos refugiados ou dos internados em campos de concentração.”¹⁴⁷

O argumento definitivo é encontrado na obra de VAZ:

“o modelo repousa sobre a hipótese insustentável da igualdade natural entre os homens da qual resultaria a

¹⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995, p. 16 e 23.

¹⁴⁷ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos - Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. Op. Cit., p. 150.

constituição da sociedade pelo pacto de associação entre iguais. Na verdade, porém, a natureza é o domínio da diferença e, enquanto procedem da natureza, os homens se constituem em indivíduos pela particularidade das suas diferenças irreduzíveis.”¹⁴⁸

A igualdade democrática é, pois, uma igualdade substancial.

Todos os cidadãos podem ser tratados como iguais, ter igualdade ante o sufrágio, etc. porque participam desta substância¹⁴⁹. Como referido por SCHMITT, a condição de governante não decorre de nenhuma condição, senão da confiança do povo que lhe outorgou mandato através do sufrágio. Não há na democracia nenhuma condição transcendente para habilitar o exercício do poder, a expressão *vox populi, vox Dei* tem, assim, significação para além de um simples dito popular. Preconizada por Jefferson nos EUA e Mazzini na Europa, representa a recusa a todas as influências e ingerências políticas que não resultem da homogeneidade substancial do próprio povo¹⁵⁰.

O Estado liberal preconiza que todos os homens ou todos os cidadãos de um Estado são iguais em relação à lei, à capacidade jurídica ou

¹⁴⁸ VAZ, Henrique C. DE Lima. *Escritos de Filosofia II - Ética e cultura*. Op. Cit., p.267.

¹⁴⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Op. Cit., p. 225.

¹⁵⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Op. Cit., p. 233.

ao gozo de determinadas liberdades, e não tendem ao igualitarismo, uma vez que democracia é a igualdade na diferença.

“O princípio da igualdade é o princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico-constitucional”¹⁵¹, pontifica CANOTILHO. O princípio constitucional da igualdade é um postulado que tem duplo espectro: a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei.

Igualdade perante a lei consiste em proibir todo tratamento discriminatório em face da lei. Discriminação¹⁵² é qualquer tratamento que, por criar privilégios e carecer de justificação objetiva e razoável, desafia o repúdio da ordem jurídica.

Todavia, há possibilidade de se conferirem tratamentos jurídicos desiguais sem violação do princípio da igualdade para proteger os juridicamente mais débeis, como, por exemplo, a proteção ao menor. O princípio da igualdade não padece de vício algum quando se estendem vantagens de uma categoria a outra que dessas vantagens estivesse privada ou quando se retiram privilégios de determinada categoria, de modo a igualá-los a todos os demais não privilegiados. Desta forma, o Estado deve adotar ações positivas em defesa do progresso de certos grupos raciais,

¹⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. Cit., p. 405.

¹⁵² Objetivamente, pode-se definir discriminação como toda distinção, exclusão ou restrição baseada na diferença de sexo, raça, cor, descendência, origem nacional, étnica ou econômica, que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou qualquer outro da vida pública.

étnicos, culturais, que necessitam de proteção para proporcionar-lhes igualdade de gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, desde que não crie privilégios e não dure por tempo superior ao necessário à equalização das oportunidades destes grupos.

A jurisprudência internacional construiu a seguinte definição de igualdade:

“la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.”¹⁵³

O desafio à concretização do princípio da igualdade apresenta-se hoje sob a forma de inclusão, uma vez que o direito à

¹⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-4/84, de 19/01/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con naturalización, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1984, p. 56.

igualdade perante a lei e à igual proteção da lei mostram-se insuficientes para romper a barreira do apartheid social atualmente existente.

Grande parcela da população encontra-se absolutamente marginalizada, tendo apenas presença física no território¹⁵⁴, mas não usufruindo nenhum benefício da sociedade capitalista industrializada. A situação é tão grave, que se chegou ao extremo de encontrar quem “extraordinariamente” sustente a pobreza como um direito¹⁵⁵, que representaria, na verdade, direito a não viver miseravelmente. MÜLLER descreve a gravidade do quadro de exclusão existente:

“Não se trata mais de diferenças de classe ou de estratificação social no quadro de uma inclusão genérica, ainda que muito desigual. Muito pelo contrário, o esquema inclusão/exclusão sobrepõe-se como uma superestrutura à estrutura da sociedade, também à estrutura da constituição (...) Na prática se retira aos excluídos a dignidade humana, retira-se-lhes mesmo a qualidade de seres humanos, conforme se evidencia na atuação do aparelho de repressão: não aplicação sistemática dos direitos fundamentais e de outras garantias jurídicas, perseguição física, “execução” sem acusação nem processo, impunidade dos agentes e stais da violação, da opressão ou do assassinio. (...) O objetivo da luta é impor a igualdade de

¹⁵⁴ Para se ter uma idéia da exclusão promovida pelo próprio Estado, na realização do CENSO 2000, cogitou-se de não se entrevistar e, portanto, não se contabilizar as pessoas que estivessem residindo sob viadutos ou que não tivessem endereço certo, como se não fossem cidadãos brasileiros ou então ...

¹⁵⁵ ALMEIDA, Fernando Barcellos de . *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 99.

todos no tocante à sua qualidade de seres humanos, à dignidade humana, aos direitos fundamentais e às restantes garantias legalmente vigentes de proteção.”¹⁵⁶

A realização do princípio da igualdade revela-se como uma prioridade ética, com vistas à garantia, ao respeito e ao desenvolvimento dos Direitos Humanos. É a igualdade a única forma de se estabelecer o primado da dignidade humana como fundamento do ordenamento jurídico.

¹⁵⁶ MÜLLER, Friederich. *Quem é o povo ?* 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 98.

CAPÍTULO III - TIPOLOGIA DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

1- OS TRATADOS INTERNACIONAIS À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO GERAL

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, qualificada como o tratado dos tratados, define os tratados internacionais como “um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, que esteja consignado em um instrumento único, quer em dois ou vários instrumentos conexos, qualquer que seja a sua denominação particular.”¹⁵⁷

Tratado é o gênero do qual são espécies a convenção, a declaração, o pacto e o protocolo. Na lição de MELLO, “convenção é o tratado que cria normas gerais”; “declaração é usada para os acordos que criam princípios jurídicos ou ‘afirmam uma atitude política comum’”; “pacto é um tratado solene”; e protocolo “é um verdadeiro tratado em que são criadas normas jurídicas”, complementando um tratado anterior¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 23/05/1969, art. 2º, 1, a.

¹⁵⁸ MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 1º vol., 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 200-201.

QUADROS conceitua o tratado como “um acordo de vontades, em forma escrita, entre sujeitos de Direito Internacional, agindo nesta qualidade, de que resulta a produção de efeitos jurídicos.”¹⁵⁹ Para este autor, a definição normativa padece de vícios, pois “não pode considerar-se a forma adoptada pela Convenção como modelar, além do que nos parece equívoca a expressão regido pelo Direito Internacional, pela qual se pretende indicar a produção de efeitos jurídicos na esfera internacional, e redundante a primeira inclusão do vocábulo internacional.”¹⁶⁰

A despeito da crítica, o texto normativo tem a capacidade de aglutinar os elementos apontados pela doutrina como constitutivos de um tratado. Tanto é verdade que na Convenção de Viena de 1986, “manteve-se a mesma fórmula, sem prejuízo das necessárias adaptações para os tratados concluídos entre Estados e organizações internacionais ou entre organizações internacionais”¹⁶¹.

Os tratados internacionais regem-se pelos princípios do Direito Internacional Geral, consolidados na Carta das Nações Unidas. São eles: o princípio da igualdade de direitos, o princípio da livre determinação dos povos, o princípio da igualdade soberana e da independência de todos

¹⁵⁹ QUADROS, Fausto de. PEREIRA, André Gonçalves. *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 173

¹⁶⁰ QUADROS, Fausto de. PEREIRA, André Gonçalves. *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 173

¹⁶¹ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 109

os Estados, o princípio da não ingerência em assuntos internos dos Estados, o princípio da proibição de ameaça ou do uso da força e o princípio do respeito universal aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todos e o princípio da efetividade destes direitos e liberdades.

Esses tratados visam à manutenção da paz e da segurança internacionais, ao fomento das relações de amizade entre as nações e à realização da cooperação internacional.

A Convenção de Viena, nos arts. 31 a 33, estabelece os princípios e métodos a serem empregados na interpretação dos tratados. DINH assinala a interpretação dos tratados internacionais como um tema problemático para o Direito Internacional Público, “principalmente porque os Estados – soberanos – entendem não estar comprometidos para além do que verdadeiramente aceitaram.”¹⁶²

O art. 31 consagra os princípios da boa fé e da efetividade dos tratados, de modo que “um tratado deve ser interpretado de boa-fé, de conformidade com o sentido comum que deve ser atribuído aos termos do tratado em seu contexto à luz de seu objeto e finalidade.”

Destes princípios decorrem a regra do efeito útil e a dos efeitos implícitos do tratado, “de harmonia com a qual deve entender -se

¹⁶² DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 237.

que foi querido não só o que expressamente se estipulou mas ainda aquilo que for indispensável para a realização da estipulação.”¹⁶³

O princípio da boa fé é fundamental na escolha dos métodos de interpretação dos tratados.¹⁶⁴

O art. 32 da Convenção de Viena admite o recurso a métodos interpretativos complementares, em casos de ambigüidade, obscuridade, ou quando sua aplicação conduzir a um resultado manifestamente absurdo. Na visão de QUADROS, os métodos de interpretação dos tratados são: o literal, o sistemático, o teleológico e histórico.

Não se pode perder de vista, no Direito dos Tratados, o princípio do *pacta sunt servanda*, que para alguns é a norma fundamental. Por essa regra, os Estados não se obrigam senão pelo que estiver determinado no tratado em vigor, sendo possível, contudo, a ampliação de seu conteúdo por via interpretativa ou por desenvolvimento posterior da matéria. “Mais recentemente, e com vista sobre tudo a conceder ao tratado uma interpretação mais actualista, passou -se a atribuir significado também à subseqüente prática dos Estados e dos órgãos de Organizações

¹⁶³ QUADROS, Fausto de. PEREIRA, André Gonçalves. *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 241.

¹⁶⁴ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 237.

Internacionais na aplicação do tratado em causa, bem como à mudança das condições sociais que teve lugar desde a assinatura do tratado.”¹⁶⁵

Na busca do sentido do tratado, emprega-se também o critério da remissão móvel; “a tomada em consideração do espírito do texto pode levar à opção de uma interpretação evolutiva, de tal modo que o tratado ‘esteja de acordo com a evolução da sociedade’ (C.E.D.H., 27 de Setembro de 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, série A, nº 184, § 35)”¹⁶⁶.

Esse critério também foi recepcionado pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao estabelecer que “um instrumento internacional deve ser interpretado e aplicado no marco do sistema jurídico vigente no momento da interpretação.”¹⁶⁷

¹⁶⁵ QUADROS, Fausto de. PEREIRA, André Gonçalves. *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 242.

¹⁶⁶ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 239.

¹⁶⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Advisory Opinion on Namibia*, apud, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinion Consultiva OC-16/99*, de 01/10/1999, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Serie A: fallos e opiniones, nº 16, São José da Costa Rica, 2000, p. 154.

2- A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO

Doutrinariamente, prevalece o entendimento do primado do direito internacional sobre o direito interno. Um Estado, ao contrair obrigações internacionais, compromete-se a, no âmbito interno, adotar as medidas necessárias à realização dos compromissos assumidos.

O reconhecimento desta circunstância é encontrado na obra de KELSEN, para quem “um tratado internacional referente a determinadas matérias obriga juridicamente os Estados contratantes no que diz respeito à regulamentação dessas matérias pelas suas legislações próprias.”¹⁶⁸

O Estado, portanto, não poderá invocar disposições de direito interno como justificativa para o descumprimento de um tratado, conforme preconizado no art. 27 da Convenção de Viena, porque a ordem jurídica nacional é limitada pelo Direito internacional ¹⁶⁹.

Das duas correntes doutrinárias que polemizam a respeito da força normativa do Direito Internacional, a monista e a dualista, nenhuma delas é capaz de, isoladamente, explicar o fenômeno normativo internacional.

¹⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 489.

¹⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 489.

Fruto da obra pioneira de Triepel, datada de 1899, e, em seguida, desenvolvida por Anzilotti, em 1905, a teoria dualista;¹⁷⁰ que considera os sistemas jurídicos nacional e internacional como duas ordens distintas, separadas e autônomas, sustenta-se em três fundamentos:

- 1- o processo de formação do direito interno decorre unicamente da vontade do Estado, sendo, portanto, diferente da forma de criação do direito internacional, que nasce do consensus dos Estados;
- 2- as matérias disciplinadas por um e outro são distintas; no Direito Internacional, as normas destinam-se aos Estados soberanos, enquanto que o direito interno tem por destinatários os indivíduos sob a jurisdição estatal;
- 3- o fundamento de criação do direito é distinto em ambos os sistemas; a lei interna deriva de uma fonte autoritária, enquanto as normas internacionais, em razão da descentralização de poder existente na sociedade internacional e pela igualdade soberana, não são impostas aos Estados, mas criadas por eles.

Os adversários dessa teoria contra-argumentam:

¹⁷⁰ CAMPOS, Julio D. González. RODRIGUEZ, Luis I. Sánchez. MARÍA, Paz Andrés Sáenz de Santa. *Curso de Derecho Internacional Público*. 6ª ed. Madrid: Civitas, 1998, p. 261-262. REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 2-3. QUADROS, Fausto de. PEREIRA, André Gonçalves. *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 84-85. ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas*. São Paulo: Renovar, 2000, p. 62-71. DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 47-48. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 488-489. MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 1º vol., 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 109-112.

1- a norma internacional não poderia ser obrigatória na ordem jurídica interna, por ter por destinatários os Estados, regulando, exclusivamente, as relações entre estes;

2- tratando-se de sistemas autônomos, sem qualquer relação de dependência ou subordinação, a aplicação da norma internacional no âmbito interno do Estado deve estar incorporada à legislação estatal mediante ato do legislador.

A teoria dualista não admite sequer a possibilidade de conflito entre o direito internacional e o direito interno. O juiz nacional ao aplicar a lei interna conflitante com o direito internacional profere uma decisão válida dentro do Estado, apesar de implicar em responsabilidade desse Estado no plano internacional.

Em KELSEN* encontram-se as críticas mais contundentes à teoria dualista:

“Se descartarmos a metáfora espacial, descobrimos, desse modo, que a distinção tentada entre as matérias do Direito nacional e do Direito internacional é uma mera tautologia. (...) Portanto, é impossível fundamentar a visão pluralista numa diferença de matéria entre o Direito internacional e o Direito nacional.(...)”

* Para manter a fidelidade à teoria monista elaborada por Hans Kelsen, a sua explicação ao longo do texto se fará mediante citações literais da sua obra.

E mesmo que o Direito nacional fosse criado de um modo totalmente diverso daquele pelo qual é criado o direito internacional - o que não é o caso - tal diferença nas fontes não significaria que as normas criadas de modos diferentes pertencem a sistemas jurídicos diferentes e mutuamente independentes. A diferença entre o costume e a legislação é muito maior do que a diferença entre um tratado de direito internacional e um contrato de Direito nacional. Não obstante, uma mesma ordem jurídica nacional contém tanto Direito consuetudinário quanto estatutário. (...)"

“Como o Direito nacional tem o fundamento da sua validade e, por conseguinte, a sua ‘fonte’, nesse sentido, no direito internacional, a fonte do primeiro deve ser a mesma que a do segundo. Então a visão pluralista não pode ser defendida pela suposição de que o Direito nacional e o Direito internacional têm ‘fontes’ diversas e mutuamente independentes. É por meio da ‘fonte’ do Direito nacional que esse Direito está unido ao Direito internacional, qualquer que possa ser a ‘fonte’ dessa ordem jurídica.

E, exatamente como a possibilidade de ‘leis inconstitucionais’ não afeta a unidade da ordem jurídica

nacional, da mesma forma a possibilidade de um Direito nacional ‘violiar’ o Direito internacional não afeta a unidade do sistema jurídico que compreende ambos. Assim, os representantes da teoria pluralista estão errados ao pensar que é possível refutar a unidade do direito nacional e do Direito internacional”.

“Um teórico que insistisse na visão pluralista teria de proclamar uma ordem jurídica nacional - a do seu próprio Estado, por exemplo - como a única ordem jurídica válida. (...) A soberania de um Estado exclui a soberania de todos os outros Estados.”¹⁷¹

É a teoria monista, capitaneada pelo próprio KELSEN, que irá contrapor-se à teoria dualista. O monismo preconiza a unidade do Direito internacional e do Direito nacional sob o fundamento epistemológico.

“A identidade do Estado como sujeito do Direito internacional e como sujeito do direito nacional significa, finalmente, que a ordem jurídica internacional, que obriga e autoriza o Estado, e a ordem jurídica nacional, que determina os indivíduos que, na condição de órgãos do

¹⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 518-519, 520-521, 524-525, 529, 540 e 548.

Estado, executam os seus deveres internacionais e exercem os seus Direitos internacionais, formam uma mesma ordem jurídica universal.”¹⁷²

A necessidade de integração da norma de Direito internacional ao Direito nacional somente ocorre em situações onde a Constituição o exigir. Na omissão da Constituição, os tribunais do Estado são competentes para aplicar o Direito internacional diretamente, sobretudo tratados concluídos pelo seu próprio governo com os governos de outros Estados de acordo com a constituição.”¹⁷³

No que tange à definição da supremacia do Direito internacional sobre o Direito nacional ou vice-versa, a questão é incontroversa a favor do Direito Internacional, em face do objeto e objetivos pretendidos neste estudo. Portanto, de forma firme e resoluta, filia-se à corrente que reconhece a supremacia do Direito internacional, ainda que se admita como verdade o que diz KELSEN, “do ponto de vista da ciência do Direito, a escolha entre as duas hipóteses é irrelevante.”¹⁷⁴

Entretanto, a manifestação no sentido mencionado significa também a assunção de um posicionamento moral de “simpatias pelo internacionalismo e pelo pacifismo”¹⁷⁵, do qual não se prescinde.

¹⁷² KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 537.

¹⁷³ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 538.

¹⁷⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 551.

¹⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 537.

MELLO, a seu turno, ao reconhecer a superioridade do Direito Internacional, adverte que a negativa a esse entendimento representa negar a própria existência do Direito Internacional, “uma vez que os Estados seriam soberanos absolutos e não estariam subordinados a qualquer ordem jurídica que lhes fosse superior.”¹⁷⁶

Há, ainda, outras teorias denominadas conciliadoras, por buscarem burilar as diferenças entre o dualismo e o monismo. Entretanto, não há como deixar de reconhecer, pelo menos para os fins deste trabalho, a unidade do sistema jurídico e a superioridade do Direito Internacional, mesmo sabendo-se que não há teorias, monista ou dualista, aplicadas de forma absoluta.

¹⁷⁶ MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 1º vol., 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 112.

3- A ESPECIFICIDADE DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

As normas de Direitos Humanos diferem -se das demais por consagrarem um imperativo ético e por representarem o caminho a ser trilhado por todos na busca da própria felicidade.¹⁷⁷

A especificidade da Convenção Americana de Direitos Humanos caracteriza-se pela particularidade de seu objeto: a tutela dos direitos inerentes a todo ser humano, consignados em um tratado de caráter regional, decorrendo dessa condição sua transcendência territorial, de modo que a proteção por ela conferida não se esgota nem poderia esgotar-se no âmbito estatal.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, como qualquer norma relativa a direitos humanos, inspira -se em valores comuns, superiores (centrados na proteção do ser humano). Sua aplicação não se estabelece por interesses recíprocos dos Estados; decorre da identificação com a noção de garantia coletiva, consagrando obrigações de caráter essencialmente objetivo, e que por isso tem uma natureza especial. A Convenção distingue -se dos demais tratados internacionais por enfatizar “a

¹⁷⁷ O Projeto de Carta dos Direitos Humanos dos Povos Árabes, reconhece como direitos “a liberdade, segurança pessoal e a busca da felicidade.”

predominância de considerações de interesse geral ou ordem pública que transcendem os interesses individuais das Partes Contratantes.”¹⁷⁸

Os tratados internacionais tradicionais, por sua vez, celebram-se através da regra da reciprocidade das vantagens para as partes. A redução ou cessação das vantagens de uma das partes levam-na à denúncia do tratado sob invocação da cláusula *rebus sic stantibus*.

As distinções não param aí. Os tratados de direitos humanos, diferentemente dos tratados de direito internacional geral, destinam-se a regular o modo de agir do Estado em relação a todos os indivíduos sob sua jurisdição e “embora os conceitos que utilizam encontrem paralelo nos empregados no direito interno, revestem-se de um sentido internacional autônomo, estabelecendo padrões comuns de comportamento para todos os Estados-partes.”¹⁷⁹ TRINDADE ressalta não haver qualquer contradição “lógica e jurídica de que a pessoa humana seja beneficiária direta de instrumentos internacionais de proteção”¹⁸⁰.

Reservas, para o Direito Internacional, são declarações unilaterais feitas por um Estado no momento em que firma, ratifica, aceita, aprova um tratado ou adere a ele, com a finalidade de excluir ou modificar

¹⁷⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 30.

¹⁷⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 33.

¹⁸⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 13.

os efeitos jurídicos de certas disposições do tratado na sua aplicação em relação ao Estado que as firmou. As reservas, que integram os tratados, têm o efeito de excluir ou modificar suas disposições, produzindo efeitos em relação ao Estado que as tenha formulado. Sua formulação, nos termos do Direito dos Tratados, só é possível no ato de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, conforme o artigo 19 da Convenção de Viena¹.

Em relação a tratados de direitos humanos, de acordo com autorizada jurisprudência sobre o tema, a validade da reserva não produz efeitos automáticos, ainda que formulada pelo Estado no momento adequado, sujeitando-se ao controle jurisdicional quanto a seu aspecto material, para assegurar a proteção eficaz dos direitos consagrados no instrumento.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos deixou claro que, na disciplina das reservas, a reciprocidade cede terreno à noção de ‘garantia coletiva’ e “não há como descartar que a questão jurídica da validade ou permissibilidade seja regida pelo próprio tratado e que sobre ela possam pronunciar-se - exceto se expressamente disposto em contrário - os órgãos de proteção por ele criados”¹⁸¹, o que não ocorre em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹⁸¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 22, ver também: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-2/82, de 24/09/1982, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la

As reservas, por constituírem cláusulas restritivas de direitos, quando formuladas em tratados de direitos humanos, são interpretadas restritivamente, conforme seu conteúdo expreso, contextualizando-as no plano geral da Convenção para evitar que a reserva inviabilize direitos cuja derrogação seja impossível.

Ao interpretar as reservas formuladas em relação a tratados de direitos humanos, devem-se considerar seu objeto e fim: a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto frente a seu próprio Estado como frente aos outros Estados contratantes¹⁸².

As normas internacionais de direitos humanos estruturam-se a partir do reconhecimento da responsabilidade primária do Estado em cumprir e fazer cumprir estes direitos, atribuindo aos procedimentos internacionais caráter subsidiário. A regra do prévio esgotamento dos recursos de direito interno assegura que o sistema de proteção internacional funcione supletivamente, apenas na hipótese de falharem os meios de proteção internos. Desta forma, atribui-se responsabilidade direta aos Estados para efetivarem as normas de Direitos Humanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, http://www.corteidh.or.cr/serie_a/Serie_a_02_esp.doc, consultado em 29/10/2002.

¹⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS, Opinião Consultiva OC-2/82, de 24/09/1982. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, http://www.corteidh.or.cr/serie_a/Serie_a_02_esp.doc, consultado em 29/10/2002.

A compatibilização entre direito internacional e direito interno é um fator preponderante na caracterização da especificidade dos tratados internacionais de direitos humanos, por romper, definitivamente, com o princípio da soberania absoluta.

A Convenção Americana de Direitos Humanos impõe ao Estado signatário a obrigação de adotar no direito interno as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas regras. Além disso, o Estado ao aderir à Convenção e reconhecer a competência jurisdicional da Corte, assume, também, um compromisso transcendente aos limites do poder soberano interno, o de cumprir decisões de um órgão jurisdicional não sujeito à sua soberania. Nesta hipótese, supera-se, de forma irreversível, o dogma da soberania absoluta.

A consagração da supremacia da norma internacional sobre o ordenamento jurídico interno é observada, também, na disposição de o Estado adotar as medidas necessárias para cumprir as normas da Convenção, nos termos do seu art. 2º, a ser adiante analisado com maior amplitude.

Sob o aspecto processual, evidencia-se também a supremacia da norma internacional de direitos humanos. A cessão feita pela ordem jurídica estatal interna de competência e jurisdição a órgãos internacionais, no caso, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos

Humanos, confere a estes órgãos o direito de proferir o último e definitivo pronunciamento sobre o tema, pois a decisão da Corte é inapelável.

As normas de direito interno, inclusive as constitucionais, devem ser interpretadas em absoluta sintonia com o texto da Convenção, observando-se o princípio da máxima proteção possível.

A Corte consignou na Opinião Consultiva OC -2/82, de 24/09/1982, que:

“os tratados modernos sobre direitos humanos, em geral, e, em particular, a Convenção Americana, não são tratados multilaterais de tipo tradicional, concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direitos, para o benefício mútuo dos Estados contratantes. Seu objeto e fim são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto frente a seu próprio Estado como frente aos outros Estados contratantes. Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, pelo bem comum, assumem várias obrigações, não em relação com outros Estados, mas com os indivíduos sob sua jurisdição.”

O Juiz CANÇADO TRINDADE tem reafirmado em suas decisões que a Convenção Americana tem o efeito de aperfeiçoar o direito interno dos Estados-partes, “para maximizar a proteção dos direitos consagrados, acarretando, a esse propósito, sempre que necessário, a revisão ou revogação de leis nacionais (...) que não se conformem a seu nível de proteção.”¹⁸³

Outro aspecto relevante que destaca o Direito Internacional dos Direitos Humanos é a sua metódica hermenêutica, cujo princípio fundamental é o “da primazia da norma mais favorável às supostas vítimas”, que será analisado em tópico específico.

Os tratados de direitos humanos, cujo objeto é proteger a vida humana e proporcionar meios para uma existência digna, são “efetivamente instrumentos vivos, que acompanham a evolução dos tempos e do meio social em que se exercem os direitos protegidos.”¹⁸⁴

Há de ser destacado, ainda, que a Convenção é uma norma especial dentre as normas internacionais de Direitos Humanos, por distinguir-se dos demais instrumentos pela faculdade outorgada ao indivíduo de formular uma petição individual contra um Estado-parte, dirigida à Comissão

¹⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Última Tentación de Cristo*. Serie C: resoluciones y sentencias n° 73, 05/02/2001, http://www.corteidh.or.cr/serie_c/Serie_c_73_esp.doc

¹⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinion Consultiva OC-16/99*, de 01/10/99, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, voto concorrente do Juiz A.A. Cançado Trindade, Serie A: fallos e opiniones, n° 16. São José da Costa Rica, 2000, p. 135.

Interamericana de Direitos Humanos, a partir do momento em que este tenha ratificado a Convenção, sem que para tanto se exija uma declaração especial, diferentemente, portanto, do que ocorre em relação às denúncias entre Estados.

CAPÍTULO IV - O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

1- O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: FORMAÇÃO HISTÓRICA

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, representou, no plano global, a primeira iniciativa no sentido da proteção universal dos direitos humanos. Esse documento foi seguido por vários outros que, reunidos, constituem o atual ordenamento jurídico global dos direitos humanos.

Paralelamente à iniciativa da Organização das Nações Unidas, foram constituídos no ocidente, sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, sendo o europeu e o interamericano os que mais evoluíram desde então, estando ainda incipiente a implantação dos sistemas regionais da África e do mundo árabe.

O sistema interamericano inicia sua trajetória no momento em que os Estados americanos, no livre exercício de suas soberanias, estruturam um sistema regional de promoção e proteção dos direitos humanos mediante um processo evolutivo consubstanciado na adoção de diferentes instrumentos internacionais. Esse sistema concretiza-se a partir do reconhecimento e definição precisa dos direitos humanos, com a

aprovação de normas de conduta obrigatórias destinadas a promovê- los e protegê-los e com a instituição de órgãos internacionais destinados a velar pela fiel observância desses mesmos direitos.

Assim, os Estados americanos, utilizando -se da prerrogativa contida no Capítulo VIII da Carta da Organização das Nações Unidas, mediante a incorporação de diferentes instrumentos internacionais, estruturaram um sistema regional de promoção e proteção dos direitos humanos.

Trata-se do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que reconhece e define com precisão quais são esses direitos; estabelece normas de conduta obrigatórias, destinadas à promoção e proteção dos direitos humanos e cria os órgãos destinados a velar pela fiel observância deles.

O sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos fundamentais do homem teve seu início formal em 1948, com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada pela Nona Conferência Internacional Americana, em Bogotá.

Nesta Conferência, também foi criada a Organização dos Estados Americanos, cuja Carta proclama os “direitos fundamentais da pessoa humana” como um dos princípios fundamentais da Organização. A forma de concretização deste princípio encontra -se definida no documento

constituinte, mediante o reconhecimento de que “as finalidades do Estado não se cumprem apenas com o reconhecimento dos direitos do cidadão mas também “com a preocupação pelo destino dos homens e das mulheres, considerados não como cidadãos mas como pessoas”; conseqüentemente, deve-se garantir “simultaneamente tanto o respeito às liberdades políticas e do espírito, como a realização dos postulados da justiça social”.

Na Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), além do já mencionado, consolidaram-se os seguintes princípios: a validade do Direito Internacional como norma de conduta em suas relações recíprocas; a ordem internacional é essencialmente constituída pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados e pelo cumprimento fiel de suas obrigações; a boa-fé deve reger as relações recíprocas entre eles; a solidariedade requer a organização política dos Estados com base no exercício efetivo da democracia representativa; a condenação da guerra de agressão e o reconhecimento de que a vitória não dá direitos; a agressão a um Estado significa a agressão a todos os demais; as controvérsias internacionais deverão ser resolvidas por meio de processos pacíficos; a justiça social é a base de uma paz duradoura; a cooperação econômica é essencial para o bem-estar e a prosperidade dos povos do Continente; a unidade espiritual da América se baseia no respeito

à personalidade cultural dos países americanos; e a educação deve orientar-se para a justiça, a liberdade e a paz.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, por sua vez, frustrou as expectativas daqueles que esperavam que sua aprovação se fizesse sob a forma de convenção, o que lhe conferiria maior eficácia¹⁸⁵. No entanto, ressaltou-se em seus considerandos que a Declaração era apenas o marco inaugural do sistema de proteção dos Direitos Humanos. Destaca-se do seu texto que “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato de os direitos terem como base os atributos da pessoa humana”. Desta forma, evidenciou-se que o Estado não cria ou concede direitos, mas simplesmente reconhece a existência de direitos humanos, anteriores à sua formação e que têm na própria condição de ser humano sua origem¹⁸⁶.

A forma, contudo, não retira da Declaração Americana sua importância. A precedência histórica do sistema americano vai servir de fonte para a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem em ponto essencial, conforme nos ensina TRINDADE:

¹⁸⁵ Encontra-se em MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 1º vol. 12ª ed. Rio de Janeiro, 2000, p. 200-201, a distinção entre tratado e declaração: “Tratado é o que cria normas gerais, por exemplo, convenção sobre mar territorial. Declaração é usada para os acordos que criam princípios jurídicos ou afirmam uma atitude política comum.”

¹⁸⁶ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM - **Artigo I** - 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.

“Uma significativa contribuição da Declaração Americana à Universal consistiu na formulação original – de origem latino-americana- do direito a um recurso eficaz ante os tribunais nacionais, transplantada da primeira (artigo XVIII) à segunda (artigo 8).

Com efeito, a inserção daquela garantia na Declaração Americana ocorreu quando, paralelamente, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e seu Grupo de Trabalho ainda preparavam o Projeto de Declaração Universal; sua inserção foi confirmada nos debates subseqüentes (de 1948) da III Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas. Tal disposição representa um dos pilares básicos do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática.”¹⁸⁷

A Declaração tem por premissa o reconhecimento do princípio da universalidade: “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato dos direitos terem como base os atributos da pessoa humana”.

O processo de criação e aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos maturou ao longo das duas décadas que

¹⁸⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos Direitos Humanos*. <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/107/4.pdf>

sucederam à aprovação da Declaração de Direitos e Deveres do Homem. A Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, celebrada em 22 de novembro de 1969, é a norma constituinte do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. A Convenção, nos termos do preâmbulo, tem como propósito “consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”. Em sua primeira parte, a Convenção estabelece a obrigação dos Estados de respeitarem os direitos e as liberdades reconhecidos e o dever desses mesmos Estados de adotarem as medidas de direito interno que forem necessárias para tornar efetivos os Direitos Humanos nela consagrados.

Encontra-se estabelecido na Convenção o sistema de proteção internacional dos direitos humanos, através do qual objetiva-se garantir a dignidade do ser humano. Este sistema impõe os limites e condições fora dos quais os Estados-partes são responsabilizados internacionalmente por violações aos direitos humanos.

Essencial para a efetividade do sistema interamericano foi a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que amplia o modelo protetivo até então existente, composto apenas pela Comissão Interamericana. A missão precípua da Corte é a de garantir a proteção

internacional estabelecida na Convenção, preservando a integridade do sistema pactuado pelos Estados.

A proteção jurisdicional exercida pela Corte Interamericana, atribui à Convenção Americana de Direitos Humanos uma posição concreta de supranormatividade em relação ao ordenamento jurídico interno, sobrepondo-se, inclusive, à Constituição dos Estados, pois característica essencial à jurisdição é a capacidade de proferir decisões com definitividade pela aptidão que seus provimentos possuem de formar coisa julgada e, portanto, tornarem-se incontestáveis para as partes, intocáveis para o juiz, e, por esta razão, irretratáveis, tanto o provimento quanto seus efeitos.

No sistema interamericano, a proteção dos Direitos Humanos é complementar à proteção interna, e só atua após o esgotamento prévio dos recursos jurisdicionais internos, o que atribui à Corte a prerrogativa de pronunciar-se por último e com definitividade, pois, como mencionado, suas decisões são irrecorríveis.

Assim, sobre Direitos Humanos constitui-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão soberano no controle dos compromissos e princípios assumidos pelos Estados- partes na Convenção.

Entretanto, para que a Corte possa atuar é *conditio sine qua non* que os Estados, por ato formal, reconheçam sua competência

contenciosa. O momento para o reconhecimento da jurisdição da Corte não precisa ser concomitante à adesão à Convenção, podendo ocorrer em momento posterior, como fez o Brasil, por exemplo.

A submissão à jurisdição da Corte é de grande importância para a efetivação dos Direitos Humanos no continente americano, por não restarem dúvidas da função criadora do direito desempenhada pela sua jurisprudência. Além disso, há de se ressaltar que ela promove a interação entre o direito interno e o direito internacional, potencializando o fim visado, que é assegurar a dignidade do ser humano.

O sistema de direitos humanos não se aperfeiçoa sem a presença do órgão jurisdicional, por não ser suficiente apenas assumir o reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais do indivíduo. A garantia jurisdicional destes direitos é que assegura o seu efetivo cumprimento no caso de virem a ser violados pelo Estado.

Desse modo, ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos sem reconhecer a competência jurisdicional contenciosa da Corte representa uma proteção apenas parcial dos direitos humanos, uma vez que os direitos consagrados convencionalmente careceriam de garantia. Não se pretende, com essa afirmativa menosprezar a autoridade dos relatórios emitidos pela Comissão, os quais têm, com fundamento no princípio da boa-fé que informa os tratados internacionais, força suficiente para impor

aos Estados-partes na Convenção o dever de cumprir suas determinações, sempre orientadas no sentido de promoção e proteção dos direitos humanos. Contudo, carecem esses relatórios da autoridade de coisa julgada, privativa das decisões do órgão jurisdicional e, portanto, lhes falta força coercitiva.

Por este motivo, a OEA e a Corte têm atuado no sentido de incitar todos os países signatários da Convenção a reconhecerem a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Até o momento, vinte e cinco Estados ratificaram a Convenção ou aderiram a ela¹⁸⁸ e, dentre eles, apenas quatro não reconhecem a competência jurisdicional contenciosa da Corte: Barbados, Dominica, Granada, Jamaica. Quanto a Trinidad e Tobago, o Estado denunciou a Convenção em 26.05.98, com efeito a partir de 25.05.99, nos termos do art. 78 da Convenção, permanecendo a competência da Corte, portanto, para julgar as eventuais violações de direitos humanos anteriores a esta data¹⁸⁹.

Verifica-se, portanto, que o sistema americano de proteção dos direitos humanos é integrado por uma pluralidade de sujeitos e órgãos, que atuam de forma integrada. Destes órgãos sobressai-se a Corte

¹⁸⁸ Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, El Salvador, El Quador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

¹⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Seminário "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos em el umbral Del siglo XXI" (23-24 nov., 1999). t. II, São José da Costa Rica, maio de 2001, anexo 5, p. 169. O Brasil, apenas em dezembro de 1998, reconheceu a competência contenciosa da Corte, através do Decreto Legislativo nº 89, de 03/12/98.

Interamericana de Direitos Humanos por deter o poder legítimo de interpretar definitivamente os direitos humanos no continente americano.

A proteção jurisdicional exercida pela Corte Interamericana, atribui à Convenção Americana de Direitos Humanos uma posição concreta de supranormatividade em relação ao ordenamento jurídico interno, sobrepondo-se, inclusive à Constituição dos Estados, porquanto o Direito Internacional dos Direitos Humanos não reconhece hierarquia das normas internas, de modo que, mesmo a norma constitucional violadora de direitos humanos deve ser afastada para dar lugar à norma internacional de proteção dos direitos humanos.

A função da Corte Interamericana de Direitos Humanos é, portanto, de complementar a proteção existente no direito interno em relação à garantia dos Direitos Humanos, suprindo as omissões ou reprimindo as ações do Estado violadoras destes direitos. A jurisdição internacional não se imiscui em questões de direito interno; o objeto de sua atuação é a preservação dos direitos fundamentais de qualquer pessoa humana.

“A Corte recorda que o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem por fim proporcionar ao indivíduo meios de proteção dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente frente ao Estado (seus órgãos, seus

agentes, e todos aqueles que atuam em seu nome). Na jurisdição internacional as partes e a matéria da controvérsia são, por definição, distintas daquelas da jurisdição interna. No presente caso, o aspecto substancial da controvérsia ante a Corte não é se a suposta vítima violou a Lei peruana (quer seja esta ordinária ou militar), senão o fato de saber se Peru violou as obrigações internacionais que contraiu ao constituir-se em Estado-parte na Convenção Americana.”¹⁹⁰

É possível conhecer a Convenção através da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que nos propicia viajar pela história política contemporânea da América e tomar conhecimento de uma série lamentável de atos de arbítrio e violência, que anteriormente sem a atuação da Corte permaneciam encobertos sob o entulho do autoritarismo. Esses atos, ainda presentes com muita intensidade no nosso Continente, são, após o devido processo legal, adequadamente coibidos e reparados nas decisões da Corte. É ela depositária do sonho de um continente integrado na justiça e solidariedade.

A jurisprudência da Corte é também um grito de alerta contra a desídia dos governantes em relação ao dever de assegurar a

¹⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cesti Hurtado vs. Peru - Excepciones Preliminares, de 26/01/99, *in*, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 162.

plenitude dos direitos humanos. Manifesto é o empenho da própria Corte, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e dos órgãos internacionais para prevenir e reprimir violações graves e reiteradas dos direitos humanos. Porém, a despeito da combatividade daqueles órgãos, o desrespeito aos direitos humanos ainda integra o cotidiano dos países americanos. Baseado no Informativo da Corte, referente ao ano de 1999, constata-se que metade dos Estados que reconhecem a jurisdição contenciosa da Corte encontra-se sub judice: Guatemala, Honduras, Panamá, Peru, Equador, Colômbia, Nicarágua, Trinidad y Tobago, Venezuela, Chile, Bolívia, Argentina tiveram casos julgados. O Brasil, no ano de 2.002, com o caso da Penitenciária Urso Branco, engrossou a estatística.

Esse número abismal de demandas perante a Corte é preocupante, por se tratar de uma proteção complementar, que só atua, em último caso, quando frustrados todos os meios existentes para uma solução não contenciosa da questão, inclusive, o necessário exaurimento da jurisdição interna. A profusão de processos e de Estados envolvidos é denotativo de que no continente há um longo trajeto a ser percorrido para a construção de uma cultura de direitos humanos, em que o Estado tenha como projeto prioritário a realização da dignidade humana.

A estatística deixa evidente a inexistência de uma cultura dos Direitos Humanos no continente americano; daí, sobressai outro relevante efeito da atuação da Corte e dos demais órgãos do sistema de proteção de direitos humanos, a função pedagógica, no sentido de incutir uma cultura de respeito a esses direitos.

Analisando positivamente, pode-se ressaltar o surgimento de uma consciência no continente da existência dos direitos humanos, cuja preservação, por ser responsabilidade estatal, é exigida do próprio Estado.

Há de ser ressaltado que a violação aos direitos humanos não é conseqüência apenas do subdesenvolvimento. Os Estados Unidos, que se auto-intitulam paladino dos direitos humanos, têm adotado práticas violadoras destes direitos, como a de não cumprir o determinado no art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, o qual reconhece ao detido estrangeiro, dentre os direitos individuais de que é titular, o de assistência consular¹⁹¹, além de outras medidas atentatórias às liberdades individuais adotadas contra os estrangeiros suspeitos de práticas terroristas, sob o falacioso pretexto de proteção da segurança nacional ou de tratar-se de estado de guerra, situação que se agravou após o episódio de 11 de setembro de 2.001.

¹⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-16/99, de 01/10/99, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Serie A: fallos e opiniones, nº 16..Serie A: fallos y opiniones. São José da Costa Rica, 2000, .

As palavras de despedida da Corte do Juiz Maximo Cisneros, dizendo que estamos diante de uma penosa realidade no campo dos Direitos Humanos, proferidas em 1985, ainda permanecem atuais ¹⁹²:

“Quiero decir que el “amor” que hemos puesto en nuestras labores no ha sido suficiente para evitar la sensación de frustración que siento al retirarme sin que la Corte haya conocido un solo caso de violación de Derechos Humanos, no obstante la penosa realidad de nuestra América en dicho campo.”

O sistema de direitos humanos se aperfeiçoa com a presença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com função jurisdicional, por não ser suficiente para garantia dos direitos humanos apenas o reconhecimento, por parte do Estado, da existência de direitos e liberdades fundamentais do indivíduo. A garantia jurisdicional destes direitos é que assegura o seu efetivo cumprimento no caso de violação por parte do Estado.

¹⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-5/85, de 13/11/85, La colegiación obligatoria de periodistas, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1985, p. 56.

2- OS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO

2.1- A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: REGIME JURÍDICO

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, criada através da Resolução VI do Quinto Encontro de Consulta de Ministros de Relações Exteriores (Santiago do Chile, 1959), tem por missão assegurar o respeito aos direitos humanos no continente americano.

O Estatuto da Comissão, aprovado pelo Conselho da OEA em 25 de maio de 1960, qualifica-a como entidade autônoma, representativa de todos os Estados membros da OEA, com a função de atuar em nome desta Organização. Na mesma ocasião, estabeleceu-se que os direitos humanos tutelados pela Comissão são aqueles consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

A primeira investidura dos sete membros que compõem a Comissão, conforme estabelecido no seu Estatuto, ocorreu mediante eleição realizada pelo Conselho da OEA, em 29 de junho de 1960.

A II Conferência Interamericana Extraordinária, realizada no Rio de Janeiro, em 1965, modificou o Estatuto da Comissão para

ampliar suas atribuições e fortalecer sua atuação. Das modificações promovidas no Estatuto, destacam-se as seguintes: a que autoriza a Comissão a examinar as comunicações que lhes forem dirigidas; a prerrogativa para dirigir-se aos governos dos Estados membros com o objetivo de obter as informações que considerar pertinentes; o poder de formular recomendações aos Estados para fazer cumprir as normas de direitos humanos; a função de determinar à Comissão que elabore um informe anual com o objetivo de examinar a evolução e progressos dos direitos humanos nos Estados.

Posteriormente, durante a III Conferência Interamericana Extraordinária, ocorrida em Buenos Aires, no ano de 1967, foram incluídas no Protocolo de Reformas à Carta da Organização dos Estados Americanos, importantes disposições específicas sobre a Comissão e sobre os direitos humanos em geral, estabelecendo sobre o tema um comprometimento pré-convencional por parte dos Estados. A Comissão passou a ser um dos órgãos pelo qual a Organização realizaria seus fins (artigo 51, da Carta da OEA).

Em 22 de novembro de 1969, a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos convocada pelo Conselho da OEA, realizada em São José da Costa Rica, aprovou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com vigência estabelecida para quando fosse

efetivado o depósito do décimo primeiro instrumento de ratificação, o que ocorreu em 18 de julho de 1978, com a adesão de Granada.

A entrada em vigor da Convenção fez com que a Assembléia Geral da OEA, em seu nono período de sessões em La Paz, no ano de 1979, aprovasse o novo Estatuto da Comissão. Neste Estatuto a Comissão qualifica-se como um órgão da OEA criada para promover a observância e defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização neste tema. Por direitos humanos entendem-se “os definidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, para os Estados-partes na Convenção, e os consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em relação aos demais Estados membros.”

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington D.C.¹⁹³ é órgão de primordial importância no sistema de proteção dos direitos humanos no continente americano. Integram-na sete pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos eleitas pela Assembléia Geral da OEA, a partir de uma lista de até três candidatos apresentada pelos Estados membros.

Os mandatos são quadriennais, admitindo-se a reeleição por um único período subsequente. Os mandatos na Comissão são renovados a

¹⁹³ A situação da sede da Comissão em local diverso do da sede da Corte tem sido apontado como um dos problemas para maior efetividade da tutela a ser desempenhada por ambas.

cada biênio, na proporção de 3/7 (três sétimos de inteiro) e 4/7 (quatro sétimos de inteiro), respectivamente. A não coincidência dos mandatos deve-se ao fato de que na primeira investidura, o art. 37.1 da Convenção determinou que fossem sorteados três dentre os membros da Comissão para que exercessem seus mandatos por apenas dois anos. Esta é a razão pela qual realiza-se a renovação parcial, o que é extremamente positivo na medida em que preserva a unidade administrativa e procedimental da Comissão.

Há impedimento de fazer parte da Comissão mais de um nacional de um mesmo país. O regime das incompatibilidades dos membros da Comissão é menos rigoroso do que o existente para os juízes da Corte. Esta diferença deve-se ao fato de a Comissão não possuir competência jurisdicional.

A vacância anômala do mandato junto à Comissão será preenchida pelo Conselho Permanente da Organização, de acordo com o que dispuser o Estatuto da Comissão (art. 38, da Convenção).

Nos termos do seu Regulamento, a Comissão reúne-se, ordinariamente, por um período que não excederá a oito semanas por ano, as quais poderão ser distribuídas por quantos períodos ordinários de sessões a própria Comissão determinar. Além do período ordinário de sessões, pode haver reuniões extraordinárias, por deliberação do Presidente ou por

requerimento da maioria absoluta dos seus membros. Em qualquer hipótese, o quorum para realização das reuniões é da maioria absoluta.

A independência da Comissão é assegurada através da imparcialidade de seus membros; por isso, o seu Estatuto é também o estatuto jurídico-disciplinar dos membros. Desta maneira, estão impedidos de atuar os membros da Comissão quando:

- a) forem cidadãos do Estado objeto da consideração geral ou específica da Comissão, ou se estiverem acreditados ou cumprindo missão especial como diplomatas perante esse Estado;
- b) houver participado previamente, a qualquer título, de alguma decisão sobre os mesmos fatos em que se fundamenta o assunto ou se houverem atuado como conselheiros ou representantes de uma das partes interessadas na decisão.¹⁹⁴

A missão da Comissão é promover a observância e a defesa dos direitos humanos. Por receber as denúncias individuais contra violações à Convenção, a Comissão constitui o canal através do qual o indivíduo, violentado em seus direitos, impulsiona o sistema interamericano de proteção. Por essa razão, mesmo não possuindo poderes jurisdicionais, a Comissão é órgão essencial à ordem jurídica internacional porque qualquer processo a ser proposto perante a Corte Interamericana de

¹⁹⁴ Art; 19.2, 'c', do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Direitos Humanos tem de, obrigatoriamente, ultrapassar o procedimento prévio junto à Comissão (art. 61.2, da Convenção). Esse procedimento não pode ser prejudicado, “a menos que se estabeleça claramente que sua omissão, em um caso determinado, não comprometa as funções que a Convenção assinala à Comissão, como poderia ocorrer em alguns casos em que o assunto se origine ab initio entre Estados e não entre indivíduo e Estado.”¹⁹⁵

A Convenção, portanto, confere à Comissão atribuições, vinculadas às funções desenvolvidas pela Corte, que precedem ao processo jurisdicional. Diante da imprescindibilidade das competências que exerce, não é equivocado qualificar a Comissão como o Ministério Público do sistema interamericano, pela independência com que atua, por possuir legitimidade para agir perante a Corte e também por ser chamada a intervir em todos os casos em trâmite perante esse órgão, na qualidade de órgão de representação de todos os membros da OEA (art 35, da Convenção) ¹⁹⁶. A Convenção atribui à Comissão a qualidade de órgão essencial à prestação jurisdicional da Corte.

A Corte Interamericana, no primeiro julgamento contencioso que realizou, em 1981, ressaltou a imprescindibilidade da

¹⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie A: Fallos y Opiniones, No. G 101/81, Caso Viviana Gallardo e outras, decisão de 13 de novembro de 1981, <http://www.corteidh.or.cr/serie_a/a_g101_esp.html#Uno>, consultado em 07/10/2001.

¹⁹⁶ ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, art. 28.

Comissão para o sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos, tendo em vista as diversas atribuições que exerce, vinculadas às funções jurisdicionais desempenhadas pela Corte.

“Assim, dentre outras, a Comissão tem uma função investigadora dos fatos denunciados como violadores de direitos humanos consagrados na Convenção, função esta que deve ser necessariamente cumprida em todas as hipóteses, a menos que se trate de um caso somente de direito. Com efeito, ainda que a Corte, como todo órgão judicial, não careça de faculdades para levar a cabo investigações, instruções probatórias e determinações que sejam pertinentes para a melhor elucidação de seus membros a fim de lograr a exaustiva formação de seu convencimento, aparece claro do sistema da Convenção que se desejou reservar à Comissão a fase inicial de investigação dos fatos denunciados. Tem, igualmente, a Comissão uma função conciliatória, pois lhe é determinado procurar soluções amistosas e a formular recomendações pertinentes para remediar a situação examinada. É também o órgão

perante o qual o Estado afetado subministra inicialmente as informações e alegações que estime pertinentes.”¹⁹⁷

O limite da competência material da Comissão não está restrito a requisitos formais das normas de direito interno do Estado; “o fato de que se trata de "leis internas" e de que estas hajam sido "adotadas de acordo com o disposto pela Constituição" nada significa se elas violam qualquer dos direitos ou liberdades protegidos. As atribuições da Comissão neste sentido não estão de maneira alguma restringidas pela forma como a Convenção é violada. (...) No âmbito internacional, o que interessa determinar é se uma lei viola os compromissos assumidos internacionalmente por um Estado em virtude de um tratado.”¹⁹⁸. Entretanto, a Comissão carece de poderes para fiscalizar o processo legislativo interno.

As competências desempenhadas pela Comissão destinam-se a promover a observância e a defesa dos direitos humanos e a servir como órgão representativo da OEA. As funções da Comissão esquamizam-se da seguinte forma:

¹⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie A: Fallos y Opiniones, No. G 101/81, Caso Viviana Gallardo e outras, decisão de 13 de novembro de 1981, <http://www.corteidh.or.cr/serie_a/a_g101_esp.html#Uno>, consultado em 07/10/2001.

¹⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-13/93, de 16/07/93, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1993, p. 52.

- a) recebe, analisa e investiga petições individuais que alegam violações de direitos humanos, segundo o disposto nos arts. 44 a 51 da Convenção;
- b) observa a vigência geral dos direitos humanos nos Estados membros e publica, quando considerar conveniente, informes especiais sobre a situação de um Estado em particular;
- c) realiza visitas, in loco, aos países para aprofundar a observação geral da situação, e/ou para investigar uma situação particular; geralmente, essas visitas resultam na preparação de um informe respectivo, que se publica e é enviado à Assembléia Geral;
- d) estimula a consciência dos direitos humanos nos países da América; para tanto, dentre outras atividades, realiza e publica estudos sobre temas específicos, v.g., medidas para assegurar maior independência do poder judiciário, atividades de grupos irregulares armados; a situação dos direitos humanos dos menores, das mulheres, dos povos indígenas;
- e) realiza e participa de conferências e reuniões com representantes de governos, acadêmicos, organizações não governamentais, dentre outros, para difundir e analisar temas relacionados com o sistema interamericano de direitos humanos;

- f) faz recomendações aos Estados membros da OEA sobre a adoção de medidas para contribuir para a promoção e garantia dos direitos humanos;
- g) requer aos Estados que adotem "medidas provisórias" específicas para evitar danos graves e irreparáveis aos direitos humanos em casos urgentes; pode também solicitar que a Corte Interamericana determine "medidas provisórias" aos Governos, em casos urgentes de perigo, em favor de pessoas, ainda que o caso não tenha sido submetido à Corte;
- h) provoca a função jurisdicional da Corte Interamericana e atua perante a Corte nestes litígios;
- i) formula consultas à Corte Interamericana sobre aspectos de interpretação da Convenção Americana¹⁹⁹.

A competência primordial da Comissão é a de receber as petições ou comunicações relatando violação de quaisquer direitos reconhecidos na Convenção, instrumentos suficientes para dar início ao procedimento. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode representar à Comissão, em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre presumidas violações de um direito reconhecido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou na Declaração

¹⁹⁹ Comissão Interamericana de Direitos Humanos, <<http://www.cidh.org/QuéeslaCIDH.htm>>, consultado em 09/10/2001.

Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Além disso, a própria Comissão, de ofício, pode instaurar um procedimento tendente à apuração e reparação de eventual lesão a Direitos Humanos.

A petição submetida à apreciação da Comissão deve conter os seguintes elementos:

- “a) o nome, nacionalidade, profissão ou ocupação, endereço postal ou domicílio e assinatura da pessoa ou pessoas denunciante(s); ou, no caso de ser o peticionário uma entidade não - governamental, seu domicílio legal ou endereço postal, o nome e a assinatura de seu representante ou representantes legais;
- b) um relato do fato ou situação que se denuncia, especificando o lugar e a data das violações alegadas; e, se for possível, o nome das vítimas de tais violações, bem como de qualquer autoridade pública que tenha tomado conhecimento do fato ou situação denunciada;
- c) a indicação do Estado aludido que o peticionário considera responsável, por ação ou por omissão, pela violação de algum dos direitos humanos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no caso dos Estados-partes na mencionada Convenção, mesmo que não se faça referência específica ao artigo presumidamente violado;

d) informação sobre a circunstância de se haver feito uso ou não dos recursos da jurisdição interna ou sobre a impossibilidade de fazê-lo.”²⁰⁰

No caso de não serem preenchidos esses requisitos, a Comissão determinará ao peticionário que emende a petição.

O juízo de admissibilidade positivo, por atendimento ao disposto no art. 46 da Convenção²⁰¹, isto é, o prévio esgotamento dos recursos da jurisdição interna e o reconhecimento de que o fato alegado caracteriza em tese a existência de lesão a direito assegurado na Convenção, gera a instauração pela Comissão do procedimento, que se desenvolverá em etapas sucessivas, sendo dispensável pronunciamento expresso acerca de sua admissibilidade.

A inadmissibilidade de uma representação, contudo, deve ser pronunciada expressa e fundamentadamente.²⁰²

²⁰⁰ Art. 32 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

²⁰¹ “Artigo 46 – 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. 2. As disposições das alíneas “a” e “b” do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.”

²⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-13/93, de 16/07/93, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1993, p. 54

O esgotamento prévio da jurisdição interna destina-se, dentre outros, a determinar a tempestividade da denúncia que se oferece e quando oposta pelo Estado a exceção preliminar de não esgotamento da jurisdição interna, ele deve “indicar os recursos internos que devem esgotar-se, bem como provar que os mesmos são efetivos.”²⁰³

Na hipótese de restar provada a existência de recursos internos que deveriam ter sido utilizados, recairão sobre a suposta vítima os ônus de provar o prévio esgotamento da jurisdição interna ou as hipóteses do art. 46.2 da Convenção²⁰⁴, isto é:

- a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los;
- c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

²⁰³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Durand y Ugarte vs. Peru - Excepciones Preliminares, de 28/05/99, Serie C, nº 50, São José: Secretaria de la Corte, 1999, p. 16.

²⁰⁴ A Corte já reconheceu como exceção ao prévio esgotamento dos recursos internos a circunstância de ter havido em Honduras uma prática de desaparecimentos que impossibilitava esgotar os recursos internos, “pois não resultaram em meio idôneo para corrigir os abusos imputados às autoridades, nem deram com resultado a aparição de pessoas sequestradas.”, CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentença de 29/07/88, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1988, p. 51.

“Não se deve presumir com ligeireza que um Estado- parte na Convenção tenha descumprido com sua obrigação de proporcionar recursos internos eficazes”²⁰⁵, pois esse fato demanda prova, conforme a advertência que se extrai da jurisprudência da Corte.

Uma vez instaurado o procedimento, notifica-se o Estado- parte para prestar os esclarecimentos pertinentes. A omissão do Estado em prestar as informações implicará na presunção *iuris tantum* de veracidade dos fatos alegados pelo peticionário, pois não prescinde a Comissão de “basear-se na solidez das provas e argumentos das partes para decidir sobre a existência de violação aos direitos humanos naquele caso específico.”²⁰⁶

Na apuração dos fatos concedem-se à Comissão amplos poderes investigatórios²⁰⁷, com vistas a verificar se efetivamente os fatos denunciados caracterizam uma violação de direitos consagrados na Convenção. Essa fase investigatória ocorre em todos os casos, exceto quando a denúncia ativer-se a matéria exclusivamente de direito. A

²⁰⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentença de 29/07/88, in Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1988, p. 49.

²⁰⁶ GALLI, Maria Beatriz, DULITZKY, Ariel E. *A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*. p.53-80, p. 70. In, GOMES, Luiz Flávio, PIOVESAN, Flávia (Coord.) *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

²⁰⁷ É possível, quando o Estado Parte toma a iniciativa do procedimento, a renúncia à regra que exige o prévio esgotamento dos recursos internos, pois ela é concebida no interesse do Estado, dispensando-o de responder perante um órgão internacional por atos que lhe sejam imputados, antes de ter tido oportunidade de remediá-los por seus próprios meios. Neste sentido decidiu a Corte Interamericana, invocando precedente da European Court of Human Rights, De Wilde, Ooms and Versyp Cases ("Vagrancy" Cases), j. 18, June, 1971).in, CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie A: Fallos y Opiniones, No. G 101/81, Caso Viviana Gallardo e outras, decisão de 13 de novembro de 1981, <http://www.corteidh.or.cr/serie_a/a_g101_esp.html#Uno>, 07/10/2001.

investigação da Comissão precede à apuração pela Corte, não havendo, contudo, relação de prejudicialidade, pois a Corte, como todo e qualquer órgão jurisdicional, tem poderes de investigação dos fatos para formar a convicção dos juízes. Contudo, a Convenção reservou à Comissão precedência na investigação e apuração dos fatos denunciados.

No curso do procedimento, a Comissão privilegia a conciliação, buscando soluções consensuais, ou formulando recomendações adequadas para remediar a situação examinada. A competência conciliatória, privativa da Comissão, é exercida dentro de ampla margem de liberdade, podendo, na busca da solução amistosa, adotar as providências que julgar pertinentes. “A Comissão tem faculdades discricionárias, porém, de nenhuma maneira arbitrárias, para promover a solução amistosa em benefício ao respeito dos direitos humanos”²⁰⁸. O privilégio que se atribui a essa forma de solução justifica-se por permitir às vítimas negociar e aceitar livremente uma solução para o caso, sob a fiscalização da Comissão, que observará se o acordo se funda “no respeito aos direitos reconhecidos na Convenção.” (art. 48.1.f).

Se por qualquer razão a solução amistosa se frustrar, a Comissão formulará um relatório dirigido ao Estado, em caráter reservado,

²⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Durand y Ugarte vs. Peru - Excepciones Preliminares, de 28/05/99, *in*, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 201.

no qual exporá os fatos e as conclusões a respeito do caso submetido a seu conhecimento, fazendo as proposições e recomendações necessárias para que o Estado restaure o direito violado.

Transcorrido um trimestre sem solução por parte do Estado, a Comissão decide se submete o caso à Corte ou se prossegue conhecendo da questão. A opção deve recair no procedimento que melhor proteja os direitos da pessoa.

O art. 51 da Convenção confere à Comissão a possibilidade de elaborar um segundo informe, desde que não tenha sido proposta a demanda perante a Corte. Esse relatório, contendo as opiniões, conclusões e recomendações que considerar pertinentes é definitivo. Esse relatório, estabelece, ainda, um prazo adicional ao Estado para que cumpra com as obrigações assumidas na Convenção.

“A Corte considera que é evidente a confusão entre a interposição da demanda e a emissão do informe do artigo 51 da Convenção. Como já assinalado pela Corte, essas duas opções são excludentes entre si e a emissão do informe não é condição para se interpor o caso perante o tribunal”²⁰⁹.

Uma terceira etapa, posterior à redação do relatório definitivo, é possível quando, vencido o prazo estabelecido pela Comissão,

²⁰⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá - Excepciones Preliminares, de 18/11/99, *in*, Serie C, nº 61, p. 22.

o Estado não cumprir as recomendações, situação em que a Comissão decide, por deliberação da maioria absoluta, se publica ou não o relatório definitivo.

Interpretando o art. 51 mencionado, a Corte se pronunciou no sentido de não ser permitido à Comissão modificar seu informe por qualquer causa e em qualquer momento, pois essa possibilidade deixaria o Estado interessado em uma situação de insegurança em relação às recomendações e conclusões contidas no informe. Por outro lado, não se pode desconhecer que há situações excepcionais que admitiriam à Comissão proceder a uma modificação do citado informe, desde que a modificação seja solicitada pelos peticionários ou pelo Estado, antes da publicação do informe, dentro de um prazo razoável contado a partir da notificação. Às partes mencionadas será concedida oportunidade para debater sobre os fatos ou erros que motivaram o pedido de modificação, de acordo com o princípio da equidade processual²¹⁰.

Faculta-se à Comissão, na hipótese de não serem cumpridas as proposições, a instauração de um processo perante a Corte. Mesmo quando o Estado membro da OEA não houver reconhecido a jurisdição da Corte, é possível que ele venha a ser julgado pela instância jurisdicional do

²¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC -15/97, Serie A: Fallos y Opiniones, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, http://www.corteidh.or.cr/serie_a/Serie_a_15_esp.doc, consultado em 29/10/2001.
14/11/97, http://www.corteidh.or.cr/serie_a/a_15_esp.html, consultado em 14/10/2001

sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Para tanto, exige-se que o Estado, atenda ao chamado da Comissão e, fazendo uso da opção a que se refere o artigo 62.2 da Convenção, reconheça a jurisdição genérica da Corte ou apenas para o caso específico, objeto do relatório ²¹¹.

As recomendações formuladas pela Comissão têm eficácia plena e obrigatória, apesar de não se tratar de um órgão jurisdicional, de modo que aos direitos assegurados na Convenção Americana deve ser sempre atribuído todo seu efeito útil, considerando-se que os tratados internacionais são interpretados pelo princípio da boa-fé, por força do art. 31.1 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. A confirmação dessa afirmativa encontra-se no texto da própria Convenção Americana, ao estabelecer, no art. 29, que nenhuma disposição pode ser interpretada no sentido de:

- “a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados -partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;

²¹¹ Art. 46 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
- d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”

A imperatividade dos pronunciamentos da Comissão é inquestionável à luz dos dispositivos que disciplinam o Direito Internacional Público mencionados. Esta força cogente dos pronunciamentos da Comissão já foi reconhecida jurisdicionalmente pela Suprema Corte argentina, que “atribuiu um valor significativo ao critério da Comissão exposto no Informe Anual 1988 em relação ao conceito de “prazo razoável de detenção sem julgamento”. Declarou, a respeito, que “a opinião da Comissão deve servir de guia ou jurisprudência para nossos tribunais no que toca à interpretação dos preceitos do Pacto de São José da Costa Rica”²¹²

Como visto, exaurir o procedimento perante a Comissão é uma exigência a ser atendida como condição de procedibilidade perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, razão pela qual, essa fase perante a Comissão é irrenunciável e inescusável.

²¹² GORDILLO, Agustín. *Derechos Humanos*. 4ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1999, p. III-25.

Entretanto, a conclusão do caso perante a Comissão não significa o seu encerramento, pois esta, por não possuir competência jurisdicional, não pode constituir-se no órgão soberano do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, posição pertencente à Corte.

“De conformidade com o consagrado neste artigo [51.2], as opiniões e conclusões da Comissão e o estabelecimento de prazo para que o Estado dê cumprimento às recomendações só ocorrem quando o caso não houver sido submetido à consideração do Tribunal. Por essa razão, a Corte manifestou anteriormente que, nos casos que se submetem a ela, não se pode alegar violação do artigo 51.2 da Convenção.”²¹³

A legitimidade para agir perante a Corte representa uma de suas funções mais importantes, por constituir-se na via de acesso para a instância jurisdicional das violações de direitos humanos individuais, uma vez que o art. 61 da Convenção nega legitimidade ao indivíduo, atribuindo-a apenas à Comissão e aos Estados -partes.

Como já se referiu neste trabalho, a Comissão, nos termos do art. 25 e seguintes do seu Regulamento, pode requerer aos Estados que

²¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Peru, Sentencia, de 30/05/99, *in*, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 294-295

adotem "medidas provisórias" específicas para evitar danos graves e irreparáveis às pessoas em casos urgentes e graves. A adoção destas medidas não constitui pré-julgamento da questão de fundo. FIX-ZAMUDIO ressalta, entretanto, que esta faculdade da Comissão, no sentido de requerer medidas provisórias aos Governos envolvidos, não tem suporte na Convenção Americana e, por isso, não tem caráter obrigatório, acontecendo em determinadas ocasiões o descumprimento parcial ou total por parte dos Governos, levando a Comissão, nestes casos, a acudir à Corte para que esta ordene de forma imperativa as medidas "provisórias", conforme disposto no artigo 63.2 da Convenção Americana²¹⁴.

Nos termos do art. 29 do Regulamento da Comissão combinado com o art. 63.2 da Convenção, a Comissão tem legitimidade para, ex officio ou a pedido de parte, postular à Corte qualquer medida provisional que considere necessária para o desempenho de suas funções, mesmo antes de instaurado o procedimento perante a Corte. Assim como ocorre na Comissão, a medida cautelar deferida pela Corte em casos graves e urgentes para evitar danos irreparáveis às pessoas não implica em pré-julgamento da questão submetida à sua apreciação.

²¹⁴ FIX-ZAMUDIO, Hector. Prólogo do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Medidas Provisionales nº 1, Compêndio Serie E: Medidas Provisionales nº 1, 1987/1996, <http://www.corteidh.or.cr/seriee1/prologo.html>, consultado em 15/10/2001

A Comissão tem competência consultiva, respondendo às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da OEA, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas aos direitos humanos e, dentro de suas competências, prestar o assessoramento que eles lhe solicitarem.

Por fim, a Convenção outorga à Comissão legitimidade para provocar a jurisdição consultiva da Corte a respeito da interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos dos Estados americanos. Na dicção da jurisprudência da Corte, “ao contrário de outros órgãos da OEA, a Comissão possui um direito absoluto de pedir opiniões consultivas dentro do marco do artigo 64.1 da Convenção.”²¹⁵

²¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-2/82, de 24/09/82, http://www.corteidh.or.cr/serie_a/a_2_esp.html, consultado em 15/10/2001

2.2- A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

2.2.1- COMPOSIÇÃO E REGIME JURÍDICO DOS JUÍZES

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada pela Convenção Americana de Direitos Humanos (São José, 1969), somente foi instalada após a entrada em vigor da Convenção, o que só veio a ocorrer após o depósito do décimo primeiro instrumento de ratificação, feito por Granada. Em 22 de maio de 1979, os Estados-partes na Convenção elegeram, durante o Sétimo Período Extraordinário de Sessões da Assembléia Geral da OEA, os sete juristas que integrariam a Corte, ocasião em que ela começou a funcionar oficialmente. A primeira reunião da Corte ocorreu nos dias 29 e 30 de junho de 1979, na sede da OEA, em Washington, D.C.

A Assembléia Geral da OEA, em 1º de julho de 1978, aprovou a oferta formal do Governo da Costa Rica para abrigar a sede da Corte em São José. Essa decisão foi ratificada pelos Estados-partes na Convenção durante o Sexto Período Extraordinário de Sessões da Assembléia Geral, celebrado em novembro de 1978. Em 3 de setembro de 1979, a Corte instala-se em São José da Costa Rica.

No IX Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da OEA, aprovou-se o Estatuto da Corte e, em agosto de 1980, a Corte

aprovou seu Regulamento. No XLIX Período Ordinário de Sessões da Corte, ocorrido entre 16 e 25 de novembro de 2000, foi aprovado o novo Regulamento da Corte, em vigor desde 1º de junho de 2001.

Através do Convênio de Sede, firmado, em 10 de setembro de 1981, entre a Costa Rica e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em cumprimento ao disposto no art. 70.1 da Convenção, foram outorgados aos juízes prerrogativas e imunidades diplomáticas, imprescindíveis para garantir-lhes independência. Este Convênio de Sede facilitou o desenvolvimento normal das atividades da Corte, especialmente pela proteção conferida a todas as pessoas que intervêm nos processos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão supremo da jurisdição internacional no sistema interamericano, responsável pela interpretação e aplicação das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos²¹⁶, em caráter definitivo e irrecorrível. A Corte representa a essência do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que encontra sua máxima expressão na obrigatoriedade das decisões emanadas deste órgão jurisdicional.

Os sete juízes que compõem a Corte são eleitos pela maioria absoluta dos Estados-partes da Convenção em votação secreta, dentre os candidatos apresentados pelos Estados-partes em listas com até três nomes.

²¹⁶ Segundo TRINDADE, A. A. Cançado. "A Corte Interamericana exerce a importante função de interpretação da letra e espírito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos."

Os juízes são eleitos para um mandato de 6 anos, admitindo-se uma recondução para o período subsequente. Nas hipóteses de extinção anômala do mandato, como nos casos de renúncia, incapacidade permanente ou morte, elege-se um juiz, em substituição, para exercer o mandato pelo prazo remanescente ao do juiz substituído.

Os mandatos na Corte são renovados trienalmente, na proporção de 3/7 (três sétimos de inteiro) e 4/7 (quatro sétimos de inteiro), respectivamente. A não coincidência dos mandatos deve-se ao fato de que na primeira investidura, o art. 54.1, determinou que fossem sorteados três, dentre os juízes da Corte, para exercerem seus mandatos por apenas três anos. Pelo mesmo motivo anteriormente apontado em relação à Comissão, a renovação parcial é positiva na medida em que preserva a unidade e continuidade administrativa e jurisprudencial da Corte.

Nos termos do art. 52.1 da Convenção, os juízes são “eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos”. Não podem ser eleitos dois juízes de mesma nacionalidade, por vedação contida no art. 52.2 da Convenção.

Os juízes presidente e vice-presidente são eleitos entre seus pares para exercer mandato bienal, admitida uma reeleição.

Vencido o mandato, o juiz continuará atuando nos casos de que já houver tomado conhecimento e que se encontrem em fase de sentença e, somente para este fim, não serão substituídos pelos novos juízes eleitos.

A nacionalidade não é causa de impedimento do juiz, que poderá atuar no julgamento de casos relativos ao Estado de sua nacionalidade.

Há possibilidade de indicação de juízes ad hoc, que participarão dos julgamentos do caso concreto que ensejou a designação. Exige-se que os juízes ad hoc reúnam as mesmas condições de elegibilidade de um juiz da Corte. A origem desta prática remonta aos tribunais arbitrais, que foi incorporada pela Corte Permanente de Justiça Internacional e, posteriormente, mantida nas Cortes internacionais permanentes de proteção dos direitos humanos, como a Corte Interamericana e a Corte Européia. A princípio, a finalidade era a de outorgar maior confiabilidade aos pronunciamentos dos tribunais arbitrais; posteriormente, passou-se a considerar a relevância de sua atuação por propiciar ao juiz ad hoc fornecer à Corte informações locais e um ponto de vista nacional. Esses fundamentos, por não mais se justificarem em um

tribunal de direitos humanos, são criticados por FIX-ZAMUDIO²¹⁷, ao ressaltar que a indicação dos juízes ad hoc pode trazer problemas para o regular funcionamento da Corte Interamericana, uma vez que a quantidade de juízes ad hoc pode superar o número de juízes titulares., o que significaria uma dificuldade no desenvolvimento continuado e harmônico de suas atribuições.

As condições estabelecidas para os juízes ad hoc funcionarem na Corte encontram-se previstas no art. 55.2 e 55.3, a saber:

2. “Se um dos juízes chamados a conhecer do caso for de nacionalidade de um dos Estados-partes, outro Estado-parte no caso poderá designar uma pessoa de sua escolha para integrar a Corte, na qualidade de juiz ad hoc.
3. Se, dentre os juízes chamados a conhecer do caso, nenhum for da nacionalidade dos Estados -partes, cada um destes poderá designar um juiz ad hoc.”

O juiz ad hoc exerce sua função sob o mesmo estatuto jurídico de um juiz da Corte “no sentido de não representar um

²¹⁷ FIX-ZAMUDIO, Héctor. Reflexiones comparativas sobre las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos. In, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Governabilidad democrática y derechos humanos*. Caracas, 1997, p.62-89, p.83.

determinado Governo, de não ser seu agente e de integrar a Corte a título pessoal”²¹⁸, portanto, não se prescinde da imparcialidade e independência.

Uma vez designado e feito o juramento perante a Corte, o Estado não pode mais afastar por iniciativa própria o juiz ad hoc. A ele aplicam-se as mesmas hipóteses de afastamento ou de substituição previstas no Regulamento da Corte para os juízes permanentes ²¹⁹.

A Convenção dispõe sobre o regime jurídico dos juízes da Corte para assegurar-lhes independência no exercício de suas atribuições. Além dos privilégios e imunidades diplomáticos, já referidos, a Convenção prevê remuneração compatível com o exercício da função e imunidade espaço-temporal absoluta no que diz respeito a votos e opiniões emitidos no exercício de suas funções: “Não se poderá exigir aos juizes responsabilidades em tempo algum por votos e opiniões emitidos ou por atos desempenhados no exercício de suas funções.” ²²⁰

No que tange ao regime das incompatibilidades, fundamental para assegurar a independência e imparcialidade dos juízes, o Estatuto da Corte, em razão da delegação que lhe conferiu a Convenção, estabelece as seguintes normas:

²¹⁸ FIX-ZAMUDIO, Héctor. Reflexiones comparativas sobre las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos. In, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Governabilidad democrática y derechos humanos*. Caracas, 1997, p.62-89, p.65.

²¹⁹ Neste sentido, CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Paniagua Morales e outros. Resoluciones y sentencias de 11/09/95, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1995, p. 123-128.

²²⁰ ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, art. 15.2.; CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, art. 70.1, *in fine*.

“Artigo 18. Incompatibilidades:

1. O exercício do cargo de Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos é incompatível com o exercício dos seguintes cargos e atividades:

a) membros ou altos funcionários do Poder Executivo, com exceção dos cargos que não impliquem subordinação hierárquica ordinária, bem como agentes diplomáticos que não sejam Chefes de Missão junto à OEA ou junto a qualquer dos seus Estados membros;

b) funcionários de organismos internacionais;

c) quaisquer outros cargos ou atividades que impeçam os juizes de cumprir suas obrigações ou que afetem sua independência ou imparcialidade, ou a dignidade ou o prestígio do seu cargo.

2. A Corte decidirá os casos de dúvida sobre incompatibilidade. Se a incompatibilidade não for eliminada serão aplicáveis as disposições do artigo 73 da Convenção e 20.2 deste Estatuto.

3. As incompatibilidades unicamente causarão a cessação do cargo e das responsabilidades

correspondentes, mas não invalidarão os atos e as resoluções em que o juiz em questão houver interferido.”

O Juiz poderá, ainda, estar impedido para atuar em processo específico, se presentes as hipóteses estabelecidas no art. 19 do Regulamento, a saber:

“Artigo 19. Impedimentos, escusas e inabilitação

1. Os juizes estarão impedidos de participar em assuntos nos quais eles ou seus parentes tiverem interesse direto ou em que houverem intervindo anteriormente como agentes, conselheiros ou advogados, ou como membros de um tribunal nacional ou internacional ou de uma comissão investigadora, ou em qualquer outra qualidade, a juízo da Corte.

2. Se algum dos juizes estiver impedido de conhecer, ou por qualquer outro motivo justificado, considerar que não deve participar em determinado assunto, apresentará sua escusa ao Presidente. Se este não a acolher, a Corte decidirá.

3. Se o Presidente considerar que qualquer dos juizes por motivo de impedimento ou por algum outro motivo justificado não deva participar em determinado assunto,

assim o fará saber. Se o juiz em questão estiver em desacordo, a Corte decidirá.

4. Quando um ou mais juizes estiverem inabilitados, em conformidade com este artigo, o Presidente poderá solicitar aos Estados-partes da Convenção que em sessão do Conselho Permanente da OEA designem juizes interinos para substitui-los.”

A Assembléia Geral da Organização é o órgão competente para o julgamento dos membros da Corte e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos por violação das normas estatutárias. Para aplicação de qualquer sanção, nos termos do art. 73 da Convenção, é necessária “maioria de dois terços dos votos dos Estados membros da Organização, no caso dos membros da Comissão; e, além disso, dois terços dos votos dos Estados-partes na Convenção, se se tratar dos juizes da Corte”.(art. 73, da Convenção).

As audiências na Corte são públicas, sendo privativas as sessões deliberativas, nestas podendo permanecer, além dos juizes, apenas o Secretário e o Secretário Adjunto, caso em que as deliberações são secretas²²¹. “As decisões, juízos e opiniões da Corte serão comunicados em sessões públicas e serão notificados por escrito à s

²²¹ .REGULAMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, art. 14.2

partes. Além disso, serão publicados, juntamente com os votos e opiniões separados dos juizes e com quaisquer outros dados ou antecedentes que a Corte considerar conveniente.”²²²

O quorum para as deliberações da Corte é de 5 (cinco) juizes e as decisões são tomadas por maioria simples, isto é, a maioria dos presentes na sessão de julgamento e o juiz não pode abster-se de julgar.

Antes da comunicação do julgado, concede-se ao juiz que participou do julgamento a oportunidade de agregar à sentença a fundamentação do seu voto, dissidente ou concorrente, devendo o mesmo guardar identidade com o objeto da decisão, cientificando-se os seus pares²²³.

O Regulamento da Corte trouxe uma inovação importantíssima para a proteção efetiva dos direitos humanos, qual seja, a possibilidade de participação da vítima no processo contencioso:

Artigo 23. Participação das supostas vítimas

1. Depois de admitida a demanda, as supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes devidamente comprovados poderão apresentar seus requerimentos, argumentos e provas de forma autônoma durante todo o processo.

²²² ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, art. 24.3

²²³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. REGULAMENTO. Art. 55.2

2. Havendo pluralidade de supostas vítimas, familiares ou representantes devidamente comprovados, deverão designar um interveniente comum que será o único autorizado para a apresentação de requerimentos, argumentos e provas no curso do processo, incluídas as audiências públicas.
3. Em caso de eventual desacordo, a Corte resolverá o incidente.

Esta inovação constante do Regulamento da Corte representou “um passo qualitativo fundamental na evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao outorgar aos representantes das vítimas ou de seus familiares a faculdade de apresentar, de forma autônoma, seus próprios argumentos e provas na etapa de reparações. Esta norma veio dar legitimidade ativa aos representantes das vítimas ou seus familiares, que anteriormente apresentavam suas alegações através da Comissão, que as tinha como suas.”²²⁴

Trata-se do primeiro passo em direção ao reconhecimento da capacidade processual do indivíduo, exigência inarredável do Direito

²²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe: Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para fortalecer seu mecanismo de proteção. São José da Costa Rica: Maio de 2001, Anexo 5: Informe el Presidente de la corte Interamericana de Derechos Humanos a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, (16 de marzo de 2000), p.121.

Internacional dos Direitos Humanos, conforme reivindicações doutrinárias, que encontra em TRINDADE sua melhor expressão:

“Há, no nosso entender, razões fortes e cogentes no sentido de assegurar às supostas vítimas acesso direto e locus standi in judicio ante a Corte em todas as etapas do processo (em casos a ela já submetidos pela Comissão), por questões tanto de princípio como de ordem prática, a beneficiar ambas as partes – tanto indivíduos demandantes como Estados demandados -, e o sistema regional de proteção de direitos humanos como um todo. (...) A verdadeira parte demandante são os indivíduos, que tiveram seus direitos lesados e são os beneficiários das reparações; estando presentes no início e no final do processo, não há como negar-lhes presença e participação durante o mesmo.”²²⁵

²²⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luiz Flávio, PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.103-151, p. 146-147.

2.2.2- COMPETÊNCIAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana de Direitos Humanos, nos arts. 62 a 64, define as competências, contenciosa, provisória²²⁶ e consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A análise da jurisprudência da Corte deixa evidente a sua preocupação com a concretização dos direitos assegurados na Convenção, posicionando-se sempre no sentido de que o sistema de Direitos Humanos existe para reconhecer direitos e liberdades às pessoas e não para facultar aos Estados fazê-lo. O exercício de sua função exige-lhe ponderação:

“A Corte deve guardar um justo equilíbrio entre a proteção dos direitos humanos, fim último do sistema, e a segurança jurídica e equidade processual que asseguram a estabilidade e a confiabilidade da tutela internacional, porque o contrário acarretaria a perda de autoridade e credibilidade

²²⁶ O termo 'medida provisória' empregado pela Corte não é o que melhor qualifica a natureza deste instituto, que tem um caráter não só cautelar no sentido de que preserva uma situação jurídica, senão, fundamentalmente, tutelar, porquanto protege direitos humanos. Sempre que se reúnam os requisitos básicos da extrema gravidade e urgência e da prevenção de prejuízos irreparáveis às pessoas, as medidas provisórias se transformam em uma verdadeira garantia jurisdicional de caráter preventivo. Para o direito brasileiro, acredito que melhor seria o emprego do termo medidas provisionais.

indispensáveis aos órgãos encarregados de administrar o sistema de proteção dos direitos humanos.”²²⁷

A particularidade da jurisprudência deve-se à especialidade dos tratados de direitos humanos, cujos fins são proteger os direitos fundamentais do ser humano, independentemente da nacionalidade, exigíveis tanto frente ao seu próprio Estado, quanto em relação a um dos demais Estados contratantes. Esta circunstância torna os tratados de direitos humanos especiais, que não são tratados internacionais tradicionais, concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direitos, para o benefício mútuo dos Estados contratantes, senão que seu objeto e fim são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de nacionalidade, tanto frente a seu próprio Estado como frente aos outros Estados contratantes. A especificidade da tipologia das normas de direitos humanos é reconhecida pela Corte:

“O caráter especial destes tratados tem sido reconhecida, entre outros, pela Comissão Européia de Direitos Humanos quando declarou que as obrigações assumidas pelas Altas Partes Contratantes na Convenção (Européia) são essencialmente de caráter objetivo, estabelecidas para proteger os direitos fundamentais dos seres humanos de violações por parte das Altas Partes Contratantes em vez de criar direitos subjetivos e

²²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo, Excepciones preliminares de 18/11/99, Serie C nº 61, São José: Secretaria de la Corte, 1999, p. 23.

recíprocos entre as Altas Partes Contratantes ("Austria vs. Italy", Application No. 788/60, European Yearbook of Human Rights, (1961), vol. 4, pág. 140).

A Comissão Européia, baseando-se no Preâmbulo da Convenção Européia, enfatizou, ademais, que o propósito das Altas Partes Contratantes ao aprovar a Convenção não foi conceder-se direitos e obrigações recíprocas com o fim de satisfazer seus interesses nacionais senão realizar os fins e ideais do Conselho da Europa... e estabelecer uma ordem pública comum das democracias livres da Europa com o objetivo de salvaguardar sua herança comum de tradições políticas, idéias e estado de direito (Ibid., pág. 138)."²²⁸

2.2.2.1- COMPETÊNCIA CONTENCIOSA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A competência contenciosa da Corte encontra-se estabelecida no art. 62 da Convenção:

Artigo 62 – 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior,

²²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-3/83, Restricciones a la pena de muerte, de 08/09/83, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1984, p. 27.

declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma a outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte.

A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial.

Os processos contenciosos na Corte objetivam estabelecer a verdade dos fatos denunciados, interpretar as normas aplicáveis e decidir se houve uma violação da Convenção imputável ao Estado parte. Se for o caso, “determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam

reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”, conforme estipula o art. 63.1 da Convenção.

Nos termos da jurisprudência da Corte:

“Ao produzir-se um fato ilícito imputável a um Estado, surge responsabilidade internacional deste pela violação de uma norma internacional, com o conseqüente dever de reparação.

A reparação é o termo genérico que compreende as diferentes formas como um Estado pode fazer frente à responsabilidade internacional em que houver incorrido (restitutio in integrum, indenização, satisfação, garantias de não repetição, entre outras).”²²⁹

O exercício da jurisdição contenciosa da Corte está condicionada a uma questão preliminar fundamental: o consentimento do Estado. Aderir à cláusula facultativa de reconhecimento da competência contenciosa da Corte significa que o Estado está, a partir de então, vinculado à Convenção em sua integralidade. O consentimento confere ao Estado capacidade processual; o Estado participa do processo na qualidade

²²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador - Reparaciones, de 20/01/99, *in*, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 79.

de parte, comprometendo-se com a proteção integral dos direitos humanos estabelecida no sistema interamericano. A aceitação da competência da Corte é por prazo indefinido, com caráter geral. Por outro lado, “enquanto não existir tal consentimento, a jurisdição da corte não poderá se exercer, de modo que fica sem sentido examinar o mérito que soluciona a controvérsia sem antes ter estabelecido se as partes envolvidas aceitaram ou não sua jurisdição.”²³⁰

A Corte, no Caso Blake, reconheceu sua competência para conhecer das possíveis violações de Direitos Humanos atribuídas ao Estado, apesar de a privação de liberdade da vítima ser anterior ao reconhecimento da competência jurisdicional contenciosa por parte da Guatemala, porque “os efeitos se prolongam de maneira contínua ou permanente até o momento em que se estabeleça o destino ou paradeiro da vítima. Como, neste caso o destino ou paradeiro do sr. Nicholas Blake não era conhecido até 14 de junho de 1992”²³¹, a Corte julgou-se competente para conhecer do caso, uma vez que os efeitos do desaparecimento perduraram por data posterior ao reconhecimento da jurisdição contenciosa pela Guatemala.

²³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-3/83, Restrições à pena de morte, de 08/09/83, Sistema Interamericano de Direitos Humanos – legislação e jurisprudência. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001, p. 148.

²³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Blake, sentença de 24.01.98, Serie c: Resoluciones e sentencias nº 36. São José da Costa Rica, 2000, p. 41.

A Corte reconheceu, neste mesmo caso, que o desaparecimento forçado de pessoas constitui uma violação continuada, de efeitos permanentes, de vários direitos protegidos pela Convenção.

A função jurisdicional da Corte é irrenunciável, competindo-lhe, por dever normativo, exercer sua competência para resolver qualquer controvérsia referente à aplicação da Convenção nos casos concretos que lhe forem submetidos pelo Estado Parte ou pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A legitimidade do Estado para postular perante a jurisdição contenciosa da Corte está condicionada ao seu consentimento. Contudo, uma vez admitida a competência contenciosa da Corte, resta-lhe a obrigação de cumprir as decisões que fazem coisa julgada material e formal, pois

“Aceitar a competência contenciosa da Corte constitui uma cláusula pétrea que não admite limitações que não estejam expressamente contidas no artigo 62.1 da Convenção Americana.(...) Não existe na Convenção norma alguma que expressamente faculte aos Estados-partes a retirar sua declaração de aceitação da competência obrigatória da Corte”²³²

²³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Tribunal Constitucional - Competência, de 24/09/99, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 400.

Por outro lado, ausente o consentimento do Estado, a competência da Corte está afastada.

Apesar de voluntário o reconhecimento do poder jurisdicional da Corte, o Estado contra ele não mais poderá insurgir-se, a menos que denuncie a Convenção, pois, nos termos do art. 44 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o direito de uma parte de denunciar o tratado ou dele retirar-se deve ser sobre a sua totalidade, não podendo exercer-se parcialmente se não houver norma expressa neste sentido.

O Estado, mesmo quando denuncia a Convenção, mantém-se vinculado a ela, por força art. 78.2, que estipula o prazo de um ano de carência para que a retirada surta os efeitos jurídicos pretendidos. Desta maneira, neste período, a jurisdição da Corte é plena. Além disso, como os efeitos da retirada de um Estado são ex nunc, isto é, não retroagem, os casos ocorridos antes do prazo de carência da denúncia continuam sob a jurisdição da Corte.

O reconhecimento da competência contenciosa da Corte pode ocorrer a qualquer momento, mesmo que seja apenas para atribuir a competência específica para um determinado caso concreto.

TRINDADE, em voto concorrente, proferido no caso James e outros vs. Trinidad y Tobago, estabelece o significado e alcance da competência jurisdicional da Corte, ao ressaltar:

“Uma vez acionada a jurisdição da Corte, esta se torna intangível: não é - não pode ser - afetada de modo algum pela conduta ou pelas atuações posteriores das partes (em matéria contenciosa), ou do Estado ou órgão solicitante (em matéria consultiva), ou da Comissão como solicitante de medidas provisórias de proteção. (...)”

A Corte é, em quaisquer circunstâncias, maestra de su jurisdicción; a Corte, como todo órgão possuidor de competências jurisdicionais, tem o poder inerente de determinar o alcance de sua própria competência (Kompetenz-Kompetenz / compétence de la compétence) - seja em matéria consultiva, seja em matéria contenciosa, seja em relação a medidas provisórias de proteção.”²³³

A Corte, nos casos Ivcher Bronstein vs. Peru e Tribunal Constitucional²³⁴, estabeleceu, com fundamento em princípio geral do

²³³ 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, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 338.

²³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ivcher Bronstein - Competência, de 24/09/99, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.:

direito processual, ser da sua alçada a prerrogativa para determinar a sua competência, sendo ineficaz qualquer ato do Estado -parte em sentido contrário.

Os casos mencionados referem-se à tentativa do Peru de, através de uma resolução legislativa interna, subtrair-se do alcance da jurisdição contenciosa da Corte. Em sua decisão, rechaçando tal pretensão, a Corte adotou os fundamentos seguintes:

- a aceitação da competência contenciosa da Corte constitui uma cláusula pétrea que não admite limitações que não estejam expressamente contidas no art. 62.1 da Convenção Americana (§ 36);
- o Estado-parte só pode desvincular-se das obrigações constantes da Convenção observando as condições nela estipuladas (§ 40);
- admitir a validade da resolução interna significaria negar vigência ao art. 29 da Convenção, privando os beneficiários da garantia jurisdicional dos direitos humanos (§ 41);
- o Estado ao aceitar a jurisdição contenciosa da Corte obriga-se a cumprir a Convenção como um todo, de modo que só é possível, nos termos da Convenção de Viena, a denúncia de todo o Pacto e não apenas de parte, sendo que, em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos, os

efeitos da denúncia só se operariam após um ano da data do ato, por força do seu art. 78 (§§ 47 a 55).

Diante destes fundamentos, concluiu ser inadmissível a retirada do reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com efeitos imediatos, nos seguintes termos:

“o ato unilateral de um Estado não pode privar um tribunal internacional da competência que este tenha assumido previamente; a possibilidade de retirar da sujeição da competência contenciosa da Corte não está prevista na Convenção Americana, é incompatível com ela e carece de fundamento jurídico; e caso assim fosse, a retirada requereria, para produzir efeitos, de uma notificação formulada um ano antes da conclusão de seus efeitos, em garantia da segurança e estabilidade jurídicas.”²³⁵

No caso *James vs. Trinidad y Tobago*²³⁶, apesar de o Estado haver denunciado a Convenção, a Corte julgou-se competente para

²³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Ivcher Bronstein - Competência*, de 24/09/99, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 378.

²³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *James y otros vs. Trinidad y Tobago*, Medidas Provisionales, de 25/09/99, *in*, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 413.

conhecer e julgar todos os casos até o prazo em que a denúncia, nos termos do art. 78.1 da Convenção, produz seus efeitos.

A jurisdição contenciosa da Corte é plena por abranger a interpretação de todos os dispositivos da Convenção. O procedimento contencioso “é, por definição, uma oportunidade para discutir os assuntos e confrontá-los de uma maneira muito mais direta do que no processo consultivo”²³⁷. O julgamento compreende a decisão sobre a existência de violação de algum dos direitos e liberdades consagrados na Convenção e a determinação da forma de ser reparada a lesão decorrente desta violação. Entretanto, antes de adentrar no mérito propriamente dito, deve julgar sobre os pressupostos processuais e sobre o atendimento das normas de procedimento prévias ante a Comissão, para que então, ultrapassado este juízo preliminar de admissibilidade, a Corte assumira competência para conhecer do *meritum causae*²³⁸.

No julgamento do mérito, questão relevante é a que diz respeito à valoração da prova. Sobre a matéria, a Corte pronunciou-se no sentido de que “a prática dos tribunais internacionais e internos demonstra que a prova direta, quer seja testemunhal ou documental, não é a única que

²³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva n° 12/91, Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 06/12/91, http://www.corteidh.or.cr/serie_a/Serie_a_12_esp.doc, consultado em 15/10/2001.

²³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, excepciones preliminares, de 26/06/87, *in* Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1987, p. 35-58.

pode legitimamente ser considerada para fundamentar a sentença. A pro va circunstancial, os indícios e as presunções podem ser utilizados, sempre que deles possam inferir-se conclusões consistentes sobre os fatos.”²³⁹

As decisões de natureza indenizatória executar-se-ão junto ao Poder Judiciário nacional²⁴⁰, conforme dispõe o art. 68:

Artigo 68 – 1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

A partir da publicação, a decisão da Corte faz coisa julgada formal e material, por tratar-se de julgamento definitivo e irrecurável²⁴¹. Apesar da definitividade e indiscutibilidade que o julgado alcança, não existem meios de coerção aptos a impor ao Estado obediência à decisão da Corte. Esta circunstância é ressaltada por FIX-ZAMUDIO, ao afirmar que

²³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentença, de 29/07/887, in Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1988, p. 62.

²⁴⁰ No Brasil há necessidade de regulamentação do processo de execução das decisões condenatórias proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que o procedimento previsto no art. 730 do Código de Processo Civil é imprestável para tal fim, uma vez que nele admite-se a oposição de embargos.

²⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. REGULAMENTO, Art. 29.3 – “Contra as sentenças e resoluções da Corte não cabe nenhum meio de impugnação.

“los fallos de la Corte Interamericana solo cuentan con un medio de presión moral para lograr su cumplimiento, o sea, por medio del informe anual que debe presentar la Corte a la consideración de la Asamblea General de la OEA, en el que, de manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a su decisión (artículos 65 de la Convención y 30 del Estatuto de la Corte). Al respecto, el destacado internacionalista inglés A. H. Robertson consideró que, si bien la presentación de un informe anual es un procedimiento poco usual para un órgano jurisdiccional, puede ser un medio eficaz para lograr la ejecución del fallo, puesto que la publicación del incumplimiento es algo que la mayoría de los gobiernos prefiere evitar.”²⁴²

Apesar de inexistirem instrumentos coativos para que o Estado cumpra a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, até o momento não se registraram casos em que houvesse recusa em cumprir as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que demonstra o reconhecimento regional da efetividade dos seus pronunciamentos e a construção, ainda que incipiente, de uma cultura dos direitos humanos no âmbito regional.

²⁴² FIX-ZAMUDIO, Héctor. Reflexiones comparativas sobre las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos. In, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Governabilidad democrática y derechos humanos*. Caracas, 1997, p.62-89, p.80.

O art. 67 da Convenção admite pedido de interpretação da sentença no caso de divergência sobre o seu sentido ou alcance, mas não tem aptidão para modificá-la, por possuir efeitos apenas declaratórios. A finalidade da demanda de interpretação, que não possui efeito suspensivo, é a de atribuir transparência aos provimentos da Corte, extirpando-se quaisquer dúvidas que porventura existam na decisão. A jurisprudência da Corte é firme neste sentido:

“A demanda de interpretação de uma sentença não deve ser utilizada como um meio de impugnação senão unicamente deve ter como objeto extrair o sentido de um pronunciamento quando uma das partes sustenta que o texto em seus pontos resolutivos ou em suas considerações carece de clareza ou precisão, sempre e quando essas considerações incidam sobre a mencionada parte resolutiva e, portanto, não se pode pedir a modificação ou anulação da sentença respectiva através de uma demanda de interpretação.”²⁴³

Tratando-se de decisão emanada de órgão jurisdicional internacional não há possibilidade alguma de rediscuti-la internamente:

²⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Suárez Rosero vs. Equador - Interpretación de la sentencia sobre reparaciones, de 29/05/99, in, Série C, n° 51, Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 9.

“A obrigação de reparação estabelecida pelos tribunais internacionais se rege, como universalmente aceito, pelo direito internacional em todos seus aspectos: seu alcance, sua natureza, suas modalidades e a determinação dos beneficiários, nada do que pode ser modificado pelo Estado obrigado invocando para isso disposições de direito interno.”²⁴⁴

Todavia, em matéria contenciosa, a Corte admitiu, em casos excepcionais, o recurso de revisão contra sentenças definitivas que põem fim ao processo. O propósito do recurso de revisão é evitar que a coisa julgada mantenha uma situação de evidente injustiça devido à descoberta de um fato que, se fosse conhecido no momento de proferir a sentença, modificaria seu resultado, ou demonstraria a existência de um vício substancial na sentença²⁴⁵.

No caso *Genie Lacayo*, houve o primeiro recurso de revisão admitido pela Corte. Da fundamentação da maioria da Corte discordou o Juiz TRINDADE ao dizer que, a despeito da inexistência de regra expressa

²⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Suárez Rosero vs. Equador - Reparaciones*, de 20/01/99, *in*, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 79.

²⁴⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor. Reflexiones comparativas sobre las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos. In, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Governabilidad democrática y derechos humanos*. Caracas, 1997, p.62-89, p.76.

admitindo esse procedimento, o mesmo deve ser contemplado por um “imperativo de justiça natural”, pelo que:

“Os seres humanos e as instituições que eles integram não são infalíveis, e não há jurisdição digna deste nome que não admita a possibilidade – ainda que excepcional – de revisão de uma sentença, seja no plano do direito internacional, seja no plano do direito interno.”²⁴⁶

Finalmente, de acordo com o direito internacional geral, a Corte não tem o caráter de tribunal de apelação ou de cassação dos organismos jurisdicionais de caráter nacional. Sua competência restringe-se a apontar as violações processuais dos direitos consagrados na Convenção que tenham causado prejuízo às pessoas, porém carece de competência para sanar as violações no âmbito interno. A avaliação das provas concretizada pela jurisdição interna é questão em que a Corte não pode adentrar-se, por não se constituir em instância recursal, carecendo, portanto, de competência para decidir se os tribunais nacionais cometeram erros de fato ou de direito. Esse posicionamento conta com substancial dissidência do Juiz TRINDADE, segundo o qual, neste “domínio de proteção há uma

²⁴⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Genie Lacayo, Solicitud de Revisión de la Sentencia de 29 de enero de 1997, Resolución de 13 de septiembre de 1997, Voto Concorrente do Juiz A. A. Cançado Trindade, Série C, nº 45, p. 15/16.

constante interação entre o direito internacional e o direito interno, em benefício do seres humanos protegidos.”²⁴⁷

Deve-se esclarecer que a proteção dos direitos humanos promovida pela Corte não deve ser confundida com uma jurisdição penal. Nos casos em que os Estados comparecem diante do Tribunal, não o fazem como sujeitos de um processo penal, pois a Corte não impõe penas às pessoas culpadas pela violação dos direitos humanos. “A função desta é proteger as vítimas e determinar a reparação dos danos ocasionados pelos Estados responsáveis por tais ações.”²⁴⁸

O procedimento perante a Corte desenvolve-se nas etapas seguintes:

- 1- Fase de exceções preliminares;
- 2- Fase de fundo;
- 3- Fase de reparações;
- 4- Supervisão do cumprimento das sentenças.

A fase de exceções preliminares é eventual pois depende da iniciativa do Estado em suscitá-las. Apesar de não suspender o processo quanto à matéria de fundo, não há como negar que essa fase retarda o julgamento definitivo do caso perante a Corte.

²⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Genie Lacayo, Solicitud de Revisión de la Sentencia de 29 de enero de 1997, Resolución de 13 de septiembre de 1997, Voto Concorrente do Juiz A. A. Cançado Trindade, Série C, nº 45, p. 17

²⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Bamaca Velasquez, Serie C: Resoluciones y Sentencias nº 70, de 25/11/2000. São José da Costa Rica, 2001, p. 88.

A fase de fundo inicia-se com a apresentação da demanda perante a Corte. O Presidente, constatando a presença dos pressupostos de admissibilidade, determina a notificação do Estado para apresentar suas alegações, no prazo de quatro meses. Geralmente, após esse prazo, abre-se às partes a oportunidade de contraditarem as matérias alegadas.

Encerrada a fase escrita, dá-se início ao procedimento oral, com a determinação pelo Presidente das audiências que se fizerem necessárias. Nesta fase, colhem-se os depoimentos testemunhais, os laudos periciais e, por fim, as alegações finais dos demandantes.

A Corte pode utilizar-se, ainda, dos fundamentos apresentados pelos *amici curiae*. Trata-se de petições formuladas por um indivíduo ou organizações não governamentais que fornecem à Corte seu entendimento sobre o caso, mesmo sem ser parte no processo.

Finda essa fase, há o julgamento pela Corte que profere sua sentença de fundo.

Nos casos em que a Corte não estabeleceu na sentença de fundo as indenizações devidas, abre-se uma nova etapa no procedimento, a de reparações, na qual colhem-se os elementos de informação necessários à fixação do quantum indenizatório. O novo Regulamento da Corte significou grande avanço ao possibilitar, no art. 23, na etapa de reparações, que os representantes da vítima ou de seus familiares possam apresentar

2.2.2.2 - COMPETÊNCIA PROVISÓRIA

O art. 63.2 da Convenção admite a possibilidade de serem proferidos provimentos provisórios para, em casos de extrema gravidade e urgência, evitar danos irreparáveis às pessoas, nos seus precisos termos:

Art. 63.2 - Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos aos seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

"As medidas provisórias constituem indubitavelmente um dos aspectos mais gratificantes do trabalho em prol da salvaguarda internacional dos direitos fundamentais do ser humano"²⁵⁰.

FIX-ZAMUDIO destaca a relevância das medidas provisórias no âmbito do direito processual internacional dos direitos humanos, ao doutrinar que "las medidas precautorias o cautelares asumen una transcendencia fundamental, porque si no se dictan de manera

²⁵⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Prólogo do Presidente da Corte Interamericana de Derechos Humanos. In, Medidas Provisionales nº 2, Compêndio: julio 1996 – junio 2000, São José: Secretaria de la Corte, 2000, p. VII/XVIII, p. XVIII.

oportuna y adecuada, los daños que se pueden causar a los afectados por la conducta de las autoridades estatales, pueden ser, y de hecho lo son en la mayor parte de los casos, de carácter irreparable, ya que las violaciones que se reclaman se refieren a los derechos esenciales de la persona humana.”²⁵¹

Trata-se de verdadeira garantia jurisdiccional de natureza preventiva, cujo objetivo é preservar direitos humanos fundamentais das pessoas envolvidas no processo para evitar um dano irreparável. Os provimentos preventivos da Corte têm por meta salvaguardar os direitos humanos consagrados na Convenção.

Inspiradas no direito interno, as medidas provisórias no direito internacional tiveram suas primeiras linhas delineadas na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, bem semelhantes àquelas do processo cautelar de direito interno. A partir do surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, há uma mudança do objeto de tais medidas. As medidas provisórias, desde a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, têm experimentado grandes avanços e desenvolvimento, pois, seguramente, têm contribuído mais do que qualquer

²⁵¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. Reflexiones comparativas sobre las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos. *In*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Gobernabilidad democrática y derechos humanos. Caracas, 1997, p.62-89, p.71.

outro tribunal internacional contemporâneo para a proteção dos direitos humanos. Seu perfil atual é destacado pelo Juiz TRINDADE ²⁵²:

“é amplamente conhecido o objeto das medidas provisórias no contencioso internacional (no marco do Direito Internacional Público): preservar os direitos reivindicados pelas partes, e por fim, a integridade da decisão de fundo do caso, impedindo que esta careça de sentido e eficácia, e que o resultado de todo o processo seja frustrado. Em outras palavras, as medidas provisórias buscam assegurar que a sentença de fundo não seja prejudicada por ações indevidas das partes pendente lite.” Isto significa que, no exame da “gravidade e urgência” a Corte não adentra em questões que não estejam relacionadas à aferição da necessidade de evitar danos irreparáveis às pessoas,”qualquer outro assunto só pode ser posto à apreciação da Corte em casos contenciosos ou em requerimentos de opiniões consultivas.” ²⁵³

A natureza de garantia processual é ressaltada na jurisprudência da Corte: “por conseguinte, a consideração do presente

²⁵² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Prólogo do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In, Medidas Provisionales nº 2, Compendio: julio 1996 – junio 2000, São José: Secretaria de la Corte, 2000, p. VII/XVIII.

²⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso James y otros vs. Trinidad y Tobago, Medidas Provisionales, de 19/08/99, Serie E: Medidas Provisionales, Nº 2, Compendio: Julio 1996 – Junio 2000, São José: Secretaria de la Corte, 2000, p. 319.

assunto se refere às obrigações de caráter processual do Estado como Parte na Convenção Americana e não ao fundo destes casos.”²⁵⁴ Porém, essa visão instrumentalista não é a característica essencial das medidas provisórias no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, conforme ressaltado pelo Juiz TRINDADE:

“as medidas provisórias se liberam do formalismo jurídico da ciência jurídica do passado. No Direito Internacional dos Direitos Humanos, as medidas provisórias vão além em matéria de proteção, revelando um alcance sem precedentes no presente domínio, tais medidas, além de seu caráter essencialmente preventivo, protegem efetivamente direitos fundamentais, na medida em que buscam evitar danos irreparáveis à pessoa humana como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.(...) as medidas provisórias alcançam efetivamente sua plenitude, revestindo-se de um caráter, mais do que cautelar, verdadeiramente tutelar.”²⁵⁵

²⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso James y otros vs. Trinidad y Tobago, Medidas Provisionales, de 25/05/99, *in*, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 331.

²⁵⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Prólogo do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*, Medidas Provisionales nº 2, Compêndio: julio 1996 – junio 2000, São José: Secretaria de la Corte, 2000, p. VII/XVIII., p. X.

O Juiz TRINDADE sustenta a inadmissibilidade de qualquer interpretação que restrinja o poder da Corte em expedir provimentos provisórios, uma vez que não há na Convenção ressalva alguma, além dos requisitos nela explicitados.

A concessão da medida provisional não requer um exame aprofundado dos fatos e provas, mas apenas um exame superficial de probabilidade e não de certeza. Para a concessão da medida bastam evidências que *prima facie* caracterizem uma situação de extrema gravidade e urgência que a autorizem.²⁵⁶

“A Corte, na prática, não tem exigido da Comissão uma demonstração substancial (*substancial evidence*) de que os fatos são verdadeiros, procedendo com base na presunção razoável (*prima facie evidence*) de veracidade. Trata-se de um critério que encontra respaldo no princípio da sumariedade da cognição (*summaria cognitio*), em razão da urgência dos casos em questão – princípio este que tem sido aplicado em relação às medidas tanto cautelares no direito

²⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cesti Hurtado vs. Peru, Solicitud de ampliación de las medidas provisionales ordenadas por la Corte, Resolución de 03/06/99, 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. 340.

processual interno como provisórias no direito processual internacional”²⁵⁷

Uma questão fundamental atribui ao provimento provisório da Corte caráter especial, distinguindo-o do provimento cautelar interno. No processo cautelar interno, o fim visado é assegurar o resultado útil do processo: a efetividade do provimento futuro. Quando se trata de provimento provisório emanado da Corte Americana de Direitos Humanos, o fim visado é absolutamente diverso. A concessão de uma medida provisória tem por finalidade assegurar a efetividade dos Direitos Humanos, ou seja, assegurar direitos das pessoas, como responsabilidade de caráter processual do Estado-parte.

As medidas provisórias, regidas pelo princípio da efetividade, devem ser compreendidas “por sua própria razão de ser, como verdadeiras garantias jurisdicionais de caráter preventivo.”²⁵⁸ Elas representam garantias no sentido de “proteger, assegurar ou fazer valer a titularidade ou o exercício de um direito.”²⁵⁹ O fim visado pelas medidas provisórias permite que a Corte emita determinações total ou parcialmente

²⁵⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Prólogo do Presidente da Corte Interamericana de Derechos Humanos. In, Medidas Provisionales nº 2, Compêndio: julio 1996 – junio 2000, São José: Secretaria de la Corte, 2000, p. VII/XVIII., p. XIV.

²⁵⁸ 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. 340.

²⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-8/87, El habeas corpus bajo suspensión de garantías, de 30/01/87, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1987, p. 25

distintas daquelas requeridas.²⁶⁰ A jurisprudência da Corte definitivamente estabeleceu o caráter tutelar, mais do que puramente cautelar, das medidas provisórias de proteção no universo conceitual do Direito Internacional dos Direitos Humanos.²⁶¹

Esta conclusão é evidenciada no pronunciamento da Corte, no caso James e outros vs. Trinidad y Tobago, no qual estabeleceu-se que a concessão das medidas provisórias ocorrerão sempre para preservar a vida e integridade pessoal das eventuais vítimas, bem como permitir a restituição in integrum dos direitos das vítimas²⁶²

FIX-ZAMUDIO, analisando a atuação da competência provisória da Corte no período de 1986/1997, destacou os seguintes princípios:

“Em virtude das numerosas e constantes medidas provisórias que têm ordenado tanto o Presidente como o Pleno da Corte, estabeleceram-se de maneira paulatina vários princípios que podem ser resumidos da seguinte maneira: a) as medidas provisórias solicitadas pela

²⁶⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor. Reflexiones comparativas sobre las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos. In, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Governabilidad democrática y derechos humanos*. Caracas, 1997, p.62-89, p.72.

²⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la Republica Dominicana, voto em separado do Juiz A. A. Cançado Trindade, de 18/08/2000, http://www.corteidh.or.cr/serie_e/serieE_HaiDo_VotCancado_02_es.doc, consultado em 29/10/2001.

²⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso James y otros vs. Trinidad y Tobago, Medidas Provisionales, de 25/05/99, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 331.

Comissão Interamericana em assuntos que, todavia, não foram apresentados à Corte, consideram-se de caráter extraordinário, isto é, reservam-se unicamente a casos em que resultam verdadeiramente necessárias;

b) em segundo lugar a Comissão deve exercer previamente, quando procedente, as faculdades que lhe outorga o artigo 29, inciso 2, de seu Regulamento; e

c) que no mesmo caso de providências pedidas pela Comissão Interamericana, a mesma deve apresentar à Corte informação *prima facie* que permitam deferir as medidas, pelo que demandam que a própria Comissão reúna, ainda que de forma preliminar, elementos que façam presumir a veracidade dos fatos denunciados e a existência de uma situação de extrema gravidade e urgência que possa causar danos irreparáveis às pessoas.”²⁶³

As normas que regulamentam a tutela provisória prevêm duas categorias de medidas a cargo da Corte: as de urgência ditadas pelo seu Presidente, que têm por objeto assegurar a eficácia das providências a serem posteriormente determinadas pelo pleno da Corte e as propriamente

²⁶³ FIX-ZAMUDIO, Hector. Prólogo do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Medidas Provisionales n° 1, Compêndio Serie E: Medidas Provisionales n° 1, 1987/1996, <http://www.corteidh.or.cr/seriee1/prologo.html>, 15/10/2001

provisórias, determinadas pelo pleno da Corte. As medidas provisórias mantêm sua eficácia enquanto permanecerem presentes as circunstâncias que a motivaram.

Há um caso recente apreciado pela Corte que merece ser analisado pormenorizadamente pelos avanços que a decisão representou no fortalecimento das medidas tutelares dos direitos humanos. Trata-se do Caso de haitianos e dominicanos de origem haitiana²⁶⁴, lamentavelmente, uma verdadeira tragédia humana²⁶⁵.

A decisão proferida pela Corte no procedimento provisório representa um marco na evolução do instituto, pois, a partir desta decisão, novos lindes da competência da Corte foram estabelecidos.

Os fatos referem-se a "expulsões em massa" de dois grupos de pessoas: trabalhadores haitianos, portadores ou não de documentos, e dominicanos de origem haitiana, que residem no território dominicano, portadores ou não de documentos. Neste caso, a Corte estabeleceu que a determinação de medidas provisórias tem por pressuposto inafastável a individualização das pessoas que correm perigo de sofrer danos

²⁶⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano e la Republica Dominicana, Medidas Provisionales, 18/08/2000, http://www.corteidh.or.cr/serie_e/e_03_esp.html, consultado em 16/10/2001.

²⁶⁵ É de se lamentar a triste sina imposta ao povo haitiano e de se indignar diante da indiferença da comunidade internacional para com este sofrimento, que, há quase uma década, foi denunciada na obra do Prof. Ricardo Seintefus, que ressalta: tratar-se de "Um povo esmagado, depauperado e tornado indigno pela tirania de seus algozes clama por uma liberdade que tão somente o estrangeiro poderá proporcionar (...). Na prática, a posição da maioria dos países latino-americanos nos leva a aceitar a *autodeterminação e a soberania dos ditadores*, dos quais o povo é apenas refém, no continente que elegeu a democracia "como forma de governo da região e condição indispensável para a paz." SEINTEFUS, Ricardo. *Haiti – A soberania dos ditadores*. Poro Alegre: Solivros, 1994, p. 124-125.

irreparáveis, razão pela qual não é factível ordenar medidas provisórias genéricas, direcionadas a todas as pessoas que se encontrem em determinada situação ou que sejam afetadas por determinadas medidas.

Em primoroso voto concorrente, o Juiz TRINDADE destaca a relevância da ampliação das medidas provisórias para além do direito à vida e à integridade física: “esta é a primeira vez em sua história que a Corte procede desse modo, a meu modo de ver corretamente, consciente da necessidade de desenvolver, por sua jurisprudência evolutiva, novas vias de proteção inspiradas na realidade da intensidade do próprio sofrimento humano, prestando valiosa contribuição aos Direito Internacional dos Direitos Humanos.”

Os pontos a seguir, destacados do voto do Juiz TRINDADE, evidenciam a contribuição da Corte para a construção de um sistema cada dia mais efetivo de proteção dos direitos humanos:

- 1- A indivisibilidade de todos os direitos humanos também se manifesta na aplicação das medidas provisórias de proteção. “Sendo assim, não há, jurídica e epistemologicamente, impedimento algum para que ditas medidas, que até o presente têm sido aplicadas pela Corte Interamericana em relação aos direitos fundamentais vida e integridade pessoal (artigos 4 e 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), sejam aplicadas também em relação com outros direitos

protegidos pela Convenção Americana. Sendo todos estes direitos interrelacionados, pode-se perfeitamente, em meu entender, ditar medidas provisórias de proteção a cada um deles, sempre e quando se reúnam os dois requisitos de "extrema gravidade e urgência" e de "prevenção de danos irreparáveis às pessoas", consagrados no artigo 63(2) da Convenção." (§§ 13 e 14)

- 2- A necessidade do reconhecimento da existência de normas de direitos humanos não escritas "se impõe no desenvolvimento de respostas a novas demandas de proteção, ainda que não estejam literalmente contempladas nos instrumentos internacionais de proteção do ser humano vigentes. O problema [deportação dos haitianos] só pode ser enfrentado adequadamente tendo presente a indivisibilidade de todos os direitos humanos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais)." (§ 5º)
- 3- Garantir o projeto de vida marca igualmente presença no plano das medidas provisórias de proteção. Essa matéria, até então, só havia sido contemplada no exercício da jurisdição contenciosa, tanto como matéria de fundo (caso dos "Niños de la Calle", Sentença de 19.11.1999), quanto na fase de reparações (caso Loayza Tamayo, 27.11.1998). O projeto de vida deve atender à realização integral da pessoa afetada, considerando sua vocação, aptidões, circunstâncias, potencialidades e

aspirações, que lhe permitam estabelecer, com razoabilidade, determinadas expectativas e alcançá-las.

A tendência da Corte é ampliar o alcance das medidas provisórias para que esta função jurisdicional possa realizar o seu objetivo de tutelar os direitos humanos.

2.2.2.3 - COMPETÊNCIA CONSULTIVA

A competência consultiva da Corte encontra-se estabelecida no art. 64, de seguinte teor:

Artigo 64 – 1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires²⁶⁶.

2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre

²⁶⁶ São órgãos da OEA, a) Assembléia Geral; b) Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores; c) Conselhos; d) Comitê Jurídico Interamericano; e) Comissão Interamericana de Direitos Humanos; f) Secretaria Geral; g) Conferências Especializadas, e h) Organismos Especializados.

qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Este dispositivo, por conferir à Corte a mais ampla função consultiva já conferida a um tribunal internacional, por representar uma possibilidade de assegurar proteção efetiva, não contenciosa, aos direitos e liberdades salvaguardados nos tratados de direitos humanos, é festejado pelos defensores dos Direitos Humanos no nosso continente.

O artigo 96 da Carta das Nações Unidas, v.g., não confere legitimidade aos Estados Membros para formularem consultas à Corte Internacional de Justiça. Sua competência consultiva só pode ser provocada pela Assembléia Geral e pelo Conselho de Segurança, ou, em certas condições, por outros órgãos e organismos especializados da ONU.

Especificamente em relação a tribunais de direitos humanos, há, no Protocolo nº 2 da Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, dispositivo outorgando competência consultiva à Corte Européia, porém, dentro de limites específicos. As opiniões consultivas só podem ser requeridas pelo Comitê de Ministros sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e seus Protocolos, excluindo-se tudo que se refira ao conteúdo ou extensão dos direitos e liberdades definidos nestes instrumentos, bem como os demais assuntos que, em virtude de um recurso previsto pela

Convenção Européia, poderiam ser submetidos à Comissão Européia de Direitos Humanos, à própria Corte ou ao Comitê de Ministros.²⁶⁷

O procedimento contemplado no mencionado dispositivo da Convenção constitui-se em um método judicial alternativo, de caráter consultivo, destinado a ajudar os Estados a cumprir e a aplicar os tratados em matéria de direitos humanos, sem submetê-los ao formalismo e ao sistema de sanções que caracterizam o processo contencioso²⁶⁸.

Neste procedimento não há demandante e demandado, mas interessados, não há acusações formais e o Estado não estará sujeito às sanções do art. 63.1 da Convenção²⁶⁹.

As opiniões da Corte, no exercício da função consultiva, “não têm o mesmo efeito vinculante que se reconhece para suas sentenças em matéria contenciosa.”²⁷⁰ Essa potência reduzida das opiniões

²⁶⁷ CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Art. 47. BARRETO, Irene Cabral. *A Convenção Européia dos Direitos do Homem*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 311, informa que “Não são cohecidas, por consequência, decisões do Tribunal sobre a sua competência consultiva.”

²⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-3/83, de 08/09/83, Restrições à pena de morte, de 08/09/83, Sistema Interamericano de Direitos Humanos – legislação e jurisprudência. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001, p. 157.

²⁶⁹ Por esta razão, equivocada a afirmativa de que “Nos mesmos termos de uma sentença lavrada em um caso concreto, as opiniões consultivas também vinculam os Estados-partes a agir baseados no parecer emitido pela Corte. A força vinculante do parecer encontra fundamento no art. 68 da Convenção.” BRAWERMAN, André, REZENDE, Fábio Teixeira, FARIAS, Valéria Cristina. *Nota introdutória à jurisdição consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, in, Sistema Interamericano de Direitos Humanos – legislação e jurisprudência. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001. Ora, o art. 68 da Convenção aplica-se exclusivamente a casos contenciosos; além disso, esse efeito vinculante da Opinião Consultiva não ocorre, porquanto podem recorrer à Corte, nessa hipótese, órgãos da OEA e Estados-partes que não se sujeitam à jurisdição da Corte.

²⁷⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-3/83, de 08/09/83, Restrições à pena de morte, de 08/09/83, Sistema Interamericano de Direitos Humanos – legislação e jurisprudência. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001, p. 158.

consultivas da Corte encontra justificativa nas razões mencionadas e, principalmente, porque são legitimados a solicitar a consulta os órgãos da OEA e os Estados membros que não tenham reconhecido a competência jurisdicional da Corte e que, portanto, não poderiam ser alcançados pelo seu *jus imperii*.

A admissibilidade da consulta tem por pressuposto assuntos específicos, concretos, não se tratando de discussão meramente acadêmica ou de eventual aplicação da norma convencional ou interna em um caso que porventura venha a ser discutido perante a Corte. A consulta deve abordar assunto que contenha um interesse prático objetivamente apurável, traduzido por fatos e atos concretos, não bastando meras suposições. A função consultiva é tão ampla quanto requeira a salvaguarda dos direitos humanos, reconhecendo-se apenas as limitações impostas pela própria Convenção.

“Esse amplo poder de apreciação não pode, contudo, ser confundido com uma simples faculdade discricionária para emitir ou não a opinião solicitada. Para se abster de responder a uma consulta que lhe seja proposta, a Corte há de ter razões determinantes derivadas da circunstância de

que a petição exceda os limites que a Convenção estabelece para a sua competência nesse âmbito.”²⁷¹

O objeto da consulta não se limita à Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo lícito que a Corte aprecie qualquer tratado concernente à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.

“Não se exige que sejam tratados entre Estados Americanos ou que sejam tratados regionais ou que tenham sido concebidos dentro do âmbito do sistema interamericano.(...) excluir a priori, de sua competência consultiva, os tratados internacionais que obriguem os Estados Americanos em matérias concernentes à proteção dos direitos humanos, constituiria uma limitação à plena garantia dos mesmos, em contradição com as regras consagradas pelo art. 29.b.”²⁷²

Excluem-se da competência consultiva questões “cujo propósito principal seja determinar a abrangência ou cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelos Estados alheios ao sistema interamericano.”²⁷³

²⁷¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-1/82, de 24/09/82, *in*, Sistema Interamericano de Direitos Humanos – legislação e jurisprudência. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001, p. 132.

²⁷² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-1/82, de 24/09/82, Sistema Interamericano de Direitos Humanos – legislação e jurisprudência. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001, p. 135 e 137.

²⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-1/82, de 24/09/82, Sistema Interamericano de Direitos Humanos – legislação e jurisprudência. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001, p. 140.

A Corte, portanto, no exercício da função consultiva, realiza a interpretação de normas da própria Convenção ou de quaisquer outros tratados relativos a direitos humanos (art. 64.1) ou de uma lei interna de um Estado em face da Convenção (art. 64.2).

A Corte estabeleceu, quanto à legitimidade para solicitar o provimento consultivo, a distinção entre os Estados membros da OEA e os órgãos desta. “De acordo com o artigo 64, todos os Estados membros da OEA, tenham ou não ratificado a Convenção, têm o direito de solicitar uma opinião consultiva "sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos." A legitimidade dos órgãos da OEA restringe-se somente às matérias com pertinência temática às suas competências. Enquanto os Estados membros da OEA têm um direito absoluto de pedir opiniões consultivas, seus órgãos só podem fazê-lo dentro dos limites materiais de suas respectivas competências. O direito de pedir opinião consultiva destes órgãos está restrito, conseqüentemente, a assuntos nos quais tais órgãos tenham um legítimo interesse institucional.”²⁷⁴ Ressalta-se a posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como mencionad o supra,

²⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-2/82, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 24/09/82, http://www.corteidh.or.cr/serie_a/Serie_a_02_esp.doc, consultado em 29/10/2002.

A Corte, portanto, no exercício da função consultiva, realiza a interpretação de normas da própria Convenção ou de quaisquer outros tratados relativos a direitos humanos (art. 64.1) ou de uma lei interna de um Estado em face da Convenção (art. 64.2).

A Corte estabeleceu, quanto à legitimidade para solicitar o provimento consultivo, a distinção entre os Estados membros da OEA e os órgãos desta. “De acordo com o artigo 64, todos os Estados membros da OEA, tenham ou não ratificado a Convenção, têm o direito de solicitar uma opinião consultiva "sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos." A legitimidade dos órgãos da OEA restringe-se somente às matérias com pertinência temática às suas competências. Enquanto os Estados membros da OEA têm um direito absoluto de pedir opiniões consultivas, seus órgãos só podem fazê-lo dentro dos limites materiais de suas respectivas competências. O direito de pedir opinião consultiva destes órgãos está restrito, conseqüentemente, a assuntos nos quais tais órgãos tenham um legítimo interesse institucional.”²⁷⁴ Ressalta-se a posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como mencionad o supra,

²⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-2/82, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 24/09/82, http://www.corteidh.or.cr/serie_a/Serie_a_02_esp.doc, consultado em 29/10/2002.

que diferentemente dos demais órgãos da OEA, possui direito absoluto de solicitar opiniões consultivas.

Na Opinião Consultiva nº 10/89, Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos solicitada pelo Governo da República da Colômbia, a Corte estabeleceu de forma concisa, porém precisa, o alcance da sua competência consultiva, ao concluir o seguinte:

“É DA OPINIÃO

que o artículo 64.1 da Convenção Americana autoriza a Corte para, mediante solicitação de um Estado membro da OEA ou, no que lhes compete, de um dos órgãos da mesma, emitir opiniões consultivas sobre interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no marco e dentro dos limites de sua competência em relação à Carta e à Convenção ou a outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.”²⁷⁵

²⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, de 14/07/89, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1989, p. 126.

As limitações impostas à competência consultiva da Corte podem ser esquematizadas da seguinte forma:

- não é admissível consulta referente a Estado não membro da OEA ou de órgãos alheios ao sistema interamericano;
- há impedimento ao exercício da função consultiva em relação a “toda solicitação de consulta que conduza a desvirtuar a jurisdição contenciosa da Corte, ou de modo geral, a debilitar ou alterar o sistema previsto pela Convenção, de maneira que possam ver-se menoscabados os direitos das vítimas de eventuais violações dos direitos humanos”²⁷⁶, pois, ao buscar a solução não contenciosa para o caso concreto, violar-se-ia o *due process of law*, uma vez que se restringiria o direito de defesa do Estado-parte, direito esse que é mais amplo no processo contencioso, “por definição, uma oportunidade para discutir os assuntos e confrontá-los de uma maneira muito mais direta que no processo consultivo.”²⁷⁷

Contudo, com fundamento em pronunciamento da Corte Internacional de Justiça, pode-se dizer que não frustra a competência contenciosa o fato de existirem pontos de vista divergentes entre os

²⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinion Consultiva OC-1/82*, de 24/09/82, Sistema Interamericano de Direitos Humanos – legislação e jurisprudência. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001, p. 138.

²⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinion Consultiva OC-12/91*, *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 06/12/91, http://www.corteidh.or.cr/serie_a/Serie_a_12_esp.doc, consultado em 15/10/2001.

consulentes, desde que tais divergências não representem uma disputa entre Estados²⁷⁸:

“Efetivamente, se fosse impedido à Comissão solicitar uma opinião consultiva simplesmente porque um ou mais governos encontram-se envolvidos em uma disputa com a Comissão sobre a interpretação de uma disposição, muito raramente esta poderia se valer da competência consultiva da Corte. Isto não se limitaria somente à Comissão, também a Assembléia Geral da OEA, para dar um exemplo, poderia se encontrar em uma situação similar, se fosse solicitar uma opinião consultiva à Corte, enquanto tivesse em consideração algum projeto de resolução que instasse um Estado membro a cumprir as suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos.”²⁷⁹

O procedimento na função consultiva da Corte não guarda identidade com a competência contenciosa, admitindo-se nas opiniões consultivas que as questões preliminares sejam apreciadas com a questão de fundo, referente ao próprio questionamento. O fundamento, segundo a

²⁷⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Legal Consequences For States Of The Continued Presence Of South Africa In Namibia (South-West Africa) NOTWITHSTANDING SECURITY COUNCIL RESOLUTION 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, <http://www.icj-cij.org/iciwww/idecisions/isummaries/inamsummary710621.htm>

²⁷⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-3/83, de 08/09/83, Restrições à pena de morte, de 08/09/83, Sistema Interamericano de Direitos Humanos – legislação e jurisprudência. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001, p. 155.

Corte, deve-se à circunstância de tratar-se de “uma questão estritamente jurídica, relacionada com a interpretação da Convenção.”²⁸⁰

A diferença entre as consultas previstas nos n^{os} 1 e 2 do art. 64 da Convenção não é apenas procedimental. A admissibilidade da consulta formulada por Estados membros da OEA está condicionada à verificação da adequação da questão versada ao disposto na Convenção. São admissíveis, tão somente, consultas formuladas sobre as próprias leis internas do Estado em cotejo com a Convenção ou outros tratados referentes à proteção dos direitos humanos e sua respectiva adequação.

Sob o aspecto procedimental, quando a consulta é realizada por Estados ou órgãos da OEA sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, observa-se o procedimento estabelecido no art. 62 do Regulamento da Corte²⁸¹, que prevê a indispensabilidade das notificações.

No outro caso, isto é, quando o pedido do Estado membro da OEA é

²⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-3/83, de 08/09/83, Restrições à pena de morte, de 08/09/83, Sistema Interamericano de Direitos Humanos – legislação e jurisprudência. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001, p. 150.

²⁸¹ Este dispositivo tem a seguinte redação: “**Artigo 62. Procedimento** -1. Recebido um pedido de parecer consultivo, o Secretário enviará cópia deste a todos os Estados membros, à Comissão, ao Secretário - Geral da OEA e aos órgãos da mesma a cuja esfera de competência se refira o tema da consulta, se pertinente. 2. O Presidente fixará um prazo para que os interessados enviem suas observações por escrito. 3. O Presidente poderá convidar ou autorizar qualquer pessoa interessada para que apresente seu parecer por escrito sobre os pontos submetidos a consulta. Se o pedido referir-se ao disposto no artigo 64.2, da Convenção, poderá fazê-lo mediante consulta prévia com o agente. 4. Concluído o procedimento escrito, a Corte decidirá quanto à conveniência ou não de realizar o procedimento oral e fixará a audiência, a menos que delegue esta última tarefa ao Presidente. No caso previsto no artigo 64.2, da Convenção, manter-se-á consulta prévia com o agente.

formulado sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais, a Corte, na qualidade de ‘maestra del procedimiento’, possui ampla margem de discricionariedade para estabelecer as regras a serem seguidas, ressalvado que nestes casos não são colhidas opiniões externas ao Estado solicitante ²⁸².

A expressão “leis internas” empregada no art. 64.2, da Convenção, provocou pronunciamento da Corte para estabelecer o seu alcance e significado. A conclusão, publicada na Consulta OC- 4/84, sobre a Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada com naturalização, é a de que a expressão “leis internas” não se refere apenas às leis em vigor no ordenamento jurídico interno, podendo-se formular consulta em relação a projetos de lei, de modo que “o mero fato de tratar-se de um projeto legislativo não basta para privar a Corte de competência para considerar uma consulta sobre ela.” ²⁸³

A Corte fez as ressalvas seguintes:

- a interpretação da expressão “lei interna” empregada neste dispositivo não se estende aos demais dispositivos convencionais que fazem remissão ao termo ‘lei’;

²⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-4/84, de 19/01/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con naturalización, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1984, p. 47.

²⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-4/84, de 19/01/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con naturalización, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1984, p. 49.

- este é apenas um dos critérios estabelecidos para não excluir a competência da Corte; com efeito, não significa a dispensa da análise do propósito para o qual o procedimento consultivo existe, que é o de “ajudar o Estado solicitante a cumprir melhor com suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos”²⁸⁴, nem dispensa a cautela necessária para evitar a manipulação da Corte como instrumento dos debates políticos internos;

- o fato de a lei ter sido adotada em conformidade com a Constituição não tem importância alguma se não estiver de conformidade com as obrigações assumidas em relação à observância da Convenção. “Dito de outro modo, o fato de se tratar de leis internas e de que estas foram ‘adotadas de acordo com o disposto pela Constituição’ não significa nada, se mediante as mesmas viola-se qualquer um dos direitos ou liberdades protegidos.”²⁸⁵

- a lei que não é de aplicação imediata é mera faculdade dada às autoridades para tomar medidas de acordo com a mesma. Não representa, per se, violação dos direitos humanos.”²⁸⁶ Por sua vez, tratando-

²⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-4/84, de 19/01/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con naturalización, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1984, p. 49.

²⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-13/93, de 16/07/93, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Sistema Interamericano de Protección dos Direitos Humanos – legislação e jurisprudência. Op. cit., p. 230

²⁸⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-14/94, de 09/12/94, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención, Sistema Interamericano de Protección dos Direitos Humanos – legislação e jurisprudência. Op. cit., p. 244.

se de lei de aplicação imediata, a sua publicação já caracterizaria violação aos direitos humanos se em desacordo com a Convenção.

O objetivo da competência consultiva exercida pela Corte não se restringe a desentranhar o sentido, propósito e razão das normas internacionais sobre direitos humanos, mas, sobretudo, assessorar e ajudar os Estados membros e os órgãos da OEA a cumprir de maneira integral e efetiva suas obrigações internacionais em matéria de Direitos Humanos. “Trata-se, com efeito, de interpretações que contribuam para fortalecer o sistema de proteção dos direitos humanos.”²⁸⁷

²⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-14/94, de 09/12/94, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención, Sistema Interamericano de Protección dos Direitos Humanos – legislação e jurisprudência. Op. cit., p. 252.

CAPÍTULO V - O ORDENAMENTO JURÍDICO DOS DIREITOS HUMANOS NAS AMÉRICAS INTERPRETADO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos deixaram de ser um mero referencial ético para constituir-se em norma jurídica, com todas as suas características, de abstração, generalidade e coercibilidade.

No estágio atual, há um efetivo sistema de proteção dos direitos humanos no continente americano, com a existência de um corpus iuris definido, a Convenção, um instrumento de aplicação e efetivação destas normas, o devido processo legal, e um órgão jurisdicional, que julga as violações de direitos humanos com definitividade, a Corte.

A Corte promove uma interpretação que considera os direitos humanos integrados em um sistema de normas e princípios. Essa integração normativa dos direitos humanos realiza-se mediante a preferência ou a prioridade, na efetivação, de certos princípios frente aos restantes - nuns casos, pois, através de coordenação, noutros, através de subordinação. A finalidade da Corte é obter da norma um sentido que confira a máxima proteção possível aos direitos humanos.

Deve-se destacar a relevância da função interpretativa exercida pela Corte a respeito dos direitos humanos. Seus julgados são

reconhecidamente os paradigmas dos direitos humanos, competindo a todos os Estados-partes na Convenção adequarem-se a suas decisões.

Essa eficácia ultra partes da decisão da Corte, ainda que não expressa em dispositivo algum, decorre do compromisso assumido pelos Estados-partes na Convenção de fazer cumprir as normas de direitos humanos sob sua jurisdição, e os direitos consagrados na Convenção têm o sentido que lhes atribuir a Corte, porquanto é inerente à função jurisdicional por ela exercida a definitividade dos pronunciamentos. Desta forma, os Estados-partes, pelo princípio da boa-fé, que informa o Direito Internacional dos Direitos Humanos, devem acatar os julgados da Corte.

Os pronunciamentos da Corte gozam de prestígio em razão da independência com que são exercidas suas competências, não havendo, ao longo das duas décadas de funcionamento, registro de casos em que vínculos, ingerências políticas, ou o poder dos Estados tivessem exercido alguma influência sobre eles. Analisando os processos e julgamentos até então proferidos, verifica-se o firme propósito da Corte na proteção intransigente dos direitos humanos, com demonstrações afirmativas da sua independência²⁸⁸

²⁸⁸ Ver a respeito o voto concorrente do Juiz A. A. Cançado Trindade na OC nº 16/99, na qual invocando o princípio *venire contra factum proprium non valet* desconsiderou os fundamentos apresentados pelos Estados Unidos da América. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OC nº 16/99, de 01/10/1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Serie A: fallos e opiniones, nº 16, São José da Costa Rica, 2000, p. 138-141.

Por essa razão, quando se pretende fazer um estudo do conteúdo dos direitos humanos consagrados na Convenção, imprescindível que este se faça através da jurisprudência da Corte. Suas decisões representam o exato significado e alcance de cada um deles. O sistema de proteção interamericano de direitos humanos, ao reservar à Corte a competência para dizer a última palavra sobre a matéria, reconhece nos seus julgados a definitividade da interpretação dos dispositivos convencionais.

A definitividade dos julgamentos da Corte, característica inata à função jurisdicional, considerando-se o fato de que esta é a última decisão em matéria de Direitos Humanos, faz com que estes direitos se situem no ápice da pirâmide normativa, assumindo uma posição superior às demais normas jurídicas que devem conformar-se às decisões da Corte.

No julgamento do Caso La Ultima Tentación de Cristo vs. Chile, é confirmada a supranormatividade dos direitos humanos. Neste julgamento, a Corte deixou consignado ser dever do Estado adotar as medidas necessárias à supressão de normas e práticas de qualquer natureza que impliquem em violação às garantias estabelecidas na Convenção.

Não foi suficiente o Governo chileno ter encaminhado ao parlamento proposta de emenda constitucional tendente à abolição da censura prévia. A despeito desta iniciativa, a Corte não deixou de

reconhecer que norma da Constituição do Chile violava o direito à liberdade de expressão e determinou, em razão da mora do legislativo em aprovar o projeto, a adequação das normas constitucionais e legais aos padrões sobre liberdade de expressão consagrados na Convenção Americana, a fim de eliminar a censura prévia.

Este caso é paradigmático para afastar quaisquer questionamentos quanto à superioridade hierárquica do Direito Internacional dos Direitos Humanos em relação ao direito interno.

Ao longo da exposição que se fará a seguir, na qual os dispositivos da Convenção são analisados per se, referenciando-se nos julgados da Corte, composta, que é, por “juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos”²⁸⁹, será possível visualizar no exame de casos concretos que para a Corte o Estado é um todo unitário, de maneira que a separação de poderes, a forma federativa de Estado, a hierarquia das normas internas e a soberania não se prestam como escusa legítima para o descumprimento das normas internacionais de direitos humanos.

²⁸⁹ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Art. 51

1- COMPROMISSO DOS ESTADOS EM RESPEITAR OS DIREITOS E LIBERDADES RECONHECIDOS NA CONVENÇÃO

Artigo 1º

Obrigação de respeitar os direitos

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

§2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º

Dever de adotar disposições de direito interno.

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no "artigo 1º" ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados membros comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

A partir da Carta da OEA consolidaram-se princípios que ratificam o compromisso do Estado em cumprir e fazer cumprir as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Os Estados-partes elevaram o Direito como regente supremo das relações internacionais, decorrendo daí o comprometimento de velar

pelo fiel cumprimento das obrigações assumidas de boa-fé. Além disso, elegeram a democracia representativa como a única forma de organização política dos Estados. Há, ainda, o compromisso na realização da justiça social por ser esta a única forma capaz de propiciar uma paz duradoura. Por fim, os Estados-partes elevam o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana sem distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo como ratio essendi dos Estados.

Esses princípios reafirmados no Preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos permitem afirmar que podemos estar diante de um sistema ideal de proteção da pessoa. Acontece que, entre a firma de adesão ao tratado, onde tudo são flores, e a realidade, quase sempre espinhosa, há um distanciamento enorme e sempre, ou quase sempre, em direção à violação dos Direitos Humanos. O cotidiano da maior parte dos Estados americanos, contudo, é pródigo no descumprimento destes preceitos. As políticas públicas deveriam ir de encontro à concretização dos Direitos Humanos, porquanto há muito já se sabe que é o Estado que serve ao ser humano e não o contrário, mas o que se vê é um desvirtuamento da ação estatal.

À luz, portanto, dos princípios superiores consagrados pelos Estados ao reconhecerem o Direito Internacional dos Direitos Humanos, natural seria o respeito espontâneo aos direitos e liberdades reconhecidos

na Convenção, bem como a garantia de seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social, conforme estabelecido no art. 1º da Convenção²⁹⁰.

Na esteira deste raciocínio, o texto convencional, conduz à concretização dos Direitos Humanos ao impor aos Estados o dever de adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades, nos termos do seu art. 2º. Esse dispositivo existe naturalmente, por aplicação do Direito Internacional, como consequência lógica das obrigações derivadas de um tratado internacional. Esse dispositivo nada mais é do que um reforço à determinação de exigência do cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados-partes na Convenção, feito de forma clara, imediata e direta.

²⁹⁰ "El proyecto que sirvió de base a la Convención Americana solamente contemplaba los deberes genéricos del artículo 1.1 (v. *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos*, OEA/Ser. K/XVI/1.2, Washington, D.C. 1978, Doc. 5, págs. 12ss.); el del artículo 2, copia casi textual del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fue el resultado de Observaciones del Gobierno de Chile (*Ibid.*, Doc. 7, pág. 38), apoyadas por las de República Dominicana (*Ibid.*, Doc. 9, pág. 50) y Guatemala (*Ibid.*, Doc. 4, Corr. 1, pág. 107), y, finalmente, de una moción del Ecuador en la Conferencia (*Ibid.*, pág. 156). También tuvo el después por el Grupo de Trabajo de la Comisión I como artículo 1.2 (*Ibid.*, Anexo A, pág. 148) cuyos motivos apoyó de los Estados Unidos de América, en una Declaración (*Ibid.*, Anexo A, pág. 148) cuyos motivos diferían de los de todos los demás, conforme se dirá." Voto separado do Juiz Rodolfo E. Pisa Escalante, CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, OC n° 7/86, de 29/08/86, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1986, p. 81.

O art. 2º da Convenção Americana impõe o dever de adotar as medidas em duas vertentes. Por uma parte, a supressão das normas e práticas de qualquer natureza, que representem violação às garantias previstas na Convenção. Por outra, a expedição de normas e o desempenho de práticas conducentes à efetiva observância de ditas garantias.²⁹¹

Os Estados signatários da Convenção reconhecem, ab initio, a existência de atributos invioláveis da pessoa humana, que não podem ser desprezados pelo exercício do poder público. Esse respeito à individualidade constitui uma redoma em que o Estado não pode adentrar-se ou só pode penetrar limitadamente. Assim, na proteção dos direitos humanos, está necessariamente compreendida a noção de limitação do poder estatal.

A proteção dos direitos humanos requer que os atos estatais que os afetem não permaneçam sob arbítrio do poder interno, mas que estejam rodeados por um conjunto de garantias que objetivam preservar a inviolabilidade da liberdade e da dignidade do ser humano para além das fronteiras estatais. A democracia representa a garantia maior, uma vez que em Estados democráticos o direito impõe limitações legítimas ao exercício do poder, através da Constituição.

²⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Peru, Sentencia, de 30/05/99, in, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 294.

A Convenção, ao impor ao Estado o dever de respeitar os seus termos, supera o dogma da soberania nacional exclusiva e absoluta; o Estado não mais possui poderes ilimitados, sujeitando-se ao direito e a princípios de moral.

A Corte emprega, como método de interpretação dos dispositivos em exame, princípios do Direito Internacional geral, estabelecidos na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Segundo essa Convenção, os Estados não se escusam de cumprir as obrigações determinadas na Convenção sob o argumento de conflito com o direito interno, ainda que referente a normas de envergadura constitucional. Encontra-se também positivado no Tratado dos Tratados que os mesmos devem ser cumpridos de boa fé e o direito interno não pode ser invocado como justificativa para o descumprimento²⁹².

A jurisprudência da Corte é assente no sentido de vetar aos Estados o poder de ditar medidas que violem os direitos e liberdades nela reconhecidos, ainda que abstratamente, pois uma norma de direito interno

²⁹² A Corte Interamericana fundamenta o seu posicionamento com vasta jurisprudência internacional: da "Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), págs. 12, a 31-2, párr. 47]...". CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, OC nº 14/94, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención, Sistema Interamericano de Protección dos Direitos Humanos – legislação e jurisprudência., p. 46.

pode violar per se o art. 2º da Convenção, independentemente de haver sido aplicada no caso concreto²⁹³.

A Corte compreende, também, que as autoridades estatais, ao submeterem as pessoas a procedimentos nos quais há violações a diversas disposições da Convenção Americana, geram, nos termos do art. 1.1 da Convenção, responsabilidade internacional do Estado, por haver descumprido seu ‘dever de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e o de garantir seu livre e pleno exercício’, pois a ação ou omissão de qualquer autoridade pública constitui um fato imputável ao Estado. “Se se considerar que não compromete o Estado quem se prevalece do poder público para violar tais direitos através de atos que extrapolam sua competência ou que são ilegais, se tornaria ilusório o sistema de proteção previsto na Convenção.”²⁹⁴

O voto em separado do Juiz PIZA ESCALANTE, proferido na OC nº 7/86, esclarece com precisão o significado dos dispositivos em estudo. Na sua brilhante manifestação, a exegese dos arts. 1º e 2º é a seguinte:

²⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OC nº 04/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con naturalización, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1984, p. 40-61.

²⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29/07/88, in Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1988, p. 72.

“Os trabalhos para a inclusão desta norma na Convenção demonstram, a meu juízo com toda clareza, que ela tem um caráter marginal, para as situações em que o artigo 1.1 resulte inoperante ou, ao menos, insuficiente, porém não por limitações próprias do direito interno, que implicariam violações do próprio artigo 1.1, mas sim, em virtude de que determinados direitos - não todos - que necessitam eles próprios, de normas ou medidas complementares de ordem interna para serem exigíveis de maneira imediata e incondicional. Dizendo de outra maneira: tratando-se de direitos reconhecidos pela Convenção de maneira imediata e incondicional, basta o dever dos Estados-partes de respeitá-los e garanti-los, de conformidade com o artigo 1.1, para que sejam plenamente exigíveis frente a estes Estados de maneira imediata e incondicional. O que ocorre é que alguns direitos, de conformidade com sua natureza ou com a própria Convenção, carecem dessa qualidade sem que normas ou outras medidas complementares permitam torná-los plenamente exigíveis, como ocorre, por exemplo, com os políticos (art. 23) ou com os de proteção judicial (art. 25), que não podem ter eficácia simplesmente em virtude das

normas que os consagram, porque são por sua própria natureza inoperantes sem uma detalhada regulamentação normativa e, inclusive, sem um complexo aparato institucional, econômico e humano que lhes dê a eficácia que reclamam, como direitos da própria Convenção, quer dizer, no plano internacional, e não só como questão de ordem interna de cada Estado: se não há códigos ou leis eleitorais, registros de eleitores, partidos políticos, meios de propaganda e mobilização, centros de votação, juntas eleitorais, datas e prazos para o exercício do sufrágio, estes, por sua própria natureza, não podem, definitivamente, ser exercidos; de igual maneira não se pode exercer o direito à proteção judicial sem que existam os tribunais que lhe outorguem e as normas processuais que a disciplinem e façam-na possível.(...)

Com outras palavras, o simples desrespeito de tais direitos ou somente a denegação de seu amparo, governativo ou jurisdicional, constituiriam violações diretas dos mesmos, em função do dever de respeitá-los e garanti-los, estabelecido pelo artigo 1.1 da Convenção, sem necessidade de acudir ao artigo 2, de adotar as medidas

legislativas ou de outro caráter necessárias para fazê-los efetivos na ordem interna.”²⁹⁵

A Corte já se pronunciou no sentido de que a responsabilidade do Estado não decorre, meramente, do fato de ter ocorrido sob sua jurisdição uma violação a dispositivos da Convenção. O Estado tem o dever de prevenir, razoavelmente, as violações de direitos humanos, adotando “todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a salvaguarda dos direitos humanos e que assegurem que as eventuais violações aos mesmos sejam efetivamente consideradas e tratadas como um fato ilícito que, como tal, é suscetível de acarretar sanções para quem as cometer, bem como a obrigação de indenizar as vítimas pelas conseqüências prejudiciais.”²⁹⁶

²⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-7/86, de 29/08/86, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1986, p. 82-83.

²⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Caballero Delgado y Santana, voto disidente do Juiz Nieto Navia, Sentença de 08/12/95, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1995, p.159.

2- DIREITO À PERSONALIDADE

Artigo 3º

Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral, que é inerente à condição de ser humano, e se manifesta através da capacidade de autodeterminação consciente da própria vida. Constitui-se em um mínimo invulnerável juridicamente protegido que são os direitos de personalidade.

Estes direitos integram um núcleo de valores intrínsecos intimamente relacionados, como o direito à vida, à integridade física e moral, à autodeterminação, à educação, à honra, à intimidade, à própria imagem, e às liberdades de circulação, de reunião, de associação, de propriedade, de trabalho, de manifestação do pensamento, de crença e direitos e, por fim, a uma existência materialmente digna.

O art. 3º da Convenção estabelece que "toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica". Este dispositivo deve ser interpretado de forma sistemática, integrado aos demais preceitos da Convenção, tomando-se como referência o disposto no art. XVII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem:

"Toda pessoa tem direito a ser reconhecida, seja onde for, como pessoa, com direitos e obrigações, e a gozar dos direitos civis fundamentais".

O direito ao reconhecimento da personalidade jurídica implica na capacidade de ser titular de direitos (capacidade de gozo) e de deveres. É evidente, como ressaltado pela Corte, "que dita titularidade alude à capacidade de gozo de direitos, própria do ser humano em geral, mas não necessariamente de gozo de todos os direitos, e tampouco de exercício destes. Com efeito, o alcance do gozo, ou seja, a definição ou integração concreta da capacidade mencionada, bem como a possibilidade de exercício dos direitos, estão sujeitas ao Direito positivo (objetivo) em função da posição do indivíduo no conjunto das relações jurídicas das que participa ou daquelas em que se encontra inserido."²⁹⁷

A violação do direito à personalidade representa privação absoluta da capacidade de a pessoa humana ser titular de direitos e obrigações, transformando o sujeito em objeto.

²⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bámaca Velasquez, Sentença de 25/11/2000, Série C: Resoluciones y sentencias, n° 70, São José da Costa Rica, p. 125.

3- DIREITO À VIDA²⁹⁸

Artigo 4º

Direito à vida

§1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

§2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competentes e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

§3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

§4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.

§5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

§6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena

²⁹⁸ A prática do aborto, ainda quando autorizada em lei, viola este dispositivo da Convenção, pois dele depreende-se que a privação da vida não será arbitrária apenas quando o indivíduo dela for legitimamente privado por ato estatal (observadas as garantias do devido processo legal e dos princípios da legalidade e da anterioridade, arts. 8º e 9º da Convenção), o que não é o caso.

de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competentes.

A Convenção, no art. 4º, garante o direito à vida a partir da concepção, proibindo alguém dela ser privado arbitrariamente. Isto significa que a Convenção admite, com ressalvas, a possibilidade da aplicação da mais séria e irreversível das sanções, que é a pena de morte.

Exige-se, contudo, ao ser imposta, que sejam observadas todas as garantias processuais conferidas ao acusado. “Esta tendência, que se encontra refletida em outros instrumentos a nível interamericano e universal, se traduz no princípio internacionalmente reconhecido de que os Estados que ainda mantêm a pena de morte devem aplicar, sem exceção, o mais rigoroso controle sobre o respeito às garantias judiciais nestes casos.”²⁹⁹

Há, neste dispositivo, uma limitação temporal pro futuro; só é possível a aplicação da pena de morte nos Estados- partes na Convenção que já tivessem em seu ordenamento jurídico interno lei cominando tal punição.³⁰⁰

²⁹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-16/99, de 01/10/99, de 01/10/1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Serie A: fallos e opiniones, n° 16, São José da Costa Rica, 2000, p.117.

³⁰⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-3/83, de 08/09/83, Restrições à pena de morte, de 08/09/83, Sistema Interamericano de Direitos Humanos – legislação e jurisprudência. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001, p.156.

Além do princípio da legalidade e da anterioridade, a imposição da pena de morte, restrita a casos excepcionalíssimos, submete-se aos seguintes requisitos:

- que esta punição esteja prevista apenas para os crimes mais graves, vedada sua incidência nos crimes políticos ou comuns conexos com aqueles;
- que o condenado não conte menos de dezoito ou mais de setenta anos de idade na data do fato;
- que a decisão tenha passado em julgado, sendo que “Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente”³⁰¹;
- que seja observado o devido processo legal.

À mulher grávida não se aplicará a pena de morte, cabendo ao direito interno disciplinar as condições e prazo da suspensão da execução da pena.

Estes pressupostos representam “um limite definitivo, através de um processo progressivo e irreversível destinado a cumprir-se

³⁰¹ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, art. 4º.

tanto nos países que não tenham resolvido ainda a abolir a pena de morte, como naqueles em que tiveram essa iniciativa”³⁰².

Uma vez abolida a pena de morte em um Estado ela jamais poderá ser restabelecida. Respondendo à consulta formulada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, interpretando o art. 4.3, da Convenção, pronunciou-se a Corte neste sentido:

“a decisão de um Estado-parte na Convenção, em qualquer tempo, no sentido de abolir a pena de morte se converte, ipso jure, em uma resolução definitiva e irrevogável.”³⁰³

Na XX Assembléia-Geral da OEA, foi elaborado Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à abolição da pena de morte, levando em consideração “que é necessário chegar a acordo internacional que represente um desenvolvimento progressivo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”³⁰⁴, no qual os Estados signatários comprometem-se a, definitivamente, abolir a pena de morte. O Protocolo admite a ressalva aos casos de sua aplicação em tempos

³⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-3/83, de 08/09/83, Restrições à pena de morte, de 08/09/83, Sistema Interamericano de Direitos Humanos – legislação e jurisprudência. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001, p.154.

³⁰³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-3/83, de 08/09/83, Restrições à pena de morte, de 08/09/83, Sistema Interamericano de Direitos Humanos – legislação e jurisprudência. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001, p. 160.

³⁰⁴ Preâmbulo do Protocolo mencionado.

de guerra, desde que formulada a reserva no momento de ratificação ou adesão ao respectivo instrumento.³⁰⁵

³⁰⁵ O Brasil promulgou, através do Decreto nº 2.754, de 27/08/98, este Protocolo, com a reserva admitida em seu art. 2º, por força do disposto no art. 5º, inc. XLVII, 'a' da Constituição da República.

4 - DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL

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 tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

§3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.

§4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

§5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

§6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

A aplicação e interpretação do art. 5º da Convenção demandou e vem demandando intenso labor da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A grande maioria das sentenças proferidas nos casos de jurisdição contenciosa abordou a questão referente à integridade pessoal das vítimas de violações de direitos humanos.

Isto se explica por uma série de motivos. O preponderante e mais grave deles é a debilidade democrática do continente americano, que esteve, nas últimas quatro décadas, assolado por regimes ditatoriais em toda sua extensão, remanescendo ainda alguns, como é o caso de Cuba. Nesses regimes, ensimesmados, à diferença dispensa-se tratamento irracional e violento, em absoluto desprezo à pessoa humana e, por isso, proliferam violações aos direitos humanos.

Uma das violações mais frequentes nestes regimes é a prática do desaparecimento de pessoas, “ainda que esta prática possua um caráter mais ou menos universal, na América Latina tem apresentado, nos últimos anos uma excepcional intensidade”³⁰⁶. A atuação pífia das autoridades e da jurisdição interna dos Estados, incapazes de evitar ou apresentar uma solução adequada, no sentido de julgar os responsáveis por tais atos hediondos, compele as vítimas ou seus familiares a recorrerem à proteção supletiva e complementar do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que tem na Corte seu órgão soberano. Essa é a razão pela qual foi possível a Corte perfilar uma interpretação aprofundada do art. 5º da Convenção.

³⁰⁶CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentença de 29/07/88, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1988, p. 68.

A gravidade da violação deste dispositivo acentua-se porque as decisões, nestes casos, não propiciam a restitutio in integrum do direito, considerando que a integridade pessoal uma vez violada não se restabelece. Além disso, do exame dos casos julgados pela Corte fica evidenciado um concurso material de transgressões aos Direitos Humanos, em uma progressividade delituosa cruel, praticada pe los Governos. A partir da prisão arbitrária, o indivíduo é colocado em situação de incomunicabilidade e isolamento, quase sempre é submetido a torturas e, por fim, com vistas a apagar os vestígios da barbaridade praticada e assegurar a impunidade dos agentes, há a execução e ocultação do cadáver.

Por essas razões, as decisões têm natureza indenizatória; o Estado é condenado à devida reparação pecuniária, por força do art. 63.1 da Convenção.

O onus probandi recai sobre os Estados, pois, de acordo com argumentação desenvolvida pela Comissão e recepcionada pela jurisprudência da Corte:

“uma política de desapareções, patrocinada ou tolerada pelo Governo, tem como verdadeiro propósito o acobertamento ou a destruição da prova relativa às desapareções dos indivíduos vítimas desta política. Quando se prova a existência dessa prática ou política [Estatal] é possível

demonstrar através de prova circunstancial ou indireta, ou de ambas, ou de inferências lógicas pertinentes demonstrar a desapareição de um indivíduo concreto, pela vinculação que esta última tem com a prática geral. (...) A Corte não pode ignorar a gravidade especial que tem a imputação a um Estado-parte na Convenção da responsabilidade de ter executado ou tolerado em seu território uma rotina de desapareições. Isso obriga a Corte a aplicar uma valoração da prova que tenha em conta essa responsabilidade do Estado capaz de criar a convicção da verdade dos fatos alegados.”³⁰⁷

“Como este Tribunal tem se expressado reiteradamente, em casos de desapareição forçada a defesa do Estado não pode repousar na impossibilidade do demandante agregar prova ao processo, dado que, nestes casos, é o Estado quem detém o controle dos meios para aclarar os fatos ocorridos sob sua jurisdição e portanto, o demandante é, na prática,

³⁰⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentença, de 29/07/88, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1988, p. 61-62.

dependente da cooperação do próprio Estado para a obtenção das provas necessárias.”³⁰⁸

Sobre o mérito, a Corte, ao longo de sua experiência, consolidou uma interpretação sistêmica sobre o ‘Direito à integridade pessoal’ tutelado no dispositivo em estudo, conforme se descreve a seguir:

- 1- Admite-se a possibilidade da incomunicabilidade da pessoa detida por um prazo razoável, desde que determinada como medida excepcional, pois o isolamento do mundo exterior produz em toda pessoa sofrimentos morais e perturbações psíquicas, colocando-a numa situação de particular vulnerabilidade, além de acrescentar o risco de agressão e arbitrariedade nos cárceres.
- 2- É dever do Estado garantir o direito à vida e à integridade pessoal das pessoas detidas, em condições dignas.
- 3- A prisão ilegal agrava a situação de vulnerabilidade, aumentando a probabilidade de que outros direitos, tais como a integridade física e o de ser tratado com dignidade sejam violados.
- 4- Constituem tratamentos cruel, desumano e degradante a incomunicabilidade desnecessária, a exibição pública nos meios de comunicação com traje infamante, o isolamento em cela reduzida, sem ventilação nem luz natural, as restrições ao regime de visitas.

³⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Bámaca Velásquez, sentença, de 25/11/2000, Serie C: Resoluciones e sentencias, nº 70. São José da Costa Rica, 2001, p. 116.

5- A garantia da dignidade humana do preso é absoluta e independe da gravidade do fato por ele praticado, não admite derrogação nem mesmo em casos de um perigo público que ameace a vida da nação, como é o caso do terrorismo e do crime organizado

“todo uso da força que não seja estritamente necessário pelo próprio comportamento da pessoa detida constitui um atentado à dignidade humana [...]”

6- Tortura, nos termos da Convenção Interamericana específica define-se, como:

“ todo ato pelo qual são inflingidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação sobre uma pessoa de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. Não estarão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto

que não incluam a realização de atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo.”

7- Qualifica-se como tortura psicológica a simples ameaça, real e atual, de que irão ser cometidas algumas das condutas proibidas pelo artigo mencionado.

8- A infração do direito à integridade física e psíquica das pessoas tem diversas gradações, desde a tortura até qualquer outro tipo de vexames ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes cujas seqüelas físicas e psíquicas variam de intensidade segundo fatores endógenos e exógenos.

9- É degradante o tratamento dispensado ao detento que gera um sentimento de medo, ansiedade e inferioridade com o fim de humilhar, degradar e destruir a resistência física e moral da vítima³⁰⁹.

³⁰⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Peru, sentencia, de 30/05/99, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 291-292.

5 - PROIBIÇÃO DA ESCRAVIDÃO E DA SERVIDÃO

Artigo 6º

Proibição da escravidão e da servidão

§1. *Ninguém poderá ser submetido a escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.*

§2. *Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de proibir o cumprimento da dita pena, imposta por um juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso.*

§3. *Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo.*

§4. *Os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;*

§5. *Serviço militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daqueles;*

§6. *O serviço em casos de perigo ou de calamidade que ameacem a existência ou o bem-estar da comunidade;*

§7. O trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

“O senhor não é senão o proprietário de seu escravo, mas não lhe pertence; o escravo, pelo contrário, não somente é destinado ao uso do senhor, como também dele é parte. Isto basta para dar uma idéia da escravidão e para fazer conhecer esta condição.

O homem que, por natureza, não pertence a si mesmo, mas a um outro, é escravo por natureza; é uma posse e um instrumento para agir separadamente e sob as ordens de seu senhor.”

(ARISTÓTELES)

A Organização Internacional do Trabalho define a escravidão por dívida, da seguinte maneira:

“A escravidão por dívida, ou seja, a situação ou condição decorrente do empenho, por parte do devedor, dos seus serviços pessoais ou dos serviços de pessoas sob seu controle como garantia para uma dívida, se o valor desses serviços, razoavelmente avaliado não for aplicado à

liquidação da dívida, ou se a duração e a natureza desses serviços não forem respectivamente, limitadas e definidas.”

Por sua vez, para a OIT, trabalho forçado é

“todo trabalho ou serviço exigido sob ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.”

Diante do contexto normativo, observa-se que o direito ao trabalho encerra o exercício de uma liberdade positiva, a de escolher o ofício ou a profissão, que não sejam ilícitos, ou uma liberdade negativa, que proíbe a submissão de outrem ao trabalho obrigatório.

Há, no continente americano, um compromisso assumido pelos Estados em direção à realização da justiça social, reconhecendo -se no trabalho um direito e um dever social, que devem conferir ao trabalhador uma existência digna durante e após os anos de atividade, nos termos da Carta da OEA.

Por essa razão, o direito ao trabalho é considerado um direito humano fundamental, na medida em que propicia ao indivíduo os meios para uma existência digna, e conta com ampla proteção do Direito Internacional.

O direito ao trabalho é assegurado pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, no seu art. XIV, nos termos seguintes:

Artigo XIV – Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes.

Toda pessoa que trabalha tem o direito de receber uma remuneração que, em relação à sua capacidade de trabalho e habilidade, lhe garanta um nível de vida conveniente para si mesma e para sua família.

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, reafirmando-o, assegura, no seu art. 6º, o Direito ao Trabalho, “que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita.”

A Convenção Americana de Direitos Humanos assegura o direito do indivíduo a não ser submetido a escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

Admite-se, em determinadas legislações, que, a título de sanção penal, o condenado seja submetido a trabalhos forçados, desde que não afete a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso.

Excepcionam, ainda, a vedação do trabalho forçado as seguintes hipóteses:

“- os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;

- serviço militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daqueles;

- o serviço em casos de perigo ou de calamidade que ameacem a existência ou o bem-estar da comunidade;

- o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.”³¹⁰

Até o momento, não houve nenhum julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos relativos ao direito de não ser submetido à escravidão ou à servidão. Isso não significa, contudo a inocorrência de violências desta natureza no continente, inclusive no Brasil, conforme foi constatado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Relatório de Seguimento do Cumprimento das

³¹⁰ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Art. 6º.

Recomendações da CIDH constantes do Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil (1997) , aprovado em 13/04/2000.

6 - DIREITO À LIBERDADE

Artigo 7º

Direito à liberdade pessoal

§1. *Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.*

§2. *Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados Membros ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.*

§3. *Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.*

§4. *Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.*

§5. *Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.*

§6. *Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competentes, a fim de que decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Membros cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competentes, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso*

não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

§7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplente de obrigação alimentar.

O direito à liberdade pessoal, assegurado no art. 7º da Convenção, já foi detalhadamente interpretado pela jurisprudência da Corte, em razão das reiteradas práticas, nos Estados, de violação da liberdade das pessoas. Essa transgressão aos Direitos Humanos, ranço do autoritarismo que ainda se faz presente no continente, origina uma sucessão de violações subseqüentes, pois, a partir da detenção arbitrária, os direitos à vida e à integridade pessoal ficam iminentemente ameaçados.

A proteção à liberdade pessoal representa “tanto a proteção da liberdade física dos indivíduos como a segurança pessoal, em um contexto em que a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação dos detidos às formas mínimas de proteção legal.”³¹¹

A despeito das conseqüências nefastas advindas dos ilícitos praticados por delinqüentes, o direito à segurança, a ser provido pela atuação efetiva do Estado, não pode ser colocado acima do direito e da

³¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Bámaca Velásquez, sentença, de 25/11/2000, Serie C: Resoluciones e sentencias, nº 70. São José da Costa Rica, 2001, p. 116.

moral, a ponto de lhe permitir utilizar-se de quaisquer meios que entender necessários para alcançar seus fins, pois nenhuma atividade estatal pode ser empreendida com desprezo à dignidade humana.

A detenção arbitrária viola frontalmente o disposto no art. 7.5, que assegura ao detido ser conduzido, sem demora, à presença do juiz. A expressão ‘sem demora’ empregada no texto convencional constitui uma cláusula de conteúdo aberto, a ser preenchida pelo intérprete. No exercício deste mister, a Corte julgou excessivo o prazo de 15 dias, prorrogável por igual período, previsto em lei, sem que o detido seja conduzido à presença do juiz.³¹²

A possibilidade de privação da liberdade do indivíduo é regida pelo ordenamento jurídico interno. Há, contudo, diante do caso concreto, a possibilidade de controle da legislação nacional a fim de verificar sua adequação à Convenção, como ocorreu no caso acima mencionado, mesmo em estado de exceção, porquanto “as limitações que se impõem à atuação do Estado respondem à necessidade genérica de que em todo estado de exceção subsistam meios idôneos para o controle das disposições determinadas, a fim de que elas se adaptem razoavelmente às

³¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Peru, Sentencia, de 30/05/99, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 267.

necessidades da situação e não excedam os limites estritos impostos pela Convenção ou que sejam dela derivados.”³¹³

“Por outra parte deve-se advertir que aqueles ordenamentos constitucionais e legais dos Estados-partes que autorizem, explícita ou implicitamente, a suspensão dos procedimentos de habeas corpus ou de amparo em situações de emergência, devem ser considerados incompatíveis com as obrigações internacionais que a estes Estados impõe a Convenção.”³¹⁴

A Corte, portanto, pode apreciar a compatibilidade do ordenamento jurídico interno com disposições da Convenção, pois não basta apenas a existência de lei para retirar a arbitrariedade do ato privativo da liberdade, pois este se sujeita aos princípios da razoabilidade, previsibilidade e proporcionalidade.

A legitimidade da prisão condiciona-se, segundo pronunciamento da Corte, à observância do aspecto material de ninguém poder ser privado da liberdade pessoal senão pelas causas, fatos ou circunstâncias expressamente tipificadas na lei e pelo aspecto formal, pois, além daquele, exige-se estrita observância aos procedimentos

³¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Peru, Sentencia, de 30/05/99, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 267.

³¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-8/87, de 30/01/87, El habeas corpus bajo suspensión de garantías, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1987, p. 25.

objetivamente definidos, de modo que “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento por causas e métodos - ainda que qualificados como legais – que possam reputar-se como incompatíveis com o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, por serem, entre outras coisas, imoderado, imprevisível ou desprovidos de proporcionalidade.”³¹⁵

A respeito do art. 7.6, há pronunciamento da Corte no sentido de inadmitir a suspensão das garantias à liberdade individual, pois “o conceito de direitos e liberdades e, por decorrência, o de suas garantias, é inseparável do sistema de valores e princípios que o inspira. Em uma sociedade democrática, os direitos e liberdades inerentes à pessoa, suas garantias e o Estado de Direito constituem uma tríade, cada um destes componentes se define e adquire sentido em função dos outros.”³¹⁶

A Corte estabeleceu a inafastabilidade destas garantias, mesmo em casos de extrema gravidade, como guerras ou situações que comprometam a segurança estatal, sob o fundamento de que “as garantias devem ser não só indispensáveis mas judiciais. Esta expressão não pode referir-se senão a meios judiciais idôneos para a proteção de tais direitos, o que implica a intervenção de um órgão judicial independente e imparcial,

³¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gangaram vs. Suriname, Sentencia, de 21/01/94, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1994, p. 33.

³¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-8/87, de 30/01/87, El habeas corpus bajo suspensión de garantías, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1987, p. 25

apto para determinar a legalidade das providências que se cumram dentro do estado de exceção.”³¹⁷

A prisão civil, com vistas a proteger o direito à vida do alimentando, é admissível apenas em uma situação: nos casos de mandados expedidos pela autoridade judiciária competente em virtude de inadimplemento inescusável de obrigação alimentar ³¹⁸.

³¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-8/87, de 30/01/87, El habeas corpus bajo suspensión de garantías. Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1987, p. 25

³¹⁸ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que ainda admite a prisão do depositário infiel, consolidada no julgamento do HC nº 72.131, por ser manifestamente contrária à disposição do Pacto de São José, pode implicar em responsabilidade do Estado brasileiro, por violação ao art. 1.1 c/c o art. 7.6. O Novo Código Civil ao manter a prisão do depositário infiel afronta diretamente o Pacto de São José.

7 - GARANTIAS JUDICIAIS

Artigo 8º

Garantias judiciais

§1. Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

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

§3. Direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal.

§4. Comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada.

§5. Concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa.

§6. Direito ao acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.

§7. Direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.

§8. *Direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.*

§9. *Direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.*

§10. *Direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.*

§11. *A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.*

§12. *O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.*

§13. *O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.*

O processo como procedimento realizado em contraditório³¹⁹ é o instrumento de garantia da democracia, ao criar, assegurar, ampliar e efetivar direitos. É através do devido processo legal que se determinam o conteúdo e o alcance dos direitos humanos, unifica-se a interpretação da Convenção Americana e concretizam-se os direitos nela declarados.

No processo reside a garantia da democracia, conforme nos ensina FAZALLARI:

³¹⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. AIDE: Rio de Janeiro, 1992.

“Si tratta, dunque non di meri procedimenti, bensì di processi. Qui il processo conferma, se mai ve ne sia bisogno, la sua essenza di struttura privilegiata per la gestione democratica di attività fondamentali; e dunque, di strumento per la salvaguardia delle libertà.”³²⁰

A democracia funda-se no ordenamento jurídico justo, o que acontecerá na medida em que as normas consagrarem a máxima liberdade de cada um dos indivíduos, sem sacrificar a liberdade dos outros. É o que nos ensina CARNELUTTI:

“O direito é a pessoa: não quer dizer outra coisa, senão o que a liberdade é o meio proporcionado ao homem para desenvolver o indivíduo enquanto pessoa; e o direito serve precisamente para garantir, com observância da ordem, esse desenvolvimento.”³²¹

Na democracia, pontifica GONÇALVES, “o conflito é acolhido e reconhecido, abre-se espaço para que ele se manifeste, e, do jogo do contraditório, formam-se as decisões que interferem nos direitos individuais e coletivos na vida da sociedade.”³²²

³²⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. AIDE: Rio de Janeiro, 1992., p. 118.

³²¹ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho e Proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 12.

³²² GONÇALVES. Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. AIDE: Rio de Janeiro, 1992., p. 184.

“É por esse ângulo que se pode entender que o princípio do contraditório integra a vida social e se realiza plenamente na sociedade, o que torna o seu desenvolvimento um verdadeiro processo, quando suas questões são resolvidas com a verdadeira participação de um povo livre. Nem por outro motivo o modelo renovado de processo, do Direito Processual, como apontou FAZZALARI, conforme já referido, tem se expandido para os setores das deliberações privadas, porque nenhum outro se mostrou mais adequado para a salvaguarda das liberdades.”³²³

“Essa finalidade permite que as partes recebam uma sentença, não construída unilateralmente pela clarividência do juiz, não dependente dos princípios ideológicos do juiz, não condicionada pela magnanimidade de um fenômeno Magnaud, mas gerada na liberdade de sua participação recíproca, e pelo recíproco controle dos atos do processo.

A finalidade do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, na preparação de um provimento que irá produzir efeitos na universalidade dos direitos de seu destinatário, é a preparação participada da sentença.

Os resultados dela não são desprezíveis. Por ela os homens e a sociedade, dotados de liberdade e de dignidade, poderão saber que têm um direito assegurado, que não são condenados e não têm seus supostos

³²³ GONÇALVES Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. AIDE: Rio de Janeiro, 1992., p.187.

direitos rejeitados em nome de qualquer outro nome, a não ser em nome do Direito, do Direito que a própria sociedade formulou e do Direito cuja existência foi por ela consentida.”³²⁴

A Teoria do Processo de GONÇALVES harmoniza-se perfeitamente com a concepção adotada na Corte Interamericana de Direitos Humanos, para quem o processo justo constitui-se em instrumento de salvaguarda da dignidade humana.

O art. 8º da Convenção garante o direito a um processo justo e o reconhece como algo inerente ao princípio da inviolabilidade da dignidade humana. A garantia do devido processo legal estabelece regras procedimentais para, na maior medida possível, proporcionar a solução mais adequada de uma controvérsia que envolve bens jurídicos consideráveis, até mesmo a vida, naqueles países que ainda admitem a pena capital.

A jurisprudência da Corte sobre a matéria concebeu uma verdadeira teoria geral do devido processo legal, moderna e sintonizada com os valores da dignidade humana e da democracia.

Processo, conforme o entendimento da Corte, significa, na verdade, ‘devido processo legal’, que tem no contraditório elemento essencial.

³²⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. AIDE: Rio de Janeiro, 1992., p. 187.

“Na opinião desta Corte, para que exista ‘devido processo legal’ é preciso que uma parte possa fazer valer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com as ou tras partes. (...)”

Para alcançar seus objetivos, o processo deve reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real daqueles que são levados diante da justiça. É assim que se atende ao princípio da igualdade ante a lei e os tribunais e a correlativa proibição de discriminação. A presença de condições de desigualdade real obriga a adotar medidas de compensação que contribuam a reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impeçam ou reduzam a defesa eficaz dos próprios interesses. Se não existirem esses meios de compensação, amplamente reconhecidos em diversas vertentes do procedimento, dificilmente se poderia dizer que aqueles que se encontram em condições de desvantagem desfrutam de um verdadeiro acesso à justiça e se beneficiam do devido processo legal em condições de igualdade com aqueles que não padecem dessas desvantagens”³²⁵

³²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-16/99, de 01/10/99, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Serie A: fallos e opiniones, nº 16, São José da Costa Rica, 2000, p. 110-111.

O processo não pode ser compreendido como mero instrumento, ainda que se alcance um resultado presumivelmente justo, pois há muito está superada a idéia maquiavélica de que ‘os fins justificam os meios’. O fenômeno atual é exatamente oposto, ou seja, ‘a legitimidade dos meios justifica o fim alcançado’. Deve-se compreender, portanto, que:

“Todo processo está integrado por atos jurídicos que guardam entre si relação cronológica, lógica e teleológica. Uns são suporte ou pressuposto dos outros e todos se ordenam a um fim supremo e comum: a solução da controvérsia por meio de uma sentença. Os atos processuais correspondem ao gênero dos atos jurídicos, e, por isso, encontram-se sujeitos às regras que determinam a formação e os efeitos daqueles. Portanto, cada ato deve ajustar-se às normas que presidem sua criação e lhe conferem valor jurídico, pressuposto para que produza efeitos desse caráter. Se isso não ocorre, o ato carecerá de validade e não produzirá efeitos jurídicos. A validade de cada um dos atos jurídicos influi sobre a validade do conjunto, posto que cada um dos atos jurídicos influi sobre a validade do conjunto, porque cada ato encontra-se sustentado no outro precedente e é, a seu turno, sustentáculo dos demais. A culminância dessa

seqüência de atos é a sentença, que dirime a controvérsia e estabelece a verdade legal, com autoridade de coisa julgada. Se os atos que dão sustentação à sentença estão afetados por vícios graves, que privam-nos da eficácia que deveriam ter em condições normais, a sentença não subsistirá. Carecerá do necessário suporte: um processo realizado conforme o Direito. É bem conhecida a figura da “reposição do procedimento”, que acarreta a invalidação de diversos atos e a repetição dos subseqüentes a partir daquele em que se verificou a violação que determinou a invalidação. A validade do processo é condição da validade da sentença.”³²⁶

Desta maneira, na presença do devido processo legal, a sentença terá legitimidade, mesmo na eventualidade de uma equivocada apreciação dos fatos à luz do ordenamento jurídico. Entretanto, a sentença, ainda que salomônica, não terá eficácia, carecerá de validade e legitimidade, caso proferida em processo injusto, onde foi inobservada a fórmula do devido processo legal.

³²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Peru, Sentencia, de 30/05/99, in, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 298-299.

“A Corte observa a respeito que quando um processo se realiza em contravenção da lei, também devem considerar-se ilegais as conseqüências jurídicas que se pretenda derivar daquele.”³²⁷

O devido processo legal existe para salvaguardar os direitos das pessoas em quaisquer circunstâncias e, por essa razão, é uma garantia absoluta, inafastável, mesmo em situações de extrema gravidade, onde a segurança do próprio Estado esteja em risco.

O art. 8.1 assegura a toda pessoa em processos de qualquer natureza, penal ou não, “o direito de 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”.

Neste dispositivo consagra-se o prazo razoável de duração do processo e a garantia do juiz natural.

O direito a um processo dentro de um prazo razoável significa assegurar o seu desenvolvimento regular, pois dilações ou procrastinações indevidas, que retardam o julgamento definitivo do processo, representam denegação de justiça e, por óbvio, violação a esse dispositivo.

³²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Ivcher Bronstein, sentença de 06/02/2001, Serie C nº 74, http://www.corteidh.or.cr/serie_c/Serie_c_74_esp.doc, consultado em 16/10/2001

Em relação à garantia ao juiz natural, constitui direito da pessoa encontrar um juiz investido na função jurisdicional em conformidade com as regras constitucionalmente postas, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, competente para processar e julgar as demandas que lhe forem submetidas. Este princípio significa, também, a vedação da criação de tribunais de exceção, cujo significado consiste em proibir o Estado de criar “tribunais que não apliquem normas processuais devidamente estabelecidas para substituir à jurisdição que corresponda normalmente aos tribunais ordinários.”³²⁸

A jurisprudência da Corte reconhece como violada esta garantia quando há a submissão de civis a julgamento perante a justiça militar.³²⁹

Tratando-se de processo penal, a essas garantias agregam-se aquelas estabelecidas no art. 8.2, que constituem as garantias mínimas para formação do que pode denominar-se devido processo penal. Isto não vai representar, contudo, que processos não penais não estejam revestidos de garantias, mas dentro de um aspecto particular, no qual cada ordenamento

³²⁸ Principios Básicos Relativos à Independência do Judiciário, adotadas pelo Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente celebrado em Milão, 26.08 a 06.09 de 1985, confirmado pela Assembléia Geral em suas resoluções 40/32, de 29 de novembro de 1985 e 40/146 de 13 de dezembro de 1985, *In*, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Peru, Sentencia, de 30/05/99, *in*, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 273.

³²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Peru, Sentencia, de 30/05/99, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 299.

interno sopesará os fundamentos necessários à caracterização do devido processo.

A presunção de inocência significa que “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”³³⁰

A concretização do princípio da presunção de inocência, na prática, vai representar o seguinte: a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelecer a lei processual; b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar a sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa.

Nos termos do art. 8.2, o acusado tem direito de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.

A possibilidade do exercício da própria defesa está condicionado a permissivo previsto na legislação interna. Quando o acusado não puder ou não quiser fazer sua defesa pessoalmente, tem direito de escolher, livremente, um defensor. Não ocorrendo nenhuma destas

³³⁰ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Art. 8.2.

situações, não se defende e não nomeia defensor dentro do prazo estabelecido por lei, o Estado tem, nos termos do art. 8.2, o dever de lhe proporcionar um defensor, que será remunerado ou não segundo o direito interno.

A permissão legal para o acusado defender-se pode representar uma ruptura do devido processo legal, se não houver uma defesa efetiva, real, uma vez que, na definição de processo empregada pela Corte, a ausência do contraditório implica em violação do devido processo legal (supra).

O direito de recorrer a um juiz ou tribunal superior, previsto no art. 8.2, não se contenta com a mera existência de um órgão competente para julgar os recursos. “Para que haja uma verdadeira revisão da sentença, no sentido requerido pela Convenção, é preciso que o tribunal superior reúna as características jurisdicionais que o legitimam para conhecer do caso concreto. Convém sublinhar que o processo penal é um só através de suas diversas etapas, tanto a correspondente à primeira instância como as relativas a instâncias ulteriores. Em consequência, o conceito de juiz natural e o princípio do devido processo legal se projetam sobre as diversas instâncias processuais.”³³¹

³³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Peru, Sentencia, de 30/05/99, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 283.

A Corte, na OC nº 16/99, *O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal*, deixou assentado que o devido processo legal é um conceito dinâmico, que incorpora novos direitos processuais. Diante dessa afirmação, concluiu que a informação, ao estrangeiro preso, da assistência consular constitui um direito que integra o devido processo legal, cuja inobservância conduz à violação de direitos humanos. Em se tratando de crimes punidos com pena de morte, negar a assistência consular “constitui uma violação do direito a não ser privado da vida ‘arbitrariamente’”.³³²

³³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-16/99, de 01/10/99, de 01/10/99, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Serie A: fallos e opiniones, nº 16, São José da Costa Rica, 2000, p.118.

8- PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA ANTERIORIDADE PENAL

Artigo 9º

Princípio da legalidade e da retroatividade

Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se.

O art. 9º da Convenção consagra o princípio da legalidade e da anterioridade da lei penal, que se traduz na reserva absoluta da lei. Essa garantia, essencial à pessoa, lhe confere segurança, por se encontrarem estabelecidos na lei os limites de sua liberdade.

Nas democracias, o direito concernente à liberdade de locomoção de qualquer um do povo só pode ser legitimamente cerceado pela vontade dos representantes eleitos especificamente para o exercício normal do poder de legislar. Violar essa garantia significa a possibilidade concreta de dano irreparável ao direito maior da liberdade individual, pondo em risco o próprio regime democrático.

A Convenção neste dispositivo não assegura apenas a impossibilidade de condenar alguém por fato que não esteja anteriormente definido em lei como crime, por isso, estabelece a Corte que

“na elaboração dos tipos penais é preciso utilizar termos estritos e unívocos, que definam claramente as condutas puníveis, dando pleno sentido ao princípio da legalidade penal. Isso implica em uma clara definição da conduta incriminada, que fixa seus elementos e permite distingui-la de comportamentos não puníveis ou condutas ilícitas sancionáveis com medidas não penais. A ambiguidade na formulação dos tipos penais gera dúvidas e abre campo ao arbítrio da autoridade, particularmente indesejável quando se trata de estabelecer a responsabilidade penal dos indivíduos e sancioná-la com penas que afetam severamente bens fundamentais, como a vida ou a liberdade.”³³³

O princípio da legalidade é fundamental para propiciar ao indivíduo segurança jurídica e para que seus direitos tenham existência plena e concreta.

Esse princípio, para não se constituir em uma mera formalidade, necessita de instrumentos de garantia que representem um “controle adequado do exercício das competências dos órgãos estatais.”³³⁴

³³³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Peru, Sentencia, de 30/05/99, *in*, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1999, p. 269.

³³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-6/86, de 09/05/86, *in*, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1986, p. 19

Assevera, ainda, o Juiz TRINDADE que “o princípio da legalidade requer o fiel cumprimento dos preceitos convencionais e a adequação das leis nacionais aos mesmos.”³³⁵

³³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Genie Lacayo*, Solicitud de revisión de la sentencia de 29 de enero de 1997, resolución de 13.09.97, Serie C: Resoluciones y sentencias n° 45. São José da Costa Rica, 1998, p. 22

9 - DIREITO À INDENIZAÇÃO

Artigo 10

Direito à indenização.

Toda pessoa tem direito a ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença transitada em julgado, por erro judiciário.

O processo penal reveste-se de todas as garantias necessárias para prevenir a possibilidade de condenar-se o inocente, dentre elas o princípio da presunção de inocência.

Dentre estas garantias, desponta o princípio da presunção de inocência, pelo qual presume-se inocente o acusado até prova em contrário. Compete ao acusador demonstrar a responsabilidade criminal do acusado.

Conseqüência da aplicação deste princípio é o corolário in dubio pro reo, que constitui um dos pilares do direito penal. A condenação criminal de uma pessoa só tem cabimento em situações estremes de dúvidas. O mais tênue questionamento deve, necessariamente, conduzir à absolvição.

Acontece que o ato de julgar, como toda obra humana, não é infalível e nem sempre a justiça é alcançada. O erro é um risco constante nos julgamentos, sempre havendo possibilidade de interpretação equivocada dos fatos em face do direito, incorrendo na

possibilidade de impor-se uma condenação indevida. Essa circunstância caracteriza o erro judiciário, isto é, caso o julgamento se fizesse em harmonia com o conjunto probatório, a decisão seria diferente.

Por essa razão, o art. 10 da Convenção estabelece que toda pessoa tem direito a ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença transitada em julgado, por erro judiciário.

O erro se caracteriza quando a sentença criminal é injusta, por haver contradição entre o que foi decidido e a prova dos autos.

A interpretação a ser atribuída a esse dispositivo vai além da sua literalidade, para abranger, também situações em que o indivíduo é detido sem qualquer motivo e, posteriormente, vem a ser absolvido. Em casos tais, dúvidas não restam quanto à responsabilidade do Estado, equiparável à prisão decorrente de erro judiciário.

Essa interpretação harmoniza-se com o sistema de liberdades consagrado na Convenção. O art. 7.2 admite, nos termos da legislação interna, a privação da liberdade do indivíduo antes de sentença penal condenatória transitada em julgado, desde que observado, ainda, o princípio da razoabilidade. "Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento por causas e métodos - ainda que qualificados como legais - que possam reputar-se como incompatíveis com o respeito aos direitos

fundamentais do indivíduo, por ser, entre outras coisas, imoderado, imprevisível ou desproporcional.”³³⁶, decidiu a Corte.

Assim, desde que não atendidos tais pressupostos, a prisão processual pode gerar, com fundamento no art. 10 da Convenção, o dever de indenizar.

Esse entendimento não traz nenhum comprometimento para a manutenção, por parte do Estado, da ordem pública, pois não se lhe exige leniência para com os delinqüentes, mas apenas exige-se que o poder de polícia seja exercido em observância aos limites intransponíveis do respeito à dignidade humana. Assim, a prisão processual, regularmente decretada, tem respaldo na Convenção, ainda que sobrevenha a absolvição do acusado.

O Estado assume a responsabilidade do erro judiciário, que tem dimensões diversas, de acordo com a natureza da sentença, absolutória ou condenatória. Essa distinção se faz necessária, de acordo com as palavras celebrizadas por MALATESTA:

“O direito da sociedade só se afirma racionalmente como direito de punir o verdadeiro réu; e para o espírito humano só é verdadeiro o que é certo; por isso

³³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gangaram vs. Suriname, Sentencia, de 21/01/94, *in*, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1994, p. 33.

absolvendo em caso de dúvida razoável, presta-se homenagem ao direito do acusado, e não se oprime o da sociedade. A pena que atingisse um inocente perturbaria a tranqüilidade social, mais do que teria abalado o crime que se pretendesse punir; porquanto todos se sentiriam na possibilidade de serem, por sua vez, vítima de um erro judiciário. Lançai na consciência social a dúvida, por pequena que seja, da aberração da pena, e esta não será mais a segurança dos honestos, mas a grande perturbadora daquela tranqüilidade para cujo restabelecimento foi constituída; não será mais a defensora do direito e sim a força insana que pode, por sua vez, esmagar o direito indébil.”³³⁷

Desta maneira, havendo absolvição, ainda que do verdadeiro culpado, cerram-se as oportunidades de reparação do erro. A absolvição criminal é definitiva e irreversível; trata-se da garantia do *ne bis in idem*, estabelecido no art. 8.4 da Convenção, que dispõe de forma clara: “o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.”

³³⁷ Malatesta - "Lógica das Provas"- Ed. Saraiva - págs 14/15

Diversa é a situação de uma sentença condenatória fundada em erro. A impossibilidade da restitutio in integrum nestes casos é indiscutível, pois a violação arbitrária da liberdade, em razão de uma sentença injusta, é um dano de natureza irreversível. Contudo, a violação do direito fundamental da pessoa humana à liberdade não pode ficar impune, por comprometer a segurança jurídica e desvirtuar o Estado Democrático. Por essa razão, outra alternativa não foi deixada senão a estipulação de que o erro judiciário será indenizado.

10 – PROTEÇÃO DA HONRA E DA DIGNIDADE

Artigo 11

Proteção da honra e da dignidade

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

§2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

§3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

A honra e a dignidade humana são atributos inerentes à personalidade. A honra é um atributo personalíssimo, caracterizado pela imagem que cada um tem de si mesmo e ligado à sua própria existência e que pode vir a ser atingida na sua relação com terceiros. O respeito à dignidade implica no reconhecimento da existência de uma esfera de individualidade a ser preservada.

“O direito à intimidade é hoje considerado parte integrante dos direitos da personalidade. Tutela o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de

terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada.”³³⁸

Trata-se de uma norma de eficácia erga omnes oponível em face do Estado e de particulares.

Entretanto, há de se reconhecer que esse indivíduo se encontra inserido na sociedade e essa inviolabilidade da intimidade individual não pode constituir-se em barreira intransponível, por haver situações em que o interesse público sobressai, justificando, nesses casos, a limitação do direito individual em prol da coletividade.

A possibilidade de intromissão na esfera individual está condicionada a hipóteses estabelecidas legislativamente, de forma razoável, para que a liberdade individual não se veja suprimida. Estas normas devem ser interpretadas restritivamente, com vistas a preservar a essência destes direitos e da própria Democracia.

Além disso, apenas o Estado está legitimado a interferir na esfera privada do indivíduo. A admitir, por absurdo, a existência de lei que preveja diretamente a ingerência privada na intimidade alheia, tal norma mostrar-se-ia incompatível com a Convenção, em face da sua abusividade.

Ultrapassados os limites normativos, haverá uma ingerência arbitrária ou abusiva que implicará, na responsabilidade civil, danos morais

³³⁸ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 239.

e até criminais, de acordo com as normas estabelecidas no ordenamento jurídico interno.

A Corte deliberou que “um processo judicial não constitui, por si só, uma afetação ilegítima da honra ou dignidade da pessoa. O processo objetiva resolver uma controvérsia, ainda que dele possam acarretar, indiretamente, alguns danos para aqueles que se encontram sujeitos a julgamento.”³³⁹

³³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Cesti Hurtado, sentença de 29/09/99, SerieC: Resoluciones e sentencias, nº 56. São José da Costa Rica, 2000, p.74.

11- LIBERDADE RELIGIOSA E LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

Artigo 12

Liberdade de consciência e de religião

§1. *Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.*

§2. *Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.*

§3. *A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.*

§4. *Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.*

Artigo 13

Liberdade de pensamento e de expressão

§1. *Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em*

forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

§2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

§3. O respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

§4. A proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

§5. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

§6. A lei pode submeter os espetáculos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

§7. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

O reconhecimento das liberdades fundamentais baseia-se no reconhecimento da racionalidade e autonomia do ser humano. A proteção

jurídica das liberdades individuais é a base do pluralismo inerente às sociedades democráticas, que se constituem de indivíduos essencialmente diferentes que comungam, também, de variadas convicções e crenças.

As liberdades da consciência, poderíamos nominar assim as liberdades religiosa e de manifestação do pensamento, conferem à pessoa a possibilidade de formar o seu juízo a respeito da realidade que a cerca e planejar a realização de suas aspirações a partir das suas convicções e crenças. Ademais, permitem-lhe desenvolver sua personalidade, propiciando-lhe participar da coletividade, não sendo passível de se restringir a autodeterminação espiritual e moral das pessoas.

A Carta de Privilégios da Pensilvânia, de 1701, outorgada pelo Rei Charles II, define a essência destes direitos:

“Nenhuma pessoa pode ser realmente feliz se no exercício de suas liberdades civis for privada de sua liberdade de consciência ou de religião ou confissão; e Deus Todo Poderoso é o único senhor da consciência, Pai de todas as idéias e do espírito, e Autor de todo conhecimento divino, fé e culto; que somente Deus ilumina as mentes, persuade e satisfaz o entendimento das pessoas; eu, pela presente, garanto e declaro que nenhuma pessoa ou pessoas, habitantes desta província ou destes territórios, que confessa a Deus,

uno, Todo Poderoso, Criador, Senhor e Governador do mundo e lhe mostra agradecimento, e que reconhece a obrigação de viver pacificamente sob o governo civil, será em nenhuma hipótese, molestada ou condenada por suas idéias; nem será obrigada a freqüentar ou praticar um culto religioso, assistir a uma reunião e obedecer a um sacerdote a não ser de acordo com sua consciência, ou a realizar ou padecer quaisquer outros atos ou fatos contrários a suas idéias religiosas.”

Essa definição para quem crê no Deus é perfeita, principalmente por fazer referência a Deus, transcendente, intocável, inatingível, porque, se o ser humano foi concebido à imagem e semelhança de Deus e se todo indivíduo é único, a sua idéia da divindade também é única e, por isso, deve ser respeitada a profissão de fé de cada um. Essas liberdades que integram o ser humano “são a pessoa mesma”, nas palavras de FABRIZ³⁴⁰, estão entranhadas nas consciências das pessoas e daí a razão de não poderem ser violadas.

Nos regimes não democráticos, o simples fato de sustentar e difundir determinada doutrina ou professar uma fé diversa da adotada pelo poder político é motivo suficiente para tipificar uma conduta. Essa postura

³⁴⁰ FABRIZ, Daury César. *Bioética e Direitos Fundamentais: A Bioconstituição como paradigma do Biodireito*. Belo Horizonte: UFMG, Tese de Doutorado.

estatal contraria o valor da dignidade humana pois o fato de sustentar e difundir, por si só, uma idéia jamais pode representar motivo para mandar alguém para a prisão.

Apesar de repudiadas, jurídica e moralmente, lamentavelmente, ainda temos de conviver no nosso continente com tais práticas. Em Cuba, há na Constituição disposições restritivas à liberdade religiosa e à liberdade de manifestação do pensamento e de imprensa. O art. 61 da Constituição cubana constitui um fundamento normativo aniquilador das liberdades da pessoa humana:

“Art. 61- Ninguna de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida contra lo establecido en la Constitución y las leyes, ni contra la existencia y fines del Estado socialista, ni contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo. La infracción de este principio es punible.”

Quando se pune um indivíduo pelo que pensa ninguém está seguro.

Há jurisprudência da Corte interpretando o significado e alcance dos dispositivos ora estudados, através da OC nº 5/85 e de um caso contencioso, cuja decisão é de grande repercussão, não só pelo seu

conteúdo, mas por permitir à Corte oportunidade de ratificar a supremacia das normas de Direitos Humanos.

A OC n° 5/85 trata da interpretação da liberdade de manifestação do pensamento e expressão a partir de consulta formulada pela Costa Rica a respeito de lei interna estabelecendo a obrigatoriedade da inscrição no conselho profissional respectivo para o exercício da profissão de jornalista.

No Caso A Última Tentação de Cristo³⁴¹, por determinação judicial, foi proibida a exibição do filme de mesmo título no Chile, tendo o caso então sido submetido a julgamento perante a Corte, que proferiu decisão interpretando o sentido dos artigos conjuntamente examinados.

Decisões desse caráter representam marcos históricos na afirmação das liberdades democráticas no continente americano; além de permitirem extrair dos seus fundamentos o correto alcance e significado dos dispositivos em questão.

Diante da perplexidade que o posicionamento da jurisdição chilena provocou, por ser inimaginável que, em um Estado que se intitula democrático, ainda se esteja vivendo sub censura, é adequado trazer a público os bizarros fundamentos do tribunal chileno:

³⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Última Tentación de Cristo*. Serie C: resoluciones y sentencias, 05/02/2001, http://www.corteidh.or.cr/serie_c/C_73_ESP.html#1, consultado em 10/12/2001.

“En el filme la imagen de Cristo es deformada y minimizada al máximo. De esta manera, el problema se plantea en si es posible, en aras de la libertad de expresión, deshacer las creencias serias de una gran cantidad de hombres. La Constitución busca proteger al hombre, a sus instituciones y a sus creencias pues estos son los elementos mas centrales de la convivencia y la pertenencia de los seres humanos en un mundo pluralista. Pluralismo no es enlodar y destruir las creencias de otros ya sean estos mayorías o minorías sino asumirlas como un aporte a la interacción de la sociedad en cuya base está el respeto a la esencia y al contexto de las ideas del otro.

Nadie duda que la grandeza de una nación se puede medir por el cuidado que ella otorga a los valores que le permitieron ser y crecer. Si estos se descuidan [o] se dejan manosear como se manosea y deforma la imagen de Cristo, la nación peligra pues los valores en que se sustenta se ignoran. Cuidar la necesidad de información o de expresión tiene una estrechísima relación con la veracidad de los hechos y por eso deja de ser información o expresión la deformación histórica de un hecho o de una persona. Por

esto es que los sentenciadores creen que el derecho de emitir opinión es el derecho a calificar una realidad pero nunca el deformarla haciéndola pasar por otra.”

(Corte de Apelaciones de Santiago, 20/01/97, confirmada pela Corte Suprema de Justicia de Chile, 17/06 1997)

Diante dessa violação flagrante à liberdade de manifestação do pensamento, a Corte no exercício da sua função de garantidora dos Direitos Humanos, condenou o Estado por violação à Convenção Americana.

Neste caso, a Corte reconhece que o direito à liberdade de consciência e religião "é um dos pilares da sociedade democrática. Em sua dimensão religiosa, constitui um elemento transcendental na proteção das convicções dos crentes e em sua forma de vida", porém, afastou a responsabilidade do Chile em relação ao art. 12 da Convenção, porque a proibição da exibição do filme "A Última Tentação de Cristo" não retirou o direito de qualquer pessoa conservar, mudar, professar ou divulgar, com absoluta liberdade, sua religião ou suas crenças.

A sentença da Corte não deixou de reconhecer, contudo, violação à liberdade de pensamento e expressão, que tem uma dimensão individual e outra social, "por um lado, representa um direito de cada indivíduo, de forma que ninguém pode ser arbitrariamente menoscabado ou

impedido de manifestar seu próprio pensamento; por outro lado, representa um direito coletivo a receber qualquer informação e a conhecer a expressão do pensamento alheio".

Reconheceu, ainda, a Corte que, por não adotar as medidas necessárias para pôr fim à censura prévia, o Estado violou, também, os arts. 1º e 2º da Convenção, pelo que o condenou a "modificar seu ordenamento jurídico interno, em um prazo razoável, com vista a suprimir a censura prévia para permitir a exibição do filme "A Última Tentação de Cristo", e encaminhar à Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentro de um prazo de seis meses a partir da notificação da presente Sentença, um informe sobre as medidas tomadas a esse respeito."³⁴². Dos fundamentos utilizados pela Corte nos dois casos mencionados, é possível a compreensão do significado da liberdade de manifestação do pensamento, como segue.

A liberdade de expressão e manifestação do pensamento, na dimensão individual, compreende de forma indivisível a expressão e a difusão do pensamento, "de modo que uma restrição das possibilidades de

³⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Última Tentación de Cristo*. Serie C: resoluciones y sentencias, 05/02/2001, http://www.corteidh.or.cr/serie_c/C_73_ESP.html#1, consultado em 10/12/2001.

divulgação representa diretamente, e na mesma medida, um limite ao direito de expressar-se livremente."³⁴³

Em sua dimensão social, essa liberdade, ao constituir-se em um meio de intercâmbio de idéias e informações entre as pessoas, "compreende seu direito de transmitir a outrem seus pontos de vista, mas também implica no direito de todas as pessoas conhecerem opiniões, relatos e notícias. Para o cidadão comum tem tanta importância o conhecimento da opinião alheia ou da informação de que dispõem outros como o direito a difundir a própria."

A Corte exerce a tutela integral da liberdade de expressão em toda a sua dimensão, por considerá-la "como pedra angular de uma sociedade democrática", "uma das condições primordiais para o seu progresso e para o desenvolvimento dos homens".

Em comparação com os demais instrumentos internacionais de proteção do direito em questão, a Convenção é a que tem uma disciplina mais arrojada na direção da sua proteção efetiva, restringindo ao mínimo necessário as possibilidades de limites à manifestação do pensamento.

A Convenção contempla hipótese única de censura prévia, para resguardar a moral das crianças e adolescentes, nos termos do seu art.

³⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Última Tentación de Cristo*. Serie C: resoluciones y sentencias, 05/02/2001, http://www.corteidh.or.cr/serie_c/C_73_ESP.html#1, consultado em 10/12/2001.

13.4.: "Em todos os demais casos, qualquer medida preventiva implica em menoscar a liberdade de pensamento e de expressão."³⁴⁴

Assim, a existência, como no Chile, de um sistema de censura prévia para a exibição e publicidade da produção cinematográfica viola o exercício dessas liberdades, pois, como dito, a Convenção não admite qualquer forma de censura prévia, além daquela mencionada.

O que é possível é a responsabilização ulterior do indivíduo que abusar da liberdade de expressão, por violar, nos termos do art. 13.2, 'a' e 'b', os seguintes bens jurídicos da coletividade:

- “a) o respeito aos direitos ou à reputação dos demais;
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou morais públicas.”

Com efeito, as restrições admissíveis à liberdade de expressão são apenas as que atendam aos pressupostos abaixo enumerados:

- a) a existência das condições de responsabilidade previamente estabelecidas;
- b) a definição expressa e taxativa destas condições na lei;
- c) a legitimidade dos fins motivadores das restrições;

³⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Última Tentación de Cristo*. Serie C: resoluciones y sentencias, 05/02/2001, http://www.corteidh.or.cr/serie_c/C_73_ESP.html#1, consultado em 10/12/2001.

d) que as condições estabelecidas sejam as necessárias para a realização dos fins.³⁴⁵

A liberdade de expressão encontra-se assegurada da forma mais ampla possível na Convenção, sendo ilegítimos e com ela conflitantes todos os atos do Estado tendentes a restringi-la sem observância destes requisitos, por meios diretos ou indiretos, “tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.”, conforme art. 13.3.

³⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-5/85, de 13/11/85, La colegiación obligatoria de periodistas, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1985, p.32.

12- DIREITO DE RETIFICAÇÃO OU RESPOSTA

Artigo 14

Direito de retificação ou resposta

§1. *Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo, por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.*

§2. *Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.*

§3. *Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial.*

O direito de retificação ou de resposta constitui limites à liberdade de expressão, pois, ainda que não se possa cercear, por meio de censura ou qualquer outro que o equivalha, a manifestação do pensamento, esta liberdade não pode ser absoluta.

O art. 14 da Convenção representa um meio de limitar eticamente a liberdade de manifestação do pensamento, consagrando um direito correlato àquele, através da única forma de se exercer o controle sobre a liberdade que é a posteriori. Não há outro controle admissível à manifestação do pensamento, senão o controle subsequente, que deve, contudo, ser efetivo para dispor que “toda pessoa, atingida por informações

inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo, por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta”, sem prejuízo de outras responsabilidades legais estabelecidas nos ordenamentos jurídicos internos.

Este dispositivo foi apreciado pela Corte através da OC nº 7/86³⁴⁶, tendo sido esclarecido que o art. 14.1 da Convenção reconhece o direito de retificação ou resposta internacionalmente exigível e que, de conformidade com o art. 1.1, os Estados-partes têm a obrigação de reconhecê-lo em sua ordem jurídica interna.

Como não se trata de restrição a direito, mas de mero reconhecimento, não se exige que se faça através de uma lei, *stricto sensu*, desde que a medida a ser adotada seja capaz de tornar efetivo o exercício deste direito por qualquer pessoa sob a jurisdição estatal.

³⁴⁶CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-7/86, de 29/08/86, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1986, p. 49/90.

13- DIREITO DE REUNIÃO

Artigo 15

Direito de reunião.

É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança ou ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

“O direito de reunião é uma manifestação coletiva da liberdade de expressão exercitada através de uma associação transitória, sendo concebido pela doutrina científica como um direito individual quanto a seus titulares e coletivo quanto ao seu exercício, cuja instrumentalidade é posta a serviço do intercâmbio ou exposição de idéias, a defesa de interesses ou a publicidade de problemas ou reivindicações, constituindo, portanto, um dos fundamentos do princípio democrático participativo, cujos elementos configuradores são, segundo a opinião dominante, o subjetivo – uma agrupação de pessoas; o temporal – de duração transitória; o finalístico – licitude da finalidade; e o real e objetivo – lugar da reunião.”³⁴⁷

³⁴⁷ LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1995, p. 220.

O art. 15 da Convenção reconhece o direito de reunião pacífica e sem armas. Qualquer restrição ao exercício deste direito deve ser feita mediante lei, no sentido formal, observando-se os princípios informadores de uma sociedade democrática, e apenas para proteger a segurança nacional, a segurança ou ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

14 – LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

Artigo 16

Liberdade de associação

§1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.

§2. O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

§3. O presente artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia.

Este dispositivo consagra a liberdade de associação. As pessoas podem associar-se para qualquer fim que desejarem, sujeitando-se apenas às restrições objetivas e subjetivas estabelecidas em lei. Essas restrições devem guardar absoluta sintonia com a concepção de uma sociedade democrática.

Materialmente, as restrições previstas em lei são as “necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança

nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.” Os indivíduos “voluntariamente associados não podem realizar atividades que correspondam ou estejam reservadas ao poder público, nem utilizar-se de meios não permitidos para lograr seus propósitos, nem para realizar atividades que estejam proibidas aos seres humanos individualmente considerados.”³⁴⁸

Subjetivamente, admite-se que os membros das forças armadas e da polícia tenham restrições específicas, que não se estendem ao conjunto da sociedade, em razão da função que exercem dentro do Estado, onde a hierarquia constitui o ponto central do equilíbrio destas instituições.

A liberdade associativa compreende, por outro lado, o direito a não se associar, de modo que ninguém pode ser compelido a associar-se ou manter-se associado.

Esse direito constitui um dos pilares do Estado democrático, por ser essencial para a formação dos partidos políticos, dos sindicatos, das sociedades científicas e culturais, e, de modo geral, daquelas associações que pretendam influir nos destinos da sociedade.

³⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinião Consultiva nº 5/85, La colegiación obligatoria de periodistas, voto em separado do Juiz Rafael Nieto Navia, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1985, p.53

O direito de associação distingue-se do direito de reunião sob o aspecto temporal; neste, a associação de indivíduos é provisória, enquanto as associações têm um caráter permanente.

A Corte, na OC nº 05/85, reconheceu a incompatibilidade de lei costariquenha que obrigava a inscrição dos jornalistas em órgão associativo criado pelo poder público como condição para o exercício profissional. Neste pronunciamento, apesar de a Corte reconhecer violação ao art. 13.2 (liberdade de manifestação do pensamento), pode-se estender, como o fez o Juiz RAFAEL NIETO NAVIA, a violação também ao art. 16 da Convenção, pois a lei cotejada “não se limitou a proteger o direito de associação, mas a fez obrigatória violando, desta maneira, a respectiva liberdade.”³⁴⁹

³⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva nº 5/85, La colegiación obligatoria de periodistas, voto em separado do Juiz Rafael Nieto Navia, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1985, p.53

15 – PROTEÇÃO DA FAMÍLIA

Artigo 17

Proteção da família

§1. *A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.*

§3. *É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.*

§3. *O casamento não pode ser celebrado sem o consentimento livre e pleno dos contraentes.*

§4. *Os Estados Membros devem adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, serão adotadas as disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.*

§5. *A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento, como aos nascidos dentro do casamento.*

A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade, nos termos do art. 17 da Convenção, gozando de proteção do Estado e da sociedade.

A família, célula mater da sociedade, não comporta uma compreensão tradicionalista e conservadora. Diante da evolução e da complexidade das relações interpessoais, a forma familiar tradicionalmente conhecida, formada a partir do matrimônio entre um homem e uma mulher, concorre com outras formas de constituição da entidade familiar.

A observação da realidade nos permite verificar que outras formas de união entre pessoas, diversas do matrimônio, também constituem entidades familiares, tais como as uniões entre pessoas do mesmo sexo ou as entidades familiares monoparentais. E não se pode negar a esses seres humanos o reconhecimento de pertencerem a uma família

As famílias não-matrimoniais obviamente são diferentes daquelas constituídas a partir do matrimônio, porquanto juridicamente distintas. Entretanto, essa diferenciação só pode ser admitida se observados os limites da não discriminação.

Esse entendimento decorre, sem maiores esforços, da interpretação sistemática das normas protetivas dos Direitos Humanos.

O art. VI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem dispõe que “toda pessoa tem direito a constituir família, elemento fundamental da sociedade e a receber proteção para ela.”

O art. 1º da Convenção, ao afirmar o princípio da igualdade, nega a possibilidade de alguém sofrer discriminação por ser diferente.

Por sua vez, dentre os métodos de interpretação estabelecidos no art. 29 da Convenção, consideram-se válidos apenas aqueles que “não admitem excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”

Decorre daí, a responsabilidade da coletividade, sociedade e Estado, no dever de proteger e assegurar meios de desenvolvimento também das famílias não originadas pelo matrimônio.

Além disso, o disposto no art. 17 afirma, no âmbito familiar, a igualdade entre os companheiros ou cônjuges, pondo a salvo os interesses dos filhos na hipótese de dissolução da entidade familiar, ao estabelecer que qualquer medida a eles relativa deve considerar, acima de tudo, a conveniência e interesse destes.

Por fim, o art. 17.3, põe termo a qualquer possibilidade de discriminação que porventura pudesse existir entre filhos havidos ou não na constância do casamento. Desta forma, não há mais qualquer diferença, no plano jurídico, entre os filhos, vedando-se qualquer medida discriminatória.

16- DIREITO AO NOME

Artigo 18

Direito ao nome.

Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.

O nome é a forma de identificação da pessoa, integra sua personalidade, conferindo-lhe individualidade ao distingui-la das demais pessoas. O nome identifica a pessoa, tanto materialmente, remetendo-nos a imagem física do indivíduo, quanto moralmente, associando-o ao conceito de dignidade pessoal que ele, titular do nome, tem de si mesmo, conjuntamente com a reputação de que goza perante a sociedade.

O nome é a expressão mais marcante da personalidade por individualizar a pessoa durante não só durante a sua existência, mas, também, após a sua morte.

Além disso, confere o sentimento de pertinência a um grupo familiar, permitindo à pessoa resgatar suas raízes genealógicas e aprofundar o autoconhecimento.

Daí, a importância de se consagrar o direito ao nome como intrínseco à personalidade.

17 – DIREITOS DA CRIANÇA

Artigo 19

Direitos da criança.

Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

A criança deve merecer proteção e cuidados especiais da sociedade e do Estado devido à sua falta de maturidade física e intelectual, nomeadamente de proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada em 1989 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, representou o renascimento jurídico da criança como sujeito, com a mesma dignidade e mais direitos do que os adultos. No seu Preâmbulo, há o reconhecimento de que “cabe preparar plenamente a criança para viver uma vida individual na sociedade, e ser educada no espírito dos ideais proclamados nas Cartas das Nações Unidas e, em particular, em um espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade.”

A mencionada Convenção sobre os Direitos da Criança enumera os direitos da criança que demandam proteção especial do Estado, reconhecendo que os interesses e direitos da criança são prioritários e superiores dentro do ordenamento jurídico, com vistas a proporcionar-lhe

dignidade humana e uma formação moral, espiritual e intelectual que lhe permita desenvolver-se como cidadã.

A Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece a presunção legal de que, para fins de proteção legal, todo ser humano menor de 18 anos é criança, a menos que a legislação nacional estabeleça outro momento para a maioridade. A Convenção Americana de Direitos Humanos, a seu turno, evitou estabelecer um limite temporal, estabelecendo como critério de distinção, a despeito de outras divisões científicas, a maioridade, fazendo constar do texto que “Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer”.

Desta maneira, criança, para fins de proteção especial de seus direitos, é a pessoa menor de dezoito anos que ainda não atingiu a maioridade e, portanto, carece de capacidade plena para gerir seus próprios interesses.

O zelo dispensado às crianças deve-se à sua vulnerabilidade diante da realidade, as quais, por estarem em formação, são desprovidas de auto-suficiência. Portanto, as medidas a serem adotadas terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.

À criança é assegurado o direito à vida em família, considerada como unidade fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros e, em particular, das

crianças. Somente é admissível a privação do convívio da criança com os pais por determinação da autoridade judiciária competente como medida necessária a preservar o interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, como, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus-tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e deve-se decidir a respeito da guarda, educação e local da residência da criança.

A responsabilidade pela formação e desenvolvimento da criança é dos pais. Todavia, subsiste o dever do Estado e da sociedade em propiciar, de forma diferenciada, meios de proteção efetivos aos direitos da criança, tais como acesso à educação, cultura, lazer, garantia das liberdades, da dignidade, além de protegê-la contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

18 – DIREITO À NACIONALIDADE

Artigo 20

Direito à nacionalidade

§1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.

§2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.

§3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade, nem do direito de mudá-la.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, na OC n° 4/84, respondendo a consulta formulada pela Costa Rica, interpretou pormenorizadamente o direito à nacionalidade, reconhecido no art. 20 da Convenção, destacando-se, a seguir, os principais aspectos.

- A nacionalidade é um estado natural do ser humano, fundamento de sua capacidade política e de parcela considerável de sua personalidade civil, razão pela qual é um direito humano tutelado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos;
- O art. 20 da Convenção confere ao direito à nacionalidade um duplo caráter: primeiro, “o direito a ter uma nacionalidade significa dotar o indivíduo de um amparo jurídico mínimo nas relações internacionais, ao estabelecer através de sua nacionalidade sua vinculação com um Estado determinado”; sob o outro aspecto, representa o direito de “protegê-lo contra a privação de sua nacionalidade de forma

arbitraria, porque desse modo estaria sendo privado da totalidade de seus direitos políticos e daqueles direitos civis que se sustentam na nacionalidade do indivíduo.”³⁵⁰

- A nacionalidade define-se como “o vínculo jurídico político que liga uma pessoa a um Estado determinado por meio do qual se obriga a manter com ele relações de lealdade e fidelidade e se faz credor da sua proteção diplomática.”³⁵¹ Nos termos da jurisprudência da Corte

Internacional de Justiça:

“A naturalização não é uma coisa repentina. Pedi-la e obtê-la não é um ato corrente na vida de um homem. Significa para ele a ruptura de um vínculo de fidelidade e o estabelecimento de outro vínculo de fidelidade. Traz conseqüências e mudanças profundas no destino de quem a obtém. Concerne à personalidade e reconhecer apenas o

³⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-4/84, de 19/01/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con naturalización, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1984, p. 51.

³⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-4/84, de 19/01/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con naturalización, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1984, p. 50 e 51.

³⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-4/84, de 19/01/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con naturalización, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1984, p. 51.

reflexo sobre a sorte do patrimônio do indivíduo seria deixar de reconhecer seu sentido profundo.”³⁵²

- A maioria dos Estados admite, por ato voluntário, desvinculado do nascimento, a aquisição posterior de sua nacionalidade, mediante o atendimento de determinadas condições estabelecidas nas leis internas;
- A repercussão no direito interno e internacional deste dispositivo impõe que na sua interpretação se faça a conjugação de forma harmoniosa destas duas dimensões, de modo que, prioritariamente, compete ao Estado, de acordo com seus interesses, regulamentar o direito à nacionalidade, sem, contudo, deixar de observar os limites impostos em razão de exigências de proteção internacional dos direitos humanos; desta forma, “a regulamentação da nacionalidade é competência de cada Estado, porém, a evolução nesta matéria nos demonstra que o direito internacional impõe certos limites à discricionariedade dos Estados e que, em seu estado atual, para a regulamentação da nacionalidade não só concorrem competências

³⁵² Nottebohm Case, j. 06/04/55, in, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-4/84, de 19/01/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con naturalización, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1984, p. 51.

dos Estados mas também as exigências de proteção integral dos direitos humanos.”³⁵³

No exercício de sua competência contenciosa, a Corte teve oportunidade de julgar questão relativa ao direito à nacionalidade. No caso *Ivcher Bronstein vs. Peru*, foi decidido que os critérios para concessão da nacionalidade são privativos do Estado, nos limites do Direito Internacional. Porém, uma vez legislada a matéria, o ato de privação da nacionalidade só é possível em conformidade com as leis internas do Estado. No caso em questão, como a privação da nacionalidade de Ivcher Bronstein, naturalizado peruano, se deu em desconformidade com a legislação interna do Estado, violando o art. 20.3 da Convenção, a Corte determinou que a mesma fosse restabelecida e reconhecida de forma plena e incondicional, como todos os direitos e atributos a ele correspondentes ³⁵⁴.

³⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-4/84, de 19/01/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con naturalización, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1984, p. 50.

³⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Ivcher Bronstein, sentença de 06/02/2001, Serie C: resoluciones e sentencias, nº 74. São José da Costa Rica, 2001, http://www.corteidh.or.cr/serie_c/Serie_c_74_esp.doc, consultado em 16/10/2001

19 – DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA

Artigo 21

Direito à propriedade privada

§1. *Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.*

§2. *Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.*

§3. *Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei.*

O direito de propriedade pode ser conceituado como:

“Certo direito subjetivo que habilita o seu titular a dispor da coisa sem limitações, ou seja, um direito a proferir a última palavra acerca da coisa. Este direito é precisamente o direito de propriedade.”³⁵⁵

HELD sublinha, contudo, que “sem restrições claras à propriedade privada, uma das condições necessárias para a democracia não pode ser satisfeita.”³⁵⁶

O direito de propriedade privada é um conceito histórico, que, ao longo do tempo, teve várias dimensões, sofrendo progressiva limitação para tutela dos direitos fundamentais da pessoa. De cunho originariamente individualista e absolutista, recebeu as influências das

³⁵⁵ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª ed., Coimbra: Armênio Amado Editor, 1997, p. 268.

³⁵⁶ HELD, David. *Modelos de Democracia*. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1987, p. 265.

ideologias sociais do início do séc. XX, alcançando, de uma parte, o constitucionalismo social, cujo exemplo é a Constituição de Weimar, 1919, que enuncia o princípio de que “a propriedade obriga” e, de outra, a propriedade coletiva, consolidada com a Revolução Soviética, 1917, a partir da qual a possibilidade da propriedade privada vai ser extremamente mitigada³⁵⁷ para estabelecer a propriedade comum do povo.

Desta forma, um direito incondicional e ilimitado vai converter-se em um direito condicional e limitado ao interesse social.

A Convenção, no art. 21, assegura o direito de propriedade, admitindo a possibilidade de a lei condicionar o uso e o gozo ao interesse social.

As limitações ao direito de propriedade integram-no e esse direito só é possível, em sua concepção contemporânea, entendê-lo como o direito à propriedade individual com função social. Há, assim, a necessidade de se reconhecer o direito de propriedade e o de uso da propriedade.

Garante-se a propriedade privada contra intervenções arbitrárias; a privação da propriedade privada só é possível nos casos de

³⁵⁷ “Podem ser propriedade pessoal os objetos de uso, consumo e comodidade da pessoa, os bens que fazem parte da economia doméstica auxiliar, a casa de habitação e as economias provenientes do trabalho.”, *Apud*, MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. T. I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 134.

interesse social e utilidade pública, mediante indenização justa, nos termos da lei.

Contudo, conciliar o direito à propriedade privada e a possibilidade de o Estado nele intervir para atender à função social constituem um dilema a ser resolvido pelo princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Não pode deixar de ser reconhecido que o direito de propriedade privada é um fator desigualador, dividindo a sociedade em ricos e pobres, possuídos e despossuídos; contudo, prevalece o entendimento de não haver violação ao princípio da igualdade.

Finalmente, o art 20.3 veda a exploração do homem pelo homem, através de práticas usurárias ou por qualquer outro meio. Este enunciado exclui a possibilidade da exploração por instituições financeiras, que tem empurrado populações inteiras a problemas sociais gravíssimos, como a crise de dezembro de 2001 na Argentina, quando o país mergulhou na mais profunda crise econômica, em absoluto estado de insolvência, e o pior, sem merecer a solidariedade dos Estados ou mesmo da entidade chamada mercado, o grande espoliador no mundo globalizado. Assevera o Juiz TRINDADE: “o ser humano tem situado a si mesmo em uma escala de

prioridade inferior à atribuída aos capitais e bens, - apesar de todas as lutas do passado, e de todos os sacrifícios das gerações anteriores.”³⁵⁸

A respeito do direito de propriedade, assegurado no art. 21 da Convenção, há provimentos efetivos no sentido de assegurá-lo. Há um caso contencioso que tramitou perante a Corte, tendo esta reconhecido a violação, por privação arbitrária do uso e gozo dos bens.

Trata-se do Caso Ivcher Bronstein vs. Peru³⁵⁹, no qual se reconheceu que a intervenção no patrimônio da vítima não observou as exigências do interesse social ou utilidade pública, nem houve pagamento de indenização e, o mais grave, as providências extremas de privação da propriedade privada praticadas pelo Estado não observaram o devido processo legal.

Diante destas circunstâncias, a Corte determinou ao Estado promover a restitutio in integrum do direito de propriedade violado, restabelecendo os fatos à situação anterior à intervenção ilícita no direito de propriedade da vítima.

O caso mais importante, contudo, é o Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicarágua, no qual se reconheceu

³⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la Republica Dominicana, voto em separado do Juiz A. A. Cançado Trindade, de 18/08/2000, http://www.corteidh.or.cr/serie_e/aserieE_HaiDo_VotCancado_02_es.doc, consultado em 29/10/2001.

³⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Ivcher Bronstein, sentença de 06/02/2001, Serie C: resoluciones e sentencias, nº 74. São José da Costa Rica, 2001, http://www.corteidh.or.cr/serie_c/Serie_c_74_esp.doc, consultado em 16/10/2001.

violação ao direito de propriedade coletiva dos membros da Comunidade Mayagna por parte do Estado nicaragüense.

Nesta decisão, o mais interessante é o fato de que o direito de propriedade foi conceituado para além da noção civilista. Em conseqüência, rechaçou-se o "relativismo cultural", para considerar como integrantes do direito de propriedade da Comunidade Mayagna aspectos culturais e o direito consuetudinário destas comunas. A adoção deste posicionamento deve-se à necessidade de assegurar a preservação e o desenvolvimento da identidade cultural e as formas próprias de organização social dos povos indígenas.

O pronunciamento da Corte sobre a matéria de fundo teve os seguintes fundamentos:

- o conceito de propriedade nas comunidades indígenas não se centra em um indivíduo, é uma forma comunal de propriedade coletiva da terra, no sentido de que a pertinência é do grupo e sua comunidade. Os indígenas por sua própria existência têm direito de viver livremente em seus próprios territórios; a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua subsistência econômica. Para as comunidades indígenas, a relação com a terra não é meramente 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;

- a relação espiritual e material dos membros da Comunidade com as terras que ocupam, não só para preservar o legado das gerações passadas, mas também para assumir e desempenhar as responsabilidades que eles assum em relação às gerações futuras; por esses motivos, a forma comunal de propriedade é muito mais ampla que a concepção civilista (jusprivatista);

- o artigo 21 da Convenção protege também o direito de propriedade em um sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas no marco da propriedade comunal;

- o Estado violou o direito ao uso e gozo dos bens dos membros da Comunidade Mayagna Awas Tingni, por não haver delimitado e demarcado sua propriedade comunal, e por haver outorgado concessões a terceiros para a exploração de bens e recursos situados na área que corresponde, total ou parcialmente, aos territórios sobre os quais deverão recair a delimitação, demarcação e titulação correspondentes.

Diante destas considerações, a Corte deliberou por impor ao Estado nicaragüense o dever de adotar as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades da Comunidade Awas Tingni, conforme o seu direito

consuetudinário, valores, usos e costumes. Além disso, determinou que a Nicarágua se abstinhasse de realizar nos territórios da Comunidade Awas Tingni atos que pudessem levar agentes do próprio Estado, ou terceiros que ali atuem com sua aquiescência ou tolerância, a afetarem a existência, o valor, o uso e o gozo dos bens localizados na zona geográfica onde essas comunidades indígenas habitam e realizam suas atividades.

20- DIREITO DE CIRCULAÇÃO E RESIDÊNCIA

Artigo 22

Direito de circulação e de residência

§1. *Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais.*

§2. *Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.*

§3. *O exercício dos direitos supracitados não pode ser restringido, senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.*

§4. *O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público.*

§5. *Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional e nem ser privado do direito de nele entrar.*

§6. *O estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado Membro na presente Convenção só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei.*

§7. *Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos, de acordo com a legislação de cada Estado e com as Convenções internacionais.*

§8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

§9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

Está ocorrendo um evento migratório no mundo contemporâneo, que compele ou induz o indivíduo ou grupos inteiros de pessoas a abandonar seu país em razão de graves ameaças aos direitos humanos, como os direitos à vida, à integridade pessoal, à liberdade ou a outros direitos fundamentais, e a buscar uma nova situação, ainda que de caráter precário ou menos estável em outro Estado, à procura de proteção e defesa dos direitos ameaçados.

Esse indivíduo, pessoalmente, ou em grupo, sofre com as diferenças culturais, étnicas, lingüísticas, religiosas, que há no Estado para o qual migraram, configurando uma minoria em relação à população já existente.

Essa questão transcende a soberania interna e assume uma dimensão internacional, e passa, especificamente, a constituir-se objeto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois a privação de direitos existentes no país de origem gera a expectativa do dever do Estado destinatário em assegurá-los, com fundamento na Convenção relativa ao

Estatuto dos Refugiados, de 1951, que reconhece “o princípio de que os seres humanos, sem distinção, devem gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”³⁶⁰.

Por essa razão, o direito de circulação e residência destaca-se na jurisprudência da Corte, pela gravidade e relevância do caso submetido à sua apreciação.

No dia 18.08.2000, a Corte proferiu decisão memorável no Caso Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana³⁶¹ determinando a adoção de diversas medidas tutelares de direitos humanos pela República Dominicana contra a política de repatriação massiva de haitinos ou dominicanos de origem haitiana, sem observância de direitos mínimos necessários para realização de medidas desta natureza. Consta que, em novembro de 1999, houve 20.000 pessoas repatriadas.

Destaca-se nesta decisão o fato inédito de estender o alcance das medidas provisionais para outros direitos que não o direito à vida e à integridade pessoal, para contemplar, também o direito à liberdade, à proteção especial das crianças e o de circulação e residência.

³⁶⁰ PREÂMBULO DA CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS, 1951.
³⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la Republica Dominicana, voto em separado do Juiz A. A. Cançado Trindade, de 18/08/2000, http://www.corteidh.or.cr/serie_e/aserieE_HaiDo_VotCancado_02_es.doc, consultado em 29/10/2001.

Outro aspecto de fundamental importância, no caso, foi o reconhecimento da Corte de que o problema não é exclusivo dos Estados envolvidos, mas um problema da comunidade internacional, já que é um problema de dimensão global.

O voto concorrente do Juiz TRINDADE é lapidar, merecendo destacar os pontos seguintes:

- a importância desta decisão, constituindo verdadeiro *leading case*, ampliando o rol dos direitos protegidos provisionalmente pela Corte, que até esta decisão resumiam-se à integridade pessoal e o direito à vida (arts. 4º e 5º da Convenção), para estender-se ao direito à liberdade pessoal, à proteção especial do direito das crianças à vida familiar e ao direito de circulação e residência (arts. 7, 19 e 22 da Convenção);
- a questão dos exilados e imigrantes ilegais representa “um dos grandes desafios do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do séc. XXI”, por representar um direito da comunidade internacional, não se restringindo mais a uma questão de soberania interna apenas; o desterro, faz com que o indivíduo perca, “por exemplo, a familiaridade do cotidiano, o idioma materno como forma espontânea de expressão das idéias e sentimentos, e o trabalho que dá a cada um o sentido da vida e de utilidade aos demais, na comunidade em que vive. Outro perde seus meios genuínos de comunicação com o mundo exterior, bem como a possibilidade de

desenvolver um projeto de vida. É, pois, um problema que concerne a todo o gênero humano, que envolve a totalidade dos direitos humanos, e, sobretudo, que tem uma dimensão espiritual que não pode ser olvidada, ainda mais no mundo desumanizado de nossos dias.”

- “O problema do desterro deve ser considerado como um marco da ação orientada à erradicação da exclusão social e da pobreza extrema, - se é que se deseja chegar a suas causas e não somente combater seus sintomas.”

- não se questiona o “direito de emigrar, como corolário do direito à liberdade de movimento. Porém os Estados ainda não aceitaram um direito de imigrar e de permanecer onde o indivíduo se encontre. Em lugar de políticas populacionais, os Estados, em sua grande maioria, exercem a função policial de proteger suas fronteiras e de controlar os fluxos migratórios, sancionando os chamados migrantes ilegais. (...) Não surpreende que advenham inconsistências e arbitrariedades.”

- As normas de proteção dos direitos humanos, neste aspecto, são insuficientes ante a falta de reconhecimento dos valores nelas inseridos e de vontade de aplicá-las; “não é mera casualidade, por exemplo, que a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migratórios e de Seus Familiares, uma década depois de aprovada, ainda não tenha entrado em vigor.”

- É necessário reconhecer a universalidade do problema, bem como a superação do modelo westphaliano do ordenamento internacional.

Esta decisão constituiu-se em um marco na jurisprudência internacional dos Direitos Humanos.

21 – DIREITOS POLÍTICOS

Artigo 23

Direitos políticos

§1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades.

§2. De participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos.

§3. De votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores.

§4. De ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

§5. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

Este dispositivo consagra os direitos de participação política do cidadão nos destinos do Estado democrático. Os direitos políticos representam a essência da democracia, principalmente quanto às democracias representativas do continente. Nestas democracias, ditas representativas, os direitos políticos têm por base o pluralismo ideológico e partidário.

Os "Direitos Políticos" ou "Direitos de Cidadania" constituem o conjunto dos direitos atribuídos ao cidadão que lhe permite, através do voto, do exercício de cargos públicos ou da utilização de outros instrumentos constitucionais e legais, ter efetiva participação e influência nas atividades de governo.

Estar no gozo dos direitos políticos significa, pois, estar habilitado a alistar-se eleitoralmente, habilitar-se a candidaturas para cargos eletivos ou a nomeações para certos cargos públicos não eletivos, participar de sufrágios, votar em eleições, plebiscitos e referendos, apresentar projetos de lei pela via da iniciativa popular, propor ação popular. Quem não está no gozo dos direitos políticos não poderá fi liar-se a partido político nem investir-se em qualquer cargo público, mesmo não eletivo.

Nem todas as pessoas gozam plenamente de direitos políticos. Há as que só estão habilitadas para algumas de suas faculdades e outras há que não se investem em qualquer delas. As Constituições dos Estados definem os direitos políticos e a capacidade das pessoas para o seu exercício.

Não se confunde "cidadania" com "nacionalidade". Ser cidadão é ter direitos políticos. A nacionalidade é um estado natural do ser humano, fundamento de sua capacidade política e de parcela considerável de sua personalidade civil, razão pela qual é um direito humano tutelado

pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. A nacionalidade é pressuposto da cidadania. Porém, nem todo o nacional é cidadão, porque nem todos têm direitos políticos.

Serão titulares de direitos políticos aqueles indivíduos que alcançaram capacidade eleitoral, nos termos da lei de cada Estado, assegurando o direito à igualdade de participação política. Desta forma, são legítimas restrições existentes nas legislações internas quanto à outorga de direitos políticos a apenas alguns indivíduos, os cidadãos.

O direito político ativo significa o direito de eleger os representantes para que exerçam o poder em nome do povo e, passivamente, significa o direito de ser escolhido para o exercício de cargos públicos na condição de representante.

A participação direta nas esferas de poder condiciona -se a permissivo normativo, pois a regra nos Estados é que a soberania popular é exercida por meio dos representantes eleitos através de sufrágio direto, secreto e universal, para exercer mandatos por prazo determinado.

A Convenção admite a restrição aos direitos exclusivamente nas hipóteses elencadas no seu texto, a saber: por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em

processo penal. Inobstante o dispositivo mencionar que a perda ou a suspensão dos direitos políticos só ocorrerão nos casos enumerados no art. 23, há um caso que não está ali compreendido: o de perda de nacionalidade. O cidadão que adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária perderá a nacionalidade nata e, conseqüentemente, os seus direitos de cidadania.

22- IGUALDADE PERANTE A LEI

Artigo 24

Igualdade perante a lei.

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

A tudo quanto foi escrito a respeito do princípio da igualdade como pressuposto essencial da democracia e, por conseguinte, da concretização dos direitos humanos, acrescenta-se o ensinamento de CANOTILHO, que nos brinda com a interpretação do dispositivo em questão, ao doutrinar:

“A afirmação – ‘todos os cidadãos são iguais perante a lei’ – significava, tradicionalmente, a existência de igualdade na aplicação do direito. Numa fórmula sintética, sistematicamente repetida, escrevia Anschütz: ‘as leis devem ser executadas sem olhar as pessoas’. [...] Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao

próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos. [...]”³⁶²

“A proteção da lei é constituída, basicamente, pelos recursos que esta põe à disposição para proteção dos direitos garantidos pela Convenção, os quais, à luz da obrigação positiva que o artigo 1.1 contempla para os Estados de respeitá-los e garanti-los, implica, como já disse a Corte, o dever dos Estados-partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos.”³⁶³

³⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ªed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 398.

³⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva n° 11/90, de 10/08/90, Excepciones al agotamiento de los recursos internos, Informe Anual da Corte Interamericana de Derechos Humanos, Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1990, p. 43.

23 – PROTEÇÃO JUDICIAL

Artigo 25

Proteção judicial

§1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

§2. Os Estados Membros comprometem-se.

§3. A assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso.

§4. A desenvolver as possibilidades de recurso judicial.

§5. A assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

A proteção judicial, declarada no art. 25 da Convenção, constitui o sustentáculo do Estado de Direito Democrático, por constituir-se no remédio efetivo contra as violações de direitos que porventura se verifiquem no âmbito dos Estados. Ou, na dicção da Corte, “constitui um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana, mas do próprio

Estado de Direito em uma sociedade democrática no sentido da Convenção.”³⁶⁴

A proteção judicial significa a garantia do acesso à justiça através do devido processo legal como instrumento de proteção e garantia de todo e qualquer direito. Toda pessoa tem o direito, em prazo razoável, a ter solucionado o litígio por meio de um procedimento realizado em contraditório, através de um provimento efetivo, emitido pelo juiz natural.

A vigência concreta da garantia estabelecida neste dispositivo tem por fundamento a independência do Poder Judiciário, derivada da clássica separação dos poderes. A proteção dos direitos dos indivíduos frente a possíveis ações do Estado só será concreta e os direitos humanos só se tornarão efetivos se houver um órgão dentro desse Estado que tenha independência que lhe permita julgar livre de pressões de qualquer natureza.

A proteção judicial é concebida em uma dupla dimensão: “1- um direito de defesa ante os tribunais e contra actos dos poderes públicos; 2- um direito de proteção do particular através de tribunais do Estado no sentido de este proteger perante a violação do seus direitos por

³⁶⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cesti Hurtado, sentença de 29/09/99, Serie C: resoluciones y sentencias nº 56. São José da Costa Rica, 2000, p. 37.

terceiros (dever de proteção do Estado e direito do particular a exigir essa proteção).”³⁶⁵

A garantia não pode ser meramente formal, mas tem de ser concreta, no sentido de propiciar efetividade, conforme reiteradamente vem se manifestando a Corte, a saber:

“A inexistência de um recurso efetivo contra as violações aos direitos reconhecidos pela Convenção constitui uma transgressão da mesma por parte do Estado-parte onde tal situação tenha lugar. Neste sentido, como tem sido sublinhado, para que tal recurso exista, não basta que esteja previsto na Constituição ou na lei, ou que seja formalmente admissível, mas se requer que seja realmente idôneo para estabelecer se se incorreu em uma violação dos direitos humanos e prover a medida necessária para remediá-la. Não podem considerar-se efetivos aqueles recursos que, pelas condições gerais do país ou por razões particulares de um determinado caso, resultem ilusórios. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando sua inutilidade tenha sido demonstrada pela prática, porque o Poder Judiciário carece da

³⁶⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 463.

independência necessária para decidir com imparcialidade ou porque faltem meios para executar as decisões.”³⁶⁶

Há uma estreita relação entre esse dispositivo e os arts. 1.1 e 2º da Convenção, muito bem explicada pelo Juiz TRINDADE:

“Os artigos 25 e 1.1 requerem, conjuntamente, a aplicação direta da Convenção Americana no direito interno dos Estados-partes. Na hipótese de supostos obstáculos de direito interno, entra em operação o artigo 2º da Convenção, que requer a harmonização do direito interno dos Estados-partes ao que ela dispõe. Estes se encontram obrigados, pelos artigos 25 e 1.1 da Convenção a estabelecer um sistema de recursos internos efetivos e rápidos e a dar aplicação efetiva aos mesmos. Se de fato não o fazem devido a eventuais lacunas ou insuficiências do direito interno, incorrem em violação do artigos 25, 1.1 e 2 da Convenção.”³⁶⁷

Pode-se afirmar, portanto, que a proteção judicial tem aspectos garantísticos ao assegurar o acesso à jurisdição, e prestacionais ao impor ao Estado o dever de prover uma estrutura que torne material e

³⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cesti Hurtado, sentença de 29/09/99, Serie C: resoluciones y sentencias nº 56. São José da Costa Rica, 2000, p. 38.

³⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Genie Lacayo, Solicitud de Revisión de la Sentencia de 29 de enero de 1997, Resolución de 13 de septiembre de 1997, Voto Concorrente do Juiz A. A. Cançado Trindade, Série C, nº 45, p. 22.

humanamente possível prover a tutela jurisdicional. Este dispositivo encontra-se, também, umbilicalmente relacionado ao art. 7.6 da Convenção, pois, conforme deixou assentado a Corte, por ocasião da OC nº 8/87: “as garantias devem ser não só indispensáveis mas judiciais. Esta expressão não pode referir-se senão a meios judiciais idôneos para a proteção de tais direitos, o que implica a intervenção de um órgão judicial independente e imparcial, apto para determinar a legalidade das providências que se cumpram dentro do estado de exceção.”³⁶⁸ No que tange à duração razoável do processo, podem ser utilizados os critérios empregados pela Corte Européia de Direitos Humanos, que são os seguintes: 1º - a complexidade do caso; 2º - o comportamento das partes; 3º - o comportamento das autoridades judiciais: (o mais importante) não sendo admissível a justificativa de excesso de trabalho para a duração excessiva dos processos, principalmente quando a morosidade processual é algo estrutural, o que obriga os Estados a adotarem as medidas necessárias à correção do problema; 4º - importância do assunto para as partes: as

³⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-8/87, de 30/01/87, El habeas corpus bajo suspensión de garantías, de 30/01/87, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1987, p. 25

causas relacionadas a direito privado têm uma tolerância maior no prazo de duração do processo.³⁶⁹

³⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe: Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección*. T. II, Mayo de 2001, Anexo, 13, p. 503

24 – DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Artigo 26

Desenvolvimento progressivo.

Os Estados Membros comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

“Só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento de temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, tanto como de seus direitos civis e políticos”³⁷⁰.

A pobreza existente no continente, que assola metade da população, é um problema que inviabiliza o projeto preconizado no preâmbulo da Convenção de fazer justiça social.

O texto do art. 26 da Convenção é frouxo, não assegura direito algum diante da dubiedade de conceitos empregados; “Os Estados-partes comprometem-se a [...] conseguir progressivamente a plena

³⁷⁰ PREÂMBULO DO PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura [...] na medida dos recursos disponíveis [...]”.

Por sua vez, a realidade política e histórica do continente mostra, por falta de vontade e comprometimento políticos com os cidadãos, a inexistência de recursos disponíveis para resgatar milhões de pessoas da linha da miséria para torná-las cidadãs. A crise social e econômica é seríssima, e na mesma proporção a insensibilidade social da maioria dos governantes. WANDERLEY JR. alerta-nos para a realidade atual, ao doutrinar:

"Desfaz-se a ilusão de um Estado garantidor da plenitude dos direitos mais básicos e inerentes aos seus cidadãos, conforme pensados e exigidos na perspectiva do Estado Democrático e Social de Direito. (...)

Volta-se a pregar o Estado mínimo, que se retira do cenário social e torna-se negligente, quando não, conivente."³⁷¹

O receituário neoliberal imposto pelo Fundo Monetário Internacional, baseado na flutuação cambial, abertura comercial com derrubada das barreiras alfandegárias, livre mercado, redução do déficit

³⁷¹ WANDERLEY JR. Bruno. *Consórcio Internacional de Meio Ambiente*. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 204 e 206.

público e liberalização das taxas de juros, implicou em estagnação econômica e aumento da pobreza.

Esta situação gerou, conforme denunciou o ex-Presidente da Guatemala, Ramiro de Leon Carpio, no Fórum Governabilidade democrática y derechos humanos, realizado em Caracas, nos dias 17 e 18/07/97, o aumento de 3000% (três mil por cento) nos serviços da dívida externa latino-americana, que, de 770 milhões de dólares em 1970, saltou para 22 bilhões de dólares em 1986; com isso, “las políticas económicas nacionales latinoamericanas se concentraron en el pago de la deuda externa, dejando a un lado el modelo anterior de desarrollo hacia dentro y los acreedores encarecieron sus políticas através del Fondo Monetário Internacional, al grado de que si un país no cumple com sus exigências, se le amenaza com el aislamiento y el castigo financiero internacional.”³⁷² Diante deste quadro, descobre-se porque não há recursos disponíveis para investimentos sociais.

O resultado dessa política, segundo ele, foi uma crise econômica profunda, “uma pobreza generalizada y, lamentablemente, la concomitante miséria.”³⁷³

³⁷² CARPIO, Ramiro de León. *Globalización, gobernabilidad democrática y vigencia de los derechos humanos*. In, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Governabilidad democrática y derechos humanos*. Caracas, 1997, p.99-108, p.100.

³⁷³ CARPIO, Ramiro de León. *Globalización, gobernabilidad democrática y vigencia de los derechos humanos*. In, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Governabilidad democrática y derechos humanos*. Caracas, 1997, p.99-108, p.101.

Diante do modelo econômico da América Latina e Caribenha, construído a partir de 1991, no Consenso de Washington, o Secretário Executivo da CEPAL (Comissão Econômica para América Latina e Caribe), por ocasião da II Cúpula Mundial de Desenvolvimento Social, realizada em São Paulo, em 1996, afirmou que a diminuição da pobreza e a integração social deixam muito a desejar, uma vez que “A desigualdade social e o desemprego se agravaram na América Latina porque o padrão de desenvolvimento que tende a se consolidar na região não gera postos de trabalho suficientes.”³⁷⁴

Entretanto, essa realidade não pode manter-se não só por representar um risco às instituições e ao regime democrático, mas, principalmente, por representar uma afronta à dignidade humana, que não prescinde de direito ao trabalho, à educação, à moradia, à previdência social, à alimentação sadia, da mesma forma que não se realiza sem liberdades e direitos civis e políticos.

A questão social na América Latina é emergencial por representar uma violência ética contra milhões de indivíduos que não têm condições de existência digna. Além disso, esse contingente de pessoas

³⁷⁴ Apud, CARPIO, Ramiro de León. *Globalización, gobernabilidad democrática y vigencia de los derechos humanos*. In, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Governabilidad democrática y derechos humanos*. Caracas, 1997, p.99-108, p.102.

alijadas da cidadania representa um problema político, capaz de comprometer a normalidade e estabilidade das instituições democráticas.

Trata-se, outrossim, de uma violação aos direitos humanos, que tem no princípio da dignidade humana seu fundamento primeiro, e não há dignidade na miséria social.

No entanto, as iniciativas coletivas para solucionar ou amenizar o déficit social são pífias.

O Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de São Salvador”, (1988), foi firmado sem merecer muita confiança e certeza de representar algum progresso nestas áreas. Trata-se de uma satisfação moral dos governos às populações alijadas de condições mínimas de existência, de valor meramente teórico, mas que não representa uma conquista em direção à plenitude dos direitos humanos.

No campo teórico, contudo, duas questões merecem ser destacadas neste Protocolo. A primeira, quanto ao reconhecimento dos Estados-partes da indivisibilidade dos direitos humanos:

“Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua

base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros;”

A outra, o mea culpa através do reconhecimento de que tudo o que fizeram os governos até então foi insuficiente e, portanto, a celebração desse documento simboliza a reafirmação de que os direitos econômicos sociais e culturais existem e que dependem, para serem implementados, de ações dos Estados, ao enunciar no Preâmbulo que

“Levando em conta que, embora os direitos econômicos, sociais e culturais fundamentais tenham sido reconhecidos em instrumentos internacionais anteriores, tanto de âmbito universal como regional, é muito importante que esses direitos sejam reafirmados, desenvolvidos, aperfeiçoados e protegidos, a fim de consolidar na América, com base no respeito pleno dos direitos da pessoa, o regime democrático representativo de governo, bem como o direito de seus povos ao desenvolvimento, à livre determinação e a dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais.”

O problema deste Protocolo, contudo, reside na inexistência de um instrumento para efetivá-los jurisdicionalmente quando houver (e sempre há) omissão do Estado. A resposta está no próprio Protocolo que só admite a justiciabilidade do direito à liberdade sindical e do direito à educação (art. 19.6 do Protocolo).

Apesar disso, há outros direitos passíveis de serem protegidos jurisdicionalmente, como é o caso do direito à saúde e do direito à moradia, conforme exemplos colacionados por TRINDADE³⁷⁵:

“o enfoque integral dos direitos humanos tem sido invocado precisamente para lograr uma proteção mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais, sempre que também se invoque uma violação da cláusula da não discriminação consagrada nos tratados de direitos humanos. [...] O reconhecimento da dimensão social dos direitos humanos, a partir do próprio direito fundamental à vida, abre amplas possibilidades no combate à pobreza extrema mediante a afirmação e vigência dos direitos humanos.”³⁷⁶

A Corte, em 1985, analisando o anteprojeto que resultou no Protocolo de São Salvador, pronunciou-se no sentido de que ele somente

³⁷⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 381 e ss.

³⁷⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 385, 386

teria sentido se houvesse garantias dentro do sistema para efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais nele reconhecidos; caso contrário, seria de bom alvitre que esse documento não compusesse o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos pois poderia vir a retirar-lhe autoridade.

“A Corte estima que uma inclusão indiscriminada no sistema da Convenção dos direitos econômicos, sociais e culturais na medida em que mantenha sua concepção como direitos de realização progressiva, que se expressam às vezes como aspirações puramente programáticas, não dotadas de exigibilidade, poderia causar uma distorção dos mecanismos de proteção do Pacto de São José.”³⁷⁷

Um ano depois deste pronunciamento, a Corte, convidada a pronunciar-se mais uma vez sobre o referido projeto, teve a oportunidade de reafirmar seus argumentos, pontuando o seguinte:

“Os direitos econômicos, sociais e culturais possuem a mesma natureza substancial que os direitos políticos e civis. Todos derivam da essencial dignidade do ser humano, todos constituem atributos irrenunciáveis da pessoa e todos devem

³⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1985. *Observaciones de la Corte sobre el Anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana*. p. 18.

ser objeto de promoção, garantia e proteção no nível nacional, regional e universal. Porém os caracteres diferenciais podem exigir mecanismos de proteção distintos. Alguns direitos econômicos, sociais e culturais não podem ser objeto de um regime de proteção de tipo jurisdicional ou quase jurisdicional igual ao que existe em relação aos direitos civis e políticos. [...]”³⁷⁸

Pois bem, o Protocolo Adicional foi aprovado sem considerar as ponderações da Corte e padece, por essa e outras razões estruturais, de efetividade, não passando de uma carta de princípios dos direitos econômicos, sociais e culturais, cuja efetividade é quase nenhuma.

Desta forma, medidas urgentes devem ser adotadas no sentido de reduzir o déficit social para que possamos no transcurso deste século promover uma política de desenvolvimento com compromisso social. Para tanto, faz-se necessário o resgate da soberania econômica, com a autogestão da política econômica e monetária nacionais, crescimento econômico com equidade, programas de desenvolvimento e geração de empregos e, principalmente, cooperação e solidariedade internacionais,

³⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1986, *Observaciones de la Corte sobre el Anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana*. p. 38.

“Considerando que sob as disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos todos têm direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e as liberdades consagrados nesta Declaração possam ser plenamente realizados;”

Reconhecendo que a pessoa humana é o sujeito central do processo de desenvolvimento e que essa política de desenvolvimento deveria assim fazer do ser humano o principal participante e beneficiário do desenvolvimento.”³⁷⁹

Deve-se destacar a realização em Monterrey, no México, da Conferência Mundial sobre Financiamento para o Desenvolvimento, ocorrida em março de 2002, cujo resultado é o texto denominado Consenso de Monterrey.

O texto final merece mais críticas que elogios. O documento fora previamente elaborado, de sua redação não participaram os principais interessados, os países subdesenvolvidos, que apenas o aclamaram. Neste documento, consagra-se, além disso, que a condição para a inserção internacional destes países é a adoção da ideologia neoliberal, através do compromisso de “adotar políticas racionais, promover uma boa gestão pública em todos os níveis e respeitar o estado de direito. Também, nos

³⁷⁹ PREÂMBULO DA Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento aprovada pela Assembléia Geral da ONU, 1986.

comprometemos a mobilizar nossos recursos internos, atrair capitais internacionais, fomentar o comércio internacional como motor do desenvolvimento, incrementar a cooperação financeira e técnica internacional a favor do desenvolvimento, promover um financiamento sustentável da dívida, adotar medidas para aliviar a dívida externa e aumentar a coerência e coesão dos sistemas monetários, financeiros e comerciais internacionais.”³⁸⁰

Deixou, contudo, o documento de fazer menção à mobilização de novos aportes financeiros para alcançar os objetivos da Declaração do Milênio (Resolução 55/2 da Assembléia Geral da ONU), a saber:

- 1* A erradicação da pobreza e da fome
- 2* A universalização do acesso à educação primária
- 3* A promoção da igualdade entre os gêneros
- 4* A redução da mortalidade infantil
- 5* A melhoria da saúde materna
- 6* O combate à AIDS, malária e outras doenças
- 7* A promoção da sustentabilidade ambiental
- 8* O desenvolvimento de parcerias para o desenvolvimento.

³⁸⁰ Consenso de Monterrey, <http://www.revistainterforum.com/pdf/031802ProyectoMonterrey.pdf>, consultado em 29/10/2002.

Deixou, ainda, de considerar que o modelo proposto é responsável por crises que levam sofrimentos a populações inteiras, como a crise que acomete a América Latina. Deixou de considerar a realização dos direitos humanos como fim, de acreditar, verdadeiramente, que a economia deve servir à sociedade para promoção do ser humano.

Deve-se ressaltar que os direitos mínimos essenciais que consistem em alimentação, vestuário, moradia, saúde, educação e uma renda mínima não possibilitam a aplicação do princípio da progressividade dos direitos sociais. Estes direitos mínimos essenciais são imperativos independentes e não podem ser escusativas alegações de indisponibilidade de recursos ou de qualquer outro fator de dificuldade.

25- SUSPENSÃO DE GARANTIAS

Artigo 27

Suspensão de garantias

§1. *Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Membro, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.*

§2. *A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 6º (proibição da escravidão e da servidão), 9º (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.*

§3. *Todo Estado Membro no presente Pacto que fizer uso do direito de suspensão deverá comunicar imediatamente aos outros Estados Membros na presente Convenção, por intermédio do Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos, as disposições cuja aplicação haja suspenso, os motivos determinantes da suspensão e a data em que haja dado por determinada tal suspensão.*

A suspensão de garantias é prevista no art. 27 da Convenção, nos casos em que a independência ou segurança do Estado-parte estejam ameaçadas.

A Corte, na OC nº 08/87 e nº 09/88, teve oportunidade de proferir Pareceres estabelecendo os limites e possibilidades de suspensão de garantias dentro do Estado de Direito Democrático que seja parte na Convenção.

No primeiro caso, a consulta referia-se à possibilidade de suspensão do habeas corpus em situações emergenciais. Essa consulta teve resposta negativa da Corte, que concluiu pela absoluta inafastabilidade das garantias previstas nos arts. 7.6 e 25.1 da Convenção, por constituírem garantias judiciais indispensáveis para proteger direitos e liberdades.³⁸¹

Na OC nº 09/88, foram ampliadas as garantias insuscetíveis de suspensão em situações de risco para a segurança ou independência estatais, estendendo-se tais garantias, além do habeas corpus, para todo instrumento jurisdicional, que deve subsumir-se ao devido processo legal, apto a assegurar o respeito aos direitos e liberdades, nos termos do art. 25.1 da Convenção, considerando-se, também como “garantias judiciais indispensáveis que não podem ser suspensas, aqueles procedimentos

³⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-8/87, de 30/01/87, El habeas corpus bajo suspensión de garantías, de 30/01/87, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1987, p. 22

judiciais, inerentes à forma democrática representativa de governo (art. 29.c) previstos no direito interno dos Estados-partes como idôneos para garantir a plenitude do exercício dos direitos a que se refere o art. 27.2 da Convenção e cuja supressão ou limitação deixe desprotegidos tais direitos.”³⁸²

Nestes pareceres, a Corte reconhece, em situações de excepcional gravidade, a possibilidade de suspensão de garantias como o único recurso capaz de preservar os valores democráticos. O art. 27 da Convenção representa um limite à possibilidade de que, sob o pretexto de preservação da ordem pública e segurança nacional, sejam praticados abusos desvirtuadores do “exercício da democracia representativa a que alude o artigo 3º da Carta da OEA. [...] A suspensão de garantias carece de toda legitimidade quando se utiliza para atentar contra o sistema democrático, que impõe limites infranqueáveis quanto à vigência constante de certos direitos essenciais da pessoa.”³⁸³

A regra geral estabelecida na Convenção é a de que todos os direitos e garantias nela assegurados devem ser respeitados e que alguns destes direitos e respectivas garantias, mesmo em situações de extrema

³⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-9/88, de 06/10/87, Garantías judiciales en estados de emergencia, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1988, p. 24

³⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-8/87, de 30/01/87, El habeas corpus bajo suspensión de garantías, de 30/01/87, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1987, p. 23

gravidade, jamais poderão ser suspensos. É o que está determinado no art. 27.2 da Convenção, que “não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 6º (proibição da escravidão e da servidão), 9º (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.”

“Como os Estados-partes têm a obrigação de reconhecer e respeitar os direitos e liberdades da pessoa, também têm a obrigação de proteger e assegurar seu exercício através das respectivas garantias (art. 1.1), vale dizer, dos meios idôneos para que os direitos e liberdades sejam efetivos em toda circunstância.”³⁸⁴

A suspensão de garantias não admite ruptura do Estado de Direito, nem “autoriza aos governantes apartarem sua conduta da legalidade a que estão permanentemente adstritos.”³⁸⁵

³⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-8/87, de 30/01/87, El habeas corpus bajo suspensión de garantías, de 30/01/87, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1987, p. 25.

³⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-8/87, de 30/01/87, El habeas corpus bajo suspensión de garantías, de 30/01/87, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1987, p. 24

Garantias, no sentido do dispositivo convencional, são meios judiciais idôneos para a proteção dos direitos, vale dizer, “implica na intervenção de um órgão judicial independente e imparcial, apto para determinar a legalidade das ações que se realizem dentro do estado de exceção.”³⁸⁶

A conclusão que a Corte alcança é que o acesso à justiça representa uma garantia indispensável para proteger direitos e liberdades e, portanto, não pode, em nenhuma situação, ser suspenso. O acesso à justiça constitui-se em garantia intangível e é genérica, porquanto protege todo e qualquer direito ou liberdade; também serão intangíveis e insuscetíveis de suspensão os remédios jurisdicionais específicos para proteger e assegurar direitos e liberdades fundamentais, tais como o habeas corpus, recurso de amparo e mandado de segurança.³⁸⁷

³⁸⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-8/87, de 30/01/87, El habeas corpus bajo suspensión de garantías, de 30/01/87, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1987, p. 25

³⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-9/88, de 06/10/87, Garantías judiciales en estados de emergencia, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1988, p. 21.

26 – CLÁUSULA FEDERAL

Artigo 28

Cláusula federal

§1. Quando se tratar de um Estado Membro constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Membro cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.

§2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades competentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua Constituição e com suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.

§3. Quando dois ou mais Estados Membros decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado, assim organizado, as normas da presente Convenção.

O art. 28 disciplina a adesão de um Estado federal à Convenção. A forma federativa não é causa de isenção de responsabilidade internacional do Estado-parte na Convenção, de acordo com vetusta jurisprudência, ratificada pela Corte, segundo a qual “é conveniente recordar que, segundo uma jurisprudência centenária e que não variou até

então, um Estado não pode alegar sua estrutura federal para deixar de cumprir uma obrigação internacional.”³⁸⁸

O Estado federal ao comprometer-se com a Convenção implica no comprometimento de todas as unidades integrantes da Federação, tal qual um Estado unitário. Há na Federação uma distribuição de competências entre o poder central e os entes federados, porém, em decorrência da unidade do Estado e da indivisibilidade do seu poder, a soberania não é compartilhada com os entes federados, que têm autonomia na órbita interna, limitada constitucionalmente.

O art. 28.2 explicita esse fato, ao dispor que, no tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades competentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua Constituição e com suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.

³⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Garrido y Baigorria, sentença de reparaciones, de 27/08/98. Serie C: resoluciones e sentencias n° 39. São José da Costa Rica, 2000, p. 22.

27 – NORMAS DE INTERPRETAÇÃO

Artigo 29

Normas de interpretação.

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

§1. Permitir a qualquer dos Estados Membros, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista.

§2. Limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados Membros ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;

§3. Excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;

§4. Excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Os tratados de direitos humanos, por serem especiais em relação aos tratados do direito internacional público geral, têm uma metodologia própria de interpretação, sem desatender as regras gerais previstas no Tratado dos Tratados, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que estabelece as regras gerais.

O art. 31 desta Convenção determina que os tratados devem ser interpretados de boa-fé, conforme o sentido corrente que deva atribuir-se aos termos, contexto, objeto e fim do Tratado.

O objeto e fim da Convenção é a proteção dos direitos humanos, pelo que a Corte, sempre que a interpretar lhe atribuirá sentido para que adquira todo seu efeito útil, conforme jurisprudência uniforme ³⁸⁹.

A interpretação da Convenção deve ser feita “de forma que não conduza “de maneira alguma a debilitar o sistema de proteção consagrado na Convenção” e sempre tendo em consideração que o objeto e fim da mesma “são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos”³⁹⁰

“A interpretação teleológica, com ênfase na realização do objeto e propósito dos tratados de direitos humanos, tem sido adotada pelos órgãos de supervisão internacional, como o melhor meio de assegurar uma

³⁸⁹ El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2; párrs. 19 ss.; Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párrs. 47 ss.; Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrs. 20 ss.; La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 29 ss.; La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrs. 13 ss.; Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 30; Caso Fairen Garbi y Solís Corrales, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párr. 35; Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párr. 33; Caso Paniagua Morales y otros, Excepciones Preliminares, Sentencia de 25 de enero de 1996. Serie C No. 23, párr. 40.

³⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-2/82, de 24/09/1982, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, http://www.corteidh.or.cr/serie_a/Serie_a_02_esp.doc, consultado em 29/10/2002.

proteção eficaz dos direitos humanos”³⁹¹ [...] “O propósito último é assegurar a vigência dos direitos humanos em quaisquer circunstâncias.”³⁹²

O método comparativo também é adotado pela Corte, objetivando-se uma convergência jurisprudencial, razão pela qual, em seus fundamentos, registram-se referências a julgados de outros tribunais internacionais, resguardada, entretanto, a devida autonomia e, principalmente, a regra da prevalência do princípio da máxima proteção à pessoa humana.

Em uma exceção argüida pela Costa Rica, de que, havendo concorrência de normas sobre o mesmo tema, a interpretação deveria ser no sentido da norma restritiva, porquanto, caso contrário, “o que é lícito e permissível no âmbito universal, constituiria uma violação no continente americano”³⁹³, a Corte teve oportunidade de consolidar a regra do art. 29.b da Convenção, afirmando “em conseqüência, se a uma mesma situação são aplicáveis normas da Convenção Americana e de outro tratado internacional, deve prevalecer a norma mais favorável à pessoa humana. Se a própria Convenção estabelece que suas regulações não têm efeito restritivo sobre outros instrumentos internacionais, menos ainda poderiam

³⁹¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p.32.

³⁹² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 62.

³⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinion Consultiva OC-5/85*, de 13/11/85, La colegiación obligatoria de periodistas, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1985, p. 37.

trazer restrições presentes nestes outros instrumentos, não existentes na Convenção, para limitar o exercício dos direitos e liberdades que esta reconhece.”³⁹⁴

A interpretação restritiva, nos termos da Convenção, só é admissível quanto a restrições permissíveis, de modo que não haja supressão do gozo e do exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos ou limitação em maior medida do que a nela prevista. A esse respeito pronunciou-se a Corte:

“Longe de adotar um critério favorável à suspensão dos direitos, a Convenção estabelece o princípio contrário, ou seja, que todos os direitos devem ser respeitados e garantidos a menos que circunstâncias muito especiais justifiquem a suspensão de alguns, enquanto que outros nunca podem ser suspensos por mais grave que seja a emergência.”³⁹⁵

A interpretação dos tratados de direitos humanos é evolutiva, inserida no tempo em que é feita, o que permitiu um grande avanço jurisprudencial na proteção dos Direitos Humanos, pois, “no marco

³⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-5/85, de 13/11/85, La colegiación obligatoria de periodistas, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1985, p. 37-38.

³⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva N° 8/87, El habeas corpus bajo suspensión de garantías, de 30/01/87, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1987, p. 24

deste novo corpus juris, não podemos estar indiferentes ao aporte de outras áreas do conhecimento humano, e tampouco ao tempo existencial; as soluções jurídicas não podem deixar de tomar em conta o tempo dos seres humanos”³⁹⁶.

“Já não se sustenta o antigo monopólio estatal da titularidade de direitos, que excluiu do ordenamento internacional o destinatário final das normas jurídicas: o ser humano. Reconhece-se hoje em dia a necessidade de restituir a este último a posição central – como sujeito do direito tanto interno quanto internacional – de onde foi indevidamente excluído, com conseqüências desastrosas, evidenciadas nos sucessivos abusos cometidos contra ele nas últimas décadas.”³⁹⁷

Não há se falar em conflito entre normas de direitos humanos e normas de direitos fundamentais, o critério a ser adotado é o do reconhecimento da primazia da Convenção sobre toda a legislação interna. Geralmente o conteúdo dos direitos humanos coincide com o dos direitos

³⁹⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Advisory Opinion on Namibia*, apud, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinion Consultiva OC-16/99*, de 01/10/1999, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Serie A: fallos e opiniones, nº 16, São José da Costa Rica, 2000, p.133

³⁹⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Advisory Opinion on Namibia*, apud, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinion Consultiva OC-16/99*, de 01/10/1999, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Serie A: fallos e opiniones, nº 16, São José da Costa Rica, 2000, p. 136

fundamentais, entretanto, podem ocorrer situações que dispensarão tratamentos diferenciados:

- 1- a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece mais garantias do que a Constituição: prevalece a Convenção vinculando as autoridades estatais;
- 2- a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece menos garantias do que a Constituição: a situação fica inalterada em relação à disciplina constitucional.

28 – ALCANCE DAS RESTRIÇÕES

Artigo 30

Alcance das restrições.

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

O art. 30 refere-se à disciplina das restrições ao gozo e exercício dos direitos e liberdades admitidas pela própria Convenção.

A Corte, respondendo a Consulta formulada pelo Uruguai, emitiu a OC n° 06/86, na qual estabeleceu os critérios a serem adotados pelos Estados-partes na regulamentação de restrição a direitos e liberdade admitidos pela Convenção.

Primeiramente foi ressaltado que, pelo art. 29.a da Convenção, “é ilícito todo ato orientado à supressão de quaisquer dos direitos proclamados por ela. Em circunstâncias excepcionais e sob condições precisas, a Convenção permite suspender temporariamente algumas das obrigações contraídas pelos Estados (art. 27). Em condições

normais, unicamente cabem restrições ao gozo e exercício de tais direitos.”³⁹⁸

Por outro lado, os Estados-partes na Convenção reconhecem a existência de um núcleo de direitos e liberdades inviolável, os quais não podem sofrer qualquer suspensão, restrição e, muito menos, supressão.

Desta maneira, o art. 30 deve ser compreendido como a disciplina jurídica das restrições que a própria Convenção admite; mesmo assim, a legitimidade de tais restrições, condiciona-se ao atendimento concomitante das seguintes condições:

- a. “que seja uma restrição expressamente autorizada pela Convenção e nas condições particulares em que a mesma tenha sido permitida;
- b. que os fins para os quais se estabelece a restrição sejam legítimos, ou seja, que obedeçam a “razões de interesse geral” e não se desvinculem do “propósito para o qual tenham sido estabelecidos”. Este critério teleológico, cuja análise não foi requerida na presente consulta, estabelece um controle por desvio de poder; e
- c. que tais restrições estejam dispostas por leis e se apliquem de acordo com elas.”³⁹⁹

³⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-6/86, de 09/05/86, La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1986, p. 16.

³⁹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-6/86, de 09/05/86, La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Na perspectiva de um estado democrático constitucional, cujos limites ao poder estatal estão estabelecidos, que tenha por finalidade a tutela dos direitos humanos, de acordo com a Convenção, a única interpretação possível para a expressão ‘leis’, empregada no dispositivo em exame, é a que a qualifica formalmente, como “uma lei adotada pelo Poder Legislativo, de acordo com o estabelecido pela Constituição.”⁴⁰⁰

A reserva da lei, assevera a Corte, “é um elemento essencial para que os direitos do homem estejam juridicamente protegidos e existam concretamente.”

A Corte, prosseguindo na exegese do art. 30 da Convenção, vai agregar, além da exigência de lei formal para legitimar as restrições admissíveis, um requisito qualitativo: o bem comum.

“Conceito que tem de interpretar-se como elemento integrante da ordem pública do Estado democrático, cujo fim principal é ‘a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritual e materialmente e alcançar a felicidade’

Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1986, p. 17/18.

⁴⁰⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-6/86, de 09/05/86, La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1986, p. 17/18.

(Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Considerandos, § 1º),⁴⁰¹

“Em uma sociedade democrática o princípio da legalidade está vinculado inseparavelmente ao de legitimidade, em razão do sistema internacional que se encontra na base da própria Convenção, relativo ao “exercício efetivo da democracia representativa”, que se traduz, inter alia, na eleição popular dos órgãos de criação jurídica, o respeito à participação das minorias e a realização do bem comum.”⁴⁰²

“A necessária existência dos elementos próprios do conceito de lei, no artigo 30 da Convenção, permite concluir que os conceitos de legalidade e legitimidade coincidem para os efeitos de interpretação desta norma, pois somente a lei adotada pelos órgãos democraticamente eleitos e constitucionalmente elaborada, voltada para o bem comum,

⁴⁰¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-6/86, de 09/05/86, La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1986, p. 18.

⁴⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinion Consultiva OC-6/86, de 09/05/86, La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1986, p. 21.

pode restringir o gozo e exercício dos direitos e liberdades da pessoa humana.”⁴⁰³(...)

⁴⁰³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-6/86, de 09/05/86, La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 1986, p. 22.

29 – RECONHECIMENTO DE OUTROS DIREITOS

Artigo 31

Reconhecimento de outros direitos.

Poderão ser incluídos, no regime de proteção desta Convenção, outros direitos e liberdades que forem reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos artigos 69 e 70.

A Convenção reconhece a insuficiência dos direitos nela consagrados para assegurar com plenitude a dignidade do ser humano, razão pela qual, nos termos do seu art. 31, admite a incorporação de novos direitos, como ocorreu, por exemplo, com o Protocolo Adicional de São Salvador sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Essa possibilidade de reconhecimento de novos direitos é decorrência da evolução da sociedade que deve incorporar os direitos ligados a progressos científicos e tecnológicos (como os concernentes à informática e à genética) e ao meio ambiente, direitos direcionados à proteção dos emigrantes e o combate ao racismo; bem como reafirmar os direitos econômicos, sociais e culturais. Tais como a proibição de práticas de eugenia, particularmente destinadas à seleção de pessoas, proibição de utilização de comercialização de órgãos humanos, proibição de clonagem de seres humanos e garantia contra expulsão ou extradição nos casos em

que haja risco de ser imposta pena de morte, torturas ou outros tratamentos desumanos ou degradantes, dentre outros que surgirão.

Para que tais emendas sejam válidas, é necessário observar o que determina o art. 76 e 77 da Convenção, a saber:

“Artigo 76 – 1. Qualquer Estado-parte, diretamente, e a Comissão e a Corte, por intermédio do Secretário Geral, podem submeter à Assembléia Geral, para o que julgarem conveniente, proposta de emendas a esta Convenção.

2. Tais emendas entrarão em vigor para os Estados que as ratificarem, na data em que houver sido depositado o respectivo instrumento de ratificação, por dois terços dos Estados-partes nesta Convenção. Quanto aos outros Estados-partes, entrarão em vigor na data em que eles depositarem os seus respectivos instrumentos de ratificação.

Artigo 77 – 1. De acordo com a faculdade estabelecida no artigo 31, qualquer Estado-parte e a Comissão podem submeter à consideração dos Estados-partes reunidos por ocasião da Assembléia Geral projetos de Protocolos adicionais a esta Convenção, com a finalidade de incluir

progressivamente, no regime de proteção da mesma, outros direitos e liberdades.

2. Cada Protocolo deve estabelecer as modalidades de sua entrada em vigor e será aplicado somente entre os Estados-partes no mesmo.”

30- CORRELAÇÃO ENTRE DEVERES E DIREITOS

Artigo 32

Correlação entre deveres e direitos

§1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.

§2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.

O art. 32 é o último dispositivo da Convenção que define os direitos humanos materiais. Nele encontra-se consagrada a regra de interpretação harmonizadora de todos os direitos humanos. Os princípios da integração e da harmonização insculpidos neste artigo resolvem os eventuais conflitos entre os direitos assegurados na Convenção.

Segundo a regra do art. 32, nenhuma disposição da Convenção deve implicar qualquer direito de exercer atividades ou praticar atos que visem à destruição dos direitos ou liberdades por ela reconhecidos, ou restrições maiores desses direitos e liberdades que as convencionalmente permitidas.

A finalidade desta norma é impedir a destruição dos direitos, interpretando-os no sentido de evitar o sacrifício total de determinado bem jurídico em relação a outros. Até mesmo os inimigos da

liberdade têm direito à liberdade, mas dentro de determinados limites. O abuso de direito é proibido.

CONCLUSÃO

Acredita-se que, ao longo do trabalho, foram demonstradas as questões que se propôs enfrentar e que serão sintetizadas a seguir.

Os direitos humanos são decorrência de um processo de evolução histórica da humanidade à medida em que determinados direitos fundamentais vão sendo conquistados. Outros passaram a ser reclamados e, assim, sucessivamente, até chegar aos direitos humanos, que transcendem a órbita interna dos estados por gozarem de proteção internacional.

A incessante evolução da sociedade é responsável por ocasionar essas transformações. A contemporaneidade está vivenciando profundas mudanças na organização política mundial, através de fenômenos, como a mundialização e a internacionalização dos direitos humanos. Ambos visam, exatamente, a atenuar as más conseqüências decorrentes da mitificação do mercado promovida pela globalização, que acabou por fazer mais ricos os ricos e empobrecer ainda mais os pobres.

O modelo de desenvolvimento capitaneado pelos países ricos mostrou-se econômica, social e ambientalmente insustentáveis. Os resultados decorrentes da crise gerada por este modelo foram a ampliação do gap entre os ricos e os pobres e a exploração desordenada das reservas

naturais, além dos seus limites de sustentabilidade; conseqüentemente, a globalização não inclusiva ocasionou instabilidades sócio-econômicas e políticas nos países periféricos. Por isso, a mundialização vem em substituição à globalização, porquanto inadmissível atribuir-se exclusivamente ao mercado a capacidade de fazer a inclusão dos excluídos, de reduzir a pobreza, de distribuir renda e outras medidas necessárias ao desenvolvimento sustentável, por não ser esse o seu propósito, que não é outro senão o do lucro. A mundialização busca equilibrar as exigências do mercado com as medidas necessárias ao desenvolvimento sustentável e à dignidade humana.

A realidade demanda a redefinição de vários conceitos e atitudes, até então considerados definitivamente sedimentados, como, por exemplo, os de Estado nacional e de soberania, que precisam ser redesenhados para tornarem-se capazes de ganhar concretude e estabelecer as competências necessárias que o Estado deve de desempenhar na qualidade de promotor do bem comum.

As únicas certezas, por enquanto, são as de que o dogma da soberania absoluta dos estados nacionais está totalmente superado, o estado mínimo neoliberal fracassou na realização da promoção do bem comum.

No século XX, assistiu-se à difusão dos regimes democráticos, com a outorga aos cidadãos de seus direitos civis e políticos.

Presenciou-se, ainda, o amadurecimento das democracias dos países emergentes, como é o caso do Brasil, que desde à Constituição de 1988 tem dado passos largos na consolidação de um regime político -democrático.

No final do século passado, vivenciou-se, também, a derrocada do estado mínimo na gestão do interesse da coletividade; foi a ideologia neoliberal, implementada com sucesso, a responsável pela situação de iniquidade social existente.

A despeito de a democracia despertar vocações para propiciar o desenvolvimento humano, não foi possível vislumbrar o surgimento de sociedades socialmente justas, nas democracias mais recentes, em estados periféricos. Por essa razão, os princípios da solidariedade e da cooperação despontam incisivamente no séc. XXI como forma de superar esse paradoxo.

Os direitos humanos encontram-se no epicentro da nova ordem mundial. A humanidade acredita ser política e moralmente inaceitáveis que cerca de um bilhão de pessoas sobrevivam miseravelmente, sem moradia, sem alimentação saudável, sem água potável, sem educação básica e sem assistência à saúde. Além disso, acredita-se que a segurança, a paz e a justiça só serão alcançadas se tais carências forem supridas. Por essa razão, a agenda do século XXI, traçada em setembro de 2000, na Conferência do Milênio, estabeleceu metas

relacionadas à implementação da qualidade de vida das populações carentes, consubstanciadas em um documento firmado por 189 Estados. Os compromissos assumidos pelos Estados perante a comunidade internacional inauguram um novo ciclo no progresso dos Direitos Humanos; além de reafirmar a internacionalização destes, emerge o direito à cooperação e à solidariedade. Esta é a nova etapa do desenvolvimento dos direitos humanos.

Doutrinariamente, a conseqüência do reconhecimento da internacionalização e universalização dos direitos humanos consiste, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no encerramento da dicotomia entre as teorias monista e dualista. O direito interno e o direito internacional, conforme leciona TRINDADE, formam um todo indivisível; interagem objetivando a máxima proteção da pessoa humana.

A promoção da interrelação dos direitos humanos nos planos interno e internacional é uma tendência das constituições no continente americano. Toma-se como exemplo a Constituição do Brasil, cujo art. 5º, §§ 1º e 2º, dispõe que os tratados definidores de direitos humanos em que o Brasil é parte integram o elenco dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, direta e imediatamente, exigíveis internamente.

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos também deixa evidente essa interação entre direitos humanos e direitos fundamentais. Os casos decididos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos têm repercutido profundamente nos ordenamentos jurídicos internos. As Cortes argentinas, equatorianas e costa-riquenhas, dentre outras, vêm adotando, como razão de decidir, a jurisprudência da Corte. No Chile, o caso *La Ultima Tentación de Cristo* motivou um projeto de emenda à Constituição, para adequá-la à Convenção Americana de Direitos Humanos.

O sistema regional de proteção dos direitos humanos encontra-se razoavelmente estruturado para atender as demandas existentes, necessitando, é óbvio, de medidas que permitam exercer com excelência o seu mister, como por exemplo, a legitimação da vítima para atuar diretamente perante a Corte.

O sistema interamericano dispõe de um conjunto de normas adequadas e atuais que são aplicadas pelos órgãos de garantia dos direitos humanos, a Comissão e a Corte, que não abrem mão de sua independência nem do comprometimento com a causa dos direitos humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos destaca-se pela presteza, eficiência, efetividade e qualidade dos seus pronunciamentos, quer em julgamentos provisórios ou nos definitivos, de fundo. Apesar

de algumas dificuldades enfrentadas, até o momento, não houve descumprimento de suas decisões.

O aspecto fundamental destacado na presente tese é a supranormatividade dos direitos humanos, direitos estes que se encontram situados no ápice da pirâmide normativa.

Intuitivamente, alcança-se esta conclusão, uma vez que o Direito, uma obra humana necessária para reger a vida em sociedade, tem por finalidade conferir a todos os indivíduos autonomia para poderem desenvolver livremente seus projetos de vida.

Os Direitos Humanos são *conditio sine qua non* para garantia do desenvolvimento destes projetos. Assim, não restam dúvidas de que o ordenamento jurídico deve ser interpretado a partir dos Direitos Humanos.

Os Estados comprometem-se, em um ambiente democrático, a promover os direitos humanos, conforme estatuído na Convenção Americana. O Estado Democrático, por sua vez, tem por fundamento maior o princípio da dignidade da pessoa humana. Daí elevarem-se todos os direitos diretamente relacionados a prover o indivíduo das condições necessárias à plena satisfação deste princípio.

É ponto pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que o Estado não pode furtar-se ao cumprimento do preceito estabelecido em

normas de direito internacional dos direitos humanos, sob a invocação do direito interno ou do princípio da soberania.

Além disso, quando o Estado, por qualquer razão, descumpre esse preceito fundamental que é o respeito à dignidade humana, entra em cena o sistema de proteção internacional dos direitos humanos, representado pelos órgãos de proteção regional, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesta perspectiva, sobressaem-se os julgamentos da Corte, em razão do seu caráter jurisdicional. “A jurisdição se organiza para a proteção de direitos e das liberdades, assegurados na ordem jurídica, contra o ilícito, e ilícito, em qualquer campo do Direito, é a inobservância da conduta normativamente valorada como devida, cuja ocorrência na prática, se se admitir a liberdade do reino humano, não estará fora da esfera do possível.”⁴⁰⁴

A principal característica dos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em razão da jurisdicionalidade de seus vereditos, é a definitividade, que os torna incontestáveis, intocáveis e irretratáveis.

A definitividade dos pronunciamentos da Corte, que atua subsidiariamente, isto é, quando falharam os mecanismos internos de

⁴⁰⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 50.

proteção dos direitos humanos, lhe confere a última palavra sobre a matéria. Assim, conseqüentemente, os julgamentos da Corte, cuja função precípua é proteger e garantir os direitos humanos através da interpretação e aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, têm caráter de supranormatividade em relação ao direito interno. Aos Estados incumbe única e exclusivamente cumprir com as decisões da Corte, não sendo legítima qualquer escusativa para não se curvar à autoridade da coisa julgada emanada da jurisdição internacional, nem mesmo impedimento de matiz constitucional.

Vislumbra-se, em relação aos direitos humanos, um futuro promissor, na medida em que cresce a consciência da existência destes direitos e da necessidade de protegê-los. Acredita-se que as incessantes violações de direitos humanos noticiadas cotidianamente não significam retrocesso na concretização destes direitos, porquanto os sistemas internos e internacionais de proteção destes direitos têm atuado no sentido de restaurar o statu quo ante e de processar e punir os responsáveis por tais violações. Além disso, a publicidade que se atribui a esses eventos contribui para a construção de uma cultura dos direitos humanos, fundamentalmente amparada na liberdade e na igualdade.

Entretanto, a realização plena dos direitos humanos depende, ainda, da democratização nas relações internacionais.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997,

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Constitucionalismo*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 1986, ano 22, v. 35, p. 5-62.

BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6^a ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus Editora, 2000

BRASIL, STF, ADIN nº 293-7/600-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 16.04.1993

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, www.stf.gov.br

BRAWERMAN, André, REZENDE, Fábio Teixeira, FARIAS, Valéria Cristina. *Nota introdutória à jurisdição consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Sistema Interamericano de Direitos Humanos – legislação e jurisprudência. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001.

CAMPOS, Julio D. González. RODRIGUEZ, Luis I. Sánchez. MARÍA, Paz Andrés Sáenz de Santa. *Curso de Derecho Internacional Publico*. 6^a ed. Madrid: Civitas, 1998

CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3^a ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho e Proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Euopa-América, 1971.

CARPIO, Ramiro de León. *Globalización, gobernabilidad democrática y vigencia de los derechos humanos*. In, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Governabilidad democrática y derechos humanos*. Caracas, 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
<http://www.corteidh.or.cr/>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual de la Corte interamericana de Derechos Humanos. Washington: Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, 1984.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual de la Corte interamericana de Derechos Humanos. Washington: Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, 1985.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual de la Corte interamericana de Derechos Humanos. Washington: Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, 1986.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual de la Corte interamericana de Derechos Humanos. Washington: Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, 1987.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual de la Corte interamericana de Derechos Humanos. Washington: Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, 1988.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual de la Corte interamericana de Derechos Humanos. Washington: Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, 1989.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual de la Corte interamericana de Derechos Humanos. Washington: Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, 1990.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual de la Corte interamericana de Derechos Humanos. Washington: Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, 1993.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual de la Corte interamericana de Derechos Humanos. Washington: Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, 1994.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual de la Corte interamericana de Derechos Humanos. Washington: Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, 1995.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual de la Corte interamericana de Derechos Humanos. Washington: Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, 1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual de la Corte interamericana de Derechos Humanos. Washington: Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie A: Fallos y Opiniones n° 16. San José: Secretaria de la Corte, 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie E: Medidas Provisionales n° 2. Compendio Julio 1996 - Junio 2000. San José: Secretaria de la Corte, 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 36. Caso Blake. San José: Secretaria de la Corte, 24/01/1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 37. Caso Paniagua Morales y otros. San José: Secretaria de la Corte, j. 08/03/1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 38. Caso Benavides Cevallos. San José: Secretaria de la Corte, j. 19/06/1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 39. Caso Garrido Baigorria. San José: Secretaria de la Corte, j. 27/08/1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 40. Caso Cantoral Benavides - Excepciones preliminares. San José: Secretaria de la Corte, j. 03/09/1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 41. Caso Castillo Petruzzi y otros - Excepciones preliminares. San José: Secretaria de la Corte, j. 04/09/1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 42. Caso Loyaza Tamayo - Reparaciones. San José: Secretaria de la Corte, j. 27/11/1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 43. Caso Castillo Paez - Reparaciones. San José: Secretaria de la Corte, j. 27/11/1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 44. Caso Suárez Rosero - Reparaciones. San José: Secretaria de la Corte, j. 20/01/1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 45. Caso Genie Lacayo - Reparaciones. San José: Secretaria de la Corte, j. 29/01/1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 46. Caso El amparo - Solicitud de interpretación de la sentencia de 14/09/1996. San José: Secretaria de la Corte, j. 16/04/1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 47. Caso Loyaza Tamayo - Solicitud de interpretación de la sentencia de 17/09/1997. San José: Secretaria de la Corte, j. 08/03/1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 48. Caso Blake - Reparaciones. San José: Secretaria de la Corte, 22/01/1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 49. Caso Cesti Hurtado - Excepciones preliminares. San José: Secretaria de la Corte, j. 26/01/1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 50. Caso Durand y Ugarte - Excepciones preliminares. San José: Secretaria de la Corte, j. 28/05/1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 51. Caso Suárez Rosero - Solicitud de interpretación de la sentencia sobre reparaciones. San José: Secretaria de la Corte, j. 29/05/1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 52. Caso Castillo Petruzzi y otros. San José: Secretaria de la Corte, j. 30/05/1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 53. Caso Loyaza Tamayo - Solicitud de interpretación de la sentencia sobre reparaciones. San José: Secretaria de la Corte, j. 03/06/1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 54. Caso Ivcher Bronstein - Competencia. San José: Secretaria de la Corte, j. 24/09/1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 55. Caso del Tribunal Constitucional - Competencia. San José: Secretaria de la Corte, j. 24/09/1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 56. Caso Cesti Hurtado. San José: Secretaria de la Corte, j. 29/09/1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 57. Caso Blake - Solicitud de interpretación de la sentencia sobre reparaciones. San José: Secretaria de la Corte, j. 01/10/1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 58. Caso del Caracazo. San José: Secretaria de la Corte, j. 11/11/1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 59. Caso Castillo Petruzzi y otros - Cumplimiento de sentencia. San José: Secretaria de la Corte, j. 17/11/1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 60. Caso Loyaza Tamayo - Cumplimiento de sentencia. San José: Secretaria de la Corte, j. 17/11/1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 61. Caso Baena Ricardo y otros - Excepciones preliminares. San José: Secretaria de la Corte, j. 18/11/1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 62. Caso Cesti Hurtado - Solicitud de interpretación de la sentencia de 29/09/1999. San José: Secretaria de la Corte, j. 19/11/1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 63. Caso Villagrán Morales y otros - "Niños de la Calle". San José: Secretaria de la Corte, j. 19/11/1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias n° 47. Caso Loyaza Tamayo - Solicitud de interpretación de la sentencia de 17/09/1997. San José: Secretaria de la Corte, j. 08/03/1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias nº 64. Caso Trujillo Oroza. San José: Secretaria de la Corte, j. 26/01/2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias nº 65. Caso Cesti Hurtado - Interpretación de la sentencia de fondo. San José: Secretaria de la Corte, j. 29/01/2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias nº 66. Caso de la Comunidad Mayagna - Excepciones preliminares. San José: Secretaria de la Corte, j. 01/02/2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias nº 67. Caso las Palmeras - Excepciones preliminares. San José: Secretaria de la Corte, j. 04/02/2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias nº 68. Caso Durand y Ugarte. San José: Secretaria de la Corte, j. 16/08/2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias nº 69. Caso Cantoral Benavides. San José: Secretaria de la Corte, j. 18/08/2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie C: Resoluciones y Sentencias nº 70. Caso Bámaca Velásquez. San José: Secretaria de la Corte, j. 25/11/2000.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Legal Consequences For States Of The Continued Presence Of South Africa In Namibia (South-West Africa) NOTWITHSTANDING SECURITY COUNCIL RESOLUTION 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/inamsummary710621.htm>

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: UNB, 2001.

DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999

DUROSELLE, Jean-Baptiste. *Todo império perecerá*. Brasília: UNB, 2000.

DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas e derecho constitucional*. Barcelona: Ariel, 1962,

- FABRIZ, Daury César. *Bioética e Direitos Fundamentais: A Bioconstituição como paradigma do Biodireito*. Belo Horizonte: UFMG, Tese de Doutorado
- FERRAJOLI, Luigi. *O estado constitucional de direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade*. In, IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Editorial Trotta, Madrid, 1996
- FIX-ZAMUDIO, Hector. Prólogo do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Medidas Provisionales nº 1, Compêndio Serie E: Medidas Provisionales nº 1, 1987/1996, <http://www.corteidh.or.cr/seriee1/prologo.html>, consultado em 15/10/2001.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. Reflexiones comparativas sobre las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos. In, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Governabilidad democrática y derechos humanos*. Caracas, 1997.
- GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1993
- GOMES, Luiz Flávio, PIOVESAN, Flávia (Coord.) *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. AIDE: Rio de Janeiro, 1992.
- GORDILLO, Agustin. *Derechos Humanos*. 4ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1999.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.) *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- HABERLE, Peter. *Jurisprudencia constitucional*. In, Pina, Antonio López (coord.). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid: Civitas, 1991
- HELD, David. *Modelos de Democracia*. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1987
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

- HESSE, Konrad. *Significado de los Derechos Fundamentales*, In, BENDA, MAIHOFER, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.
- JAYME, Fernando G. *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.
- JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954.
- JOLLY, Richard (Coord.). *Informe sobre desarrollo humano 2000*. Madrid: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo: Ediciones Mundi Prensa, 2000.
- KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LASSO, José Ayala. Bases para uma Agenda Iberoamericana de Derechos Humanos. In, *Governabilidad democrática y derechos humanos*. Caracas, 1997, p.117-122.
- LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1995.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1976.
- LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos. Estado de derecho e Constitución*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- MARITAIN, Jacques. *O Homem e o Estado*. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1952.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional, t. I*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- MAIHOFER, Werner. *Principios de una democracia en libertad*. In, BENDA, MAIHOFER, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996

- MALATESTA, Nicola. *Lógica das Provas*. 2ª ed. São Paulo: Bookseller, 2001.
- MARITAIN, Jacques. *O Homem e o Estado*. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1952.
- MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 1º vol., 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- MONTORO, André Franco. *Cultura dos Direitos Humanos*. In, MARCÍLIO, Maria Luiza, PUSSOLI, Lafaiete (coord.) *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTR, 1998.
- MÜLLER, Friederich. *Quem é o povo ?* 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização*. Revista de Direito Constitucional e Internacional: São Paulo, Revista dos Tribunais, out- dez/2001, nº 37.
- PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.103-151
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª ed., Coimbra: Armênio Amado Editor, 1997.
- RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant -seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 2ªed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *Os direitos humanos e a constituinte*. Revista Brasileira de Estudos Políticos: Belo Horizonte, Separata do nº 82, 1996.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. Vol. II. São Paulo: Ática, 1994.

SCHAMA, Simon. *Cidadãos - Uma crônica da Revolução Francesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SEINTEFUS, Ricardo. *Haiti - A soberania dos ditadores*. Poro Alegre: Solivros, 1994.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa - Qu'est-ce que le Tiers État ?*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos Direitos Humanos*. <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/107/4.pdf>

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luiz Flávio PIOVESAN, Flávia (Coord.) *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Prólogo do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In, Medidas Provisionales nº 2, Compêndio: julio 1996 – junio 2000, São José: Secretaria de la Corte, 2000, p. VII/XVIII, p. XVIII.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado Internacional dos Direitos Humanos*. Vols. I e II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Etapas e transformaciones del constitucionalismo social (Los problemas del "Estado Social de Derecho")*

VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de Filosofia II - Ética e cultura*. São Paulo: Edições Loyola, s.d.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha por el estado de derecho*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.

WANDERLEY JR. Bruno. *Consórcio Internacional de Meio Ambiente*. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: UFMG, 2000.