

Thiago Oliveira Moreira - Coordenador
Yara Maria Pereira Gurgel - Coordenadora
Francisco Camargo Alves Lopes Filho - Organizador

VOLUME 1

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

AUTORES:

Beatriz Lodônio Dantas
Bianca Gomes Fonseca de Sá
Bruno Pereira de Andrade
Felipe Simor de Freitas
José Claudio Monteiro de Brito Filho
Manuele Sarmento da Silva
Maria Clara Araújo de Almeida
Maria Francimar Carvalho Costa

Marina Ubarana Marinho
Pedro Augusto Costa Vale
Tatiana Cardoso Squeff
Thiago Oliveira Moreira
Túlio Cesar Pereira Filho
Vanessa Rocha Ferreira
William E. Nunes Pereira

PREFÁCIO:

Wagner Menezes

**O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS
E AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE**

Coordenadores

Thiago Oliveira Moreira
Yara Maria Pereira Gurgel

Organizador

Francisco Camargo Alves Lopes Filho

O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE



Natal, 2021

F481d

Filho, Francisco Camargo Alves Lopes (org.)

O Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade / Francisco Camargo Alves Lopes Filho (org.), Thiago Oliveira Moreira (coord.) & Yara Maria Pereira Gurgel (coord.). – 1. Ed. – Natal – RN: Polimatia, 2021.
340 p: (Série, v. 1); EBOOK

Inclui Bibliografia

ISBN 978-65-992697-9-0

1. Direito. 2. Direito Internacional. 3. Direitos Humanos. I. Moreira, Thiago Oliveira. II. Gurgel, Yara Maria Pereira. III. Título.

CDD: 341.481
CDU: 342.7/49

As opiniões externadas nas contribuições deste livro são de exclusiva responsabilidade de seus autores.

Todos os direitos desta edição reservados à Editora Polimatia
Rua Barão de Lucena, n. 62
Bairro Pitimbu | 59.066-285 | Natal-RN | Brasil
e-mail: editorapolimatia@gmail.com
Telefone: 84 99145-5262

CONSELHO CIENTÍFICO

Erivaldo Moreira Barbosa

(Universidade Federal de Campina Grande)

Fabio da Silva Veiga

(Universidade Lusófona do Porto - Portugal)

Fabrcio Germano Alves

(Universidade Federal do Rio Grande do Norte)

José Carlos de Medeiros Nóbrega

(European Legal Studies Institute, Universität Osnabrück - Alemanha)

José Orlando Ribeiro Rosário

(Universidade Federal do Rio Grande do Norte)

José Noronha Rodrigues

(Universidade dos Açores - Portugal)

Juan Manuel Velázquez Gardeta

(Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea - Espanha)

Orione Dantas de Medeiros

(Universidade Federal do Rio Grande do Norte)

Ricardo Sabastián Piana

(Universidad Nacional de La Plata)

Roberto Muhájir Rahnemay Rabbani

(Universidade Federal do Sul da Bahia)

Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira

(Centro Universitário Unieuro)

Robson Antão de Medeiros

(Universidade Federal da Paraíba)

Thiago Oliveira Moreira

(Universidade Federal do Rio Grande do Norte)

Valfredo de Andrade Aguiar Filho

(Universidade Federal da Paraíba)

Yanko Marcus de Alencar Xavier

(Universidade Federal do Rio Grande do Norte)

SUMÁRIO

Prefácio	11
Apresentação	15
Sobre os Coordenadores e o Organizador	17
Sobre os Autores	19

PARTE I

SISTEMA ONUSIANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

A (não) concessão de refúgio às vítimas de tráfico internacional de pessoas no Brasil	25
--	----

Beatriz Lodônio Dantas
Thiago Oliveira Moreira

A execução do aborto legal em casos de violência sexual no Brasil à luz do Direito Internacional: uma análise do sistema onusiano de proteção dos direitos das mulheres	63
--	----

Manuele Sarmiento da Silva

Between protection and freedom: a study on the impact of the upcoming international treaty on business and human rights in the Brazilian legal system.....91

Maria Clara Araújo de Almeida
Thiago Oliveira Moreira

PARTE II
SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO
AOS DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos e os crimes cometidos durante a ditadura militar: uma análise jurisprudencial à luz da criminologia crítica.....123

Bianca Gomes Fonseca de Sá

A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos frente aos casos de violação de direitos das crianças em situação de privação de liberdade.....149

Marina Ubarana Marinho

PARTE III
SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O diálogo entre os Tribunais Constitucionais com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos à luz do protocolo 16 à Convenção Europeia de Direitos Humanos.....179

Túlio Cesar Pereira Filho
Thiago Oliveira Moreira

Implementation of the non-refoulement principle in the European Court of Human Rights' jurisprudence.....	205
--	------------

Pedro Augusto Costa Vale
Thiago Oliveira Moreira

PARTE IV
CAPÍTULOS DOS MESTRANDOS DO PPGD/UFRN

Os direitos humanos e as desigualdades regionais e sociais.....	231
--	------------

William E. Nunes Pereira

O desenvolvimento progressivo previsto no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o Princípio da Reserva do Possível.....	249
---	------------

Maria Francimar Carvalho Costa

A natureza jurídica das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua execução na jurisdição brasileira.....	269
---	------------

Bruno Pereira de Andrade

PARTE V
CAPÍTULOS CONVIDADOS

Direitos humanos, pessoa com deficiência e mercado de trabalho: a política de cotas no Brasil.....	293
---	------------

José Claudio Monteiro de Brito Filho
Vanessa Rocha Ferreira

A Corte IDH entre a cruz e a espada: reflexões sobre as consequências do seu ativismo frente a justiciabilidade do art. 26 da CADH.....313

Tatiana Cardoso Squeff

Felipe Simor de Freitas

PREFÁCIO

É com imenso júbilo que apresento à comunidade acadêmica a obra: “O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE”, coordenada pelos professores THIAGO OLIVEIRA MOREIRA e YARA MARIA PEREIRA GURGEL e organizada pelo professor FRANCISCO CAMARGO ALVES LOPES FILHO, publicada pela Editora Polimatia para o mercado editorial brasileiro com selo especial da Academia Brasileira de Direito Internacional.

A obra é expressão de um trabalho coletivo, sob liderança de importantes professores que, entre a organização e a coordenação, debruçaram-se para que os artigos tivessem sistematicidade, sendo seu discurso conduzido por um objeto central, tendo como fio condutor o Direito Internacional dos Direitos Humanos e discussão sob várias perspectivas das pessoas em situação de vulnerabilidade.

O presente livro, no seu conjunto, é um repertório de abordagens com artigos de diversos pesquisadores provenientes e ligados a diferentes escolas de pensamento, organizado sistematicamente para o aprofundamento da temática central, o que representa a diversidade de pensamento compondo um conteúdo dialético e reflexivo.

Trata-se de obra inédita e bastante oportuna em um momento que o Direito Internacional passa por um processo de expansão normativa e humanização que resulta justamente na centralidade de preocupação normativa internacional com temas voltados à proteção dos Direitos Humanos e sua efetividade.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é capítulo importante do Direito Internacional contemporâneo, e que requer rigor científico no seu tratamento e análise para se distanciar de discursos panfletários e ativistas tão comuns no meio acadêmico e que acabam influenciando debates inconsistentes e epistemologicamente superficiais que pouco contribuem para a consolidação doutrinária dos temas que compõem seu debate. A obra, em sua essência, é voltada justamente para o desenvolvimento de análises normativas sólidas que envolve o

Direito Internacional dos Direitos Humanos a partir de reflexões trazidas pelos capítulos e seus autores.

Especificamente, a obra é voltada a analisar tema de profunda relevância na atualidade, as pessoas em situação de vulnerabilidade, cuja preocupação atinge toda sociedade humana e reflete o pensamento humanista-normativista atual da centralidade do ser humano como parâmetro para compreender a eficácia do sistema jurídico como um todo e seu conjunto normativo.

No atual cenário global, o crescimento da densidade populacional, os problemas com meio ambiente, os conflitos armados, a criminalidade internacional impõem ao Direito Internacional dos Direitos Humanos medidas normativas que obriguem os Estados e povos a adotarem ações voltadas para proteção do indivíduo, especialmente aquele em situação de hipossuficiência diante de um cenário opressor em que Estados e particulares, a partir dos discursos de ódio, se distanciam da solidariedade humana, agindo com insensibilidade e descaso com aqueles que mais necessitam de apoio do Estado e da sociedade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e Econômicos, Sociais e Culturais, a estruturação de sistemas regionais e a celebração de diferentes tratados para proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade demonstram claramente uma ação internacional voltada à sensibilização e mobilização dos povos para proteção e efetivação das pessoas em situação de vulnerabilidade.

A obra é articulada didaticamente pelos coordenadores em cinco partes, partindo da análise do sistema das Nações Unidas, passando pelo Sistema Interamericano e Sistema Europeu para proteção dos Direitos Humanos o que, por si só, bastaria como capítulos coerentes, mas, também, é reforçada por trabalhos de mestrandos do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e por artigos de professores convidados, todos voltados, especificamente, para a discussão sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Na primeira parte, no contexto do sistema das Nações Unidas são discutidos a concessão do refúgio às vítimas de tráfico internacional e o aborto em caso das vítimas que sofreram violência sexual e a proposta de um tratado sobre empresas e Direitos Humanos, especificamente com enfoque sobre as pessoas em estado de vulnerabilidade.

A seguir, na segunda e terceira parte do livro, a partir da abordagem sobre os sistemas Interamericano e Europeu, os autores se dedicam a analisar as

vítimas da ditadura militar e a violação aos direitos das crianças, o diálogo entre cortes constitucionais e de Direitos Humanos e a aplicação e reconhecimento de princípios modeladores de sua interpretação normativa.

Por sua vez, no quarto capítulo, os estudantes de mestrado da UFRN analisam as desigualdades regionais e sociais frente à proteção dos Direitos Humanos, natureza jurídica das sentenças da Corte Interamericana e os princípios orientadores de sua interpretação. Finalmente, no último capítulo, são tratados por professores convidados o tema das pessoas com deficiência e mercado de trabalho e, também, o ativismo judicial.

A obra, em seu conjunto, traz discussão importante para a comunidade acadêmica não apenas em razão de sua sistematicidade, mas pelo conteúdo dos artigos discutidos, merecendo ser recebida e debatida nos espaços de discussão acadêmica.

O livro retrata preocupação com as pessoas em vulnerabilidade, e a extensão dos direitos a serem aplicados com enfoque teórico no Direito Internacional dos Direitos humanos, podendo se compreender, a partir disso, a edificação de um entendimento reflexivo que desenvolve importante campo de estudo para a academia brasileira e que serve como um instrumento para o aprofundamento sobre o tema não só para o Direito, mas também para outros cursos que dialoguem com ele.

Este livro, como obra reflexiva, é de fundamental importância para o estudo do Direito Internacional no Brasil e, seguramente, contribuirá para o desenvolvimento de pesquisa, trazendo importantes e diferentes análises sobre os Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade, não só pela emergência do tema, mas pela densidade das reflexões, sendo referencial de estudo que deve compor as bibliotecas mais qualificadas para estudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

São Paulo, 10 de outubro de 2021

PROFESSOR WAGNER MENEZES

*Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).
Fellow Professor na Universidade da Califórnia – Berkeley, Livre-docente, Pós-doutor
pela Universidade de Padova, Itália, Presidente da Academia Brasileira de Direito
Internacional (ABDI); Diretor da Sociedade Brasileira de Direito Internacional
(SBDI).*

APRESENTAÇÃO

É com enorme satisfação que se apresenta o livro O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE – Vol. I. Trata-se de uma obra que conta com 12 (doze) artigos científicos, de autoria de discente da graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), além de artigos convidados de professores/pesquisadores do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) e da Universidade Federal de Uberlândia (MG).

O presente livro decorre das atividades do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN), do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN, bem como da disciplina Direito Internacional dos Direitos Humanos, que foi oferecida no semestre 2020.2, ao Curso de Direito da UFRN, na qualidade de componente curricular optativo.

O objetivo maior do presente livro é incentivar a produção acadêmica em matéria de Direito Internacional dos Direitos Humanos, ainda na graduação, para despertar o interesse acerca do tema e instigar que os autores busquem ingressar na Linha 03 – Direito Internacional e Concretização dos Direitos – do Mestrado em Direito da UFRN, já que os coordenadores integram o referido Programa e Linha.

Alguns pontos precisam ser destacados. Inicialmente, pensando em tentar promover a internacionalização da obra, há dois artigos escritos em inglês. Por outro lado, dos 15 (quinze) autores, 8 (oito) são mulheres, o que demonstra a preocupação dos coordenadores em ampliar o espaço da produção científica feminina no âmbito jurídico. Além disso, a obra buscou integrar pesquisadores de programas de pós-graduação de 03 (três) instituições de ensino (UFRN, CESUPA e UFU), bem como atender aos requisitos do Qualis Livros, da CAPES.

Com efeito, registra-se o agradecimento ao Prof. Dr. Wagner Menezes (USP), pelo honroso prefácio; a Academia Brasileira de Direito Internacional

(ABDI), por apoiar a presente iniciativa; ao Departamento de Direito Privado da UFRN, que abriga a disciplina Direito Internacional dos Direitos Humanos; ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UFRN, por sempre apoiar a pesquisa e produção científica; ao Colegiado do Curso de Direito da UFRN, que aceitou incluir a mencionada disciplina no rol dos componentes curriculares optativos do citado Curso; ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN; e, por fim, ao Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho e a Profa. Dra. Tatiana Cardoso Squeff, por terem aceitado o modesto convite para participar da obra como autores convidados.

Por fim, espera-se que o livro em tela possa contribuir, ainda que modestamente, para os estudos sobre o Direito internacional dos Direitos Humanos e sua concretização no âmbito doméstico, notadamente no que concerne aos direitos humanos das pessoas em situação de vulnerabilidade.

Em nome dos coordenadores e organizador,

Prof. Dr. Thiago Oliveira Moreira

Professor Adjunto da UFRN (Graduação e Pós-Graduação)

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU)

Mestre em Direito pela UFRN

Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN

Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN

Líder do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as
Pessoas em Situação de Vulnerabilidade

SOBRE OS COORDENADORES E O ORGANIZADOR

COORDENADORES

Thiago Oliveira Moreira

Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Graduação e Mestrado). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN. Vice-coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN. Membro do Conselho Nacional da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN).

Yara Maria Pereira Gurgel

Pós-Doutora em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/FDUL. Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Professora Associado III do Curso de Direito (Graduação e PPGD) da UFRN. Advogada. Coordenadora Adjunta do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN).

ORGANIZADOR

Francisco Camargo Alves Lopes Filho

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista e Bacharel em Direito pela UFRN. Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte (MPRN). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN).

SOBRE OS AUTORES

Beatriz Lodônio Dantas

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN).

Bianca Gomes Fonseca de Sá

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Bruno Pereira de Andrade

Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Felipe Simor de Freitas

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Especializando em Direitos Humanos pela Faculdade CERS/CEI. Especialista em Direito Previdenciário e Direito Processual Civil pela IMED. Juiz Federal Substituto do TRF da 1ª Região.

José Claudio Monteiro de Brito Filho

Doutor em Direito pela PUC/SP. Vice-coordenador do PPGD e Editor-chefe da Revista Jurídica do CESUPA. Titular da Cadeira no 26 da ABDT.

Manuele Sarmiento da Silva

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Maria Clara Araújo de Almeida

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Maria Francimar Carvalho Costa

Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD/UFRN). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo PPGD/UFRN.

Marina Ubarana Marinho

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Pedro Augusto Costa Vale

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisador do Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte (OBDI/UFRN).

Tatiana Cardoso Squeff

Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e professora adjunta de Direito Internacional da Universidade Federal de Uberlândia. Doutora em Direito Internacional pela UFRGS, com período sanduíche junto à University of Ottawa. Mestre em Direito pela UNISINOS, com bolsa CAPES/DEAIT e período de estudos junto à University of Toronto. Membro da ILA-Brasil e da ASADIP. Orcid n. 0000-0001-9912-9047.

Thiago Oliveira Moreira

Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Graduação e Mestrado). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN. Vice-coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN. Membro do Conselho Nacional da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN).

Túlio Cesar Pereira Filho

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN).

Vanessa Rocha Ferreira

Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (Unama/PA). Professora

do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Auditora do Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE/PA).

William E. Nunes Pereira

Técnico contábil com graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Federal da Paraíba (1994) e em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2018). Especialização em Gestão dos Recursos Humanos pela UFRN (2003), mestrado em Economia pela Universidade Federal da Paraíba (1998), mestrando em direito (UFRN) e doutorado em Ciências Sociais pela UFRN (2008). Atualmente é professor Associado do Departamento de economia e do programa de Mestrado em Economia da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Espaço, Trabalho, Inovação e Sustentabilidade (GEPETIS) e membro do Grupo Estudos em Desenvolvimento (GEDEN). Editor da Revista de Economia Regional, Urbana e do Trabalho – RERUT.

PARTE I

**SISTEMA ONUSIANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS
HUMANOS**

A (não) concessão de refúgio às vítimas de tráfico internacional de pessoas no Brasil

Beatriz Lodônio Dantas¹
Thiago Oliveira Moreira²

1 INTRODUÇÃO

O tráfico internacional de pessoas é um complexo fenômeno multidisciplinar com raízes históricas, econômicas, políticas, sociais e culturais e o contexto do movimento migratório. Na conjuntura de globalização cunhada pelo século XXI, esta temática é reconhecida pela sua intrínseca conexão com o fluxo migratório internacional e questões associadas.

Trata-se de uma das formas mais graves de violação dos direitos humanos, de natureza prolongada, envolvendo em muitos casos a privação de liberdade, a exploração sexual, o trabalho em condições análogas à de escravo, a adoção ilegal e a extração de órgãos, tecidos ou partes do corpo. Neste sentido, questiona-se: a partir dos tratados internacionais incorporados pelo Brasil e com base na legislação brasileira, é possível reconhecer a condição de refugiado às vítimas de tráfico internacional de pessoas?

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN).

2 Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Graduação e Mestrado). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN. Vice-coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN. Membro do Conselho Nacional da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN).

Com o presente trabalho, pretende-se demonstrar que a partir de uma interpretação extensiva lastreada na normativa internacional, interamericana e brasileira, é possível reconhecer a condição de refugiado às vítimas do tráfico internacional de pessoas no Brasil.

Para responder a presente problemática, alguns objetivos precisam ser alcançados. Inicialmente, é importante verificar as tendências relativas a esse crime apontadas em relatórios internacionais e nacionais; em seguida, é necessário compreender a evolução e o alcance da normativa sobre o tráfico internacional de pessoas em nível global, interamericano e brasileiro, contemplando as medidas de proteção lançadas; por último, há que se determinar a relação entre o refúgio e o tráfico de pessoas.

Para que os objetivos outrora elencados sejam atendidos, o trabalho valeu-se do método de abordagem dedutivo, pautado na técnica de pesquisa bibliográfica. Foram colhidos dados nos relatórios globais sobre o tráfico de pessoas publicados pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) e nos relatórios nacionais publicados pelo Ministério da Justiça em parceria com o UNODC, com recorte temporal entre o ano 2012 e maio do ano de 2021, a fim de viabilizar a análise das estatísticas e tendências atuais no Brasil e no mundo. Além disso, consultou-se as normativas internacional, interamericana e a legislação brasileira relativas ao tráfico internacional de pessoas e ao refúgio, complementando-se com a pesquisa doutrinária.

A pesquisa se justifica na medida em que busca fortalecer a proteção às vítimas do tráfico internacional de pessoas, não as reduzindo a um papel secundário. É nesta linha que o reconhecimento da condição de refugiado desponta como alternativa para resguardar estes indivíduos hipervulneráveis. Espera-se demonstrar que o ramo do direito internacional dos refugiados pode figurar como ramo subsidiário apto a salvaguardar estes indivíduos e contribuir com a prevenção da revitimização.

2 A (LAMENTÁVEL) REALIDADE DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS

Não obstante os avanços trazidos pelo século XXI nos âmbitos científico, tecnológico, econômico e social, a comercialização e redução de seres humanos à

condição de mercadorias subsiste como uma trágica realidade, vitimizando pessoas em todo o mundo³.

Se por um lado o processo de globalização proporcionou a maior interação entre indivíduos, a facilidade na comunicação e na transferência de informações e o desenvolvimento das relações exteriores, por outro trouxe a expansão do crime organizado transnacional⁴, a concentração de riqueza e exclusão, o processo de concentração e privatização do conhecimento e o desencontro entre a abertura dos mercados e o tratamento conferido aos migrantes, colaborando para a violação dos direitos básicos da força de trabalho vinda do exterior⁵.

Quando comparado com o tráfico de drogas e armas, o tráfico internacional de pessoas possui uma tendência muito mais grave, pois além de crueldade e complexidade envolvidas, atinge diretamente a condição humana⁶. As vítimas estão sujeitas a “violações ao direito à vida, à liberdade, à integridade física, a condições favoráveis de trabalho, à igualdade perante a lei, à liberdade de movimento, a não sofrer torturas e outras formas de tratamento desumano ou degradante”⁷.

3 Neste sentido, Carmen Ruiz Sutil afirma que: “La trata de seres humanos es calificada como la ‘versión moderna’ de la trata de esclavos que se produjo hasta el siglo XIX, aunque la nueva esclavitud del siglo presente es más rentable, porque se fundamenta en una relación de dominio en la que el valor de adquisición y mantenimiento del esclavo contemporáneo es bastante inferior”. RUIZ SUTIL, Carmen. La Técnica Legal del “Hilo de Ariadna” en la Protección Internacional para la Esclava de la Trata. In: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 7, n. 2, 2015. p. 321.

4 MATHIASSEN, Bo Stenfeldt; RIBEIRO, Elisa; VITÓRIA, Rodrigo. O Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime e o enfrentamento ao Tráfico de Pessoas: uma abordagem voltada para o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. ANJOS, Fernanda Alves dos *et al.* (org.). *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 53.

5 HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Tráfico de pessoas e quatro falsas verdades. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. São Paulo, 2019. p. 165. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/revs/DIVERSOS/REVISTA-ESPECIAL-2019_com_LINKS.pdf. Acesso em: 19 abr. 2020.

6 ANJOS, Fernanda Alves dos; ABRÃO, Paulo. Enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil: perspectivas e desafios. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. ANJOS, Fernanda Alves dos *et al.* (org.). *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 216.

7 PINCOWSKA CARDOSO CAMPOS, Bárbara. O tráfico de pessoas à luz da normativa internacional de proteção dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 7, p. 43, dez. 2006. ISSN 1677-1419.

Não há como conceber um perfil pré-estabelecido da vítima do crime em comento em razão da variação provocada pela demanda e a lógica do mercado onde a exploração ocorre⁸. Entretanto, é possível apontar o recorrente abuso da situação de vulnerabilidade onde o indivíduo está inserido, compreendida como o aproveitamento da situação de fragilidade com o intuito de conseguir um consentimento – incompatível com uma vontade livre de vícios⁹.

Sem embargo, qualquer pessoa pode ser alvo do tráfico internacional de pessoas, independentemente de sua faixa etária, bem como ser explorada: i) sexualmente: pela prostituição, turismo sexual, pornografia; ii) por trabalhos ou serviços forçados: realizados sob ameaças, reclusão, longas jornadas, por uma retribuição econômica ínfima ou inexistente; iii) pelo casamento servil: envolve situações de violência física e sexual, trabalhos forçados, isolamento; iv) pela mendicância: a vítima é compelida a pedir esmolas em um esquema de agenciamento feito pelo traficante; e, v) pela extração de órgãos: para tráfico e comercialização¹⁰.

Em razão disso, será feita uma breve análise das tendências do tráfico internacional de pessoas a nível mundial tomando por base os relatórios globais lançados pelo UNODC e, posteriormente, a situação brasileira será descrita consoante os relatórios nacionais produzidos pelo Ministério da Justiça em parceria com o UNODC, ambos publicados no período compreendido entre 2012 e maio de 2021.

Importa frisar por ora que em razão das características inerentes a sua natureza, o tráfico de pessoas conta com uma das maiores “cifras negras”, o que significa dizer que há um largo subregistro¹¹. Dado o objeto da pesquisa, o foco será sobre as estatísticas relativas ao tráfico internacional de pessoas, portanto, os dados relativos ao tráfico interno não serão objeto de análise.

2.1 O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS NO MUNDO

8 INTERNATIONAL CENTRE FOR MIGRATION POLICY DEVELOPMENT. *Guia de assistência e referenciamento de vítimas de tráfico de pessoas*. p. 50. Disponível em: https://legado.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/guia_assistencia_icmpd_versao_digital_simples_final.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021.

9 *Ibid.* p. 18.

10 FERREIRA, Micaela Amorim; CORRÊA BORGES, Paulo César. Tráfico de pessoas como problema internacional e panorama legislativo de combate. In: SCAMPINI, Stella Fátima (coord.). *Tráfico de pessoas: coletânea de artigos*. v. 2. Brasília: MPF, 2017. p. 25-26.

11 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 248.

Consoante o Relatório Global sobre o Tráfico de Pessoas¹² publicado em 2012, pessoas de pelo menos 136 nacionalidades foram traficadas e detectadas em 118 países. As mulheres representavam entre 55% e 60% do total de vítimas traficadas; o percentual de meninas aumentou e variou entre 15% e 20%; os homens correspondiam entre 14% e 18%; e os meninos foram detectados no percentual entre 8% e 10%.

Foi sinalizado o aumento do número do tráfico infantil, sendo a proporção de pelo menos 2 meninas a cada 3 crianças. Ademais, o tráfico para fins de exploração sexual incidiu em 58% de todos os casos; o tráfico para fins de trabalho forçado dobrou e consistiu em 36%; o tráfico para remoção de órgãos representou 0,2%; e em 6% foi detectado o tráfico para outras finalidades.

Por sua vez, o Relatório Global sobre o Tráfico de Pessoas¹³ publicado em 2014 atestou que vítimas de 152 nacionalidades distintas foram encontradas em 124 países ao redor do mundo. Do total, 49% das vítimas de tráfico de pessoas eram mulheres adultas; 18% eram homens, 12% eram meninos; e 21% eram meninas. Com efeito, o crime de tráfico de pessoas afetou praticamente todos os países em todas as regiões do mundo, tendo sido identificados pelo menos 510 fluxos de tráfico com base em dados oficiais comunicados pelas autoridades nacionais.

Em relação as formas de exploração, apesar da maioria das vítimas ter sido submetida a exploração sexual, foi percebido um aumento considerável das outras formas de exploração com destaque para o aumento da exploração para fins de trabalho forçado. Neste sentido, o tráfico para fins de exploração sexual foi detectado em 53%; o tráfico para fins de trabalho forçado em 40%; o tráfico para fins de remoção de órgãos 0,3%; e outras formas de exploração em 7%.

No Relatório Global sobre o Tráfico de Pessoas¹⁴ publicado em 2016, foi percebida uma mudança no perfil das vítimas detectadas. Conquanto as mulheres constituam a maior parte, houve uma diminuição geral na proporção de vítimas

12 UNODC, global report on trafficking in persons 2012. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/TraffickinginPersons2012web.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.

13 UNODC, global report on trafficking in persons 2014. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//TopicsTIP/Publicacoes/GLOTIP2014fullreport.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.

14 UNODC, global report on trafficking in persons 2016. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/2016_Global_Report_onTrafficking_in_Persons.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021.

do sexo feminino e um aumento na tendência para detecções de homens ao longo da última década. Percentualmente, as mulheres incidiram em 51% das vítimas; os homens em 21%; as meninas em 20%; e os meninos em 8%.

O relatório de 2016 aponta o tráfico para exploração sexual e para o trabalho forçado como as formas mais detectadas, mas ressalta que vítimas de tráfico também podem ser exploradas de muitas outras maneiras, como por exemplo, serem usadas para mendicância, para casamentos forçados ou simulados, para fraude de benefícios e para produção de pornografia ou remoção de órgãos. Assim, as tendências relativas a 2014 mostraram a incidência do tráfico para fins de exploração sexual em 54%; para fins de trabalho forçado em 38%; e para outras formas de exploração em 8%.

Posteriormente, os dados do Relatório Global sobre o Tráfico de Pessoas 2018¹⁵ apontam que em 2016 foi detectado um aumento de 40% no número de pessoas traficadas em comparação com o ano de 2011, com um pico de mais de 24.000 vítimas. A depender da modalidade exploração, os perfis das vítimas apresentaram variações, mas do total de vítimas as mulheres representaram 49%; os homens 21%; os meninos 7%; e as meninas 23%. Os registros apontaram a detecção do tráfico para fins de exploração sexual em 59%; para fins de trabalho forçado em 34%; e 7% para outras formas de exploração.

Mais recentemente, o Relatório Global sobre o Tráfico de Pessoas¹⁶ de 2020 baseia-se em dados de 148 países, mostrando que no total, 50% das vítimas detectadas foram traficadas para exploração sexual; 38% para trabalho forçado; e 6% exploração em atividades criminosas; e mais de 1% para exploração na mendicância. Em números menores estavam vítimas para casamentos forçados, remoção de órgãos e outros fins. Em 2018, 46% das vítimas detectadas eram mulheres, 19% eram meninas, 15% eram meninos e 20% eram homens.

O relatório alerta que a recessão econômica provocada pela COVID-19 colocará mais pessoas em risco de serem traficadas. Nesse seguimento, são mais vulneráveis os migrantes sem documentação, pessoas desesperadas na busca de um emprego e os trabalhadores migrantes.

15 UNODC, relatório global sobre o tráfico de pessoas 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//TopicsTIP/Publicacoes/TiPPT.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

16 UNODC, global report on trafficking in persons 2020. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP202015janweb.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

Logo, da análise conjunta dos relatórios globais, contata-se que as mulheres adultas constituem a maior parte das vítimas do tráfico de pessoas¹⁷, mas há uma tendência de crescimento do percentual masculino e infantil. A modalidade mais detectada é o tráfico para exploração sexual, mas é perceptível o aumento de outras formas de exploração, destacando-se o trabalho forçado. Por último, os impactos da COVID-19 importarão uma carga extra de fragilidade para indivíduos hipervulneráveis por aumentar a desigualdade entre os países e dentro deles. Para melhor compreensão, os dados foram organizados na seguinte tabela:

	Percentual do Total de Vítimas:	Percentual das Formas de Exploração:
2012	Mulheres: entre 55% e 60%; Meninas: entre 15% e 20%; Homens: entre 14% e 18%; e os Meninos entre 8% e 10%.	Exploração sexual: 58%; Trabalho forçado: 36%; Remoção de órgãos: 0,2%; e 6% outras formas de exploração.
2014	Mulheres adultas: 49%; Meninas: 21%; Homens: 18%; Meninos: 12%.	Exploração sexual: 53%; Trabalho forçado: 40%; Remoção de órgãos: 0,3%; e 7% outras formas de exploração.
2016	Mulheres: 51%; Meninas: 20%; Homens: 21%; Meninos: 8%.	Exploração sexual: 54%; Trabalho forçado: 38%; e 8% outras formas de exploração.
2018	Mulheres: 49%; Meninas: 23%; Homens: 21%; Meninos: 7%.	Exploração sexual: 59%; Trabalho forçado: 34%; e 7% outras formas de exploração.
2020	Mulheres: 46%; Meninas: 19%; Meninos: 15%; Homens: 20%.	Exploração sexual: 50%; Trabalho forçado: 38%; 6% Exploração em atividades criminosas; e mais de 1% para exploração na mendicância.

Analisados os relatórios globais e após a compreensão das propensões apontadas, passa-se a análise dos dados contidos nos relatórios brasileiros acerca do tráfico internacional de pessoas.

17 Carmen Ruiz Sutil pontua que: “La prostitución y el tráfico de mujeres y niñas es una clara expresión de la situación de desigualdad en la que se encuentran las mujeres en muchos lugares del mundo y constituyen una forma y manifestación de la violencia de género”. RUIZ SUTIL, Carmen. La Técnica Legal del “Hilo de Ariadna” en la Protección Internacional para la Esclava de la Trata. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 7, n. 2, 2015. p. 321.

2.2 ALGUNS DADOS SOBRE O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS NO BRASIL

O Brasil é considerado um país de origem, de trânsito e de destino de vítimas do tráfico¹⁸. Estima-se que apenas no país em tela existem 241 rotas de tráfico nacional e tráfico internacional para a exploração sexual de mulheres e adolescentes, sendo maior o número de rotas em regiões pobres¹⁹.

No que diz respeito a coleta de dados, o trabalho é desafiador em razão das dificuldades que permeiam o registro desse crime e a desarticulação entre os sistemas processuais ou de informação da segurança pública e da justiça criminal, nas diversas instâncias. Para sanar a questão, em 2012 foi construída uma base metodológica integrada para a coleta dos dados pelos diversos organismos estratégicos denominada de Metodologia Integrada de Coleta e Análise de Dados e Informações sobre Tráfico de Pessoas (Metodologia Integrada de TP)²⁰.

No mesmo sentido, o Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: Dados 2012²¹, atesta que as múltiplas variáveis e critérios adotados na coleta de dados pelas diferentes instituições prejudica a sua análise conjunta. Assim, os dados fornecidos pelos diferentes órgãos são agrupados por categorias semelhantes, mas sem a somatória de cada categoria.

Nesse sentido, os dados da Divisão de Assistência Consular do Ministério das Relações Exteriores (DAC/MRE) detectaram 8 vítimas brasileiras de tráfico internacional de pessoas, sendo metade para fins de exploração sexual e a outra metade para fins de exploração laboral. Os dados do Disque 100 da Secretaria de

18 ALCANTARA, Isabela Souza; MENDES, Denise Cristina Vitale Ramos. O tráfico internacional de pessoas e os direitos humanos das mulheres: uma análise dos principais instrumentos internacionais. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, v. 6, n. 1, 2018. p. 226.

19 BORER, Louise Vilela Leite Filgueiras. O consentimento da vítima no tipo penal do tráfico de pessoas. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. São Paulo, 2019. p. 78. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/revs/DIVERSOS/REVISTA-ESPECIAL-2019_com_LINKS.pdf. Acesso em: 19 abr. 2020.

20 METODOLOGIA integrada de coleta e análise de dados e informações sobre tráfico de pessoas. Brasília: Ministério da Justiça e Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protacao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-relatorios/metodologia-integrada-de-coleta-e-analise-de-dados>. Acesso em: 15 maio 2021.

21 RELATÓRIO nacional sobre tráfico de pessoas: dados de 2012. Brasília: Ministério da Justiça e Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protacao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-dados-2012.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

Direitos Humanos (SDH) constataram 16 crianças e adolescentes vítimas para fins de adoção; 5 crianças e adolescentes e 1 pessoa idosa vítimas para fins de exploração do trabalho; 14 crianças e adolescentes e 1 LGBT vítimas para fins de exploração sexual; e, 8 crianças e adolescentes vítimas para remoção de órgãos. Por último, os dados do extinto Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) contabilizam 46 estrangeiros resgatados da exploração pelo trabalho forçado no país, sendo 41 bolivianos e 5 paraguaios.

Posteriormente, o Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: dados de 2013²² ressalta que embora haja uma grande precariedade no que tange aos dados correspondentes ao tráfico de pessoas, há muitas fontes oficiais capazes de produzir informações sobre o tema, ainda que de formas distintas, e que há muitas outras instituições que possuem uma série de informações relevantes sobre tráfico de pessoas, devido à sua atuação institucional.

Assim, o DAC/MRE mostrou um total de 62 casos envolvendo vítimas brasileiras de tráfico de pessoas no exterior. Destas, 41 foram traficadas para fins de exploração sexual e 21 para fins de trabalho escravo. Dentre os casos de exploração sexual, 36 vítimas eram do sexo feminino e 5 de sexo não informado. Nos casos de trabalho escravo, 11 vítimas eram homens, 7 eram mulheres e em 3 casos não havia informação. A tendência dos registros revela um maior número de casos de tráfico para fins de exploração sexual do que de trabalho escravo.

Segundo o MTE, é massiva a presença de trabalhadores bolivianos na indústria da confecção. Houve um aumento considerável dos casos de trabalho escravo envolvendo trabalhadores estrangeiros em 2013, com 278 trabalhadores estrangeiros resgatados provenientes do Paraguai, Peru, Haiti e Argentina submetidos à condição análoga à de escravo.

Consoante os dados fornecidos pela Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM/PR) pelo Disque 180, percebe-se que o tráfico para fins de exploração sexual constituiu a forma do crime mais prevalente, somando 65% dos casos, sendo a maior parte das denúncias referente a casos de tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual (foram 134 casos). Os casos de tráfico para fins de exploração do trabalho somaram um total de 34% dos casos (foram 53 casos de tráfico internacional).

22 RELATÓRIO nacional sobre tráfico de pessoas: dados de 2013. Brasília: Ministério da Justiça e Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protexao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-relatorios/relatorio-_2013_final_14-08-2015.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.

Por último, o Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: dados 2014 a 2016²³ destaca a subnotificação do crime por motivos como o medo da vítima de ser discriminada ou incriminada, a vergonha, a incompreensão de sua condição de vítima, a falta de informação sobre os mecanismos de denúncia e o medo de represálias por parte do traficante. Soma-se a isso o crime ser praticado ocultamente, sendo de difícil identificação, e a falta de capacitação dos profissionais que prestam atendimento às vítimas para reconhecê-las como tais.

Outrossim, a forma como as instituições da segurança pública e justiça criminal coletam dados não é *suficiente para o* conhecimento do fenômeno devido a subnotificação. Por isso a Metodologia Integrada de TP foi elaborada, mas nenhum avanço foi identificado na sua implementação. Ademais, faz-se necessário uma pesquisa qualitativa e o uso outras referências que não somente os dados quantitativos fornecidos pelas instituições.

No que diz respeito ao tráfico internacional, os dados do DAC/MRE mostraram 10 vítimas de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e 5 vítimas de tráfico de pessoas para fins de trabalho escravo. Foram encontrados, somente pelo MTE, 224 estrangeiros em situação análoga à de escravo. E os dados da SPM demonstram uma maior incidência de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual (foram 189 casos de tráfico internacional).

Ainda, conforme o relatório, a nacionalidade da vítima é praticamente inexistente nos dados levantados, havendo pouca preocupação com seu registro. Entretanto, com a projeção do Brasil no cenário internacional, com as grandes crises humanitárias e ante as dificuldades de desenvolvimento econômico em outros países da América do Sul, percebe-se que cada vez mais estrangeiros estão sendo vítimas de tráfico internacional de pessoas no Brasil.

É *inviável* montar uma tabela comparativa entre os relatórios supracitados, em razão de vários fatores como a manualidade, a ausência de variáveis importantes, as diferenças nos conceitos, as diferenças nos períodos de coleta, a forma inadequada de apresentação dos dados, a margem de erro, a ausência de periodicidade no levantamento das informações e a inconsistência dos dados. Uma eventual comparação poderia gerar hipóteses distorcidas.

23 RELATÓRIO nacional sobre tráfico de pessoas: dados 2014 a 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protacao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-de-dados.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021

Enfim, os relatórios possuem grandes limitações e fragilidades, não obstante sua importância e o esforço empregado para superá-las. A descrição latente do tráfico de pessoas no Brasil releva, sobretudo, a necessidade da implementação efetiva da Metodologia Integrada de TP para se alcançar a coleta e gestão de dados aptos a orientar o enfrentamento ao tráfico de pessoas no país.

Após a visualização dos dados pertinentes ao tráfico internacional de pessoas no Brasil e no mundo, será abordado como se deu a evolução legislativa atinente a este crime em âmbito internacional, interamericano e brasileiro.

3 A DISCIPLINA NORMATIVA SOBRE O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS

Embora o tráfico internacional de pessoas seja um fenômeno antigo, a construção doutrinária e normativa de instrumentos, métodos e táticas para seu enfrentamento são recentes²⁴. Desde o início do século XX, alguns instrumentos foram adotados, mas o debate sobre o tráfico de pessoas só foi realmente fortalecido “com a evolução e a consolidação da normativa internacional de proteção dos direitos humanos”²⁵.

À vista disso, a normativa do tráfico internacional de pessoas será analisada primeiramente no âmbito internacional, depois em âmbito interamericano e, por fim, em âmbito nacional. Serão abordados os respectivos contextos de criação, a evolução legislativa, os avanços percebidos e as críticas relativas ao tratamento conferido às vítimas.

3.1 O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS NO SISTEMA JURÍDICO GLOBAL

Como resultado da preocupação da sociedade internacional com as violações causadas pelo tráfico internacional de pessoas, ao decorrer do tempo

24 SOARES, Inês Virginia Prado. Enfrentamento ao tráfico de pessoas sob a ótica dos direitos humanos no BRASIL. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. ANJOS, Fernanda Alves dos *et al.* (org.). *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 77.

25 PINCOWSKA CARDOSO CAMPOS, Bárbara. O tráfico de pessoas à luz da normativa internacional de proteção dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 7, p. 37-50, dez. 2006. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/93>. Acesso em: 20 abr. 2021. p. 38.

foram adotados “vários instrumentos internacionais, tanto de tutela geral quanto específica”, com normas visando salvaguardar as vítimas, direta ou indiretamente²⁶. Nesse sentido, Thiago Oliveira Moreira destaca que:

Antes do próprio advento da ONU, pode-se destacar: o Acordo Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, de 1904; a Convenção sobre a Escravidão, de 1926; a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres de Idade, de 1933. Com efeito, no âmbito da OIT, o tráfico internacional de pessoas viola, claramente, as Convenções 29 (1930), 97 (1949), 105 (1959) e 182 (1999). Após o nascimento da ONU, tem-se: a própria DUDH (1948); a Convenção para Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio (1950); a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura (1956); os conhecidos “Pactos de 66”; a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher (1993); a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças (1989); o Estatuto de Roma (1998) e, por fim, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança (2002)²⁷.

Embora os supracitados instrumentos mencionem direta ou indiretamente, e alguns concedam proteção específica para determinados grupos, como por exemplo, mulheres e crianças, nenhum deles concebeu a definição do que seria o tráfico internacional de pessoas²⁸.

Eis que no ano 2000, na Itália, e mais especificamente, na cidade de Palermo, foi adotada no âmbito do sistema da Organização das Nações Unidas (ONU), pela Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU), a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional²⁹.

26 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 250-251.

27 *Ibid.* p. 250-251.

28 *Ibid.*

29 PINCOWSKA CARDOSO CAMPOS, Bárbara. O tráfico de pessoas à luz da normativa internacional de proteção dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 7, p. 37-50, dez. 2006. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/93>. Acesso em: 20 abr. 2021. p. 38.

A referida convenção contou com os seguintes protocolos adicionais: o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças (Protocolo de Palermo); o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea (Protocolo contra o Contrabando de Migrantes); e, por fim, o Protocolo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças, Componentes e Munições³⁰.

O objetivo do Protocolo de Palermo era orientar as legislações internas dos Estados com relação ao enfrentamento do tráfico de pessoas, produzir instrumentos comuns de atuação e cooperação internacional e, simultaneamente, garantir as soberanias nacionais³¹. Assim, consubstanciou-se como o marco normativo internacional que delineou o tráfico internacional de pessoas contando com largo número de ratificações³².

O conceito de tráfico de pessoas é apresentado em seu artigo 3º:

a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos; b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante

30 SOUZA, Mércia Cardoso. O novo marco legal do Brasil para o enfrentamento ao tráfico de pessoas – Considerações sobre a Lei n. 13.344/2016. In: *O público e o privado*, n. 31, 2018, p. 261-262.

31 INTERNATIONAL CENTRE FOR MIGRATION POLICY DEVELOPMENT. *Guia enfrentamento ao tráfico de pessoas: aplicação do direito*. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/guia_etp_icmpd_versao_digital_simples_final-1.pdf. Acesso em: 17 maio 2021. p. 15.

32 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 253.

se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a); c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados “tráfico de pessoas” mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo; d) O termo “criança” significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos³³.

É possível identificar três elementos-chave aptos a distingui-lo de outros crimes similares: i) o deslocamento de pessoas, visto que o tráfico de pessoas necessariamente inclui a migração; ii) a utilização de meios ilícitos capazes viciar o consentimento ou a vontade da vítima, como a ameaça e o engano; iii) a “exploração”, geralmente associada ao proveito econômico obtido com o abuso das vítimas, característica que o diferencia de outras práticas associadas às migrações irregulares violadoras dos direitos humanos³⁴.

Para fins didáticos, será feita uma breve diferenciação entre os crimes de tráfico de pessoas e contrabando de migrantes, limitada ao plano conceitual. Sobre a questão terminológica, em português o vocabulário “tráfico” é utilizado no Protocolo contra o Contrabando de Migrantes, para se referir ao tráfico de migrantes, e no Protocolo de Palermo, para se dirigir ao tráfico de pessoas³⁵, o que pode ensejar o entendimento de que ambos possuem o mesmo objeto, ou ainda, que a diferença entre eles são as vítimas³⁶. Em razão disso, logo se optou pelas terminologias “contrabando de migrantes” e “tráfico de pessoas”³⁷.

33 BRASIL. *Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

34 PINCOWSKA CARDOSO CAMPOS, Bárbara. O tráfico de pessoas à luz da normativa internacional de proteção dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 7, p. 37-50, dez. 2006. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/93>. Acesso em: 20 abr. 2021. p. 38.

35 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 255.

36 PINCOWSKA CARDOSO CAMPOS, Bárbara. O tráfico de pessoas à luz da normativa internacional de proteção dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 7, p. 37-50, dez. 2006. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/93>. Acesso em: 20 abr. 2021. p. 39.

37 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 256.

O contrabando de migrantes, definido pelo Protocolo contra o Contrabando de Migrantes³⁸, consiste na “promoção, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material, da entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não seja nacional ou residente permanente”. A entrada ilegal deve ser compreendida como “a passagem de fronteiras sem preencher os requisitos necessários para a entrada legal no Estado de acolhimento”.

Por vezes as duas práticas criminosas são confundidas em virtude de ambas envolverem o deslocamento de pessoas e a obtenção de lucros. Entretanto, o contrabando de migrantes é um conflito relativo à soberania nacional e à documentação necessária para o acesso àquele território. Dessa forma, o ganho que o contrabandista obtém é resultado da vontade da pessoa de ingressar em um país de forma irregular. Não se olvidando que as vítimas do contrabando de migrantes também estão sujeitas a uma série de abusos e violações de direitos³⁹, a pedra de toque é que não há previamente o objetivo de exploração e a relação entre a pessoa e o contrabandista acaba quando se alcança o país de destino⁴⁰.

Prosseguindo-se com a análise, o Protocolo de Palermo⁴¹ foi louvável ao instituir dentre seus objetivos “proteger e ajudar as vítimas desse tráfico, respeitando plenamente os seus direitos humanos” (artigo 2, “b”). Seus artigos 6, 7 e 8 estabelecem, respectivamente, a assistência e proteção das vítimas, a possibilidade de adoção medidas que concedam a permanência temporária ou permanente às vítimas e o acesso a autorizações temporárias de permanência e a repatriação segura.

38 BRASIL. *Decreto nº 5.016, de 12 de março de 2004*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5016.htm. Acesso em: 24 abr. 2021.

39 PINCOWSKA CARDOSO CAMPOS, Bárbara. O tráfico de pessoas à luz da normativa internacional de proteção dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 7, p. 37-50, dez. 2006. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/93>. Acesso em: 20 abr. 2021. p. 40.

40 INTERNATIONAL CENTRE FOR MIGRATION POLICY DEVELOPMENT. *Guia assistência e referenciamento de vítimas de tráfico de pessoas*. Disponível em: https://legado.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/guia_assistencia_icmpd_versao_digital_simples_final.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021. p. 30.

41 BRASIL. *Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

Ademais, o consentimento da vítima é irrelevante ante a utilização de meios coercitivos físicos ou psíquicos⁴²; são irrelevantes o consentimento e os meios utilizados no caso de vítimas infantis (pessoas com idade inferior a 18 anos)⁴³; e o rol exemplificativo das formas de exploração poderá ser ampliado para abarcar outras formas de abuso⁴⁴.

Entretanto, o artigo 7 prevê apenas a possibilidade de o Estado Parte permitir que as vítimas de tráfico de pessoas continuem em seu território em caráter permanente, sem qualquer imperatividade⁴⁵. O dispositivo resta insuficiente no que tange ao resguardo das vítimas, vez que situação de vulnerabilidade subsiste mesmo após serem resgatadas⁴⁶.

Por se tratar de um protocolo relativo ao combate e punição do crime organizado transnacional, essa é a sua prioridade. Logo, as medidas relativas à criminalidade têm maior ênfase e imperatividade do que as disposições de apoio as vítimas, de forte viés sugestivo.

Em suma, o Protocolo de Palermo deu um largo passo no âmbito do enfrentamento ao tráfico de pessoas e conta com disposições elogiáveis no que diz respeito às vítimas. Entretanto, como foi constatado, seu foco é a criminalidade. Ao

42 PINCOWSKA CARDOSO CAMPOS, Bárbara. O tráfico de pessoas à luz da normativa internacional de proteção dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 7, p. 37-50, dez. 2006. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/93>. Acesso em: 20 abr. 2021. p. 38.

43 INTERNATIONAL CENTRE FOR MIGRATION POLICY DEVELOPMENT. *Guia enfrentamento ao tráfico de pessoas: aplicação do direito*. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/guia_etp_icmpd-versao_digital_simples_final-1.pdf. Acesso em: 17 maio 2021. p. 18.

44 SOUZA, Mércia Cardoso. O novo marco legal do Brasil para o enfrentamento ao tráfico de pessoas – Considerações sobre a Lei n. 13.344/2016. In: *O público e o privado*, n. 31, 2018, p. 261-262. p. 263.

45 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 259.

46 ANNONI, Danielle; CARDOSO, Arisa Ribas. La protección a las víctimas de trata de personas en Brasil. *Revista Opinión Jurídica*, v. 15, n° 29, Medellín, 2016, p. 88. No mesmo sentido, Waldimeiry Corrêa pontua que os marcos legais a respeito do tráfico de seres humanos não estão centrados na pessoa que está sendo traficada, mas sim nas condutas realizadas no desenvolvimento do tráfico e nos agentes que dele participam (ações e meios). SILVA, Waldimeiry Corrêa da. La interseccionalidad en la trata de seres humanos: un encuentro necesario para el enfoque de derechos humanos. In: *Trata de personas, género y migraciones en Andalucía (España), Costa Rica y Marruecos: Retos y propuestas para la defensa y garantía de los derechos humanos*. 1. ed. 2019. p. 38.

passo que define o tráfico de pessoas e ações e estratégias voltadas ao seu combate com obrigatoriedade, deixa as medidas de proteção às vítimas a cargo do Estado Parte.

A seguir, será feita uma análise do tráfico internacional de pessoas sob a perspectiva do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

3.2 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS

Nas Américas, os direitos humanos são essencialmente protegidos por quatro diplomas normativos: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador, referente aos direitos sociais e econômicos⁴⁷.

A Carta de Organização dos Estados Americanos, ou Carta de Bogotá, é o tratado interamericano fundador da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1948. Seus objetivos incluem a garantia da paz e da segurança internacionais, a cooperação e ação solidária, a promoção da democracia representativa, a promoção dos direitos humanos e a erradicação da pobreza, o desenvolvimento econômico e social e a prevenção de conflitos e busca de solução pacífica de controvérsias⁴⁸. Ademais, este documento institui que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), cujo objetivo é promover o respeito e a proteção dos direitos humanos e ser o órgão consultivo da OEA sobre a matéria⁴⁹.

Em razão da Carta de Bogotá ter sido erigida sob o respeito da soberania dos Estados (preâmbulo e artigo 1) e o marco da não intervenção em assuntos domésticos (artigo 1), foi aprovada junto com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem⁵⁰. Esta declaração não vinculante estabelece uma série de direitos civis e políticos, econômicos e culturais em seus artigos I a XXVII⁵¹.

47 RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 126.

48 *Ibid.* p. 127-128.

49 *Ibid.* p. 126.

50 *Ibid.* p. 128.

51 *Ibid.*

Nesse sentido, o próximo passo seria a elaboração de um tratado interamericano de direitos humanos⁵². No ano de 1969, em San José da Costa Rica, é adotado o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. O contexto de sua criação é bastante peculiar, visto que a OEA estava infestada de ditaduras imersas em arbítrio, violência e desrespeito aos direitos humanos⁵³.

Resumidamente, a Convenção Americana de Direitos Humanos apresenta um rol de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais⁵⁴, com menção expressa à proibição da escravidão e da servidão, “tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas”, em seu artigo 6⁵⁵.

A criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) está prevista em seu artigo 33. Trata-se de instituição judiciária autônoma com o propósito de aplicação e interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos⁵⁶. A competência da Corte IDH abrange os casos contenciosos quando o Estado demandado tiver formulado a declaração unilateral de reconhecimento de sua jurisdição, sendo esta exercida sobre 550 milhões de pessoas⁵⁷.

Como os direitos econômicos, sociais e culturais foram comportados em um único artigo, a OEA elaborou um Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos justamente para ampará-los, conhecido como Protocolo de San Salvador⁵⁸. Com ele é reconhecida a importância dos direitos econômicos e sociais para desempenho dos direitos civis e políticos e a indivisibilidade dos direitos humanos⁵⁹.

52 RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 137.

53 *Ibid.*

54 *Ibid.* p. 139.

55 CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 7 maio 2021.

56 ESTATUTO da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/v.Estatuto.Corte.htm#:~:text=Artigo%201.,citada%20Conven%-C3%A7%C3%A3o%20e%20deste%20Estatuto>. Acesso em: 7 maio 2021.

57 RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 154.

58 *Ibid.* p. 139.

59 *Ibid.* p. 210.

Ainda no âmbito interamericano, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ou Convenção de Belém do Pará, confere visibilidade ao tema da violência contra a mulher ao dispor sobre sua proibição no âmbito regional, abordar a violência no âmbito privado e a violência doméstica, assegurar diversos direitos e liberdades às mulheres e impor obrigações aos Estados-parte⁶⁰.

Embora seu alcance seja regional, o texto foi inovador e muito importante no que diz respeito ao reconhecimento e proteção dos direitos humanos das mulheres⁶¹. Os Estados Partes devem adotar políticas para prevenção, punição e erradicação da violência contra mulher, sendo esta entendida como a violência física, sexual e psicológica, incluindo “o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual”⁶².

Por último, cabe menção à Convenção Interamericana sobre Tráfico de Menores⁶³ cujo objeto é a prevenção e sanção do tráfico internacional de menores e a regulamentação de seus aspectos civis e penais. Seu artigo 2 conceitua o tráfico como “a subtração, transferência ou retenção, ou a tentativa de subtração, transferência ou retenção de um menor, com propósitos ou por meios ilícitos”, sendo menor todo ser humano com idade inferior a 18 anos. Por propósitos ilícitos tem-se, sem prejuízo de outros, “prostituição, exploração sexual, servidão”, e por meios ilícitos tem-se, entre outros, “o sequestro, o consentimento mediante coação ou fraude, a entrega ou o recebimento de pagamentos ou benefícios ilícitos”.

Percebe-se, então, que essas são algumas das garantias mais importantes no âmbito do sistema regional americano para proteção das pessoas em situação de tráfico. Essa base normativa interamericana de proteção aos direitos humanos precisa ser interpretada em harmonia com a normativa do sistema jurídico global, com vistas ao amparo das vítimas. Desse modo, passa-se ao estudo do regramento brasileiro.

60 ALCANTARA, ISABELA SOUZA; MENDES, DENISE CRISTINA VITALE RAMOS. O tráfico internacional de pessoas e os direitos humanos das mulheres: uma análise dos principais instrumentos internacionais. *RIDH*, Bauru, v. 6, n. 1, p. 238, jan./jun., 2018.

61 *Ibid.* p. 239.

62 Artigo 2, b. Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção De Belém Do Pará”. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 7 maio 2021.

63 BRASIL. *Decreto nº 2.740, de 20 de agosto de 1998*. Promulga a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México em 18 de março de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2740.htm. Acesso em: 7 maio 2021

3.3 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS

O Código Republicano de 1890 foi a primeira lei nacional a fazer referência expressa ao tráfico e, embora tenha mencionado somente a prostituição de mulheres, conferiu um pequeno avanço na discussão acerca da criminalização do tráfico humano, porquanto as Ordenações Filipinas de 1603 e o Código Criminal do Império de 1830 abordaram o lenocínio genericamente, sem menção específica ao referido crime⁶⁴.

Mais diante, a Lei nº 2.992, de 25 de setembro de 1915, retrogradamente retira o vocábulo tráfico do tipo penal do art. 278 do Código de 1890, mas por outro lado aumenta a pena máxima de prisão e os limites da multa, sendo ratificada pela Consolidação das Leis Penais de 1932⁶⁵.

A partir dos artigos 231 e 231-A do Código Penal de 1940, o tráfico de pessoas é relacionado apenas à prostituição e à exploração sexual. Sucede que apenas essas previsões não faziam jus ao rol exemplificativo de explorações traçado pelo Protocolo de Palermo⁶⁶, mas vigoraram até 2005, quando a Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005 promoveu alterações em razão da ratificação⁶⁷ do supracitado protocolo. Foram distinguidas as modalidades de tráfico internacional e de tráfico interno, qualquer pessoa poderia figurar como vítima e o tipo penal passou a ser intermediar. Conquanto tenha se percebido alguns avanços, a legislação continuava a ignorar outras formas de exploração, limitando-se à prostituição⁶⁸.

Com a sanção da Lei nº 12.015, em 07 de agosto de 2009, são promovidas inovações no Código Penal, e o tráfico de pessoas passa a tutelar a liberdade sexual e a dignidade da vítima prevendo, além da prostituição, outra

64 NOGUEIRA, Daniela Saab; GUTIERREZ, José Paulo. Reflexos do direito internacional no crime de tráfico de pessoas. *Cosmopolitan Law Journal/Revista de Direito Cosmopolita*, v. 4, n. 1, 2017, p. 30.

65 *Ibid.*

66 DIAS, Jadison Juarez Cavalcante; ROCHA, Mário Henrique da; VELHO Caroline de Azevedo. O combate ao tráfico de pessoas e a adequação da legislação nacional às normas internacionais. In: SCAMPINI, Stella Fátima (coord.). *Tráfico de Pessoas: coletânea de artigos*. v. 2. Brasília: MPF, 2017. p. 12-13.

67 Internalizado pelo Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004.

68 NOGUEIRA, Daniela Saab; GUTIERREZ, José Paulo. Reflexos do direito internacional no crime de tráfico de pessoas. *Cosmopolitan Law Journal/Revista de Direito Cosmopolita*, v. 4, n. 1, 2017. p. 32.

forma de exploração sexual⁶⁹. Ressalte-se que as outras modalidades de exploração continuaram desprezadas até o momento.

Em 2006, foi aprovada a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de pessoas, com a edição do decreto nº 5.948⁷⁰. Alinhada com os preceitos do Protocolo de Palermo, ainda que a própria legislação não o fosse, ressalta a importância: i) do fortalecimento do pacto federativo, no sentido de uma atuação conjunta e organizada entre Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário; ii) da participação da sociedade civil organizada; e, iii) da estruturação de uma rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas⁷¹.

Entre 2008 e 2010, vigorou o I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, cujos eixos estratégicos eram a prevenção e repressão ao tráfico de pessoas, a responsabilização dos autores e a atenção às vítimas⁷². Lançado em 2013 e vigente até 2016, o II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas tomou por base as avaliações acerca dos avanços e desafios do plano anterior, inovando ao se organizar em linhas operativas transversais aos três eixos da política nacional⁷³. Com vigência até 2022, o III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas conta com 58 metas distribuídas em seis eixos temáticos: gestão política, gestão da informação, capacitação, responsabilização, assistência a vítima e prevenção e conscientização pública, além de ações articuladas entre várias instituições dos três níveis de governo⁷⁴.

69 NOGUEIRA, Daniela Saab; GUTIERREZ, José Paulo. Reflexos do direito internacional no crime de tráfico de pessoas. *Cosmopolitan Law Journal/ Revista de Direito Cosmopolita*, v. 4, n. 1, 2017. p. 33.

70 ALMEIDA, Paulo Sérgio. Migração e Tráfico de Pessoas. *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, v. 7, n. 7, Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2012. p. 48.

71 INTERNATIONAL CENTRE FOR MIGRATION POLICY DEVELOPMENT. *Guia enfrentamento ao tráfico de pessoas: aplicação do direito*. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/guia_etp_icmpd-versao_digital_simples_final-1.pdf. Acesso em: 17 maio 2021. p. 58.

72 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/ii-plano-nacional-1.pdf>. Acesso em: 8 maio 2021.

73 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *II plano nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/i-plano-nacional-de-etp.pdf>. Acesso em: 8 maio 2021.

74 INTERNATIONAL CENTRE FOR MIGRATION POLICY DEVELOPMENT. *Guia assistência e referenciamento de vítimas de tráfico de pessoas*. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/>

Mas é somente com a Lei nº 13.334, de 06 de novembro de 2016, que o Brasil consigna seu marco legislativo condizente com o Protocolo de Palermo, finalmente tornando puníveis as outras formas de exploração que até então foram esquecidas. O artigo 149-A do Código Penal define o tráfico de pessoas utilizando os comandos agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher a pessoas, empregando grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso⁷⁵.

O novo marco legal mostra-se em consonância com a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de pessoas, estabelecendo que o enfrentamento será norteado pelos princípios da dignidade da pessoa humana; da promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos; da universalidade, indivisibilidade e interdependência; da não discriminação; transversalidade; da atenção integral às vítimas diretas ou indiretas, independente de nacionalidade e de colaboração com as investigações em inquéritos ou em fase processual; e da proteção integral da criança e do adolescente⁷⁶. São atendidos os três eixos firmados pelo Protocolo de Palermo, quais sejam, a prevenção, a repressão ao crime e proteção às vítimas, numa conformação jurídica bem peculiar que destaca a centralidade da vítima, a necessidade de campanhas de prevenção, entre outros aspectos⁷⁷.

Por outro lado, a Lei nº 13.344/2016 define as formas de exploração de maneira taxativa. Diante da limitação do conceito, torna-se um desafio encontrar soluções interpretativas para atender as outras possíveis formas de exploração correlacionadas ao tráfico de pessoas. Além disso, o tráfico internacional de pessoas passa a ser uma majorante, mas apenas no caso de a vítima ter sido retirada do território nacional e não quando trazida, o que enseja a compreensão que os exploradores de migrantes internacionais trazidos para o Brasil não estariam sujeitos a sua incidência⁷⁸.

sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/guia_assistencia_icmpd_versao_digital_simples_final.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021. p. 63.

75 SOUZA, Mércia Cardoso. O novo marco legal do Brasil para o enfrentamento ao tráfico de pessoas: considerações sobre a Lei n. 13.344/2016. *O público e o privado*, n. 31, 2018. p. 267.

76 *Ibid.* p. 268.

77 INTERNATIONAL CENTRE FOR MIGRATION POLICY DEVELOPMENT. *Guia assistência e referenciamento de vítimas de tráfico de pessoas*. Disponível em: https://legado.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/guia_assistencia_icmpd_versao_digital_simples_final.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021. p. 19.

78 INTERNATIONAL CENTRE FOR MIGRATION POLICY DEVELOPMENT. *Guia assistência e referenciamento de vítimas de tráfico de pessoas*. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/sua->

Verifica-se, portanto, que a legislação brasileira progride e se adequa ao Protocolo de Palermo após anos de lacunas, finalmente cumprindo com as obrigações internacionais. Em que pese as limitações supracitadas, sua importância reside no atendimento aos eixos de prevenção, repressão e proteção às vítimas.

Feita a verificação do desenvolvimento e da abrangência da normativa sobre o tráfico internacional de pessoas em âmbito global, interamericano e brasileiro, será estabelecida a conexão entre o refúgio e tráfico internacional de pessoas.

4 A RELAÇÃO ENTRE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS E REFÚGIO

A relação entre o tráfico internacional de pessoas e o refúgio pode ser estabelecida a partir de diferentes situações, envolvendo vítimas ou potenciais vítimas. Por exemplo, uma vítima é traficada para o exterior, foge de seus traficantes e busca a proteção do Estado onde se encontra naquele momento. Uma outra hipótese é a vítima ser traficada em território nacional, fugir de seus traficantes e buscar proteção internacional no exterior. Ainda, o indivíduo pode não ter sido traficado, mas teme se tornar vítima de tráfico e parte para o exterior em busca de proteção internacional⁷⁹.

Nos tópicos a seguir, será feita uma rápida abordagem acerca de alguns aspectos dos direitos dos refugiados para, em seguida, se discorrer sobre a necessidade da concessão do refúgio para as vítimas do tráfico internacional de pessoas.

4.1 BREVES ASPECTOS SOBRE O DIREITO DOS REFUGIADOS

Os acontecimentos e deslocamentos expressivos de pessoas provocados pelas duas grandes guerras favoreceram a criação do regime internacional de refugiados e a criação de vários organismos e instrumentos de proteção⁸⁰. Com

-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/guia_assistencia_icmpd_versao_digital_simples_final.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021. p. 23-24.

79 ACNUR. *Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível em https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_critérios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado.pdf. Acesso em: 25 abr. 2021.

80 SILVA, T. M.; PACÍFICO, A. M. C. P. O regime internacional dos refugiados e os instrumentos de proteção jurídica em nível internacional e latino-americano. *Meridiano 47* – Journal of Global

isso, vários mecanismos foram desenvolvidos para assistir pessoas privadas de seus direitos que forçadamente deixaram seu local de origem⁸¹.

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a assinatura da Carta das Nações Unidas, em decorrência da necessidade de proteção dos indivíduos pelas atrocidades e violações de direitos fundamentais sucedidas aos mencionados conflitos, consolida o sistema internacional de direitos humanos⁸². Há que se falar em uma nova ordem mundial e em um novo modo de se refletir as relações internacionais, guiada pelo relevo dos indivíduos na política internacional.

Em 1948, a ONU elabora a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que dispõe sobre a atuação dos Estados relativa à proteção e ao respeito à dignidade do ser humano⁸³. A DUDH busca estabelecer um código comum e universal dos direitos humanos, de forma a concretizar a obrigação legal de promoção desses direitos, já prevista na Carta das Nações Unidas⁸⁴. Esse documento foi o pontapé inicial para a confecção de mais instrumentos internacionais de direitos humanos⁸⁵ e estabelece em seu artigo 14 que “todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”⁸⁶.

Vale destacar que após muitos debates travados no seio da ONU, foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas Para Refugiados (ACNUR). Conforme a Resolução 428 da Assembleia Geral das Nações Unidas, que o institui

Studies, [S. L.], v. 19, 2018. p. 7. Nesse sentido: “Historicamente, a origem dos direitos dos refugiados coincide com a origem dos sistemas gerais de proteção dos direitos humanos, ambos sendo produtos dos acontecimentos que marcaram a primeira metade do século XX”. SILVA JUNIOR, Eraldo. Direito internacional dos refugiados no século XXI: desafios ao Estado brasileiro. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, v. 5, n. 10, p. 199, 2017.

81 *Ibid.*

82 ALCANTARA, Isabela Souza; MENDES, Denise Cristina Vitale Ramos. O tráfico internacional de pessoas e os direitos humanos das mulheres: uma análise dos principais instrumentos internacionais. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, v. 6, n. 1, 2018. p. 226-227.

83 *Ibid.*

84 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 210.

85 ALCANTARA, Isabela Souza. A política internacional dos direitos humanos e o tráfico internacional de mulheres. In: *Conjuntura global*, v. 6, n. 3, set./dez, 2017. p. 228.

86 DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 9 maio 2021.

como órgão subsidiário, o ACNUR tem a função de conferir proteção internacional aos refugiados e buscar soluções duradouras para essa matéria⁸⁷.

Em âmbito global, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, (Convenção de 1951), marco significativo do direito internacional dos refugiados, estabelece um sistema pautado na caracterização da qualidade de refugiado conforme o preenchimento de determinados requisitos, restando ao Estado acolhedor apenas declarar a condição de refugiado do requerente⁸⁸. Cunhando a concepção clássica, basicamente elenca fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, ou pertencimento a determinado grupo social ou, ainda, em razão de opiniões políticas como definidores⁸⁹.

Entretanto, seu objetivo era regular os fluxos de refugiados que já existiam à época sendo, portanto, incompatível com os novos fluxos de refugiados que sobrevieram. Além disso, a definição estabelecia uma reserva geográfica e não trazia previsões sobre a situação dos refugiados perdurar no tempo⁹⁰.

Assim, o Protocolo Adicional de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados foi elaborado para ampliar a definição clássica ao remover a limitação temporal⁹¹. Frise-se que a independência de tal instrumento permitiu sua ratificação por países que não eram parte da Convenção de 1951⁹².

Além do sistema global de proteção mencionado, os refugiados podem se valer do sistema de proteção interamericano, visto que a relação entre os sistemas

87 ESTATUTO do ACNUR. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Estatuto_ACNUR.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugueses/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Estatuto_ACNUR. Acesso em: 9 maio 2021.

88 SILVA JUNIOR, Eraldo. Direito internacional dos refugiados no século XXI: desafios ao estado brasileiro. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, v. 5, n. 10, 2017. p. 201.

89 WALDELY, Aryadne Bittencourt; VIRGENS, Bárbara Gonçalves das; ALMEIDA, Carla Miranda Jordão de. Refúgio e realidade: desafios da definição ampliada de refúgio à luz das solicitações no Brasil. *REMHU – Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.*, Brasília, v. 22, n. 43, p. 117-131, dez. 2014.

90 SILVA, T. M.; PACÍFICO, A. M. C. P. O regime internacional dos refugiados e os instrumentos de proteção jurídica em nível internacional e latino-americano. *Meridiano 47 - Journal of Global Studies, [S. l.]*, v. 19, 2018. DOI: 10.20889/M47e19008. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/8153>. Acesso em: 19 abr. 2021. p. 10.

91 SILVA JUNIOR, Eraldo. Direito internacional dos refugiados no século XXI: desafios ao estado brasileiro. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, v. 5, n. 10, 2017. p. 202.

92 *Ibid.* p. 201.

é estabelecida em caráter de complementariedade para proporcionar maior efetividade da proteção dos direitos fundamentais⁹³.

Nessa linha de intelecção, a Declaração de Cartagena de 1984 apresenta ainda uma concepção mais abrangente, pois além dos conceitos supracitados, considera como refugiados aqueles que fugiram dos seus países porque a “sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública”⁹⁴.

Apesar do reconhecimento explícito da condição de refugiado para pessoas que tiveram seus direitos humanos violados, o diploma não possui caráter vinculante⁹⁵. Entretanto, sua relevância é tremenda uma vez que os instrumentos de proteção existentes até então, com destaque para as Convenções que previam o asilo, eram insuficientes para proteção dos refugiados nas Américas⁹⁶. A décima quinta conclusão do diploma inclusive incentiva o uso com maior intensidade dos organismos internacionais do sistema interamericano, especialmente a CIDH, com o fito de complementar a proteção internacional dos asilados e refugiados⁹⁷.

No Brasil, a Lei nº 9.474/97⁹⁸ define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados, reproduzindo, em grande parte, o modelo da Convenção de 1951. Cumpre destacar a adoção do conceito estendido de refugiados, na medida em que o art. 1º, III, permite o reconhecimento como refugiado daqueles que

93 PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2008. p. 53.

94 DECLARAÇÃO de Cartagena. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDLegal/InstrumentosInternacionais/DeclaracaoCartagena.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021.

95 SILVA JUNIOR, Eraldo. Direito internacional dos refugiados no século XXI: desafios ao estado brasileiro. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, v. 5, n. 10, 2017. p. 207.

96 GILBERTO, Camila Marques. *A proteção aos refugiados no sistema interamericano de direitos humanos*: reflexões a partir do caso Pacheco Tineo. 2016. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Santos, 2016. p. 67.

97 DECLARAÇÃO de Cartagena. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

98 BRASIL. *Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em: 17 maio 2021.

foram obrigados a deixar seu país de nacionalidade em razão de grave e generalizada violação de direitos humanos.

A partir do ano de 2017, passou a vigorar a Lei n. 13.445, conhecida como a Nova Lei de Migração em substituição ao Estatuto do Estrangeiro, elaborado durante a ditadura militar. A lei afirma a acolhida humanitária como princípio norteador da política migratória brasileira, alcançando o apátrida ou nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário⁹⁹.

Pela leitura conjunta dos documentos, é perceptível a tendência de ampliação do direito internacional dos refugiados¹⁰⁰. Diante do cenário complexo marcado pela vulnerabilidade e pela insegurança entre os indivíduos e seu país de origem que levam a deixá-los, o refúgio desponta como garantia fundamental a ser reconhecida pelos países acolhedores¹⁰¹. Feita a sucinta análise a respeito do direitos dos refugiados em sua dimensão global, interamericana e brasileira, será demonstrada a necessidade de reconhecimento da condição de refúgio às vítimas do crime em análise.

4.2 O (NECESSÁRIO) RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE REFUGIADO ÀS VÍTIMAS DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS

O refúgio é um instituto de proteção à vida em virtude de compromissos internacionais confirmados pelo Brasil. Não decorre da vontade de um Estado em ofertar proteção a um cidadão estrangeiro que está em seu território, mas tão somente do “reconhecimento de um direito pré-existente à demanda formal do

99 INTERNATIONAL CENTRE FOR MIGRATION POLICY DEVELOPMENT. *Guia Enfrentamento ao tráfico de pessoas: aplicação do direito*. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/guia_etp_icmpd_versao_digital_simple_final-1.pdf. Acesso em: 17 maio 2021. Nesse sentido, o acolhimento humanitário figura como uma espécie de proteção subsidiária para as vítimas do tráfico de pessoas no Brasil. MOREIRA, Thiago Oliveira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 260.

100 *Ibid.* p. 201.

101 SILVA, T. M.; PACÍFICO, A. M. C. P. O regime internacional dos refugiados e os instrumentos de proteção jurídica em nível internacional e latino-americano. *Meridiano 47 – Journal of Global Studies, [S. l.]*, v. 19, 2018. DOI: 10.20889/M47e19008. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/8153>. Acesso em: 19 abr. 2021. p. 7.

indivíduo¹⁰². Questionamentos a respeito do conceito de refugiado já são feitos há bastante tempo, ante à insurgência de novos desafios impostos à sociedade internacional, tais como as pessoas deslocadas pela miséria extrema ou os migrantes por razões ambientais¹⁰³.

No contexto global de expansão da questão dos refugiados pelos deslocamentos em massa, a intensificação dos esforços de assistência humanitária e a ampla divulgação de casos paradigmáticos pela mídia, o direito internacional dos refugiados precisa lidar com problemas novos, não contemplados pela mera análise da subsunção dos casos concretos aos requisitos elencados na Convenção de 1951¹⁰⁴.

Nesse sentido, as vítimas do tráfico internacional de pessoas devem ser reconhecidas como refugiadas ao serem tidas como integrantes de um grupo social específico que teme ser perseguido, nos termos da Convenção de 1951. Isso acontece ao serem vistas pela sociedade como um grupo ou ao compartilhar uma característica em comum que não seja o risco de perseguição, como por exemplo, as mulheres podem constituir um grupo social específico¹⁰⁵.

Além disso, é possível que as repercussões geradas pela repatriação ao país de origem possam ser equiparadas ao temor de perseguição elencado na Convenção de 1951 e propiciem o reconhecimento do status de refugiado. Portanto, ao determinar o retorno da vítima ao seu local de origem deverá ser levado em consideração o risco que ela corre de se tornar vítima novamente¹⁰⁶. Isso se dá porque as vítimas podem sofrer represálias, ou até mesmo os seus familiares, ou temer serem discriminadas¹⁰⁷.

102 WALDELY, Aryadne Bittencourt; VIRGENS, Bárbara Gonçalves das; ALMEIDA, Carla Miranda Jordão de. Refúgio e realidade: desafios da definição ampliada de refúgio à luz das solicitações no Brasil. *REMHU* – Rev. Interdiscip. Mobil. Hum., Brasília, v. 22, n. 43, p. 117-131, dez. 2014. p. 119.
103 *Ibid.*

104 *Ibid.* p. 211.

105 ACNUR. *Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_critérios_para_a_determinação_da_condição_de_refugiado.pdf. Acesso em: 25 abr. 2021.

106 BLANCO, Cristina; MARINELLI, Chiara. Víctimas de trata de personas versus migrantes en situación irregular. Retos y lineamientos para la atención y protección de las víctimas de trata de personas extranjeras en el Perú. *Derecho PUCP*, n. 78, 2017, p. 188.

107 PINCOWSKA CARDOSO CAMPOS, Bárbara. O tráfico de pessoas à luz da normativa internacional de proteção dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.],

No mesmo sentido, o risco de revitimização ante a subsistência do contexto de vulnerabilidade em que estão inseridas, por si só, autoriza a concessão do refúgio. Enquadra-se aqui o risco ou temor de perseguição, agravado pela falta de proteção do Estado da nacionalidade ou residência da vítima ou pelo medo de serem novamente traficadas¹⁰⁸.

Ainda, as vítimas devem ser contempladas pelo princípio e norma de *jus cogens* do *non-refoulement*¹⁰⁹. É que tendo em vista o objetivo de resguardá-las, não faria sentido privá-las do direito de invocar o *non-refoulement* quando o retorno ao país de origem oferece ameaça a vida e integridade pessoal¹¹⁰.

O próprio ACNUR já pontuou que algumas vítimas ou potenciais vítimas de tráfico satisfazem os requisitos da definição de refugiado da Convenção de 1951 e, portanto, podem gozar da proteção internacional como refugiado, em consonância com o disposto no artigo 14 do Protocolo de Palermo¹¹¹.

É importante frisar que os refugiados podem ser vítimas do tráfico internacional de pessoas, sendo este um ponto de intersecção específico entre a proteção internacional dos refugiados e vítimas do tráfico internacional de pessoas. Muitos refugiados acabam sendo capturados por traficantes no afã de escapar da

n. 7, p. 37-50, dez. 2006. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/93>. Acesso em: 20 abr. 2021. p. 45.

108 LLAIN ARENILLA, Shirley; GUZMÁN SUÁREZ; Sara Patricia. La protección internacional de los refugiados víctimas de trata de personas. *Revista de Derecho*, n. 42, Barranquilla, 2014.

109 “O princípio do *non-refoulement* (ou não expulsão) proíbe que o Estado no qual o pleiteante do status de refugiado se encontra possa devolvê-lo ao país no qual se encontra ameaçado quanto a seus direitos humanos, mesmo que sua entrada tenha sido irregular”. MARKMAN, Debora; MISAILLIDIS, Mirta Gladys Lerena Manzo de. A natureza de *jus cogens* do princípio do *non-refoulement* suas consequências no direito internacional dos refugiados. *Revista de Direito Brasileira*, 2019. v. 22. n. 9. p. 259. Acesso em: 25 abr. 2021.

110 SILVA, Waldimeiry Corrêa da. ¡Que se rompan los grilletes! La cooperación internacional para la protección de los derechos humanos de las víctimas de trata de personas desde el Consejo de Europa. *Revista facultad de derecho y ciencias políticas*, v. 44, n. 120, Medellín, 2014. p. 263.

111 ACNUR. *Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_critérios_para_a_determinação_da_condição_de_refugiado.pdf. Acesso em: 25 abr. 2021.

perseguição que sofrem em seu país de origem e, eventualmente, poderão reivindicar o reconhecimento do status de refugiado¹¹².

Deve-se mencionar ainda que um indivíduo pode ser objeto de uma rede de tráfico internacional de pessoas por motivos de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a um determinado grupo social¹¹³. Nessa toada, basta que o fundado temor de perseguição esteja lastreado em um ou mais dos motivos supracitados, não sendo necessário que seja a única ou principal causa, mas que seja um fator relevante¹¹⁴.

Finalmente, o Brasil adotou o conceito ampliado conforme o art. 1, III, da Lei nº 9.474/97, visto em linhas anteriores, em consonância com a Declaração de Cartagena de 1984 e, portanto, deve reconhecer a condição de refugiado às vítimas do tráfico internacional de pessoas no país.

Por todo o exposto, a partir da interpretação ampliativa, dos instrumentos elencados e das considerações tecidas a respeito do refúgio, mostra-se viável e primordial o reconhecimento da condição de refugiado às vítimas do tráfico internacional de pessoas no Brasil. Na eventual impossibilidade, impõe-se minimamente a outorga de uma proteção subsidiária, como é o caso da acolhida humanitária¹¹⁵.

5 CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, demonstrou-se que as vítimas do tráfico internacional de pessoas no Brasil fazem jus ao reconhecimento do status de refugiado. A partir disso, consolida-se uma alternativa para resguardar esses indivíduos hipervulneráveis, submetidos a uma violação sistemática e prolongada de seus direitos humanos.

112 LLAIN ARENILLA, Shirley; GUZMÁN SUÁREZ; Sara Patricia. La protección internacional de los refugiados víctimas de trata de personas. *In.*: Revista de derecho, n. 42, Barranquilla, 2014. p. 293-294.

113 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 260.

114 ACNUR. *Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_critérios_para_a_determinação_da_condição_de_refugiado.pdf. Acesso em: 25 abr. 2021.

115 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 260.

Nesse sentido, como verificado, com uma interpretação ampliativa e complementar do sistema de proteção de direitos humanos em nível global, interamericano e a partir da legislação brasileira que recepcionou as normas e tratados internacionais de ambos, o respaldo para o reconhecimento da condição de refugiado às vítimas de tráfico internacional de pessoas a partir de diferentes ângulos é evidente.

Pode-se afirmar que o tráfico internacional de pessoas é uma temática que há muito assola a comunidade internacional devido a exploração impiedosa das vítimas, tendo sido objeto de vários instrumentos internacionais ao longo do tempo. O cenário em que a problemática está inserida é permeado pelas violações massivas aos direitos humanos, pelo fenômeno da globalização, pelo contexto dos movimentos migratórios e pela expansão da criminalidade organizada transnacional.

Entretanto, o marco normativo internacional se deu apenas com o Protocolo de Palermo em 2000 e não dispõe de medidas de proteção imperativas para proteger as vítimas. No cenário brasileiro, o marco normativo foi firmado ainda que tardiamente com a Lei n.º 13.344/2016, contudo, a falta de dados contribui para que o crime já subnotificado seja ainda mais invisibilizado e as informações disponíveis padecem de sérias limitações, o que corrobora ainda mais a relevância de tal temática no país.

Portanto, a resposta encontrada é a imprescindibilidade da outorga do status de refugiado às vítimas do tráfico internacional de pessoas em território brasileiro, ante a necessidade de se firmar a tutela dos direitos humanos e cumprir os compromissos assumidos pelo Brasil pertinentes ao tráfico internacional de pessoas.

REFERÊNCIAS

ACNUR. *Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_criterios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado.pdf. Acesso em: 25 abr. 2021.

ALCANTARA, Isabela Souza; MENDES, Denise Cristina Vitale Ramos. O tráfico internacional de pessoas e os direitos humanos das mulheres: uma análise dos principais instrumentos internacionais. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, v. 6, n. 1, 2018.

ALCANTARA, Isabela Souza. A política internacional dos direitos humanos e o tráfico internacional de mulheres. *Conjuntura Global*, v. 6, n. 3, set./dez, 2017.

ALMEIDA, Paulo Sérgio. Migração e Tráfico de Pessoas. *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, v. 7, n. 7. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2012.

ANJOS, Fernanda Alves dos; ABRÃO, Paulo. Enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil: perspectivas e desafios. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. ANJOS, Fernanda Alves dos, et al. (org.). *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

ANNONI, Danielle; CARDOSO, Arisa Ribas. La protección a las víctimas de trata de personas en Brasil. *Revista Opinión Jurídica*, v. 15, n. 29, Medellín, 2016.

BLANCO, Cristina; MARINELLI, Chiara. Víctimas de trata de personas versus migrantes en situación irregular. Retos y lineamientos para la atención y protección de las víctimas de trata de personas extranjeras en el Perú. *Derecho PUCP*, n. 78, 2017.

BORER, Louise Vilela Leite Filgueiras. O consentimento da vítima no tipo penal do tráfico de pessoas. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. São Paulo,

2019. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/revs/DIVERSOS/REVISTA-ESPECIAL-2019_com_LINKS.pdf. Acesso em: 19 abr. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 2.740, de 20 de agosto de 1998*. Promulga a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México em 18 de março de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2740.htm. Acesso em: 7 maio 2021

BRASIL. *Decreto nº 5.016, de 12 de março de 2004*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea.

BRASIL. *Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

BRASIL. *Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm. Acesso em: 17 maio 2021.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 7 maio 2021.

CONVENÇÃO Interamericana para Prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção De Belém Do Pará”. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 7 maio 2021.

DECLARAÇÃO de Cartagena. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 9 maio 2021.

DIAS, Jadison Juarez Cavalcante; ROCHA, Mário Henrique da; VELHO Caroline de Azevedo. O Combate ao Tráfico de Pessoas e a Adequação da Legislação Nacional às Normas Internacionais. *In*: SCAMPINI, Stella Fátima (coord.). *Tráfico de Pessoas*: coletânea de artigos. v. 2. Brasília: MPF, 2017.

ESTATUTO da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/v.Estatuto.Corte.htm#:~:text=Artigo%201.,citada%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20e%20deste%20Estatuto>. Acesso em: 7 maio 2021.

ESTATUTO do ACNUR. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Estatuto_ACNUR.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Estatuto_ACNUR. Acesso em: 9 maio 2021.

FERREIRA, Micaela Amorim; CORRÊA BORGES, Paulo César. Tráfico de pessoas como problema internacional e panorama legislativo de combate. *In*: SCAMPINI, Stella Fátima (coord.). *Tráfico de Pessoas*: coletânea de artigos. v. 2. Brasília: MPF, 2017.

GILBERTO, Camila Marques. *A proteção aos refugiados no sistema interamericano de direitos humanos*: reflexões a partir do caso Pacheco Tineo. 2016. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Santos, 2016.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Tráfico de pessoas e quatro falsas verdades. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. São Paulo*, 2019. p. 165. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/revs/DIVERSOS/REVISTA-ESPECIAL-2019_com_LINKS.pdf. Acesso em: 19 abr. 2020.

INTERNATIONAL CENTRE FOR MIGRATION POLICY DEVELOPMENT. *Guia assistência e referenciamento de vítimas de tráfico de pessoas*. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de>

peessoas/publicacoes/guia_assistencia_icmpd_versao_digital_simples_final.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021.

INTERNATIONAL CENTRE FOR MIGRATION POLICY DEVELOPMENT. *Guia enfrentamento ao tráfico de pessoas*: aplicação do direito. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/guia_etp_icmpd_versao_digital_simples_final-1.pdf. Acesso em: 17 maio 2021.

LLAIN ARENILLA, Shirley; GUZMÁN SUÁREZ; Sara Patricia. La protección internacional de los refugiados víctimas de trata de personas. *Revista de derecho*, n. 42, Barranquilla, 2014.

MARKMAN, Debora; MISAILIDIS, Mirra Gladys Lereña Manzo de. A natureza de *jus cogens* do princípio do *non-refoulement* suas consequências no direito internacional dos refugiados. *Revista de Direito Brasileira*, 2019. v. 22, n. 9.

MATHIASSEN, Bo Stenfeldt; RIBEIRO, Elisa; VITÓRIA, Rodrigo. O escritório das Nações Unidas sobre drogas e crime e o enfrentamento ao tráfico de pessoas: uma abordagem voltada para o direito internacional dos direitos humanos. In: ANJOS, Fernanda Alves dos *et al.* (org.). *Tráfico de pessoas*: uma abordagem para os direitos humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

METODOLOGIA integrada de coleta e análise de dados e informações sobre tráfico de pessoas. Brasília: Ministério da Justiça & Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-relatorios/metodologia-integrada-de-coleta-e-analise-de-dados>. Acesso em: 15 maio 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Plano nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/ii-plano-nacional-1.pdf>. Acesso em: 8 maio 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *II Plano nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/i-plano-nacional-de-etp.pdf>. Acesso em: 8 maio 2021.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

NOGUEIRA, Daniela Saab; GUTIERREZ, José Paulo. Reflexos do direito internacional no crime de tráfico de pessoas. *Cosmopolitan Law Journal/ Revista de Direito Cosmopolita*, v. 4, n. 1, 2017.

PINCOWSKA CARDOSO CAMPOS, Bárbara. O tráfico de pessoas à luz da normativa internacional de proteção dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 7, p. 37-50, dez. 2006. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/93>. Acesso em: 20 abr. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RELATÓRIO nacional sobre tráfico de pessoas: dados de 2012. Brasília: Ministério da Justiça e Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-dados-2012.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

RELATÓRIO nacional sobre tráfico de pessoas: dados de 2013. Brasília: Ministério da Justiça & Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime, 2015. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-relatorios/relatorio-_2013_final_14-08-2015.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.

RELATÓRIO nacional sobre tráfico de pessoas: dados 2014 a 2016. Brasília: Ministério da Justiça & Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime.

Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-de-dados.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

RUIZ SUTIL, Carmen. La Técnica Legal del “Hilo de Ariadna” en la Protección Internacional para la Esclava de la Trata. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 7, n. 2, 2015.

SILVA JUNIOR, Eraldo. Direito internacional dos refugiados no século XXI: desafios ao estado brasileiro. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, v. 5, n. 10, 2017.

SILVA, T. M.; PACÍFICO, A. M. C. P. O regime internacional dos refugiados e os instrumentos de proteção jurídica em nível internacional e latino-americano. *Meridiano 47 - Journal of Global Studies*, [S. L.], v. 19, 2018. DOI: 10.20889/M47e19008. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/8153>. Acesso em: 19 abr. 2021.

SILVA, Waldimeiry Corrêa da. ¡Que se rompan los grilletes! La cooperación internacional para la protección de los derechos humanos de las víctimas de trata de personas desde el Consejo de Europa. *Revista facultad de derecho y ciencias políticas*, v. 44, n. 120, Medellín, 2014.

SILVA, Waldimeiry Corrêa da. La interseccionalidad en la trata de seres humanos: un encuentro necesario para el enfoque de derechos humanos. In: *Trata de personas, género y migraciones en Andalucía (España), Costa Rica y Marruecos: retos y propuestas para la defensa y garantía de los derechos humanos*. 1. ed. 2019. ISBN 978-84-1324-377-1. p. 37-66.

SOARES, Inês Virginia Prado. Enfrentamento ao tráfico de pessoas sob a ótica dos direitos humanos no BRASIL. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. ANJOS, Fernanda Alves dos, et al. (org.). *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

SOUZA, Mércia Cardoso. O novo marco legal do Brasil para o enfrentamento ao tráfico de pessoas – Considerações sobre a Lei n. 13.344/2016. *O público e o privado*, n. 31, 2018.

UNODC, global report on trafficking in persons 2012. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021.

UNODC, global report on trafficking in persons 2014. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/GLOTIP_2014_full_report.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021

UNODC, global report on trafficking in persons 2016. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/2016_Global_ReportonTraffickinginPersons.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021

UNODC, relatório global sobre o tráfico de pessoas 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/TiP_PT.pdf.

UNODC, global report on trafficking in persons 2020. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021.

WALDELY, Aryadne Bittencourt; VIRGENS, Bárbara Gonçalves das; ALMEIDA, Carla Miranda Jordão de. Refúgio e realidade: desafios da definição ampliada de refúgio à luz das solicitações no Brasil. *REMHU – Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.*, Brasília, v. 22, n. 43, p. 117-131, dez. 2014.

A execução do aborto legal em casos de violência sexual no Brasil à luz do Direito Internacional: uma análise do sistema onusiano de proteção dos direitos das mulheres

Manuele Sarmento da Silva¹

1 INTRODUÇÃO

A regulamentação e prestação do serviço de interrupção da gravidez no Brasil possui impactos diretos nas questões da saúde das mulheres², tema bastante presente nas convenções internacionais e nos demais instrumentos do Direito Internacional³, por isso merece atenção não apenas a existência ou não de normativas protetivas de direitos humanos, mas também a eficiência da concretização desses direitos positivados.

Quando dificultada pelo Estado, a qualidade na execução desse tipo de serviço pode representar graves violações aos Direitos Humanos e, por conseguinte,

1 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

2 Cabe fazer a ressalva de que as dificuldades vividas por mulheres abrangem também as dificuldades de homens transexuais, por exemplo, considerando que qualquer indivíduo que tenha aptidão biológica para engravidar, pode estar sujeito a uma gravidez decorrente de estupro.

3 Destaca-se a discussão feita no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (órgão contencioso da Organização dos Estados Americanos) quanto à garantia do aborto no caso *Beatriz vs El Salvador* (2013). Medidas provisórias foram tomadas pela Corte IDH a fim de que fosse interrompida a gestação de alto risco (aborto terapêutico). Interessa também destacar que na Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo Margarette May Macaulay: “[...] desenvolveu-se jurisprudência também com relação aos [...] deslocamentos e desaparecimentos, feminicídios/feminicídios, violência obstétrica, criminalização por interrupção da gravidez e por não implementação de leis que garantam o acesso ao aborto legal”. PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta; RIBEIRO, Raísa. *Feminismo interamericano: exposição e análise crítica dos casos de gênero da corte Interamericana de Direitos Humanos* (NIDH – UFRJ Livro 1). Siddharta Legale. Edição do Kindle. p. 24.

a responsabilização estatal, já que essa preocupação com a saúde das mulheres está robustamente normatizada no Sistema Onusiano de Proteção dos Direitos Humanos⁴.

Levando em consideração a quantidade de hospitais no país que realizam o procedimento abortivo, e cruzando os dados de 2019 de estupros no Brasil⁵; o número de abortamentos legais notificados; e estimativas do real número de estupros ocorridos⁶, levanta-se a hipótese de que há omissão estatal no que tange o acesso das mulheres ao procedimento nos casos permitido pela legislação brasileira, seja pela inacessibilidade às unidades de saúde aptas a realizar tal procedimento; seja pelo despreparo estrutural dos profissionais de saúde e autoridades governamentais; seja pelo desconhecimento sistemático por parte das mulheres dos seus direitos sexuais e reprodutivos. Se confirmada essa hipótese de omissão, temos configurada violações aos direitos humanos que o sistema internacional de proteção dos direitos humanos já entendeu não se justificar.

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a situação da prestação do serviço de aborto legal no país, tendo em vista que no Brasil é permitida a execução pelo Sistema Único de Saúde brasileiro (SUS) da interrupção da gravidez em três hipóteses⁷.

4 A esse respeito, o Estado brasileiro foi condenado no caso *Alyne Pimentel v. Brasil*, que foi analisado pelo Comitê da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), na sessão 49, em 2011. As recomendações emitidas pela CEDAW orientaram o Estado brasileiro a fazer mudanças estruturais a fim de mitigar omissões estatais quanto ao atendimento médico das mulheres.

5 Em 2019, os órgãos de segurança reportaram 66.123 casos de estupro, 86% deles contra meninas e mulheres. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Atlas da violência 2018*. Brasília, 2018.

6 Os números publicados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública revelam uma grande diferença entre a estimativa de gravidezes em decorrência de estupro e o número de abortos previstos em lei realizados. Nas estimativas mais conservadoras, quando se considera o risco de 5% de gravidez em casos de estupro, teríamos 2.810 meninas e mulheres em situação de violência sexual grávidas em 2019 e um pouco mais de 1.800 procedimentos realizados. No entanto, sabemos que a subnotificação dos casos é grande e que o número de estupros notificados representa, no máximo, 15% do número real de estupros ocorridos (IPEA, 2018). Fazendo essa correção, isso significa que, no mínimo, 18.734 de gravidezes em decorrência de estupro tenham ocorrido no Brasil em 2019.

7 No Código Penal brasileiro, no art. 128, estão dispostas duas exceções à proibição do abortamento: o abortamento terapêutico (no CP leva o nome de “aborto necessário”), no inciso I, e o abortamento ético ou humanitário (chamado de “aborto no caso de gravidez resultante de estupro” no CP), no inciso II. A terceira hipótese de exceção à proibição veio em 2012 através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, cujo desfecho foi autorização legal à realização do

Sob a ótica do sistema onusiano de proteção dos direitos humanos, procura-se entender quais são as omissões estatais identificáveis quanto à realização do procedimento; até que ponto o Estado pode ser responsabilizado por essas omissões; e quais seriam as saídas para que o problema não precise chegar aos órgãos internacionais de proteção de Direitos Humanos.

Para esse fim, será feita uma pesquisa de cunho bibliográfico e uma pesquisa documental, a partir das análises feitas nos arquivos de órgãos públicos⁸, como a Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher; a CEDAW; as Recomendações Gerais emitidas pelo Comitê CEDAW; e os documentos relativos ao julgamento do caso *Alyne Pimentel v. Brasil*, descrevendo o caso e destacando seus impactos jurídicos. Serão analisadas também as normativas domésticas referentes ao aborto legal no Brasil, quais sejam, o Código Penal⁹ e as Normas Técnicas editadas pelo Ministério da Saúde sobre o procedimento, além de dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) referentes à realização do aborto e à violência sexual no Brasil. O objetivo, assim, é sustentar que a decisão do Comitê CEDAW no caso *Alyne Pimentel v. Brasil* traz, em conjunto com as Recomendações Gerais emitidas pelo Comitê, orientações úteis para o combate à violência de gênero na prestação do serviço de abortamento legal no Brasil.

2 A PROTEÇÃO DA SAÚDE DA MULHER NA CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER

Para entender o conceito de discriminação de gênero para o sistema onusiano de proteção de direitos humanos, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, sigla para *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*), de 1979¹⁰, precisa ser analisada, já que inaugura o assunto da violência contra a mulher no Sistema.

aborto em casos em que o feto é anencéfalo. Vale salientar que em casos de complicações decorrentes de abortamento ilegal, ou abortamento incompleto, espontâneo ou induzido, o Estado brasileiro, através do SUS, deve prestar o adequado atendimento às mulheres.

8 GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

9 BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940*.

10 A CEDAW foi assinada pelo Brasil em 1981, junto às Nações Unidas (ONU), e ratificada pelo congresso com reservas em 1984. Foi o primeiro tratado a ser ratificado pelo Brasil após a redemocratização, que passou a reconhecer a Convenção em sua integralidade (ou seja, sem reservas) pelo Decreto Federal nº 26/1994.

A Convenção, que “está entre os tratados internacionais de direitos humanos mais amplamente ratificados na história, atrás apenas da Convenção sobre os Direitos da Criança (com 195 Estados-partes), foi ratificado por 189 Estados”¹¹, e curiosamente, também é o tratado “que mais recebeu reservas por parte dos Estados signatários”¹².

A CEDAW foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas no período denominado “década da Mulher” estabelecido pela ONU (1976-1985)¹³, e comporta o principal arcabouço normativo sobre a proteção das mulheres na estrutura de proteção dos Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU). A Convenção reconhece a particularidade da discriminação de gênero, e a define para fins de aplicação da norma¹⁴, definição essa que é complementada pela redação do item 6 da Recomendação Geral 19¹⁵ (1992), pelo primeiro artigo da Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher (1993)¹⁶ e pela Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher (1995)¹⁷.

11 OLIVEIRA, Mainara; TERESI, Verônica. *Convenção da mulher: incorporação no Brasil e influência da sociedade civil*, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unisantos.br/leopoldianum/article/view/761>.

12 Foram feitas 88 reservas substanciais por 23 dos mais de 100 Estados-partes. PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. *In: CAMPOS, Carmem Hein de. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

13 No ano de 1975 ocorreu a primeira Conferência Mundial da Mulher, que aprovou um “plano de ação a ser norteador das diretrizes de governos e da comunidade internacional no decênio 1976-1985”, segundo a ONU Mulheres. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/planta5050-2030/conferencias/>.

14 Art. 1º. “Para os fins da presente Convenção, a expressão ‘discriminação contra a mulher’ significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”.

15 6. A Convenção, no seu artigo 1, define discriminação contra as mulheres. A definição de discriminação inclui a violência de gênero, ou seja, manifestações de violência dirigidas contra as mulheres enquanto mulheres ou que afetam desproporcionalmente as mulheres. Estas manifestações incluem atos que infligem danos ou sofrimento físico, mental ou sexual, ameaças de tais atos, coerção e outras formas de limitação da liberdade. A violência de gênero pode infringir disposições específicas da Convenção, mesmo se tais disposições não mencionam a violência de forma expressa.

16 “Para os fins da presente Declaração, a expressão ‘violência contra as mulheres’ significa qualquer acto de violência baseado no gênero do qual resulte, ou possa resultar, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres, incluindo as ameaças de tais actos, a coacção ou a privação arbitrária de liberdade, que ocorra, quer na vida pública, quer na vida privada.”

17 Segundo Maria Luiza Ribeiro Viotti, na apresentação à Plataforma de Ação de Pequim, em 2006:

Conforme explicam Flávia Piovesan e Sílvia Pimentel¹⁸, a violência de gênero se trata de conduta dirigida contra a mulher, seja por vitimizar unicamente mulheres, seja por tal conduta impactar as mulheres de maneira desproporcional.

2.1 O DIREITO À SAÚDE NA CONVENÇÃO

A concepção do que significa igualdade de gênero para fins de aplicação do Direito Internacional já deixou há bastante tempo de se resumir à garantia da igualdade formal¹⁹. A inobservância do direito à igualdade material deve ser uma forte preocupação, principalmente se tratando de omissões estatais, já que a violência de gênero é um problema estrutural²⁰, o qual não necessita de ações para se perpetuar, bastando a inércia da sociedade para que se mantenha. É nesse sentido que o direito à saúde tem uma grande importância no sistema global de proteção dos Direitos Humanos das mulheres, que se preocupa com dificuldades específicas relativas ao gênero²¹.

“A Plataforma de Ação de Pequim consagrou três inovações dotadas de grande potencial transformador na luta pela promoção da situação e dos direitos da mulher: o conceito de gênero, a noção de empoderamento e o enfoque da transversalidade. O conceito de gênero permitiu passar de uma análise da situação da mulher baseada no aspecto biológico para uma compreensão das relações entre homens e mulheres como produto de padrões determinados social e culturalmente, e, portanto, passíveis de modificação. As relações de gênero, com seu substrato de poder, passam a constituir o centro das preocupações e a chave para a superação dos padrões de desigualdade”.

18 PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmem Hein de. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

19 Sobre um breve histórico das reivindicações do movimento feminista, ver: PIOVESAN, Flávia e PIMENTEL, Sílvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmem Hein de. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

20 Apesar da redação do preâmbulo da CEDAW que diz ser “necessário modificar o papel tradicional tanto do homem como da mulher na sociedade e na família”, não há na Convenção menção direta ao caráter estrutural do problema da desigualdade de gênero. Já na Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher restou reconhecido que “a violência contra as mulheres constitui uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, que conduziram ao domínio e à discriminação das mulheres por parte dos homens e impediram o progresso pleno das mulheres, e que a violência contra as mulheres constitui um dos mecanismos sociais fundamentais através dos quais as mulheres são forçadas a assumir uma posição de subordinação em relação aos homens”. Além disso, a Recomendação Geral 35, que atualizou a Recomendação Geral 19, enfatiza nos itens 30 e 33 a dimensão estrutural da violência de gênero.

21 Na Conferência de Pequim, de 1995, a desigualdade no acesso aos serviços de saúde foi apontada como um dos doze pontos de preocupação prioritárias para que as mulheres possam exercer plena-

Segundo Abramovich²², apesar de “a faceta mais visível dos direitos econômicos, sociais e culturais” ser a das obrigações positivas do Estado, a obrigação negativa de não prejudicar a saúde dos indivíduos, deve ser muito bem observada, pois “o direito à saúde compreende a obrigação estatal de não prejudicar a saúde”. Esse apontamento se relaciona com o aborto no Brasil, pois como o Estado proíbe, em regra, o procedimento, deve garantir que nos casos excepcionais previstos em lei, o abortamento seja realizado sem prejuízos à saúde das mulheres.

Isso, pois quando o Estado decide pela proibição de um procedimento que, em regra, apresentam riscos mínimos à saúde das mulheres²³, estigmatizando esse procedimento, acaba por atrair obrigações positivas de difundir inclusive institucionalmente²⁴ quais são as exceções à regra, e providenciar o necessário para concretização do direito ao procedimento nos casos em que a lei permite, sob o perigo de tornar o procedimento inacessível pela dificuldade de se chegar a uma unidade preparada para realizar o procedimento, ou mesmo pela inacessibilidade do conhecimento sobre os direitos sexuais e reprodutivos pelas próprias mulheres.

Neste mesmo sentido é o entendimento do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos sobre o direito à saúde, que fala²⁵ em “meta programática tangível”, em “esforço possível, dentro dos recursos disponíveis”, e na importância do compromisso em “garantir o direito à saúde de forma não discriminatória”, através do desenvolvimento de “legislação específica e planos de ação”, enfatizando que os Estados também têm de “garantir um nível mínimo de acesso aos componentes materiais essenciais do direito à saúde, tais como o fornecimento de medicamentos essenciais e serviços de saúde materna e infantil”.

mente seus direitos. VIOTTI, Maria Luiza Ribeiro. “Declaração e a plataforma de ação da IV Conferência Mundial sobre a mulher: Pequim 1995”. In: FROSSARD, Heloísa (org.). *Instrumentos internacionais de direitos das mulheres*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2006. p. 148.

22 ABRAMOVICH, Víctor E. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, v. 2, n. 2, jan. 2005. p. 191. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sur/v2n2/a09v2n2.pdf>.

23 Conforme assevera Orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre abortamento seguro. 2013. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437_por.pdf;jsessionid=1B26BD79A140DB6B38E32A-DA42A99997?sequence=7.

24 Nos países em que o aborto voluntário é, em regra, permitido, seria desnecessário se programar campanhas publicitárias e educacionais sobre permissivos legais específicos, como no caso de gravidez decorrente de violência sexual, por exemplo.

25 UN, OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Fact Sheet*, n. 31, The Right to Health. June 2008. p. 9.

Sendo assim, a omissão na prestação de serviços direcionados ao gênero feminino, por afetar desproporcionalmente as mulheres, configura violência baseada no gênero, e trata-se de uma afronta aos compromissos firmados pelo Brasil em acordos internacionais. Por esse motivo, as decisões sobre direitos humanos das mulheres tomadas nos últimos anos pelos órgãos onusianos, e as Recomendações Gerais emitidas pelo Comitê CEDAW parecem convergir para o entendimento de que a omissão estatal na prestação de serviços às mulheres não está de acordo com o compromisso de não-discriminação firmado pelo na CEDAW.

2.2 AS RECOMENDAÇÕES DO COMITÊ CEDAW

As recomendações emitidas pelo Comitê possuem força normativa controversa na doutrina, dado que não são ratificadas pelos Estados-parte, como é feito com os pactos. As Declarações, apesar de assinadas, também não são ratificadas. Apesar disso, ambos os instrumentos integram o sistema de proteção de direitos humanos e são considerados pelos comitês, comissões e cortes internacionais nas análises das problemáticas discutidas por essas entidades.

Apesar de não haver a participação dos Estados-parte na emissão dessas recomendações, a legitimidade do Comitê para a elaboração desse tipo de normativa é irrefutável, já que está disposta na CEDAW e mais bem regulamentada pelo Protocolo Facultativo à CEDAW, instrumento que tanto pode ser ratificado, como de fato o foi pelo Estado brasileiro.

O Comitê, além de fiscalizar o cumprimento da Convenção, também emite Recomendações sobre várias questões que se desdobram do dispositivo convencional²⁶. Flávia Piovesan e Sílvia Pimentel²⁷ enfatizam a importância das Recomendações Gerais do Comitê CEDAW na abordagem de assuntos não detalhados satisfatoriamente pela Convenção, a fim de que se possa, de fato, haver a concretização da norma acordada no Tratado.

26 O artigo 21 da CEDAW dispõe sobre a competência do Comitê para “apresentar sugestões e recomendações de caráter geral baseada no exame dos relatórios e em informações recebidas dos Estados-parte”.

27 No texto A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil, 2011, p. 77, as autoras destacam em especial o papel da recomendação n. 19, A/47/38 na questão da violência doméstica: “Embora a Convenção não explicita a temática da violência contra a mulher, o Comitê da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Comitê CEDAW) adotou relevante Recomendação Geral sobre a matéria. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf.”

Na Recomendação Geral 12/1989, por exemplo, recomendou-se aos Estados Partes que incluíssem em seus relatórios periódicos informações sobre, entre outros assuntos, a questão da “Existência de serviços de apoio para mulheres vítimas de agressão e maus tratos”. Na Recomendação Geral 19/1992, no item 24, subitem “b”, Comitê recomendou aos Estados que fossem garantidas “leis contra a violência familiar, maus-tratos, violações, agressões sexuais [...] de gênero” e garantidos “serviços adequados de proteção e assistência”, e nela se reforça a essencialidade da “formação sensível às questões de gênero” de agentes judiciais e funcionários públicos em geral para a efetiva aplicação da Convenção.

Ainda na Recomendação Geral 19/1992, no item 24, subitens “m” e “o”, recomendou-se que “situações de coerção em matéria de fertilidade e reprodução” sejam combatidas pelos Estados, que deve ainda “garantir que as mulheres não sejam obrigadas a procurar procedimentos médicos inseguros, tais como o aborto ilegal, devido à inexistência de serviços adequados em matéria de controlo da fertilidade”.

A Recomendação Geral 24/1999 trata especificamente da saúde da mulher, através de recomendações referentes ao artigo 12²⁸ da Convenção, dando várias recomendações²⁹ aos Estados de como potencializar a efetividade das normas acordadas no âmbito da Convenção.

Também está presente na Recomendação Geral 30/2013, no item 52, c, que os Estados devem “garantir que os cuidados de saúde sexual e reprodutiva incluam o acesso a informações sobre saúde sexual e reprodutiva”, bem como garantir “contracepção de emergência; [...] serviços de aborto seguro; cuidados pós-aborto [...]”.

No mesmo sentido, a Recomendação Geral 34/2016, que trata dos direitos das mulheres rurais, destaca nos itens 38 e 39 que a mortalidade materna é desproporcionalmente elevada entre as mulheres residentes em áreas rurais, imputa ao Estado a garantia de serviços e instalações de cuidados de saúde nas áreas menos

28 Artigo 12 – 1. Os Estados-parte adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar. 2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1º, os Estados-parte garantirão à mulher assistência apropriada em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância.

29 Essa Recomendação Geral terá itens importantes destacados mais à frente, momento em que será feita uma análise do cumprimento dessas recomendações pelo Estado brasileiro.

urbanizadas, e inclusão do “aborto seguro e cuidados pós-aborto de qualidade, quer o aborto seja ou não legal”. Destaca, ainda, que “mesmo nos países onde o aborto é legal, certas condições restritivas, incluindo períodos de espera não razoáveis, impedem muitas vezes o acesso das mulheres rurais. Onde o aborto é ilegal, o impacto na saúde é ainda maior”.

Na Recomendação Geral 35/2017, no item 18, destacam-se, entre violações à saúde e aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres a “negação ou atraso do aborto seguro e/ou, continuação forçada de gravidez”.

3 A VIOLAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE NO CASO ALYNE PIMENTEL

Feitos breves comentários sobre esses instrumentos normativos da ONU pertinentes à temática do acesso à saúde pelas mulheres, será dado primeiramente um panorama sobre o Comitê CEDAW e em seguida será analisado o caso *Alyne Pimentel v. Brasil*, cuja solução final foi no sentido de condenar³⁰ o Estado brasileiro a reparar o dano de sua responsabilidade e de fazer mudanças estruturais com o fito de evitar novos danos.

3.1 A COMPETÊNCIA DO COMITÊ DA CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER

Com a expansão do Direito Internacional ao longo do século XX, a discussão sobre a importância de órgãos vinculantes aplicadores do Direito Internacional foi trazida inclusive por Hans Kelsen, que apontou para o exercício do direito subjetivo (proveniente da existência de normativas que conferem o poder jurídico de exigir seu cumprimento)³¹. Isso demonstra como a aplicação das normativas internacionais sempre foi uma preocupação importante e deve ser investigada.

30 Apesar de não se tratar de um Tribunal, os membros do Comitê têm a prerrogativa de definir o grau de responsabilidade de um Estado-parte perante um caso a ele comunicado, e é também de competência do Comitê a formulação de recomendações específicas que devem ser cumpridas pelo Estado-parte litigante.

31 CAMARGO, Francisco Alves Lopes Filho; OLIVEIRA, Thiago Moreira. Transconstitucionalismo, Direito Internacional e Direito Interno: Uma nova forma de enxergar a moldura jurídica de Kelsen? *Revista FIDES*, v. 11, n. 2, p. 154-176, 21 jan. 2021.

O Comitê CEDAW foi instituído pelo artigo 17 da CEDAW, dispositivo que dispõe sobre a composição do órgão (23 experts “de grande prestígio moral e competência na área abarcada pela Convenção”³²) e a ele “é dada a função de monitorar a implementação da Convenção”³³, conforme explica Sílvia Pimentel. Os nomeados que integram o Comitê são eleitos pelos Estados-parte, mas não funcionam como representantes desses Estados³⁴, pois como destaca Sílvia Pimentel, “trabalham dentro de suas capacidades pessoais e não como representantes governamentais”³⁵.

O Protocolo Facultativo à CEDAW, de 1999, em vigor no ano de 2002, regulamentou melhor o Comitê CEDAW, criando mecanismos de grande relevância para o sistema global de proteção dos direitos humanos, a fim de que o Comitê pudesse cumprir a função de monitorar o exercício efetivo dos direitos das mulheres à luz da Convenção³⁶. O “Protocolo fortalece a Convenção da Mulher e amplia as funções e a responsabilidade do Comitê”³⁷ e “é resultado de muitos e

32 Art. 17, parágrafo 1º, CEDAW.

33 PIMENTEL, Sílvia. “Declaração e a plataforma de ação da IV Conferência Mundial sobre a mulher: Pequim 1995”. In: FROSSARD, Heloísa (org.). *Instrumentos internacionais de direitos das mulheres*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2006.

34 Explicam Claudia Santos e Axsandro Pereira em “*Direitos humanos das mulheres: uma análise sobre as recomendações do comitê CEDAW/ONU ao Estado brasileiro, 2017: “Os especialistas do CmCEDAW são escolhidos por região (Caribe, África, Ásia, América Latina, Leste e Oeste Europeu) para que haja igualdade de representação.”*

35 PIMENTEL, Sílvia. “Declaração e a plataforma de ação da IV Conferência Mundial sobre a mulher: Pequim 1995”. In: FROSSARD, Heloísa (org.). *Instrumentos internacionais de direitos das mulheres*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2006.

36 Segundo Sílvia Pimentel: “O Comitê CEDAW recorre a três mecanismos para monitorar o exercício efetivo dos direitos das mulheres nos Estados-parte da Convenção. São eles: Análise de relatórios apresentados periodicamente pelos Estados-parte, com a elaboração de observações e recomendações específicas; Preparação de Recomendações Gerais que buscam interpretar os direitos e princípios previstos na Convenção; [...] Consideração das comunicações apresentadas por indivíduos ou grupos de indivíduos que aleguem a ocorrência de violações a quaisquer direitos previstos na Convenção da Mulher.” e completa “Estas comunicações têm o intuito de, a partir de um diálogo entre o Comitê CEDAW e o Estado-parte acusado de violar os direitos, verificar quais as providências que estão sendo tomadas para a superação do problema. Caso seja preciso, o Comitê CEDAW designará uma equipe para realizar visitas e investigação in loco. Ambos os mecanismos – petição individual e visitas in loco – foram previstos pelo Protocolo Facultativo à Convenção da Mulher”. PIMENTEL, Sílvia. “Declaração e a plataforma de ação da IV Conferência Mundial sobre a mulher: Pequim 1995”. In: FROSSARD, Heloísa (org.). *Instrumentos internacionais de direitos das mulheres*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2006.

37 *Ibid.*

sistemáticos esforços por parte de ativistas para fortalecer a proteção dos direitos humanos da mulher.”³⁸, já que a Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, observou-se um comprometimento da comunidade internacional com relação à necessidade “de um procedimento facultativo para a apresentação de denúncias de acordo com a Convenção”³⁹.

Esse Protocolo Facultativo foi assinado pelo Brasil em 2001⁴⁰ e ratificado no ano seguinte através do Decreto nº 4.316/2002⁴¹, restando reconhecida no país a competência do Comitê (disposta nos arts. 8º e 9º do Protocolo) três meses após o Decreto, conforme consta no artigo 16 do Protocolo⁴².

O Comitê deve receber relatórios regularmente dos Estados-Parte (conforme dispõe o artigo 18 da CEDAW⁴³), e formular recomendações, inclusive considerando relatórios alternativos, enviados pela sociedade civil, para que os Estados possam avaliar e reavaliar as políticas implementadas no país, se

38 FACIO, Alda; OBANDO, Ana Elena. *Relatório sobre o Protocolo Facultativo à CEDAW da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados*. 2001. Disponível em: https://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos.Interno/BD_1978751583/Protocolo/PP-Documento.htm?url=%2FBibliotecaWeb%2FVarios%2FDocumentos.Interno%2FBBD1978751583%2FProtocolo%2FP-Documento.htm#_ftn204.

39 *Ibid.*

40 Segundo Nelson Pellegrino, ainda em 2001, quando era deputado e presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados: “Com o ato de assinatura, no dia 13 de março de 2001, do Protocolo Facultativo à CEDAW, o Poder Executivo brasileiro manifestou sua posição política no sentido de tomar medidas necessárias para que o Protocolo entre em vigor no país, abandonando a postura, até então adotada, de observador da acolhida desse instrumento pela comunidade internacional.”

41 BRASIL. *Decreto nº 4.316 de 30 de julho de 2002*. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

42 O artigo 16 versa no segundo parágrafo que “Para cada Estado que ratifique o presente Protocolo ou a ele venha a aderir após sua entrada em vigor, o presente Protocolo entrará em vigor três meses após a data do depósito de seu próprio instrumento de ratificação ou adesão.”

43 Artigo 18 1. Os Estados-parte comprometem-se a submeter ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para exame do Comitê, um relatório sobre medidas legislativas, judiciárias, administrativas ou outras que adotarem para tornarem efetivas as disposições desta Convenção e sobre os progressos alcançados a esse respeito; a) No prazo de um ano a partir da entrada em vigor da Convenção para o Estado interessado; e b) Posteriormente pelo menos cada quatro anos e toda vez que o Comitê solicitar. 2. Os relatórios poderão indicar fatores e dificuldades que influam no grau de cumprimento das obrigações estabelecidas por esta Convenção.

responsabilizando pela aplicação da Convenção.⁴⁴ Esses relatórios são discutidos em sessões públicas, com a presença de representantes do Estado-parte em questão, e em seguida o Comitê elabora questões sobre incongruências entre as ações do Estado e as obrigações assumidas, dando ao Estado um prazo de seis semanas para que se possa respondê-las⁴⁵.

O Protocolo Facultativo também dispõe sobre os procedimentos de comunicações e de investigações. O procedimento para as comunicações autoriza o Comitê a receber petições relacionadas às violações dos direitos convencionados e a emitir pareceres na forma de opiniões e recomendações. Já o procedimento para as investigações autoriza o Comitê a iniciar a sindicância sobre violações graves ou sistemáticas cometidas por um Estado-parte⁴⁶.

3.2 ASPECTOS JURÍDICOS DAS VIOLAÇÕES DO DIREITO À SAÚDE NO CASO ALYNE PIMENTEL

O caso de Alyne da Silva Pimentel Teixeira é emblemático por se tratar do primeiro caso de morte materna enfrentado pelo Comitê, que considerou o Estado brasileiro culpado pela falha na garantia do direito à saúde. A decisão do Comitê fez várias recomendações para que mudanças estruturais aconteçam no Brasil, a fim de evitar novos acontecimentos do tipo.

44 “O Comitê CEDAW solicita que os Estados enviem relatórios periódicos de quatro em quatro anos sobre seus avanços e dificuldades na implementação da Convenção. Conjuntamente, a sociedade civil organizada pode enviar um relatório alternativo, com o propósito de auxiliar as tarefas de verificação realizadas pelo Comitê.” SANTOS, Cláudia; PEREIRA, Alessandro Eugênio. Direitos humanos das mulheres: uma análise sobre as recomendações do comitê CEDAW/ONU ao estado brasileiro, 2017. *Revista de Relações Internacionais da UFGD*, Dourados, v. 6. n. 11, jan./jun. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/moncoes>.

45 Sobre o assunto, ver: BYRNES, Andrew. The Committee on the Elimination of Discrimination against Women. In: HELLMUM, Anne & AASEN, Henriette Sinding. *Women's Human Rights: CEDAW in International, Regional and National Law*, p. 27-61. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 36-38.

46 FACIO, Alda; OBANDO, Ana Elena. *Relatório sobre o Protocolo Facultativo à CEDAW da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados*. 2001. Disponível em: https://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos.Interno/BD_1978751583/Protocolo/PP-Documento.htm?url=%2FBibliotecaWeb%2FVarios%2FDocumentos.Interno%2FBD_1978751583%2FProtocolo%2FPP-Documento.htm#_ftn204.

O que aconteceu com Alyne Pimentel foi comunicado⁴⁷ por Maria de Lourdes da Silva Pimentel – mãe de Alyne – ao Comitê CEDAW em novembro de 2007, com representação das entidades *Center for Reproductive Rights* e Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos. As alegações feitas através do comunicado sustentaram que Alyne foi vítima de violações estatais ao direito à saúde e à proteção jurisdicional, baseando-se principalmente no artigo 2, alínea “c”⁴⁸ e no artigo 12 da CEDAW e na Recomendação Geral 24/1999⁴⁹.

Em novembro de 2002 Alyne Pimentel, mulher negra de 28 anos, grávida de seis meses, procurou atendimento médico em uma unidade de saúde conveniada ao SUS da cidade em que residia (Belford Roxo, no estado do Rio de Janeiro), em função de dores abdominais e forte náusea que sentia. Após tomar analgésicos, foi liberada do hospital sem maiores investigações sobre o que poderia ser a causa dos sintomas descritos por ela.

Após buscar novamente por atendimento médico no mesmo hospital, dois dias depois, descobriu-se que o feto que Alyne carregava estava sem vida, momento em que ela foi encaminhada para um parto induzido. Posteriormente, colocada a necessidade de um procedimento cirúrgico capaz de retirar todo o material placentário restante, a espera para a realização da cirurgia foi de 14 horas. Os procedimentos teriam demorado demasiadamente a serem realizados, demora que argumentou-se ter sido o principal motivo do agravamento do quadro de saúde da paciente.

Depois da curetagem, a saúde de Alyne continuou piorando e ela precisou ser transferida para outra unidade de saúde. Houve a recusa da liberação de uma ambulância para a transferência por parte do Hospital Geral de Nova Iguaçu e a família de Alyne não teve como custear um serviço privado, o que culminou numa espera de mais 8 horas para que a transferência pudesse ser feita.

47 Os pressupostos de admissibilidade da comunicação estão dispostos nos artigos 1º a 5º do Protocolo Facultativo à CEDAW e mais bem detalhados nas regras de procedimento do Comitê.

48 Artigo 2º Os Estados-parte condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a: c) Estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação;

49 ONU. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008.

Ainda em vida, foi finalmente transferida, mas em estado crítico de saúde, e passou por mais dificuldades relativas à lotação do hospital e à falta de fornecimento de informações detalhadas à nova equipe que assumiu o caso de Alyne (na transferência, sequer o prontuário da paciente foi repassado para a nova equipe médica). Passados 5 dias desde a primeira busca por atendimento médico, no dia 16 de novembro, Alyne morreu, tendo a autópsia revelado que a causa da morte foi uma hemorragia digestiva, provavelmente em decorrência dos vários dias que o feto ficou sem vida em seu útero.

Poucos meses depois, o marido de Alyne ingressou com uma ação judicial com a finalidade de ser indenizado pelos danos materiais e morais sofridos em decorrência da demora no diagnóstico da gestante. O processo judicial apresentou diversos erros e se arrastou por um tempo completamente desarrazoado, sendo sua primeira decisão de mérito datada de 2013, portanto, somente após a condenação do Brasil pelo caso no âmbito do Comitê, em 2011.

Usando como parâmetros de avaliação da prestação do serviço de saúde o artigo 12 do comentário geral 14 (2000) do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵⁰, e o *Guidelines for Monitoring the Availability and Use of Obstetric Services* (1997)⁵¹, a comunicação individual⁵² do caso ao Comitê reuniu indicativos de que o caso de Alyne não foi isolado, e levantou questões como a desigualdade na distribuição geográfica de unidades preparadas para atendimentos de emergência obstétrica, a eficiência da prestação dos serviços de saúde à mulher e a taxa de mortalidade materna no país⁵³ e a ineficiência da prestação jurisdicional⁵⁴. O comunicado ainda enfatizou a importância da prevenção, investigação e punição da violência de gênero, trazendo à baila a ênfase dada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) a essas medidas.

50 Esse comitê é oriundo do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mais especificamente pela resolução 1985/17 do Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC) em 1985.

51 Guia elaborado pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), pela Organização Mundial da Saúde e pelo Fundo de População das Nações Unidas.

52 CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008.

53 A comunicação apontou para o fato de o Brasil possuir à época 1/3 de todas as mortes maternas ocorridas na América Latina.

54 CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008.

O Estado brasileiro recebeu a comunicação em fevereiro de 2008 e em agosto do mesmo ano apresentou suas observações⁵⁵. As argumentações trazidas pelo Brasil foram no sentido de demonstrar um descolamento entre o caso comunicado e as ações implementadas pelo Estado brasileiro na tentativa de melhoria do sistema de saúde da mulher, atribuindo a morte de Alyne à complexidade particular do seu estado de saúde, e não aos erros médicos narrados na comunicação. O Estado-parte também negou que a morte de Alyne tenha se tratado de morte materna e que o caso se tratasse de violência de gênero.

A demora no atendimento de Alyne foi analisada do ponto de vista interseccional⁵⁶, levando em consideração que além da discriminação de gênero, apontou-se para o fato de Alyne ser negra e pobre como causa da omissão estatal tê-la afetado. A esse respeito, destacou Sílvia Pimentel, “que o Comitê enfatizou a discriminação de gênero na sua intersecção com raça e classe como fatores que comprometem o acesso a serviços de saúde materna de qualidade no país”⁵⁷.

O Comitê julgou responsável o Estado brasileiro pelas violações do artigo 2º alíneas “c” e “e”, em conexão com o artigo 1º; das Recomendações Gerais 24 e 28; e do artigo 12, destacando que⁵⁸:

A falta de serviços de saúde materna adequados no Estado-parte, que claramente não satisfaz as necessidades de saúde e interesses específicos das mulheres, não só constitui uma violação do Artigo 12, Parágrafo 2, da Convenção, mas também discriminação contra as mulheres nos termos do Artigo 12, Parágrafo 1, e Artigo 2 da Convenção.

55 Conforme disposto no Protocolo Facultativo à CEDAW, artigo 6º, parágrafo 2º: “Dentro de seis meses, o Estado-parte que receber a comunicação apresentará ao Comitê explicações ou declarações por escrito esclarecendo o assunto e o remédio, se houver, que possa ter sido aplicado pelo Estado-parte”.

56 A análise interseccional de uma problemática aponta para a interação entre duas ou mais categorias, que não podem ser analisadas em separado, sob risco de perder-se a real dimensão da interação entre si dessas duas categorias.

57 PIMENTEL, Sílvia. Gênero e direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). *Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord.). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/122/edicao-1/genero-e-direito>.

58 Decisão do caso Alyne Pimentel v. Brasil, 2011. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pfdc/temas/documentos-diversos/decisao-cedaw-caso-alyne-teixeira-29jul11-portugues.pdf/view>.

De acordo com disposto no artigo 7º, parágrafo 3 do Protocolo Facultativo à CEDAW, o Comitê emitiu recomendações ao Estado brasileiro, as quais incluíram a reparação dos danos em decorrência da violação de direitos (pagamento de indenização aos familiares da vítima). Recomendou ainda mudanças estruturais, a fim de que se possa “assegurar o direito das mulheres à maternidade segura e ao acesso à assistência médica emergencial adequada”, enfatizando a necessidade “proporcionar formação profissional adequada para os trabalhadores da área de saúde, especialmente sobre os direitos reprodutivos das mulheres à saúde”, e de “assegurar o acesso a medidas eficazes nos casos em que os direitos das mulheres à saúde reprodutiva tenham sido violados e prover a formação de pessoal do poder judiciário e responsável pela aplicação da lei”⁵⁹.

Recomendou também que o Estado assegurasse “que as sanções adequadas sejam impostas a profissionais de saúde que violem os direitos de saúde reprodutiva das mulheres”⁶⁰ e finalizou propondo a criação de comitês de mortalidade materna.

4 A POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NAS SITUAÇÕES DE ABORTO NO BRASIL

Um outro caso julgado pelo Comitê CEDAW sobre o direito à saúde das mulheres foi o de *L.C. v. Peru*⁶¹, julgado em 2011. Nele, se discutia o caso em que uma menina de 13 anos, em decorrência de violência sexual contínua, ficou grávida e ao procurar atendimento após uma tentativa de suicídio, teve a realização de procedimento cirúrgico (capaz de impedir que ela ficasse paraplégica) postergado pela equipe médica em função da constatação de sua gravidez⁶².

O aborto terapêutico lhe fora negado pela equipe médica, pois considerou-se que sua vida não estaria em risco, portanto não se adequaria ao permissivo legal peruano para a realização do procedimento, mesmo com opiniões médicas contrárias a essa constatação, principalmente tendo em vista os riscos do parto e sua situação psicológica.

59 Decisão do caso *Alyne Pimentel v. Brasil*, 2011. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pfdc/temas/documentos-diversos/decisao-cedaw-caso-alyne-teixeira-29jul11-portugues.pdf/view>

60 *Ibid.*

61 Communication No. 22/2009, CEDAW/C/50/D/22/2009 (2011).

62 Até hoje, abortamento em casos de gravidez decorrente de violência sexual não faz parte dos permissivos legais peruanos para a realização do procedimento.

Com 17 semanas de gestação, a criança teve um abortamento espontâneo e após 3 meses e meio de espera (desde a indicação da cirurgia) o procedimento cirúrgico foi realizado, mas a demora foi considerada fator preponderante para a não reversão de sua paraplegia.

O Comitê, então, condenou o Estado peruano por violação aos artigos 1, 2 (c) e (f), 3, 5, 12 e 16, da CEDAW, e entre outras recomendações, orientou expressamente que o Estado peruano revise suas normas quanto à criminalização do aborto em caso de gravidez proveniente de violência sexual, e que todas as medidas fossem tomadas para que se observasse o exposto na Recomendação Geral 24/1999⁶³.

4.1 A SITUAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL: HIPÓTESES LEGAIS E PROCEDIMENTO

O Código Penal brasileiro traz em seu art. 128, inciso II uma das hipóteses de permissão à prática do aborto no Brasil, qual seja, o caso de gravidez resultante de estupro. Como o procedimento do abortamento legal não está esmiuçado no Código, o aborto legal é regulamentado por normas técnicas elaboradas pelo Ministério da Saúde, órgão que deve promover e fiscalizar no âmbito administrativo o respeito aos procedimentos dispostos nessas normativas infraconstitucionais.

Como a norma penal não estipula os trâmites até a execução do procedimento, a última Norma Técnica sobre Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes emitida é a norma que regulamenta a interrupção da gravidez no país. Dessa forma, como consta na última Norma Técnica sobre o assunto editada (2015), não é necessária a apresentação de Boletim de Ocorrência, laudo pericial e tampouco autorização judicial para que seja realizado o procedimento, restando como obrigatoria apenas a assinatura dos Termos nela dispostos.

63 “Take measures to ensure that the relevant provisions of the Convention and the Committee’s general recommendation No. 24 with regard to reproductive rights are known and observed in all health-care facilities. Such measures should include education and training programmes to encourage health providers to change their attitudes and behaviour in relation to adolescent women seeking reproductive health services and respond to specific health needs related to sexual violence. They should also include guidelines or protocols to ensure health services are available and accessible in public facilities.” Communication No. 22/2009, CEDAW/C/50/D/22/2009 (2011). p. 20.

O problema é que, conforme narra Lorena Ribeiro de Moraes⁶⁴, apesar de o aborto legal ser “um fato atípico e, portanto, para ser realizado, depende apenas do consentimento válido da mulher”, e, “mesmo sendo expressamente permitido”, na prática, “os médicos escusam-se de realizá-lo sob alegação de divergência moral. Ademais, não há infraestrutura adequada para o procedimento e os profissionais de saúde exigem da mulher autorização judicial, termo de boletim de ocorrência ou avaliação por uma Junta Médica”.

Além disso, segundo Lorena Ribeiro de Moraes, no mesmo estudo, na pesquisa “Legislação sobre o aborto: conhecimento da população brasileira”, de 2008, feita pelo IBOPE, “constatou-se que 48% da população desconhece a existência desses serviços” e nada foi feito de concreto pelo Estado brasileiro para que o assunto fosse introduzido nas grades curriculares das escolas no país, conforme consta no artigo 10⁶⁵, itens “c” e “h” da CEDAW.

A Recomendação Geral 24/1999 trata especificamente da saúde da mulher, através de recomendações referentes ao artigo 12 da CEDAW e em seu item 31, subitem “c” recomenda aos Estados a:

Dar prioridade à prevenção das gravidezes indesejadas através do planejamento familiar e da *educação sexual* e reduzir a mortalidade materna através da prestação de serviços de maternidade seguros e de assistência pré-natal. Quando possível, a legislação que criminaliza o aborto deveria ser alterada, de modo a suprimir medidas punitivas impostas às mulheres que se submeteram a abortos.

64 MORAIS, Lorena Ribeiro de. A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde de mulher. v.6, n.1. ed. Senatus: cadernos da Secretaria de Informação e Documentação, 05/2008 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/131831>.

65 Artigo 10. Os Estados-parte adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher, a fim de assegurar-lhe a igualdade de direitos com o homem na esfera da educação e em particular para assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres: [...] c) A eliminação de todo conceito estereotipado dos papéis masculino e feminino em todos os níveis e em todas as formas de ensino mediante o estímulo à educação mista e a outros tipos de educação que contribuam para alcançar este objetivo e, em particular, mediante a modificação dos livros e programas escolares e adaptação dos métodos de ensino; [...] h) Acesso a material informativo específico que contribua para assegurar a saúde e o bem-estar da família, incluída a informação e o assessoramento sobre planejamento da família.

Ainda, se levadas em consideração as denúncias⁶⁶ feitas por mulheres que procuraram atendimento de saúde após uma violência sexual e acabaram sendo expostas de forma constrangedora aos motivos religiosos e de foro íntimo dos profissionais de saúde, com o intuito de convencer pela não realização do procedimento, surge a hipótese de que mulheres brasileiras podem não estar sendo orientadas a fim de que seja tomada uma decisão informada, por despreparo ou arbitrariedade dos profissionais de saúde.

Também a Recomendação Geral 24/1999 em seu item 12, subitem “d”, dispõe que:

Se é verdade que a falta de respeito pela confidencialidade dos pacientes afeta tanto as mulheres como os homens, ela pode desencorajar as mulheres de procurarem ajuda e tratamento médico, prejudicando assim a sua saúde e bem-estar. Por esta razão, as mulheres poderão ter menos propensão para procurar ajuda em situações de doença do tracto genital, contracepção e abortos incompletos ou em casos em que tenham sofrido violência física ou sexual.

A impunidade quanto ao desrespeito do sigilo desses profissionais, notadamente nos casos em que mulheres passam a ser investigadas pelo Ministério Público após denúncias feitas por profissionais de saúde, pode-se levantar a hipótese de que o Estado permanece inerte, desinteressado em investigar e punir tais irregularidades, se furtando ao dever de garantir o direito à saúde da mulher através da prestação do procedimento abortivo nas unidades de saúde pelo país⁶⁷.

66 Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Mulher e Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro – DPGE. *Entre a morte e a prisão*: quem são as mulheres criminalizadas pela prática do aborto no Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/c70b9c7926f-145c1ab4cfa7807d4f52b.pdf>.

67 A Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça realizou um levantamento de dados a partir da consulta aos processos de aborto em trâmite no estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de traçar o perfil das mulheres que são criminalizadas por esse tipo de conduta. Segundo esse levantamento intitulado *Entre a Morte e a Prisão: quem são as mulheres criminalizadas pela prática do aborto no Rio de Janeiro*: “Nos atendimentos emergenciais prestados àquelas que não suportam os efeitos físicos do procedimento de aborto à margem da assistência médica legal, é comum que as mulheres estejam sujeitas a um novo ciclo de discriminação no Sistema Único de Saúde e deixem de ter atendimento adequado com base em ideias pré-concebidas sobre seu comportamento sexual e reprodutivo. São, portanto, revitalizadas a partir do racismo e sexismo institucionais, a despeito de existir norma técnica do Ministério da Saúde do Governo Federal impondo atenção de qualidade e humanizada às

4.2 A AUSÊNCIA DE CELERIDADE E EFICÁCIA NA REALIZAÇÃO DO ABORTO COMO VIOLAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Primeiramente, é importante destacar que o Comitê CEDAW, como mencionado nesse trabalho, já se manifestou diversas vezes sobre o acesso a unidades de saúde preparadas para atender mulheres nas suas especificidades. O Comitê não considera escusável, por exemplo, que mulheres precisem se deslocar centenas e às vezes milhares de quilômetros para terem direito ao acesso à saúde⁶⁸.

Segundo um estudo de abrangência nacional com 68 serviços brasileiros de referência para aborto previsto em lei existentes entre 2013 e 2015, apenas 37 (54,4%) realizavam o procedimento⁶⁹. E “entre esses, 15 serviços haviam realizado menos de dez procedimentos nos últimos dez anos. Isso quer dizer que apenas 22 serviços estavam efetivamente ativos no Brasil à época do estudo.” O estudo pontua que os principais obstáculos para o funcionamento adequado dos serviços estudados

mulheres em situação de abortamento por meio do acolhimento e orientação. Como se não bastasse o fato de serem colocadas à mercê da própria sorte no que toca à sua vida e integridade psicofísica, frequentes são casos em que – justamente nos locais onde buscam apoio – são denunciadas por médicos e enfermeiros que as atendem. São disponibilizados prontuários sem qualquer autorização judicial prévia, em absoluto desrespeito aos direitos humanos, ao Código de Ética Médica e à Constituição da República. Tornam-se, pois, presas fáceis do sistema penal, reforçando e institucionalizando a seletividade que já existe sobre este. Tal conclusão é corroborada pelas estatísticas. No recente estudo elaborado pela Defensoria Pública, depois da investigação policial (52,3%), a denúncia do hospital ou posto médico é a que mais dá ensejo ao conhecimento, por parte de autoridades, da prática do aborto, compreendendo 30,9% do total. No mesmo sentido, tem-se pesquisa desenvolvida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e pelo IPAS Brasil, na qual foram analisados oito processos de aborto da comarca do Rio de Janeiro (capital) entre 2007 e 2010, ocasião em que se concluiu que ‘a principal forma de entrada no sistema de justiça criminal é pelo sistema público de saúde’.”

68 CEDAW: Art.12 1. Os Estados-parte adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, **o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar**. 2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1º, os Estados-parte garantirão à mulher **assistência apropriada em relação à gravidez** [...] Artigo 14 1. Os Estados-parte levarão em consideração os **problemas específicos enfrentados pela mulher rural** e [...] assegurar a aplicação dos dispositivos desta Convenção à mulher das zonas rurais. [...] **b) Ter acesso a serviços médicos adequados, inclusive informação, aconselhamento e serviços em matéria de planejamento familiar**. (grifos acrescentados)

69 MADEIRO, Alberto Pereira and DINIZ, Debora. Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2016, v. 21, n. 2, p. 563-572. ISSN 1678-4561. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232015212.10352015>.

eram a falta de conhecimento sobre a legislação e a objeção de consciência entre profissionais de saúde.

No caso do Estado do Rio Grande do Norte, por exemplo, são apenas 3 unidades de saúde capacitadas para realizar o procedimento, sendo duas na capital⁷⁰, que fica a mais de 400 quilômetros das cidades mais distantes do estado, violando não só o artigo 14, item 1, subitem “b” da CEDAW, como também a Recomendação Geral 34 (nos itens 38 e 39), e a Recomendação Geral 19, que no item 24, subitem “o”, aponta que os Estados Partes devem certificar-se de que os serviços de apoio para vítimas de violência são acessíveis às mulheres rurais e de que, quando necessário, existem serviços especiais disponíveis para as comunidades isoladas”.

No primeiro semestre de 2020 no total, o Brasil registrou 1.024⁷¹ abortos em situações previstas em lei (nas três hipóteses legais), número completamente incompatível com a quantidade de gravidezes oriundas de violência sexual, crime que em 2019 foi registrado em delegacias de polícia 66.123 vezes.

A quantidade de unidades de saúde que efetivamente realizam abortos legais no país está muito aquém da necessária, e dificulta o acesso, especialmente, de meninas e mulheres que vivem no interior do Brasil.

Apesar de haver previsão legal da matéria, o Estado não garante que a lei seja cumprida, estando seus próprios agentes (os profissionais do Sistema Único de Saúde) no polo violador das normas legais e infralegais editadas.

Um caso ficou bastante em evidência em 2020, quando houve uma divulgação indevida do nome de uma menina de 10 anos, que por 4 anos foi vítima de contínua violência sexual praticada por seu tio, engravidou e teve imensas dificuldades de ter acesso ao aborto legal. O caso dessa criança é particularmente tenebroso por se tratar de, além de uma gravidez resultante de violência sexual, uma gravidez de risco à sua saúde, dada a idade da menina.

Foi descoberta a gravidez no terceiro mês de gestação, mas a demora na autorização judicial atrasou o procedimento e em seguida, e dada a avançada idade gestacional (22 semanas) no momento da decisão judicial, a equipe médica do Hospital das Clínicas de Vitória se recusou, por objeção moral, a realizar o

70 SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE (SESAP) DO RIO GRANDE DO NORTE. 2020. <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2020/09/01/rio-grande-do-norte-teve-9-abortos-legais-no-primeiro-semester-de-2020.ghtml>.

71 *Ibid.*

procedimento. A menina precisou viajar da sua cidade (São Mateus-ES) para Recife-PE (uma viagem de mais de 1.600 km).

A participação de órgãos como o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos ficou notória, primeiramente por partir de lá o vazamento do nome da menina, e em segundo plano pela ação da ministra e de integrantes da pasta em convencer a família da criança a não autorizar a realização do procedimento, fundamentalmente por motivos religiosos. Por conta desse vazamento, a criança e sua família foram expostas a um enorme constrangimento no Hospital de Recife, sendo necessário esconder a menina no porta-malas de um carro para que ela pudesse entrar na unidade de saúde recifense.

Na prática, o Estado brasileiro se omite na efetivação do direito disposto em lei, e na CEDAW, bem como nas Recomendações Gerais emitidas pelo Comitê CEDAW, violando o direito à saúde de mulheres e meninas brasileiras, sobretudo as que moram no interior e que precisam acessar o sistema público de saúde⁷².

Para sanar alguns dos problemas elencados quanto ao aborto legal no Brasil, cabe trazer à baila as recomendações feitas pelo Comitê CEDAW no caso Alyne Pimentel ao Estado brasileiro no sentido de mudar estruturalmente a forma como lida com o assunto da saúde das mulheres, principalmente proporcionando melhor formação profissional aos agentes de saúde, sendo caso do aborto legal, essencial que conheçam também os protocolos e documentos juridicamente requeridos para a realização do procedimento.

Também as instituições investigativas, inclusive administrativas, e o judiciário devem se atentar à necessidade de se investigar e punir, principalmente no tocante aos processos em que há quebra do sigilo profissional, que tem impacto

72 A esse respeito, vale destacar um trecho da decisão da Corte IDH no caso Favela Nova Brasília v. Brasil, em que se destacou a importância de ir além de simplesmente legislar: “A Corte aplaude as medidas adotadas pelo Estado, mas destaca que *a simples existência de instrumentos legais nesse sentido é insuficiente para garantir a efetiva proteção das mulheres vítimas de violência sexual, em especial quando os que a praticam são agentes do Estado*. Portanto, a Corte considera fundamental que o Estado dê prosseguimento às ações desenvolvidas e implemente, em prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre atendimento a mulheres vítimas de estupro.” Embora se trate de órgão pertencente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que não é objeto desse trabalho, a Corte IDH fez apontamentos profundos sobre a questão do atendimento à mulher vítima de violência sexual no processo supramencionado.

relevante na forma como as mulheres enxergam a relação médico-paciente nesses casos⁷³.

Também a criação de comitês, que foi recomendada pelo Comitê no caso *Alyne Pimentel*, poderia ser da maior utilidade para o desenvolvimento de políticas públicas direcionadas à garantia da saúde sexual e reprodutiva das mulheres.

5 CONCLUSÃO

A preocupação do Direito Internacional com a formulação de leis que garantam segurança jurídica e proteção ao direito à saúde das mulheres evidentemente não se reflete apenas nas legislações internacionais ou internas, mas se trata, efetivamente, de garantir que elas sejam efetivamente cumpridas pelos Estados.

Sendo assim, casos como o ocorrido no ano de 2020 da menina de 10 anos vítima de violência sexual, narrado neste trabalho, mostram como o Estado brasileiro ainda tem um longo caminho pela frente para a efetivação do direito ao aborto legal no país, e poderia estar implementando inclusive recomendações já emitidas pelo Comitê CEDAW nos casos de *Alyne Pimentel v. Brasil* e *L.C. v. Peru* para avançar nessa e em outras questões referentes à saúde da mulher.

Apesar da robusta normativa legal e infralegal no Brasil sobre o aborto legal, falta um cadastro acessível das unidades que realizam o procedimento, falta expansão da quantidade e qualidade de unidades aptas a realizar abortamento, e falta informação às meninas e mulheres quanto à educação sexual e seus direitos sexuais e reprodutivos no país.

Percebe-se que o Estado brasileiro se esquivava de cumprir com os compromissos firmados internacionalmente no âmbito da CEDAW, e se omite em preparar seus profissionais para a realização do procedimento conforme as Normas Técnicas editadas pelo Ministério da Saúde, não procura investigar e punir as quebras de sigilo já condenadas pelo Comitê CEDAW, além de não introduzir ou apresentar plano de introdução sobre o assunto no ensino das meninas e mulheres brasileiras.

73 Conforme consta na recomendação de “que as sanções adequadas sejam impostas a profissionais de saúde que violem os direitos de saúde reprodutiva das mulheres” no caso *Alyne Pimentel v. Brasil*.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Víctor E. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, v. 2, n. 2, jan. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sur/v2n2/a09v2n2.pdf>.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940*.
- BRASIL. *Decreto nº 4.316 de 30 de julho de 2002*. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.
- BRASIL. *Decreto Federal nº 26/1994*. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.
- BYRNES, Andrew. The Committee on the Elimination of Discrimination against Women. In: HELLMUM, Anne & AASEN, Henriette Singing. *Women's Human Rights: CEDAW in International, Regional and National Law*, p. 27-61. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- CAMARGO, Francisco Alves Lopes Filho; OLIVEIRA, Thiago Moreira. Transconstitucionalismo, Direito Internacional e Direito Interno: Uma nova forma de enxergar a moldura jurídica de Kelsen? *Revista FIDES*, v. 11, n. 2, p. 154-176, 21 jan. 2021.
- COORDENADORIA DE DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER E DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – DPGE. *Entre a Morte e a Prisão: quem são as mulheres criminalizadas pela prática do aborto no Rio de Janeiro*. 2018. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/c70b9c7926f145c1ab4cfa7807d4f52b.pdf>.
- FACIO, Alda; OBANDO, Ana Elena. *Relatório sobre o Protocolo Facultativo à CEDAW da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados*. 2001. Disponível em: https://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos.Interno/BD_1978751583/Protocolo/PP-Documento.

htm?url=%2FBibliotecaWeb%2FVarios%2FDocumentos.Interno%2FBFD_1978751583%2FProtocolo%2FPP-Documento.htm#_ftn204

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Mainara; TERESI, Verônica. *Convenção da mulher: incorporação no Brasil e influência da sociedade civil*. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unisantos.br/leopoldianum/article/view/761>.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Atlas da Violência 2018*. Brasília, 2018.

LIMA, Newton de Oliveira; PETERKE, Steven. Acesso à Justiça Internacional para as Mulheres no Brasil: o papel do CEDAW. *Gênero & Direito*, v. 1, n. 2, 2 mar. 2011.

MADEIRO, Alberto Pereira e DINIZ, Debora. Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional. *Ciência coletiva* [online]. 2016, v. 21, n. 2, p. 563-572. ISSN 1678-4561. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232015212.10352015>.

MORAIS, Lorena Ribeiro de. A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde de mulher. v. 6, n. 1. ed. *Senatus: cadernos da Secretaria de Informação e Documentação*, 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/131831>.

OLIVEIRA, Mainara; TERESI, Verônica. *Convenção da mulher: incorporação no Brasil e influência da sociedade civil*, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unisantos.br/leopoldianum/article/view/761>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Communication No. 17/2008*. CEDAW/C/49/D/17/2008 (2011)

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Communication No. 22/2009*. CEDAW/C/50/D/22/2009 (2011).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Conferências Mundiais da Mulher*. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias/>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Recomendações Gerais do Comitê CEDAW*. Disponíveis em: <https://plataformamulheres.org.pt/projectos/cedaw4all/recomendacoes-gerais/#:-:text=As%20Recomenda%C3%A7%C3%B5es%20Gerais%20s%C3%A3o%20textos,responsabilidades%20pol%C3%ADticas%20dos%20Estados%20Partes>.

PIMENTEL, Sílvia. “Declaração e a plataforma de ação da IV Conferência Mundial sobre a mulher: Pequim 1995”. In: FROSSARD, Heloísa (org.). *Instrumentos internacionais de direitos das mulheres*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2006.

PIMENTEL, Sílvia. Gênero e direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). *Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord.). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/122/edicao-1/genero-e-direito>.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmem Hein de. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta; RIBEIRO, Raisa. *Feminismo interamericano: exposição e análise crítica dos casos de gênero da Corte Interamericana de Direitos Humanos (NIDH – UFRJ Livro 1)*, 2021.

SANTOS, Cláudia. As Formas de Atuação da Sociedade Civil na Política Internacional: um estudo de caso sobre o comitê CEDAW e os atores não-estatais feministas brasileiros. *6º Encontro da ABRI – “Perspectivas sobre o Poder em um mundo em redefinição”*, 2017.

SANTOS, Cláudia; PEREIRA, Alexsandro Eugênio. Direitos humanos das mulheres: uma análise sobre as recomendações do comitê CEDAW/ONU ao

estado brasileiro, 2017. *Revista de Relações Internacionais da UFGD*, Dourados, v.6. n.11, jan./jun. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/moncoes>.

SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE (SESA) DO RIO GRANDE DO NORTE. 2020. <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2020/09/01/rio-grande-do-norte-teve-9-abortos-legais-no-primeiro-semester-de-2020.ghtml>.

SIMÕES, Bárbara Helena; KRUPP DA LUZ, Cícero. A questão de gênero como vulnerabilidade da mulher: da convenção de Belém do Pará à lei Maria da Penha. *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*, e-ISSN: 2526-0197, Brasília, v. 2, n. 1, p. 265-278, Jan/Jun. 2016

UNITED NATIONS (UN). Office of The High Commissioner for Human Rights. *Fact Sheet*, n. 31, The Right to Health, 2008.

VIOTTI, Maria Luiza Ribeiro. Declaração e a plataforma de ação da IV Conferência Mundial sobre a mulher: Pequim 1995. In: FROSSARD, Heloísa (org.). *Instrumentos internacionais de direitos das mulheres*, p. 15-25. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2006.

WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; GHISLENI, Pâmela Copetti. O sistema interamericano de direitos humanos e a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 2, p. 53–72, maio/ago. 2017. ISSN 2236-7284. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/49287>.

Between protection and freedom: a study on the impact of the upcoming international treaty on business and human rights in the Brazilian legal system

Maria Clara Araújo de Almeida¹
Thiago Oliveira Moreira²

1 INTRODUCTION

The issue of the relationship between corporations³ or other business enterprises and human rights has been widely discussed since 1970 in the international setting and has gained more and more prominence with the most recent regulations and debates, acquiring strength and space in the field of the universal protection of human rights. Considering the necessary adaptation to the current times of globalization, in which entities perhaps more powerful than the States - as in companies, especially transnational corporations – are part of the scene, the present research intends to investigate the possible effects resulting from the implementation of the so-called International Treaty on Business and Human

1 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

2 Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Graduação e Mestrado). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN. Vice-coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN. Membro do Conselho Nacional da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN).

3 The terms *company*, *corporation*, *business* and *enterprise* will be used as synonyms in this study. The differences in meaning between them is not essential for this article.

Rights⁴, still under analysis until now by the intergovernmental working group chosen by the UN Human Rights Council, in the Brazilian legal system.

In view of the above, the question this research intends to answer is: how will the upcoming International Treaty on Business and Human Rights, an international instrument that, based on the assumption of its approval and incorporation, will be legally binding, shall impact Brazil? In order to answer such a question, some objectives need to be achieved. Initially, the international system for the protection of human rights will be approached with an emphasis on the theme of corporations and human rights. Then, an analysis will be made of the content and context of the draft of the International Treaty on Business and Human Rights. Subsequently, the current Brazilian norms and guidelines on the subject will be identified. Finally, the effects of the eventual International Treaty on Business and Human Rights in Brazil will be presented.

Aiming to achieve the listed objectives, an academic bibliographic dialogue will be conducted, following international and national doctrines on the theme to explain the universal human rights protection regime with emphasis on the subject of corporations and human rights. Nevertheless, a documentary research of Brazilian norms related to the theme and the draft text of the International Treaty on Business and Human Rights will be carried out, in order to finally present the effects of the eventual International Treaty on Business and Human Rights in Brazil through an intercession of the research presented throughout the article.

That said, the present study finds support both at the theoretical level, already counting on several researches around the theme internationally, as well as in the practical one, from the elaboration of the International Treaty on Business and Human Rights, the first legally binding document on the subject, a novelty for everyone who still needs more in-depth analysis. Thus, this research, to be carried out with an emphasis on the application of the eventual international treaty previously referred to in Brazil, is justified by the need to analyze the measures taken to avoid and remedy such situations of human rights violations by companies, which may come to have both theoretical contributions, as in other studies, articles

⁴ For the purposes of this work, the OEIGWG Revised Draft on the “Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the activities of transnational corporations and other business enterprises” will be called “International Treaty on Business and Human Rights” and can be found at: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf.

and projects on the topic that is as recent as it is practical, in the implementation of the Treaty itself.

As a possible answer to the question, it can be pointed that Brazil, despite having legislation and principiological institutions against human rights abuses committed by corporations, will undergo an arduous process of adaptation and reassessment of regulations and judicial positioning with the implementation of the future Treaty. As direct impacts, it may be necessary to have changes in legislation, changes in behavior in national courts and the implementation of institutes thus far unknown in the country. This is due to the fact that the current governmental and jurisdictional initiatives are still superfluous and defend the voluntariness of regulation on the actions and conduct of companies; moreover, most companies operating in the country do not have specific policies and guidelines related to human rights.

2 THE UNIVERSAL HUMAN RIGHTS PROTECTION REGIME AND THE INTERNATIONAL TREATY ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS

The protection of human beings against all forms of domination or arbitrary power is the heart of International Human Rights Law (IHRD). In other words, the IHRD has in the dignity of the human person its main foundation and pillar, and it is up to it to protect such principle from all possible violations. In the words of Cançado Trindade, International Human Rights Law can be understood as:

The corpus juris of safeguarding the human being, conformed by norms, principles and concepts elaborated and defined in treaties and conventions, and resolutions of international organizations, establishing rights and guarantees that have as common purpose the protection of the human being in all and any circumstances⁵.

5 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do Século XXI*. Trabalho de pesquisa apresentado nas Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty, na forma de conferência de encerramento por ele ministrada em Brasília, em 09.11.2005, e, em forma final e definitiva, em forma de três conferências proferidas pelo Autor no XXXIII Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA, no Rio de Janeiro, em 18 e 21-22 de agosto de 2006.

This protection arises with the gradual maturing process of international society, which began especially after the Second World War, with the formation of the United Nations universal system for the protection of human rights, in 1948, as protagonist, and the subsequent universal and regional systems of protection of human rights⁶. The onusian regime integrates multiple normative instruments, always with the maximum goal of protecting the rights inherent to the dignity of the human person and is characterized by intergovernmental cooperation.

In this context, the Universal Declaration of Human Rights emerges, work of the then Human Rights Commission, which has come to be recognized worldwide and was responsible for the development of a series of international treaties and conventions aimed at the protection of Human Rights⁷. That said, we have in the current Human Rights Council (HRC), which replaced the Human Rights Commission in 2006, an important subsidiary body of the United Nations General Assembly.

In contrast, companies, especially transnational corporations, have gained visibility in the international law scenery and in international economic relations in recent decades, exercising direct influence over States, engaging in complex operations and even actively participating in international arbitration procedures, which demonstrates their importance and impact in the face of postmodern International Law. However, with the evolution of globalized society, it is noted that these positive achievements are accompanied by serious consequences for international society, especially violations of human rights through violations of civil and political rights of employees, damage to the environment and to the population close to business ventures that involve major infrastructure works, among others⁸.

Thus, when talking about the development of a global agenda on Business and Human Rights, it is necessary to emphasize that the subject has been officially

6 “The protection of human rights is perhaps one of the most expensive issues for society today. [...] Regardless of political organization, economic / military power and cultural / religious aspects, all States recognize, it is true that some more and others less, the duty-power to guarantee individuals the protection of their minimum rights”, says MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015. p. 62.

7 *Ibid.* p. 65.

8 CARDIA, Ana Cláudia Ruy. *Empresas, direitos humanos e gênero: desafios e perspectivas na proteção e na emancipação da mulher pelas empresas transnacionais*. 2014. 198f. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

discussed at the UN since 1972, with the concern about the growth of the power of transnational corporations and their consequent capacity to influence political and economic decisions of the States, which gained prominence with speech given by Salvador Allende in General Assembly⁹. With the death of the Chilean president by a *coup d'état* with the involvement of transnational corporations, the UN incorporated the so-called Business and Human Rights agenda, even creating a Commission on Transnational Corporations, submitted to the United Nations Economic and Social Council, which lasted until 1990, with the presentation of the draft of the Code of Conduct for Transnational Corporations.

Then, in the late 1990s, a working group was established in the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, subordinated to the Human Rights Commission, in order to analyze the work of transnational corporations. In 2003, the group presented a draft of the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights¹⁰, however, it was not accepted by the majority of the Human Rights Council, due to its possible binding nature.

At the same time, in 1999 it was established the Global Compact, by initiative of the then UN Secretary-General, Kofi Annan, as a response to the attempt to create a binding document by the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights. Taken as the first forum for dialogue between businessmen, governments, non-governmental organizations and international agencies with the objective of shaping business activity to the protection of human rights, the UN Global Compact is currently signed by more than twelve thousand companies from 164 countries and consists of a set of ten generic principles tangent to the theme of Human Rights¹¹.

It is important to mention that, in turn, both the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) and the International Labour Organization (ILO) and other intergovernmental instruments have also tried to

9 ROLAND, Manoela C. *et al.* Desafios e perspectivas para a construção de um instrumento jurídico vinculante em direitos humanos e empresas. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 14 n. 2, p. 393-417, maio/ago. 2018. p. 398.

10 *Ibid.*

11 The list of principles can be found at: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>. Access on: March 22nd, 2021. LESSA, Rafaela Ribeiro Zauli. REIS, Daniela Muradas. A ONU e a responsabilidade internacional de empresas por transgressão aos direitos humanos. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*. Bauru, v. 5, n. 2, p. 261-274, jul./dez., 2017. p. 400.

offer answers on the subject, highlighting the OECD Guidelines for Multinational Enterprises¹² and the Tripartite Declaration of Principles on Multinational Enterprises and Social Policy¹³. It is important to mention that all of these statements and guidelines have a marked programmatic nature: they are recommendations of soft law without aspirations of becoming binding¹⁴.

Therefore, considering the evident and constant pressure from transnational corporations in order to avoid the adoption of a binding code of conduct, basing themselves on normative frameworks of voluntarist roots, the Human Rights Commission adopted in 2005 a Special Representative of the Secretary-General (RESG) on Human Rights and Business, John Ruggie. The choice was not by chance: John Ruggie was one of the main advisers of the previously mentioned Global Compact, whose principles reinforce the voluntarist logic which the United Nations has devoted countless efforts to establish in the international order.

Consolidated the historical development of the theme of corporations and human rights in the international human rights protection regime, it is brought up its most recent and important discussions: on one hand, the guiding principles

12 The OECD Guidelines for Multinational Enterprises are part of a larger document called the Declaration on International Investment and Multinational Enterprises. In the words of the OECD, “The Guidelines for Multinational Enterprises (the Guidelines) are recommendations by governments to the attention of multinational companies. They provide voluntary principles and standards for responsible business conduct consistent with adopted laws. The Guidelines aim to ensure that the activities of these companies are in harmony with government policies, in order to strengthen the bases of mutual trust between the companies and the societies in which they operate, help to improve the climate for foreign investments and contribute for sustainable development produced by multinational companies”. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD guidelines for multinational enterprises*. Declaração sobre o Investimento Internacional e as Empresas Multinacionais. June 27th, 2000. Available at: <https://www.oecd.org/corporate/mne/38110590.pdf>. Access on: May 10th, 2021.

13 The International Labour Organization’s Tripartite Declaration of Principles on Multinational Enterprises and Social Policy was adopted by the Board of Directors of the International Labour Organization at its 204th session (Geneva, November 1977) and amended at its 279th session (Geneva, November 2000, ILO Official Gazette, vol. LXXXIII, Series A, No. 3, 2000). This instrument contains recommendations for States, transnational corporations, employers and trade unions organizations in relation to labor relations and social rights. DÍAZ, María Eugenia López-Jacoiste. *Hacia un futuro tratado internacional sobre las empresas y los derechos humanos. Objetivos de desarrollo sostenible y derechos humanos: paz, justicia e instituciones sólidas / derechos humanos y empresas.* / coord. por Diana Marcela Verdiales López; Cástor M. Díaz Barrado (dir.), Carlos R. Fernández Liesa (dir.), 2018, ISBN 9788469791165, p. 61-73.

14 *Ibid.*

of John Ruggie, an established voluntary-based framework; on the other, the draft of the International Treaty on Business and Human Rights, an international legally binding instrument on the subject, still in the works.

2.1 PROTECT, RESPECT AND REMEDY: THE GUIDING PRINCIPLES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS

In 2008, John Ruggie presented before the Human Rights Council, after three years of research and consultations, the report in which he defined the conceptual framework that would support the rest of his work: “Protect, Respect and Remedy”. Approved by Resolution A/HRC/RES/17/31 in 2011, the document took shape based on guiding principles that, in short, deal with (i) the State duty to protect against human rights abuses by third parties, including business enterprises, through appropriate policies, regulation, and adjudication; (ii) corporate responsibility to respect human rights, which means that business enterprises should act with due diligence to avoid infringing on the rights of others and to address adverse impacts with which they are involved; and (iii) the need for greater access by victims to effective remedy, both judicial and non-judicial¹⁵.

After reading the document, it is visible that it again reinforces the role of the State as a responsible entity for the protection of Human Rights in the face of any violation committed by companies, while these continue without any type of obligation, and should only “respect human rights”. In addition, the aforementioned principles enshrine companies as vectors of State development, necessary for the countries where they are located, “strengthening their image of reliability, impartiality, honesty and competence, which makes a more in-depth debate about their role in the occurrence of structural human rights violations even more difficult, in the territories where they operate”¹⁶.

15 UNITED NATIONS. Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie. *Doc. ONU A/HRC/17/31*, March 21st, 2011. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/705860#record-files-collapse-header>. Access on: March 21st, 2021.

16 ROLAND, Manoela C. et al. HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas. Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e Direitos Humanos. *Cadernos de Pesquisa Homa*. v. 1, n. 7, 2018. Available at: <http://homacde.com/wp-content/uploads/2019/01/An%C3%A1lise-do-Decreto-9571-2018.pdf>. Access on: March 10th, 2021.

Notwithstanding, shortly after the adoption of the Guiding Principles, the Human Rights Council adopted a resolution establishing a Working Group on Human Rights, Transnational Corporations and Other Companies¹⁷, which aims at the effective dissemination and implementation of the Guiding Principles through, among others, the monitoring of States in the creation of National Action Plans (NAP). Moreover, it seeks to identify, exchange and promote good practices and lessons learned in the implementation of the Guiding Principles and to evaluate and make recommendations on them and, in this context, to seek and receive information from all relevant sources, including Governments, transnational corporations and other companies, national human rights institutions, civil society, and rights holders.

The Working Group (WG) in question, approved by Resolution HRC/17/4, made an official visit to Brazil in 2015, by invitation of the national government, with the objective of evaluating the efforts made to prevent the impacts of business activities on human rights, in line with the guiding principles. The final report¹⁸, in addition to addressing the political, legislative and economic context of the country and its impacts on Human Rights, highlighted the construction of the Belo Monte Plant, the disaster of mining company Samarco in Rio Doce, the preparation for the 2016 Olympic Games, the indigenous peoples' rights and labor rights.

Furthermore, the WG brought 28 recommendations to the Brazilian government, to public and private companies operating in Brazil and to civil society, including the need to develop a national action plan on business and human rights, creating platforms and strengthening mechanisms of dialogue between Government, companies and civil society and definition of clear policies so that all companies in the country respect human rights and carry out audits in their national and international operations¹⁹.

17 UNITED NATIONS. Human Rights Council. Human rights and transnational corporations and other business enterprises. *Doc ONU A/HRC/RES/17/4*, July 6th, 2011. Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/71/PDF/G1114471.pdf?OpenElement>. Access on: March 19th, 2021.

18 UNITED NATIONS. Human Rights Council. Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on its mission to Brazil. *Doc ONU A/HRC/32/45/Add.1*, May 12th, 2016. Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/096/43/PDF/G1609643.pdf?OpenElement>. Access on: March 15th, 2021.

19 CONECTAS. *Direitos Humanos e empresas no Brasil: relatório do Grupo de Trabalho da ONU*. São Paulo, Brasil. 1. ed. nov. 2017.

In this context, we move on to the documentary analysis of the draft of the International Treaty on Business and Human Rights, which comes as a response to the current voluntary framework centered on the Guiding Principles.

2.2 THE INTERNATIONAL TREATY ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS

In view of the gaps pointed out in the Ruggie Principles, which undoubtedly diminish the effectiveness of the good intentions that led the international community to adopt certain standards of behavior to regulate business actions in harmony with the protection of human rights, it was again brought to light the need to create an internationally binding instrument on the subject of human rights and business enterprises.

In 2013, at the Human Rights Council, Ecuador, supported by over 85 States, made a statement pointing out the insufficiency of the current voluntary framework centered on the Guiding Principles. Thus, international civil society signed a document supporting the Ecuadorian declaration, named *Call for an international legally binding instrument on human rights, transnational corporations and other business enterprises*²⁰.

In such wise, the Human Rights Council approved Resolution 26/9, which implemented the Open-ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights (OEIGWG), aiming at the elaboration of a binding international instrument that regulates the activities of transnationals corporations and other companies within the scope of International Human Rights²¹. Having so far²² accounted for six sessions, the Working Group released on August 6, 2020 its

20 MARTENS, Jens. SEITZ, Karolin. *The struggle for a UN treaty*. Berlin/Bonn/NewYork: Global Policy Forum/Rosa Luxemburg Stiftung – New York Office, 2016. Available at: https://archive.globalpolicy.org/images/pdfs/UN_Treaty_online.pdf. Access on: March 18th, 2021.

21 UNITED NATIONS. Human Rights Council. Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. *Doc ONU A/HRC/RES/26/9*, July 14th, 2014. Available at: <https://undocs.org/A/HRC/RES/26/9>. Access on: March 10th, 2021.

22 This article was finalized on May 10, 2021. The sixth and most recent session of the Working Group took place between October 26 and 30, 2020.

second and most recent version of the draft of the binding document, here called the International Treaty on Business and Human Rights²³.

After analyzing the document, which is composed of 24 articles, it's clear that it faithfully seeks to develop the ideals and purposes exposed in its 2nd article: to clarify and facilitate effective implementation of the obligation of States to respect, protect and promote human rights in the context of business activities, as well as the responsibilities of business enterprises in this regard; to prevent the occurrence of human rights abuses in the context of business activities; to ensure access to justice and effective remedy for victims of human rights abuses in the context of such business activities; to facilitate and strengthen mutual legal assistance and international cooperation to prevent human rights abuses in the context of business activities and provide access to justice and effective remedy to victims of such abuses.

Therefore, it is noted that there are still clear inconsistencies between the draft and the prime objective of the Treaty, in comparison to what was proposed in Resolution 26/9²⁴. Contrary to the scope suggested by the Resolution, which states that the objective of the process is to develop a legally binding international instrument on transnational corporations and other companies, provided that these other companies have a transnational character in their operational activities, the draft of the Treaty now encompasses any company, even local micro-companies.

In this sense, the Global Policy Forum published in 2016 a study on the struggle to create a binding document at the UN level that will deal with human rights violations by transnational corporations. On the need for the Treaty to include only transnationals or all forms of companies, including state-owned ones, it says:

Some NGOs believed the treaty should apply to all businesses, because, they argued, only this could ensure the broadest possible protection of human rights. In any case, they believed

23 The draft of the Treaty, still under analysis by the OEIGWG, can be accessed here: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf.

24 ROLAND, Manoela C. et al. Posicionamento dos Estados na 6ª sessão de negociação do instrumento juridicamente vinculante sobre empresas transnacionais e outras empresas com respeito aos direitos humanos. *HOMA – Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*. 2526 – 0774. v. 05. nº 01. Jan-Jun 2021. Available at: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/33813/22152>. Access on: April 10th, 2021.

it was important to close the gaps in regulation concerning the activities of TNCs. Other NGOs, however, considered it right for the treaty not to apply to local businesses, because defining a focus for the treaty would otherwise become impossible. According to their line of argument, national governments could easily regulate these businesses by themselves. [...] Direct obligations for TNCs would have the advantage that corporations could no longer hide their failure to act behind the alleged shortcomings of states.⁷³ Transnational corporations have already become actors in international law, as for example the investor-state dispute settlement (ISDS) mechanisms included in many bi- and multilateral investment agreements allow corporations to sue states directly in arbitration courts. Corresponding obligations nonetheless do not so far complement these rights²⁵.

Besides that, the Treaty does not specifically address the primacy of human rights, nor is it found in its text effective protection of human rights and accountability of violating entities (companies), with the imposition of clear and objective sanctions in order to curb the mechanisms that allow impunity for transnational corporations. In addition, even the obligations directed at States are characterized by vagueness and imprecision in their provisions, without public policies that enforce them.

It should be noted that in International Law, there is no obstacle to the establishment of binding legal obligations for companies, the fulfillment of which could be carried out through competent international organizations²⁶. However, this is the issue that has encountered the greatest political opposition from States and companies from the Northern Hemisphere in discussions on the International Treaty on Business and Human Rights.

25 MARTENS, Jens. SEITZ, Karolin. *The struggle for a UN treaty*. Berlin/Bonn/NewYork: Global Policy Forum/Rosa Luxemburg Stiftung – New York Office, 2016. Available at: https://archive.globalpolicy.org/images/pdfs/UN_Treaty_online.pdf. Access on: March 18th, 2021.

26 IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel. Explorando las fronteras del Derecho internacional de los derechos humanos: hacia la adopción de un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos. *Akademia. Revista Internacional y Comparada de Derechos Humanos*. 1 (1): 165-214.

Nevertheless, the task of structuring legal liability²⁷ of individuals and enterprises for human rights violations is delegated to States. There is also a lack of more specific discussions about the provisions on the responsibilities of companies involved in activities throughout the entire production chain, the chains of values; and consequently, the insufficiency of the established extraterritorial mechanisms, as well as the lack of a universal jurisdiction regarding violations of human rights by transnational corporations²⁸.

Thus, despite representing the continuity of the process of drafting a binding document on business and human rights, which should be considered positive, there is a bias in the draft Treaty that is still very focused on the accountability of the State and access to justice and remedies, while companies - not necessarily only the transnational ones, since the Treaty now encompasses all commercial activities - continue not being held directly responsible for the violations committed²⁹. Although this approach may facilitate its eventual adoption, in turn, it requires a real commitment from States to develop and implement its content within their legal system³⁰.

That said, after analyzing the text of the International Treaty on Business and Human Rights, it is essential to study the current main guidelines on the subject in the Brazilian legal system, in order to fulfill the objective of this research.

27 HOMA – Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas defines legal liability as the form of legal responsabilization of States and individuals for actions or omissions that violate human rights. ROLAND, Manoela C. *et al.* Posicionamento dos Estados na 6ª sessão de negociação do instrumento juridicamente vinculante sobre empresas transnacionais e outras empresas com respeito aos direitos humanos. *HOMA – Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*. 2526 - 0774. v. 05. n° 01. Jan-Jun 2021. Available at: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/33813/22152>. Access on: April 10th, 2021.

28 Other important aspects of the draft are discussed by the Global Campaign, such as responsible solidarity, the creation of an International Court and other enforcement institutions, the rights of people and communities affected by human rights violations and the protection of corporate capture. More information is available at: https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2021/03/Comments-and-amendments_Global-Campaign_draft2_ENG.pdf. Access on: April 17th, 2021.

29 In line with the above, there is an analysis of the previous draft made in HOMA – Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas. ROLAND, Manoela C. *et al.* Análise do Draft One: avanço ou retrocesso?. *Cadernos de Pesquisa Homa*. v. 2, n. 8, 2019.

30 IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel. 2019. Hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos: viejos debates, nuevas oportunidades. *Deusto Journal of Human Rights*, 4: 145-176. Available at: <http://dx.doi.org/18543/djhr-4-2019pp145-176>. Access on: May 10th, 2021.

3 CURRENT LEGISLATION ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS IN BRAZIL

First, it is imperative to remember that Brazil is already a signatory to numerous international treaties and conventions in the field of Human Rights. Therefore, these impose a compulsory control of conventionality³¹, that is, the verification of the compatibility of a certain law or act of the Brazilian State with the referred texts³². To name a few, there is the American Convention on Human Rights (the Pact of San José), the International Covenant on Civil and Political Rights and its optional protocol, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the Convention on the Rights of the Child, the Indigenous and Tribal Peoples Convention, among others. Hence, it is essential to analyze the current scenario of Brazilian guidelines regarding the protection of human rights in the face of business activities.

With that in mind, the first national landmark of the debate was given by the elaboration of the Third National Human Rights Program (PNDH-3), updated in 2010³³. In its Guiding Axis II - Development and Human Rights, the decree addresses the theme of rights violations caused by companies, even if vaguely and far from what is expected, by defining as guidelines the (i) implementation of a sustainable development model, with social and economical inclusion, environmentally balanced and technologically responsible, culturally and regionally

31 On the topic, see: GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. *Contornos Atuais do Controle de Convencionalidade Doméstico. Los desafios jurídicos a la gobernança global: una perspectiva para los próximos siglos*. 1º ed. Brasília-DF: Advocacia-Geral da União, 2017.

32 TRENTIN, Melisanda. LOPES, Raphaela. *Elementos para uma política brasileira de direitos humanos e empresas: o acúmulo do GT Corporações. Para uma política nacional de Direitos Humanos e Empresas no Brasil: Prevenção, Responsabilização e Reparação*. Friedrich Ebert Stiftung Brasil. Análise n. 48/2018, dezembro de 2018. Available at: <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2019/05/Para-uma-pol%C3%ADtica-nacional-de-Direitos-Humanos-e-Empresas-no-Brasil-Preven%C3%A7%C3%A3o-Responsabiliza%C3%A7%C3%A3o-e-Repara%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Access on: April 17th, 2021.

33 The Third National Human Rights Program instituted by Decree No. 7.037 of December 21, 2009, and updated by Decree No. 7.177 of May 12, 2010, is the product of a democratic and participative construction, incorporating resolutions from the 11th National Conference on Human Rights, in addition to proposals approved in more than 50 thematic conferences, promoted since 2003, in areas such as food security, education, health, housing, racial equality, women's rights, children and adolescents, people with disabilities, the elderly, the environment, etc. BRASIL. Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Dec. 21st, 2009.

diverse, participatory and non-discriminatory; (ii) valuing the human person as the central subject of the development process; and (iii) promoting and protecting environmental rights as Human Rights, including future generations as subjects of rights.

Furthermore, it is relevant to mention the forecast contained in the Guiding Axis II of the PNDH-3, which states that in projects and undertakings with great socio-environmental impact, the Program guarantees the effective participation of the affected populations, as well as provides for mitigating and compensatory actions. In addition, it considers it essential to monitor respect for human rights in projects implemented by transnational corporations, as well as their impacts on the manipulation of development policies and, in this sense, evaluates how important it is to measure the impact of biotechnology applied to food, nanotechnology, persistent organic pollutants, heavy metals and other inorganic pollutants in relation to human rights.

Then, enters the scene ordinances n. 288 and 289, of August 10, 2018, which deal more directly with the treatment of companies that violate human rights. The first, which provides for the procedures for signing the Term of Commitment with business companies within the scope of the Program for the Protection of Human Rights Defenders of the Ministry of Human Rights – PPDDH³⁴, establishes that the National Citizenship Secretariat will be able to contact directly and establish negotiations with the business societies mentioned as possible human rights offenders under the Program, in addition to other forms of direct contact between the PPDDH and companies, aiming at the prevention and immediate cessation of conduct or practices potentially harmful to human rights.

Ordinance no. 289, on the other hand, advances with the institution of the Business and Human Rights Committee – CEDH³⁵. The committee has the purpose of looking for ways to implement the guiding principles of the United Nations (UN) regarding companies and legal businesses; furthermore, it seeks to propose common parameters applicable to the performance of private, mixed-capital or state-owned companies, with respect for human rights; also, it aims

34 BRASIL. Portaria n. 288, de 10 de agosto de 2018. Dispõe sobre os procedimentos para a assinatura de Termo de Compromisso com sociedades empresárias no âmbito do Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos do Ministério dos Direitos Humanos – PPDDH. *Diário Oficial da União*, Aug. 14th, 2018.

35 BRASIL. Portaria n. 289, de 10 de agosto de 2018. Instituir, no âmbito do Ministério dos Direitos Humanos, o Comitê Empresas e Direitos Humanos – CEDH. *Diário Oficial da União*, Aug. 14th, 2018.

to analyze the issues raised by civil society, research centers, control bodies, the Public Ministry, the Public Defender's Office and the National Human Rights Ombudsman, and propose referrals; among others.

In addition, Brazil has in Decree no. 9.571, of November 21, 2018, one of its greatest legislative foundations in the field of business and protection of Human Rights. The Decree establishes the National Guidelines on Business and Human Rights for medium and large enterprises. However, contrary to expectations, it seeks to disseminate a spirit of voluntariness in business activities in the country, in line with the aforementioned Guiding Principles on Business and Human Rights. Its dispositive nature is provided for in art. 1, §2 of the decree, according to which the National Guidelines "will be voluntarily implemented by companies"³⁶.

With an emphasis on the State's accountability for the protection of human rights in business activities, the Decree establishes several guidelines focused on the subject, such as the training of public servants on the field of and business human rights, with a focus on the responsibilities of public administration and companies, in accordance with the Guiding Principles. Nonetheless, it states that it will be up to companies to respect the human rights protected in international treaties incorporated by their State, as well as the fundamental rights and guarantees provided for in the Constitution.

In this bias, it's brought to light resolution no. 5, of March 12, 2020, published by the National Human Rights Council (CNDH) and which provides for National Guidelines for a Public Policy on Human Rights and Business³⁷. In view of the need to complement and improve the National Guidelines on Business and Human Rights, approved by Decree no. 9.571/2018, as well as considering the conclusions from the 2019 CNDH meetings, the resolution is addressed to the agents and institutions of the State, including the justice system, as well as companies and financial institutions operating in the national territory and Brazilian companies that operate internationally.

With the objective of guiding and assisting in the application of national and international standards for the protection of human rights, in particular economic, social, cultural, civil, political, labor rights, the right to development, to decent work, to self-determination and to a balanced environment, including

36 BRASIL. Decreto n. 9.571, de 21 de novembro de 2018. Estabelece as diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos. *Diário Oficial da União*, nov. 22nd, 2018.

37 BRASIL. Resolução n. 5, de 12 de março de 2020. Dispõe sobre Diretrizes Nacionais para uma Política Pública sobre Direitos Humanos e Empresas. *Diário Oficial da União*, March 27th, 2020.

that of work, as well as all the rights of indigenous peoples, quilombola and traditional communities, the text reinforces the State's responsibility to promote, protect, respect and improve mechanisms for the prevention and reparation of human rights violated in the context of business activities; nevertheless, it also attributes responsibility to national and transnational corporations for human rights violations caused directly or indirectly by their activities.

The document, unanimously approved by the plenary of the Council, is the product of a democratic consultation with different segments of civil society and representatives of social movements, as it is intrinsic to the body's own formation. Taken as a "democratic step essentially opposed to Decree No. 9.571, of November 21, 2018, published by the Federal Government without any consultation with society"³⁸, it targets especially protection measures, State and business obligations with respect to human rights and reparation mechanisms. However, despite the positive reception of the text of the resolution by the Brazilian community that specializes in the subject, it is not of binding nature, only recommendatory.

Notwithstanding, in line with the recent tragic events in Brazilian history, it is necessary to bring up Bill 2.788/2019, which is being processed in the Federal Senate. The Bill aims to establish a National Policy on the Rights of Populations Affected by Dams³⁹, seeking to grant rights to people subject to impacts caused by the construction, operation, deactivation or rupture of dams⁴⁰, which must be agreed on in each specific case in the Program for the Rights of Populations Affected by Dams, to be approved by the local committee of the National Policy

38 HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas. *Conselho Nacional de Direitos Humanos pública resolução sobre Direitos Humanos e Empresas elaborada com a participação do Homa*. March 24th, 2020. Available at: <http://homacdhe.com/index.php/2020/03/24/conselho-nacional-de-direitos-humanos-publica-resolucao-sobre-direitos-humanos-e-empresas-elaborada-com-a-participacao-do-homa/>. Access on: April 18th, 2021.

39 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei 2.788/2019*. Instituiu a Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens (PAB); prevê o Programa de Direitos das Populações Atingidas por Barragens (PDPAB); estabelece regras de responsabilidade social do empreendedor; revoga dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Available at: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7990532&ts=1594034461618&disposition=inline>. Access on: March 10th, 2021.

40 On the subject, it is also important to mention that full repair and compensation has not yet been carried out in favor of people affected by the disaster in the Doce River basin, caused on 11/05/2015, by the rupture of the Fundão dam, in Mariana/MG. In addition, on January 25, 2019, the disaster of mining company Vale S/A, at the Córrego do Feijão mine, in Brumadinho/MG, was another unforgettable tragedy in our recent history.

for the Rights of Populations Affected by Dams and implemented at the expense of the entrepreneur.

Thus, considering that the institutional treatment given to the affected populations fluctuated over the years, being the achievements recognized as the result of enormous pressures exerted by social movements⁴¹, Bill 2.788/2019 largely attends to the aspirations of popular movements, constituting an advance of corporate accountability in normative terms and, if it is approved and becomes law, it has the potential to serve as an important instrument in the effectuation of human rights protection⁴².

In addition to the above, further national legislation can be brought to attention: the constitutional provision for criminal liability of legal entities in cases of environmental crimes; protective norms in consumer relations; the legal diploma on administrative improbity; the prescription on the social function of the property; the constitutional protection of indigenous territories; the expropriation of lands where the exploitation of slave labor occurs; the revocation of the ICMS registration in the case of work analogous to slavery; the constitutional regime of fundamental rights; sealing to the practice of revolving doors; the hypotheses of disregarding the legal personality, among others⁴³.

Finally, illustrating the presence of the theme in the judicial sphere, it is important to highlight the attempt to ratify the sentence against Chevron in Brazil, through SEC action no. 8542, judged by the Superior Court of Justice (STJ) in

41 CONSELHO DE DEFESA DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA (CDDPH). *Relatório da Comissão especial "Atingidos por Barragens"*: Resoluções nº 26/06, 31/06, 01/07, 02/07, 05/07. Brasília, 2010. Available at: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/populacao-atingida-pelas-barragens/atuacao-do-mpf/relatorio-final-cddph>. Access on: April 18th, 2021.

42 ROLAND, Manoela C. et al. Comentários sobre o PL 2.788/2019 sobre a Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens. *Cadernos de Pesquisa Homa*. v. 4, jan-dez 2020. Available at: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/32831/21619>. Access on: March 20th, 2021.

43 TRENTIN, Melisanda. LOPES, Raphaela. Elementos para uma Política Brasileira de Direitos Humanos e Empresas: o acúmulo do GT Corporações. *Para uma política nacional de Direitos Humanos e Empresas no Brasil*: Prevenção, Responsabilização e Reparação. Friedrich Ebert Stiftung Brasil. Análise n. 48/2018, dezembro de 2018. Available at: <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2019/05/Para-uma-pol%C3%ADtica-nacional-de-Direitos-Humanos-e-Empresas-no-Brasil-Preven%C3%A7%C3%A3o-Responsabiliza%C3%A7%C3%A3o-e-Repara%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Access on: April 17th, 2021.

November 2017⁴⁴. Considering the already judged and finalized original case, and given the impossibility of carrying out the sentence in Ecuador, the victims turned to various jurisdictions to seek its said homologation, including the Brazilian one. The Chevron case in Ecuador, result of countless victims of environmental damage caused by the company in the country, is one of the most emblematic and representative of the damage and human rights violations likely to be caused by transnational corporations, as well as the impunity they can enjoy⁴⁵.

After much consideration, the process at STJ was concluded with the unanimous decision for the sentence not to be ratified, based on (i) the absence of Brazilian jurisdiction and, consequently, the lack of passive legitimacy for the ratification and the authors' lack of interest in acting; and, in the alternative, (ii) the offense against "national and international" public order. Therefore, despite the numerous existing guidelines, these do not differ from the voluntary character given to the subject at the international level. Thus, it is proven that the current domestic normative paradigm is insufficient in the direct accountability of companies for human rights violations committed by them.

Finalized the exposition and analysis of the current national norms related to corporations and human rights, in addition to the previous bibliographic overview on the universal human rights regime and the draft of the International Treaty on Business and Human Rights, the present study migrates to its main discussion: the real impact of the Treaty in question in the Brazilian legal system.

4 THE IMPACT OF THE UPCOMING INTERNATIONAL TREATY ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS IN BRAZIL

International treaties are defined as formal agreements of wills, concluded between States or interstate organizations among themselves, governed by the Law

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *SEC nº 8542 – Voto do Relator*, Nov. 29th 2017. Available at: <http://m.migalhas.com.br/quentes/267397/caso-chevron-relator-vota-contra-homologar-sentencia-estrangeira-que>. And: https://static.lettersblogatory.com/wp-content/uploads/2017/11/Transcriç%C3%A7%C3%A3o-da-sess%C3%A3o-de-julgamento-de-18.10.2017_CRT.pdf. Access on: March 11th, 2021.

45 Further information on the case and on the unsuccessful homologation process of its sentence can be found at: ROLAND, Manoela C. et al. O processo de homologação da sentença do caso Chevron no Brasil: uma análise da ação SEC n. 8542 e a importância de um tratado internacional sobre empresas e direitos humanos. *HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas*. 2020. Available at: <http://homacde.com/wp-content/uploads/2018/02/Chevron-Diagramado-BR.pdf>. Access on: April 10th, 2021.

of Peoples and destined to produce, necessarily, legal effects for the contracting parties⁴⁶. They are the main and most concrete source of Public International Law today. When creating, modifying or extinguishing rights and obligations and giving rise to the possibility of sanctions for non-compliance, they are absolutely mandatory for the parties that have agreed to their content⁴⁷, bringing not only security and stability to international relations, but also making people's rights more representative and authentic, as they are reflections of the free will of States and international organizations⁴⁸.

Nevertheless, internally, there is the Brazilian Federal Constitution of 1988, which provided greater openness to International Law with the admissibility of these as sources of domestic law. Therefore, all the powers of the Brazilian State have an obligation to observe and apply the rules contained in the sources of International Law, notably in international treaties⁴⁹. That said, recognizing the cogency of international human rights treaties (IHRT), whether by virtue of the *pacta sunt servanda* or the principle of good faith, as well as the importance they assume in contemporary international politics⁵⁰, it is visible that the Brazilian State started to celebrate, adhere to and ratify innumerable international treaties on that subject. International treaties, therefore, are sources of state law and cannot be disregarded by jurisdictional bodies, mainly because of their hierarchy.

International human rights treaties, in the Brazilian legal system, have a specific incorporation regime, defined after Constitutional Amendment no. 45/2004. Once negotiated at international level, §3 of art. 5 of the Federal Constitution states that “the international human rights treaties and conventions that are approved, in each House of National Congress, in two rounds, by three fifths of the votes of the respective members, will be equivalent to the constitutional amendments”, and cannot be abolished or restricted under any circumstances. As soon as the in-land phase of the treaty's celebration is concluded, after which it will

46 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 247.

47 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 84.

48 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 151.

49 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRRN, 2015. p. 132.

50 *Ibid.* p. 133.

be equivalent to a constitutional amendment, the procedure will continue to take place on the international level. With the approval of the IHRT at the State level, it moves on to be ratified, at which point the State begins to truly submit to its rules.

Having made this brief explanation about the relevance of the IHRT and its internalization process, we return to the main theme of this research. What would (or is expected to be) the real impact of the possible International Treaty on Business and Human Rights in the Brazilian legal system? First, it is brought to light that, given and analyzed the current Brazilian legal scenario on the subject of business and human rights, there is a real need to adopt binding measures to reverse the seriousness of the situation of human rights violations in the country by business activities.

Moreover, as noted by the UN Working Group itself while visiting Brazil in 2015, the vast majority of companies in Brazil do not have specific guidelines on human rights. The WG's perception was that companies operating in Brazil consider risks related to human rights mainly as risks to the company's operation, ignoring the potential impact faced by vulnerable rights holders⁵¹.

However, despite listing the various ordinances, decrees and resolutions of the last decade that approach the protection of human rights by business activities, an analysis of these evidenced the insufficient voluntary character of the current national measures in terms of State and business accountability in the face of violations of human rights, being required the implementation of a legally binding document⁵² in face of human rights violations in Brazil. That can be exemplified by the recent weakening of individual and collective labor rights and of the unions themselves; until the Vale S/A disaster at the Córrego do Feijão mine, in Brumadinho/MG⁵³.

In this context, enters the draft of the International Treaty on Business and Human Rights. In spite of this, after a critical reading of the document, there

51 CONECTAS. *Direitos Humanos e empresas no Brasil*: relatório do Grupo de Trabalho da ONU. São Paulo, Brasil. 1 ed. nov. 2017.

52 In line with the above: NETTO JUNIOR, Edmundo Antonio Dias. WEICHERT, Marlon Alberto. NUNES, Raquel Portugal. A desconstrução do caráter vinculante das normas sobre empresas e direitos humanos: da natureza voluntária dos princípios Ruggie à voluntariedade das diretrizes nacionais. *HOMA – Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*. v. 3, n. 2, fev-jul 2019. Available at: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30581/20574>. Access on: March 12th, 2021.

53 *Ibid.*

is no real incompatibility in nature with pre-existing Brazilian regulations. Despite it possibly coming to be a major advance in the internal legal treatment of the subject, as it is of binding nature, its stance focused only on State accountability and access to justice and remedies is not sufficient in the face of the lack of other adjacent regulations. By maintaining obligations only for States, and leaving it up to them to establish obligations towards corporations, the Treaty ignores that, today, several States have become economically dependent on their own companies, as these entities are perhaps more powerful than state-owned ones⁵⁴.

In view of the above, with the implementation of the Treaty with its current text in Brazil, the national reality of a lack of efficient supervision due to the fear of losing business investments by national and international entities would be perpetuating itself, seeing the country's roots of oligarchic traits to this day in its public and private spheres. This situation could continue to remove the responsibility of corporate entities for human rights violations for the most diverse commissive and omissive acts today.

Thus, considering that the Brazilian State would be responsible for establishing obligations to all companies, from micro-enterprises to transnational corporations operating in the country, there is no doubt that the mechanisms implemented would not be sufficient, since our society is so represented by social inequality and economic selfishness. The expected reality does not differ so much from the existing legislative guidelines and national jurisprudential positions on the subject. Such a scenario directly confronts the full implementation of effective measures to prevent human rights violations, considering that some business groups already, even if indirectly, direct state decisions.

It is still essential to adopt and implement an effective International Treaty on Business and Human Rights in Brazil. However, exposed considerations about the current draft of the aforementioned treaty, it is noted that it maintains the secondary role of companies, which would remain not having to take directly responsibility for human rights violations committed, since it adopts a posture

⁵⁴ On the subject, HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas explains that ultimately, to deny that there are human rights obligations for companies, and to make them binding, is to reverse the progress of International Human Rights Law, instead of incorporate the most appropriate treatment to an already consolidated issue more effectively. ROLAND, Manoela C. *et al.* HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas. Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e Direitos Humanos. *Cadernos de Pesquisa Homa*. v. 1, n. 7, 2018. Available at: <http://homacdh.com/wp-content/uploads/2019/01/An%C3%A1lise-do-Decreto-9571-2018.pdf>. Access on: March 10th, 2021.

focused on the accountability of the State and access to justice and remedies, which is nonetheless important and may have a positive impact on the Brazilian legal system, depending on its means of implementation.

5 CONCLUSION

Transnational corporations and other companies have been, for years, accused of the most diverse forms of human rights violations. Thus, the topic has been debated for decades within the scope of the universal human rights system, more specifically in the UN Human Rights Council. However, all proposals so far were voluntary initiatives, most notably following the bias of John Ruggie's Guiding Principles on Business and Human Rights.

In 2013, Ecuador, supported by another 85 States, made a statement pointing out the insufficiency of the current voluntary framework, which resulted in HRC Resolution 26/9, deciding on the implementation of the Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights (OEIGWG), with the objective of elaborating a binding international instrument that regulates the activities of transnationals and other corporations within the scope of International Human Rights.

In this context, there is the current draft of the International Treaty on Business and Human Rights, discussed in the present study. With this in mind, considering the current Brazilian legal scenario, the question arises: how will the eventual International Treaty on Business and Human Rights, an international instrument that, based on the assumption of its approval and incorporation, will come to be legally binding, will impact Brazil?

After a critical reading of the text of the Treaty, it is seen that, despite representing the continuity of the process of elaborating a binding document on business and human rights, it brings a bias still quite focused on the accountability of the State and access to justice and remedies, while companies are still not directly responsible for violations committed by them. On the other hand, an analysis was made of the current guidelines on companies and human rights in Brazil, with an emphasis on Decree no. 9.571/2018, which establishes the National Guidelines on Business and Human Rights, and it was seen that these still have an insufficient voluntary character in terms of State and corporate accountability in the face of human rights violations.

To this end, when analyzing the impact of the upcoming International Treaty on Business and Human Rights in Brazil, it is noted that, despite bringing innovation by holding the State accountable and seeking to guarantee access to justice and remedies, it is not sufficient considering the lack of other specific and effective Brazilian adjacent regulations. Furthermore, since States have become economically dependent on their own companies, as these entities are perhaps more powerful than state-owned ones, and seeing the reality of Brazilian social inequality, a lack of efficient supervision is expected due to the government's fear of losing investments from both national and international entities.

Therefore, there is still a conflictive position in the construction and implementation of the referred Treaty, which seeks to maintain the voluntary character of corporate responsibility in detriment of the State. That said, it should be considered that, even with the adoption of the upcoming International Treaty on Business and Human Rights, there will still be a long way before reaching the ideal Brazilian scenario of specific policies and guidelines for national and international corporations, since this document has an emphasis on State accountability, which might still be an advance in Brazilian legislation, but it cannot alone prevent human rights violations, and must innovate more in terms of prevention and accountability of all enterprises.

REFERENCES

BRASIL. Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Dec. 21st, 2009.

BRASIL. Decreto n. 9.571, de 21 de novembro de 2018. Estabelece as diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos. *Diário Oficial da União*, Nov. 22nd, 2018.

BRASIL. Portaria n. 288, de 10 de agosto de 2018. Dispõe sobre os procedimentos para a assinatura de Termo de Compromisso com sociedades empresárias no âmbito do Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos do Ministério dos Direitos Humanos – PPDDH. *Diário Oficial da União*, Aug. 14th, 2018.

BRASIL. Portaria n. 289, de 10 de agosto de 2018. Instituir, no âmbito do Ministério dos Direitos Humanos, o Comitê Empresas e Direitos Humanos – CEDH. *Diário Oficial da União*, Aug. 14th, 2018.

BRASIL. Resolução n. 5, de 12 de março de 2020. Dispõe sobre Diretrizes Nacionais para uma Política Pública sobre Direitos Humanos e Empresas. *Diário Oficial da União*, March 27th, 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei 2.788/2019*. Instituiu a Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens (PAB); prevê o Programa de Direitos das Populações Atingidas por Barragens (PDPAB); estabelece regras de responsabilidade social do empreendedor; revoga dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Available at: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7990532&ts=1594034461618&disposition=inline>. Access on: March 10th, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *SEC nº 8542 – Voto do Relator*, Nov. 29th 2017. Available at: <http://m.migalhas.com.br/quentes/267397/caso-chevron-relator-vota-contra-homologar-sentenca-estrangeira-que>. And: <https://static.lettersblogatory.com/wp-content/uploads/2017/11/>

Transcriç%CC%A7a%CC%83o-da-sessa%CC%83o-de-julgamento-de-18.10.2017_CRT.pdf. Access on: March 11th, 2021.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Desafios e Conquistas do Direito Internacional Dos Direitos Humanos no início do Século XXI*. Trabalho de pesquisa apresentado nas Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty, na forma de conferência de encerramento por ele ministrada em Brasília, em 09.11.2005, e, em forma final e definitiva, em forma de três conferências proferidas pelo Autor no XXXIII Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA, no Rio de Janeiro, em 18 e 21-22 de agosto de 2006.

CARDIA, Ana Cláudia Ruy. *Empresas, direitos humanos e gênero: desafios e perspectivas na proteção e na emancipação da mulher pelas empresas transnacionais*. 2014. 198f. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

CONNECTAS. *Direitos Humanos e empresas no Brasil: relatório do Grupo de Trabalho da ONU*. São Paulo, Brasil. 1 ed. nov. 2017.

CONSELHO DE DEFESA DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA (CDDPH). *Relatório da Comissão especial “Atingidos por Barragens”*: Resoluções nº 26/06, 31/06, 01/07, 02/07, 05/07. Brasília, 2010. Available at: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/populacao-atingida-pelas-barragens/atuacao-do-mpf/relatorio-final-cddph>. Access on: April 18th, 2021.

DÍAZ, María Eugenia López-Jacoiste. Hacia un futuro tratado internacional sobre las empresas y los derechos humanos. *Objetivos de desarrollo sostenible y derechos humanos: Paz, justicia e instituciones sólidas / derechos humanos y empresas*. / coord. por Diana Marcela Verdiales López; Cástor M. Díaz Barrado (dir.), Carlos R. Fernández Liesa (dir.), 2018, ISBN 9788469791165, p. 61-73.

GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. Contornos Atuais do Controle de Convencionalidade Doméstico. In.: *Los Desafios Jurídicos a La Gobernança Global: una perspectiva para los próximos siglos*. 1 ed. Brasília-DF: Advocacia-Geral da União, 2017.

HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas. *Conselho Nacional de Direitos Humanos publica resolução sobre Direitos Humanos e Empresas elaborada*

com a participação do Homa. March 24th, 2020. Available at: <http://homacdhe.com/index.php/2020/03/24/conselho-nacional-de-direitos-humanos-publica-resolucao-sobre-direitos-humanos-e-empresas-elaborada-com-a-participacao-do-homa/>. Access on: April 18th, 2021.

IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel. Explorando las fronteras del Derecho internacional de los derechos humanos: hacia la adopción de un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos. *Akademía. Revista Internacional y Comparada de Derechos Humanos* 1 (1): 165-214.

IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel. 2019. Hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos: viejos debates, nuevas oportunidades. *Deusto Journal of Human Rights*, 4: 145-176. Available at: <http://dx.doi.org/18543/djhr-4-2019pp145-176>. Access on: May 10th, 2021.

LESSA, Rafaela Ribeiro Zauli. REIS, Daniela Muradas. A ONU e a responsabilidade internacional de empresas por transgressão aos direitos humanos. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*: Bauru, v. 5, n. 2, p. 261-274, jul./dez., 2017. (9).

MARTENS, Jens. SEITZ, Karolin. *The struggle for a UN treaty*. Berlin/Bonn/New York: Global Policy Forum/Rosa Luxemburg Stiftung – New York Office, 2016. Available at: https://archive.globalpolicy.org/images/pdfs/UN_Treaty_online.pdf. Access on: March 18th, 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015.

NETTO JUNIOR, Edmundo Antonio Dias. WEICHERT, Marlon Alberto. NUNES, Raquel Portugal. A desconstrução do carácter vinculante das normas sobre empresas e direitos humanos: da natureza voluntária dos princípios Ruggie à voluntariedade das diretrizes nacionais. *HOMA – Revista Internacional de Direitos*

Humanos e Empresas. v. 3. n. 2. fev-jul 2019. Available at: <https://periodicos.ufff.br/index.php/HOMA/article/view/30581/20574>. Access on: March 12th, 2021.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD guidelines for multinational enterprises*. Declaração sobre o Investimento Internacional e as Empresas Multinacionais. June 27th, 2000. Available at: <https://www.oecd.org/corporate/mne/38110590.pdf>. Access on: May 10th, 2021.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 12. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2020.

ROLAND, Manoela C. et al. Comentários sobre o PL 2.788/2019 sobre a Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens. *Cadernos de Pesquisa Homa*. v. 4, jan-dez 2020. Available at: <https://periodicos.ufff.br/index.php/HOMA/article/view/32831/21619>. Access on: March 20th, 2021.

ROLAND, Manoela C. et al. HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas. Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e Direitos Humanos. *Cadernos de Pesquisa Homa*. v. 1, n. 7, 2018. Available at: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2019/01/An%C3%A1lise-do-Decreto-9571-2018.pdf>. Access on: March 10th, 2021.

ROLAND, Manoela C. et al. O processo de homologação da sentença do caso Chevron no Brasil: uma análise da ação SEC n. 8542 e a importância de um tratado internacional sobre empresas e direitos humanos. *HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas*. 2020. Available at: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/02/Chevron-Diagramado-BR.pdf>. Access on: April 10th, 2021.

ROLAND, Manoela C. et al. Análise do Draft One: avanço ou retrocesso? *Cadernos de Pesquisa Homa*. v. 2, n. 8, 2019. Available at: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2019/10/Cadernos-de-Pesquisa-An%C3%A1lise-do-Draft-One.pdf>. Access on: Feb. 10th, 2021.

ROLAND, Manoela C. et al. Desafios e perspectivas para a construção de um instrumento jurídico vinculante em direitos humanos e empresas. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 14 n. 2, p. 393-417, maio/ago. 2018.

ROLAND, Manoela C. et al. Posicionamento dos Estados na 6ª sessão de negociação do instrumento juridicamente vinculante sobre empresas transnacionais e outras empresas com respeito aos direitos humanos. *HOMA – Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*. 2526 - 0774. v. 05. n° 01. Jan-Jun 2021. Available at: <https://periodicos.uфф.br/index.php/HOMA/article/view/33813/22152>. Access on: April 10th, 2021.

TRENTIN, Melisanda. LOPES, Raphaela. *Elementos para uma política brasileira de direitos humanos e empresas: o acúmulo do GT Corporações. Para uma política nacional de Direitos Humanos e Empresas no Brasil: Prevenção, Responsabilização e Reparação*. Friedrich Ebert Stiftung Brasil. Análise n. 48/2018, dezembro de 2018. Available at: <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2019/05/Para-uma-pol%C3%ADtica-nacional-de-Direitos-Humanos-e-Empresas-no-Brasil-Preven%C3%A7%C3%A3o-Responsabiliza%C3%A7%C3%A3o-e-Repara%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Access on: April 17th, 2021.

UNITED NATIONS. *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises*. OEIGWG CHAIRMANSHIP SECOND REVISED DRAFT, 06.08.2020. Available at: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf. Access on: Feb. 7th, 2021.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. *Doc ONU A/HRC/RES/26/9*, July 14th, 2014. Available at: <https://undocs.org/A/HRC/RES/26/9>. Access on: March 10th, 2021.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. Human rights and transnational corporations and other business enterprises. *Doc ONU A/HRC/RES/17/4*, July 6th, 2011. Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/>

GEN/G11/144/71/PDF/G1114471.pdf?OpenElement. Access on: March 19th, 2021.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on its mission to Brazil. *Doc ONU A/HRC/32/45/Add.1*, May 12th, 2016. Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/096/43/PDF/G1609643.pdf?OpenElement>. Access on: March 15th, 2021.

UNITED NATIONS. Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie. *Doc. ONU A/HRC/17/31*, March 21st, 2011. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/705860#record-files-collapse-header>. Access on: March 21st, 2021.

PARTE II

**SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS
DIREITOS HUMANOS**

A Corte Interamericana de Direitos Humanos e os crimes cometidos durante a ditadura militar: uma análise jurisprudencial à luz da criminologia crítica

Bianca Gomes Fonseca de Sá¹

1 INTRODUÇÃO

A temática a ser desenvolvida aborda, de forma geral, o tratamento dado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos aos casos que tratam dos crimes praticados pelo Estado brasileiro durante o período da ditadura militar. Nesse sentido, será avaliada a aplicação da perspectiva crítica da criminologia² e do garantismo penal³ na análise jurisprudencial relativa ao comportamento da Corte diante de tais eventos. Além disso, serão articuladas observações comparativas aos casos desta natureza que envolvem outros países da América Latina.

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

2 Para os fins da presente pesquisa, a abordagem da teoria da criminologia crítica será realizada com base nos moldes apontados por Vera Malaguti Batista, a partir de uma noção sociológica e fenomenológica dos seus estudos, nos quais se destaca a afirmação de que a prisão é uma ferramenta de infligir a dor para determinados comportamentos sociais, de modo que é insustentável o discurso que pretende humanizar os sistemas penais. Nesse sentido, é defendido que a punição penal não deve ser pensada com base no “dever ser”, mas sim na realidade letal e desumana dos sistemas penais existentes. Sendo assim, se estabelece a ideia de que a relação existente entre o cárcere e a sociedade se define através da percepção de quem tem o poder de criminalizar e de quem está sujeito à criminalização. BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução à criminologia crítica brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 91.

3 As questões referentes ao garantismo penal, neste estudo, serão entendidas conforme os ensinamentos de Luigi Ferrajoli, de acordo com o qual a forma jurídica da pena deve ser vista como técnica institucional de minimização da reação violenta ao delito, bem como de garantia do acusado frente às arbitrariedades, os excessos e os erros ligados a sistemas de controle social. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 304.

A partir dessa premissa, indaga-se: a Corte Interamericana de Direitos Humanos apresentou um tratamento punitivista no julgamento dos casos que envolvem a obrigação do Estado para investigar, processar e punir os crimes cometidos na ditadura militar? Isto porque, diante dos objetivos a seguir expostos, faz-se necessária a avaliação sobre os pormenores que cercam as decisões nos casos que tratam da resposta estatal aos referidos crimes, sobre os quais notou-se a adoção de um conceito de devido processo legal pautado no direito penal do inimigo, específico para os casos considerados como violações graves aos direitos humanos.

Com a finalidade de responder à problemática exposta, faz-se necessário o alcance de alguns objetivos. Inicialmente, será analisado o tratamento dado pela Corte IDH aos casos relacionados às leis de anistia a partir da óptica da dogmática criminal crítica. Em seguida, passa-se à identificação sobre a estruturação do direito penal do inimigo e do sistema penal de exceção pela Corte IDH em se tratando dos casos que envolvem os crimes da ditadura militar. Finalmente, será traçada uma relação entre as Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153 e 320 e os limites do poder-dever de punir do Estado.

Do ponto de vista metodológico, para além do estudo documental e jurisprudencial, sendo este último voltado a cinco decisões da Corte IDH que demonstraram um nítido padrão quanto ao exame das leis de anistia no Brasil e em outros países latino-americanos, como Peru, Chile e Uruguai, a presente pesquisa será realizada com base na bibliografia especializada sobre o tema, através de autores como Luigi Ferrajoli, Jesus-María Silva Sanchez, Daniel Pastor, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Alessandro Baratta, Francisco Muñoz Conde, Caio Cezar Paiva e Walter Nunes da Silva Júnior.

Com base nisso, a análise do comportamento da Corte IDH com relação aos casos supramencionados, bem como das divergências que permeiam a validade das leis de anistia, revela o resultado esperado sobre a construção de um paradigma fundamentado no afastamento das garantias penais. Esse comportamento, por sua vez, estabelece precedentes punitivistas, cujos reflexos serão observados, de maneira mais ampla, nas argumentações proferidas em sede da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153, bem como na propositura da ADPF 320, ainda passível de julgamento, no Supremo Tribunal Federal.

Considerando, assim, que o direito penal encontra nos direitos humanos os seus limites mais basilares e fundamentais, a resposta punitiva para determinados crimes é reconhecida enquanto medida extremamente violenta e que, por conseguinte, provoca a violação de direitos humanos. Por isso, há de se ressaltar

a importância dos diversos valores que surgem diante da problemática levantada, sobretudo em se tratando da abordagem de crimes cometidos em um período de tamanha barbárie para a região da América Latina.

Dessa forma, as razões que justificam a presente pesquisa pairam na desconstrução da ideia de que o questionamento sobre a posição da Corte IDH acerca das leis de anistia equivale à convivência com a ditadura militar. Ao contrário dessa colocação, pretende-se reiterar a necessidade de não ser conivente com nenhuma forma de opressão, incluindo aquela que é decorrente da violência punitiva.

2 A OBRIGAÇÃO DE INVESTIGAR, PROCESSAR E PUNIR NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O TRATAMENTO DADO ÀS LEIS DE ANISTIA

Diante da conjuntura do direito internacional dos direitos humanos, as leis de anistia foram alvos de extensa crítica, uma vez que obstaram a punição, na esfera criminal, de diversos acusados pela autoria de graves violações aos direitos humanos⁴. Em sede da Corte Interamericana de Direitos Humanos, alguns dos casos que ilustram esse entendimento, além do caso Gomes Lund e outros contra o Brasil, são: Barrios Altos contra o Peru, La Cantuta contra o Peru, Almonacid Arellano e outros contra o Chile e Gelman contra o Uruguai. De início, cumpre ressaltar que o enfoque do presente estudo será direcionado ao primeiro, de forma que a abordagem sobre os demais será feita a título comparativo.

Também há de se mencionar, preliminarmente, o conceito e o entendimento doutrinário sobre o dever de investigar, processar e punir crimes como norma de *jus cogens*. Para tanto, deve-se considerar que as chamadas “garantias de não repetição” consistem em uma das medidas utilizadas pela Corte para a reparação decorrente de violações de direitos humanos, assim como para garantir que os Estados julgados não tornem a cometer os mesmos erros. A obrigação de investigar, processar e punir⁵, por sua vez, insere-se na tipologia das garantias de não

4 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e direitos humanos: análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 210.

5 O dever de investigar, processar e punir foi mencionado pela inaugurado no caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sendo esse o primeiro caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez*

repetição, sob a justificativa de que, punindo os autores das violações aos direitos humanos, se evita a reincidência da conduta⁶.

Traçadas as considerações iniciais, passa-se aos fatos que deram ensejo ao caso Gomes Lund e outros contra o Brasil, os quais ocorreram entre os anos 1972 e 1975, durante o período da ditadura militar brasileira, época em que o regime instaurado no país motivou a promulgação de uma série de normas de exceção, bem como o emprego da violência para manter seu poder, em destaque a “captura” e a “eliminação” dos membros do movimento de resistência chamado Guerrilha do Araguaia. Cumpre mencionar, ainda, que esse regime provocou, entre outros eventos da mesma natureza, o fechamento do Congresso Nacional, a censura completa da imprensa, a suspensão dos direitos individuais políticos, da liberdade de expressão e da garantia do *habeas corpus*⁷.

Em face dos acontecimentos do referido evento, o governo militar impôs silêncio absoluto, negando a existência e, conseqüentemente, a repressão do movimento organizado por integrantes do Partido Comunista do Brasil⁸. Com base nesses fatos, que fomentaram inúmeros atos de desaparecimento forçado, tortura, morte e agressão por parte dos agentes estatais, o Estado brasileiro foi acusado perante a Corte IDH, mesmo após o trânsito do lapso temporal 38 anos desde o início da prática desses atos. A sentença, por seu turno, foi datada em 24 de novembro de 2010.

Antes disso, em 28 de agosto de 1979, entrou em vigor, após aprovação no Congresso Nacional, a Lei n 6.683/79, a partir da qual o Brasil concedeu anistia às pessoas que, entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, tivessem praticado crimes políticos e eleitorais, ou conexos a eles; àqueles que tiveram seus direitos políticos suspensos; aos funcionários públicos civis e militares e aos dirigentes e representantes sindicais punidos com base nos Atos Institucionais ou

Vs. *Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988, § 166. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf. Acesso em: 8 maio 2021.

6 PAIVA, Caio Cezar; HEEMAN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017. p. 435.

7 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010, §§ 85 e 89. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 9 abr. 2021.

8 *Ibid.*

seus complementares⁹. Com isso, não houve investigação, processo ou punição penal pelos crimes cometidos à época da ditadura, incluindo o que ocorreu na busca pelo silenciamento da Guerrilha do Araguaia¹⁰.

Ante todo o exposto, em sede de julgamento, a Corte Interamericana compreendeu que houve a violação, por parte do Brasil, dos direitos à proteção e às garantias judiciais, motivo pelo qual determinou ao Estado a condução dos fatos à investigação, exigindo a responsabilização penal dos agentes com a aplicação das sanções cabíveis. Determinou, ainda, alguns requisitos sobre essa obrigação, cabendo destaque à vedação da aplicação da lei de anistia, da prescrição, da irretroatividade da lei penal, da coisa julgada, do *ne bis in idem* ou qualquer outro excludente de responsabilidade similar, em benefício dos acusados¹¹.

Ademais, dentre as várias outras determinações sentenciadas com o justo intuito de apoiar e reparar – ainda que minimamente – os direitos dos familiares das vítimas do regime militar, ressalta-se o apoio da Corte à implementação da Comissão Nacional da Verdade no Brasil. Nessa ocasião, não se pode ignorar a importante ressalva de que “as atividades e informações que, eventualmente, recolha essa Comissão, não substituem a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais, através dos processos judiciais penais”¹².

Inclusive, a mesma ressalva foi feita no julgamento do caso Almonacid Arellano e outros contra o Chile, à medida que a Corte IDH “considera pertinente precisar que a ‘verdade histórica’ contida nos relatórios das citadas Comissões não pode substituir a obrigação do Estado de buscar a verdade através dos processos

9 BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 6.683/79*. Concede anistia e dá outras providências. Brasília, 28 de agosto de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/l6683.htm>. Acesso em: 9 abr. 2021.

10 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010, § 135. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 9 abr. 2021.

11 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010, § 286. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 9 abr. 2021.

12 *Ibid.* § 297.

judiciais¹³. Também nesse caso¹⁴, bem como no Barrios Altos contra o Peru¹⁵ e no Gelman contra o Uruguai¹⁶, houve o pronunciamento do Tribunal no sentido da incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana, em se tratando de casos de graves violações dos direitos humanos, seguindo o mesmo raciocínio exposto no caso em que o Estado brasileiro foi réu.

Com base nas justificativas análogas, em ambos os casos analisados, a Corte IDH adotou o entendimento de acordo com o qual as leis de anistia violam os parâmetros internacionais de proteção e, por conseguinte, deve ser considerada sua ilicitude. Isto porque se entendeu que somente poderiam ser assegurados às vítimas os direitos à justiça e à verdade ao passo em que o Estado se compromettesse em investigar, julgar e reparar as violações cometidas¹⁷.

Tal conclusão alcançada passou, em primeiro plano, pela argumentação no sentido de viabilizar a declaração de inconvenção *per se*¹⁸ de determinados tipos de leis para, em um segundo momento, fomentar a tese de que as leis de anistia são incompatíveis com o Pacto de São José da Costa Rica no que diz respeito à violação de direitos humanos.

Prosseguindo à interpretação dessas decisões, por um lado, há de se levar em consideração os diversos argumentos pertinentes e majoritários na doutrina internacionalista, que são favoráveis ao entendimento firmado pela Corte

13 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006, § 150. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.
14 *Ibid.* § 107.

15 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos e La Cantuta Vs. Peru*. Sentença de 14 de março de 2001, § 41. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

16 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gelman Vs. Uruguai*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, § 194. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

17 PIOVESAN, Flávia Cristina. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 541.

18 Para ilustrar esse entendimento, a Corte afirma no parágrafo 174 da sentença do caso La Cantuta vs. Peru que: “[...] Para efeitos da discussão exposta, cumpre especificar que a Corte considerou que no Peru essas leis de autoanistia são *ab initio* incompatíveis com a Convenção, ou seja, sua promulgação mesma “constitui, per se, uma violação da Convenção” por ser “uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado Parte” nesse Tratado. Esse é o fundamento da declaração de efeitos gerais proferida pela Corte no Caso Barrios Altos. Por isso, a aplicação destas leis por parte de um órgão estatal num caso concreto, mediante atos normativos posteriores, ou sua aplicação por funcionários estatais, constitui uma violação da Convenção”.

Interamericana nos casos mencionados. Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes, “é preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade”. Na mesma linha de pensamento, esses autores afirmam que a Lei de Anistia brasileira viola vários tratados internacionais e não possui nenhum valor jurídico, uma vez que acobertam os abusos cometidos pelos agentes do Estado durante a ditadura militar¹⁹.

Também nesse sentido, Thiago Oliveira Moreira reitera que “os argumentos contrários à validade das leis de anistia, que não são poucos, vêm sendo sustentados tanto na Jurisdição doméstica, quanto na Internacional, ao ponto da Corte Interamericana de Direitos Humanos declarar a inconveniência das citadas leis, afastando a sua aplicação e produção de efeitos, no que toca a algumas de suas consequências”²⁰.

Por outro lado, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, ao analisar os pormenores de tais decisões, relata a evidência de um padrão de julgamento do Tribunal quando se envolve a prática de violação de direitos humanos por agentes do Estado, sem a devida punição pelas autoridades competentes. Com base nisso, ela defende que “esse raciocínio começou a ser desenvolvido no julgamento do caso Velásquez Rodríguez contra Honduras e foi sendo aperfeiçoado ao longo do tempo”²¹.

Este entendimento²² tem como fulcro o fato de que a Corte IDH, ao longo do julgamento dos casos em análise, entendeu que as vítimas do crime de desaparecimento forçado sofreram a violação dos direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade de locomoção²³. Para além disso, firmou-se a cognição de que houve uma afronta à determinação da Convenção Americana de Direitos Humanos que exige dos Estados o comprometimento com o respeito aos direitos

19 MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”*: aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. 4. ed. São Paulo: Revista Anistia, 2012.

20 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFERN, 2015. p. 267.

21 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e direitos humanos: análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 171.

22 *Ibid.* p. 171.

23 Direitos estampados nos artigos 4º, 5º e 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

e liberdades nela reconhecidos, bem como a garantir seu livre e pleno exercício a todas as pessoas²⁴.

Ao construir essa jurisprudência, o Tribunal estabeleceu uma relação intrínseca entre a violação aos direitos humanos e a responsabilização penal dos Estados, até mesmo nas hipóteses de violações que, a princípio, não são atribuídas a eles, caso se entenda que houve falta de diligência para preveni-las. Afinal, segundo a Corte, o dever de garantir a efetivação dos direitos humanos e prevenir o seu descumprimento deve englobar todas as medidas necessárias à sua promoção, motivo pelo qual se convencionou por tratar as eventuais lesões como atos ilícitos, penalmente imputáveis²⁵.

A impunidade, sob essa ótica, é vista como demonstração da falta de compromisso das agências estatais com o conteúdo da Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente porque, além de veicular a ideia de que o Estado foi incapaz de garantir o livre e pleno exercício de direitos às pessoas sujeitas à sua jurisdição, não assegura às vítimas uma adequada reparação²⁶.

Com base nisso, merece ênfase a utilização reiterada da expressão “graves violações de direitos humanos” no julgamento dos casos analisados, ao invés de “crimes contra a humanidade”, sendo esta última uma modalidade delitiva internacional com maior densidade normativa do que a expressão usada pela Corte IDH²⁷. Ocorre que no caso Bulacio contra a Argentina²⁸, a Corte afastou

24 Art. 1º, 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

25 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e direitos humanos: análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 173.

26 *Ibid.*

27 SUIAMA, Sergio Gardenghi. Problemas criminais da sentença da Corte IDH no caso Gomes Lund: respostas do direito comparado. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, 2011, p. 11. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Suiama_Caso_Gomes_Lund.pdf. Acesso em: 13 abr. 2021.

28 Diferente dos demais casos analisados, Bulacio vs. Argentina não versa sobre crimes cometidos durante a vigência de um regime ditatorial. Na verdade, o caso possui relação com a denúncia formulada pela CIDH, por meio da qual alega que, em abril de 1991, a Polícia Federal da Argentina realizou uma detenção em massa, de mais de oitenta pessoas nas imediações de um local onde ocorreria um show de rock, em Buenos Aires. Dentre os detidos, encontrava-se Walter David Bulacio, de dezessete anos de idade, que foi agredido por agentes policiais. A autoridade judicial de menores não

a aplicação da prescrição penal em processo que reconhecidamente não tratava de crime contra a humanidade. Nessa perspectiva adotada pelo Tribunal, considerou-se que a prescrição penal pode se revelar como um “obstáculo de direito interno” a ser removido sempre que se tratar da efetividade da persecução penal em casos de violação a direitos humanos²⁹.

A Corte IDH enfrentou no caso Bulacio um dos temas mais polêmicos da sua jurisprudência em matéria penal: a prescrição e os crimes que resultam em graves violações de direitos humanos. Se no caso Barrios Altos a imprescritibilidade apareceu como *obiter dictum*, aqui ela assumiu o protagonismo de *ratio decidendi*, pois o obstáculo para punir o responsável pela morte de Bulacio não era uma lei de autoanistia, e sim a extinção da punibilidade provocada pelo reconhecimento da prescrição³⁰.

Por fim, como se pode observar, a despeito do fato de que a competência atribuída à Corte Interamericana não envolve diretamente a aplicação do direito penal, a sua relação com este ramo do ordenamento jurídico se faz nítida diante da justificativa de tornar eficaz a proteção aos direitos humanos. Entretanto, ao analisar criticamente essa prerrogativa, sob a óptica da criminologia, há de se questionar se a resposta punitiva é, de fato, a alternativa mais viável às denominadas “graves violações aos direitos humanos”. E, por assim dizer, quais condutas enquadram-se nessa classificação?

Partindo desse questionamento, com base em todas as considerações tecidas acerca dos casos pormenorizados, faz-se necessária a problematização no que diz respeito aos meios utilizados pela Corte IDH para alcançar os objetivos declarados de forma reiterada nas sentenças supracitadas, sobretudo em se tratando

foi notificada sobre a prisão, tampouco os familiares de Bulacio, que morreu em virtude dos golpes dos policiais. Em sede de julgamento, a Corte IDH determinou a obrigação do Estado de investigar, processar e punir os responsáveis, bem como declarou a imprescritibilidade do crime, por resultar em grave violação de direitos humanos.

29 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentença de 18 de setembro de 2003. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec100esp.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2021.

30 PAIVA, Caio Cezar; HEEMAN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017. p. 192.

das consequências que permeiam a estruturação de um sistema penal de exceção e do direito penal do inimigo.

3 A PROBLEMÁTICA DA ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA PENAL DE EXCEÇÃO E DO DIREITO PENAL DO INIMIGO PELA CORTE IDH

Em face da breve análise sobre a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na temática que trata da obrigação dos Estados de investigar, processar e punir os crimes cometidos à época da ditadura militar, percebe-se a existência de um entendimento padrão, sobretudo nos casos mencionados. Esse padrão foi construído a partir da necessidade, de acordo com a cognição do Tribunal, de se estabelecer um devido processo legal específico às condutas consideradas como graves violações aos direitos humanos, sendo esse um conceito que se relaciona intrinsecamente com a noção de que se não há punição, não há limite para a perseguição penal do Estado.

Diante dessa temática, Daniel Pastor aborda questões como “o direito penal absoluto”³¹, ao passo em que Jesus-Maria Silva Sanchez³² dispõe sobre o fato de que a Corte IDH, ao julgar a invalidade das leis de anistia, substituiu o *nulum crime sine legem* (não há crime sem lei) pelo *nulum crime sine poena* (não há crime sem pena), de modo a firmar o entendimento de que a reação à criminalidade de Estado prescinde o estabelecimento de um sistema penal de exceção.

Já no que diz respeito ao termo “graves violações aos direitos humanos”, convém destacar o seu sentido reconhecidamente plurívoco e pouco operativo, o que se torna preocupante ao considerar que a Corte o utilizou para firmar a definição dos deveres positivos dos Estados em matéria penal³³. Por conseguinte,

31 “La violación de los derechos humanos es algo grave, entonces el defensor de los derechos humanos ya no piensa, sino que se indigna, y quien se indigna, es digno, no se puede discutir más con él, no hay argumentos y, entonces, no se puede contra-argumentar o el oponente se convierte en un indigno. Además, para restablecer la dignidad, vale todo. Así los derechos humanos se transforman en un fin absoluto ilimitado y en un tabú indiscutible e incensurable. En su nombre se puede hacer todo, pues de cualquier manera la dignidad de la empresa está puesta tan alta que nada la amenaza”. PASTOR, Daniel. *La Deriva Neopunitivista de Organismos y Activistas como Causa del Desprestigio de los Derechos Humanos*. In: *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 102.

32 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999. p. 151.

33 Robert Alexy cita, em sentido análogo, o argumento lançado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, no julgamento do recurso dos sentinelas do muro de Berlim (“Mauerschützen”), no qual se discutiu a aplicação dos princípios constitucionais da irretroatividade e da taxatividade em relação a

o termo constituiu-se, também, como fator de insegurança jurídica, uma vez que não fixa de forma clara quais condutas devem ser tipificadas pelos ordenamentos estatais, bem como quais crimes representam violações suficientemente graves para afastar a incidência dos mecanismos excludentes de responsabilidade reconhecidos nas mais diversas normativas constitucionais, inclusive na brasileira³⁴.

Para além da punição de torturadores do passado, a imprecisão conceitual fortalece a estruturação de regimes penais de exceção como meio de justificar opções governamentais que não são objeto de amplo consenso internacional. Como consequência disso, advém o retrocesso a concepções puramente retributivas acerca do direito penal, além do obstáculo às garantias fundamentais dos cidadãos em face do arbítrio estatal³⁵.

Faz-se oportuno destacar, nessa perspectiva, a possibilidade de se estabelecer dois tipos principais de relação entre o direito penal e os direitos humanos, ambos presentes não só no sistema interamericano, como também no sistema global³⁶. Por um lado, pode ser atribuído aos direitos humanos o papel de proteger os limites do poder-dever de punir do Estado, diminuindo a incidência de opressão punitiva aos indivíduos. Por outro lado, os direitos humanos podem utilizar o direito penal como seu instrumento de defesa³⁷.

O entendimento acerca dessa dupla relação é substancial à compreensão de que tem se verificado, desde décadas passadas, um avanço considerável dos

homicídios cometidos durante o regime comunista: “fundamentar la evidencia de la violación jurídico-penal para los soldados sólo mediante la existencia ‘objetiva’ de una violación grave de los derechos humanos resultaría incompatible con el principio de culpabilidad. La existencia objetiva de una violación grave de los derechos humanos no es suficiente. Adicionalmente, debería explicarse por qué el soldado individual, a la vista de su educación y su adoctrinamiento, así como de otras circunstancias, estaba en disposición de reconocer indubitadamente la violación jurídico-penal”. ALEXY, Robert. *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín*. Alicante: Doxa, 2000. p. 227.

34 SUIAMA, Sergio Gardenghi. Problemas criminais da sentença da Corte IDH no caso Gomes Lund: respostas do direito comparado. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, 2011. p. 9. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Suama_Caso_Gomes_Lund.pdf. Acesso em: 13 abr. 2021.

35 *Ibid.* p. 43.

36 SEMER, Marcelo. Direito penal e direitos humanos: uma história de paradigmas e paradoxos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 69, 2007. p. 97.

37 BARATTA, Alessandro. Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal. *Derecho Penal y Criminología*, v. IX, n. 31, 1987. p. 91.

direitos humanos não mais no primeiro sentido destacado, de delimitar a esfera punitiva, mas sim no escopo de alargar a sua abrangência, demandando cada vez mais criminalização e punição³⁸. Isto porque é cada vez mais forte a ideia de que a impunidade representa um estímulo poderoso para a repetição de comportamentos reprováveis, motivo pelo qual se firmou a necessidade da tipificação penal como meio para fixar o efeito persuasivo ou preventivo contra violações de direitos³⁹.

É nessa linha de pensamento que Sérgio Gardenghi Suiama verifica, ao observar os documentos internacionais voltados expressamente à tutela penal dos direitos humanos, que a partir dos anos 1990 há uma grande tendência à adoção do punitivismo como ferramenta de combate às graves violações de direitos humanos⁴⁰. Com isso, afere-se uma clara transformação do papel tradicionalmente atribuído aos direitos humanos enquanto limites ao exercício do poder punitivo estatal, ao passo em que se tornaram a razão que reclama a utilização do direito penal⁴¹.

Perante toda essa problemática em análise, deve-se ressaltar a importância do respeito ao devido processo legal, independentemente da conduta em evidência, justamente com o viés de tutelar a aplicação universal dos direitos humanos. Nesse sentido, as garantias constitucionais penais, enunciadas no Brasil através dos princípios e direitos fundamentais, devem ser interpretadas como fatores limitantes ao exercício do dever-poder de punir do Estado, tanto no que diz respeito à aplicação da sanção penal como também no que concerne à forma mediante a qual se busca demonstrar a responsabilidade do acusado.⁴² Nessa linha de pensamento, Walter Nunes da Silva Júnior considera que:

Por mais repugnante e hediondo que seja o comportamento daquele que violou a norma penal, ainda assim, na persecução

38 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e direitos humanos: análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 221.

39 RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas de proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 62, 2006. p. 21-24.

40 SUIAMA, Sergio Gardenghi. As obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos por meio do sistema de justiça criminal e seu impacto no direito penal brasileiro: o caso Gomes Lund vs. Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 108, 2014. p. 306.

41 VIGANÒ, Francesco. L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale del diritti fondamentali. *Studi in onore di Mario Romano*, IV. Napoli: Jovene, 2011. p. 2654.

42 SILVA JR., Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. 2. ed. Natal: OWL, 2015. p. 202.

quanto à aplicação da pena, só poderá o Estado agir dentro dos parâmetros gizados desde a Lei Fundamental. Os contornos da atuação do Estado no sentido de buscar a responsabilidade criminal estão plasmados nas garantias constitucionais e perfazem o que se convencionou chamar de devido processo legal. Sem a observância dessas regras, a atuação jurisdicional se dá fora do perfil do Estado Democrático-Constitucional⁴³.

Justamente com base na premissa de que o devido processo legal, na qualidade de regras que devem ser observadas pelo Estado no exercício do dever-poder de punir, tem a feição de garantia aos direitos mais importantes do ser humano⁴⁴, é que se destaca a incoerência do tratamento dado pela Corte Interamericana na sentença do Caso Gomes Lund contra o Brasil, diante da violação de preceitos fundamentais aos direitos humanos. Ora, ao vedar a invocação de prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem*⁴⁵ ou qualquer excludente similar de excludente de responsabilidade, torna-se evidente a estruturação de um sistema penal de exceção com o objetivo de assegurar uma punição rígida aos agentes, ainda que, para isso, deva ser obstado o funcionamento íntegro do devido processo legal⁴⁶.

Para além disso, é necessário ressaltar o equívoco da Corte IDH ao reconhecer a necessidade da invocação do processo penal como meio idôneo e único para alcançar a verdade, interpretando esse direito como derivado do direito

43 SILVA JR., Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. 2. ed. Natal: OWL, 2015. p. 202.

44 Luigi Ferrajoli, ao tratar sobre a justificativa garantista do direito de punir, atrelou a razão de ser do poder penal à necessidade de ser controlado. Nesse sentido, entendeu-se que o processo penal deve ser aplicado de modo a proteger o réu contra os excessos do poder punitivo do Estado, evitando a violação de direitos humanos. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

45 Nas palavras de Keity Saboya, “como forma de reconstrução da tradução genuína do *ne bis in idem*, entende-se que este deve corresponder a um princípio geral de direito, elevado, hodiernamente, a direito fundamental do indivíduo, pelo qual se proíbe a pluralidade de consequências jurídicas derivadas de uma só conduta e sob os mesmos fundamentos [...]”. É que, aplicada uma determinada sanção a uma específica conduta, ocorre o esgotamento da reação punitiva.” SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: História, Teoria e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 153-154.

46 SUIAMA, Sergio Gardenghi. Problemas criminais da sentença da Corte IDH no caso Gomes Lund: respostas do direito comparado. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, 2011. p. 10. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Suiama_Caso_Gomes_Lund.pdf. Acesso em: 13 abr. 2021.

à justiça. No entanto, a verdade proporcionada pelo processo penal promove apenas uma construção de narrativa que pode ou não auxiliar na compreensão das raízes dos crimes internacionais e, não só isso, ainda consolida a memória padecida de sofrimentos vividos há tantos anos. Esse é o motivo pelo qual o objetivo alçado pela Corte não se satisfaz pelo meio determinado, uma vez que a apuração da verdade histórica se distingue em diversos aspectos da verdade processual, sendo esta última examinada por um rito convencional e constitucional específico, que não pode, em hipótese alguma, ser relativizado⁴⁷.

Ademais, em contraposição ao reconhecimento da dignidade humana, que se põe como valor fundante do Estado Democrático de Direito, do movimento de anistia e da atuação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o entendimento da Corte Interamericana traz à tona a doutrina do direito penal do inimigo. Ora, ao exigir que sejam feitas diferenciações e gradações no tratamento entre o inimigo⁴⁸ e o cidadão comum, não há o favorecimento à garantia efetiva dos direitos humanos fundamentais, ao contrário do que se defende como justificativa a tal posicionamento⁴⁹.

É a respeito disso que trata Francisco Muñoz Conde ao relatar a existência, mesmo nas sociedades democráticas, de um direito penal do inimigo ao lado de um direito penal do cidadão, o que se dá mediante o propósito de manter a segurança, mas que finda por limitar ou excluir alguns dos princípios característicos do direito penal do Estado de Direito⁵⁰. A partir disso, determina-se a existência de dois (ou mais) direitos penais, sendo um voltado para o cidadão normal, revestido de

47 RINCÓN COVELLI, Tatiana. La verdad histórica: una verdad que se establece y legitima desde el punto de vista de las víctimas. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Bogotá, 2005. p. 333.

48 Considera-se, para os fins desta analogia, o inimigo como sendo o sujeito acusado pelo cometimento de violações consideradas graves aos direitos humanos.

49 BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes. Anistia, inimigo e judiciário: (im)possibilidades do acordo político no Estado de Exceção. *Rev. Fac. Direito UFMG*. Belo Horizonte, n. 64. p. 77-103, 2014.

50 Básicamente, este derecho penal del enemigo propugna por un derecho represivo excepcional y menoscabado de garantías, para aquellas formas de delincuencia que van desde la delincuencia que bien podríamos denominar organizada, hasta la delincuencia clásica, es decir, desde el terrorista o narcotraficante a gran escala, hasta el delincuente callejero, solo por tratarse de individuos que bajo su propia voluntad han decidido autoexcluirse de los valores y las formas de normativización social. CONDE. Francisco Muñoz. Actuales tendencias del derecho penal: del garantismo al moderno derecho penal revista de Criminología e Ciências Penitenciárias. *Programa de Estudos em Criminologia e Ciências Penitenciárias (PROCRIM)*. São Paulo, ano 3, n 02, 2013. p. 11.

todas as garantias tradicionais da dogmática jurídico-penal, e outro especialmente formatado para aqueles que se denominam inimigos da comunidade⁵¹.

Portanto, é possível reafirmar a existência de um direito penal do inimigo no direito internacional ao passo em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos estrutura um sistema penal de exceção para crimes enquadrados em uma categoria reconhecidamente subjetiva e polissêmica. Por sua vez, não havendo a definição clara dessa espécie de crime, a Corte não consegue alcançar o seu objetivo declarado de impedir que os Estados da América Latina se utilizem do precedente da razão de decidir para aplicá-lo à criminalidade comum.

Isto posto, feitas as considerações acerca da importância do respeito ao devido processo legal para promover, de fato, a observância aos direitos humanos dispostos pela Convenção Americana, faz-se essencial agora analisar os impactos do entendimento firmado pela Corte IDH diante da aplicabilidade de sua jurisdição no direito brasileiro, partindo, para tanto, do estudo sobre as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 e 320.

4 OS REFLEXOS DAS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 E 320 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com a finalidade de discutir os aspectos da aplicação da Lei de Anistia (Lei nº 6.683 de 1979), o Supremo Tribunal Federal processou duas ações de Descumprimento de Preceito Fundamental. A ADPF 153⁵² põe em pauta a recepção da referida lei pela Constituição de 1988, enfatizando, sobretudo, a conexão entre as questões de matéria criminal que se destacaram na legislação analisada e o posicionamento garantista atribuído pela *lex mater* ao processo penal brasileiro. Já a ADPF 320⁵³, por sua vez, examina a possibilidade de cumprimento,

51 CONDE, Francisco Muñoz. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 83, 2010. p. 83.

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153*. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF. 29 de abril de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 17 mar. 2021.

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320*. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4574695>. Acesso em: 17 mar. 2021.

pelo Estado brasileiro, da decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund⁵⁴.

A disposição presente no artigo 5º, XL⁵⁵, da Constituição Federal contribuiu de forma preponderante para o entendimento firmado pelo STF no sentido irrevogabilidade da Lei de Anistia. Isto porque a anistia penal, enquanto instituto de direito material, revoga parcialmente a lei anterior que penalizava determinadas condutas, sendo essa uma eventual revogação equivalente à aplicação retroativa de penalidades.

No que diz respeito à exigência de anterioridade da lei penal, há de se considerar o que dispõe Zaffaroni ao considerar que, na medida em que se proíbe a aplicação retroativa da norma penal incriminadora, garante-se a racionalidade do exercício do poder punitivo. Conforme é defendido pelo autor, não é racional responsabilizar um indivíduo por uma conduta cujas consequências jurídicas negativas não podiam ser conhecidas no momento de sua realização⁵⁶. Aliás, a garantia da irretroatividade adquiriu status de direito fundamental ao ser introduzida no art. 11 da Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como no art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos⁵⁷.

Nessa conjuntura, ao julgar a ADPF 153 no ano de 2010, antes mesmo do julgamento do Caso Gomes Lund pela Corte IDH, os ministros do STF abordaram, em linhas gerais, dois posicionamentos conflitantes. De um lado, o Ministro Ricardo Lewandowski votou pela procedência da ação, reiterando o entendimento de que os Estados-partes da Convenção Americana assumem o dever de investigar, processar e punir violações graves aos direitos humanos, de modo que

54 Até a presente data, 20 de abril de 2021, a ADPF 320 ainda não foi decidida e continua tramitando no Supremo Tribunal Federal.

55 Art. 5º [...] XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

56 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La irretroatividad de la ley penal: retroactividad de leyes penales más gravosas? *Revista de Derecho Penal*, Santa Fé de Bogotá, n. 3. 1997. p. 7.

57 Art. 11º, 2, da DUDH: Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso; Art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos: Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.

o seu descumprimento configura violação à normativa internacional, gerando a responsabilidade do Estado⁵⁸.

Por outro lado, ao votar pela improcedência da ADPF, o Ministro Celso de Mello fez referência à jurisprudência da Corte IDH nos casos Barrios Altos contra o Peru e Almonacid Arellano e outros contra o Chile para atestar que a anistia concedida pelo Brasil foi essencialmente distinta das concedidas em países como a Argentina, o Chile e o Uruguai, não se tratando de autoanistia, mas sim de anistia bilateral, em decorrência da participação da sociedade civil e da oposição militante durante as discussões voltadas à elaboração da Lei de Anistia⁵⁹.

Ainda no que concerne a essa temática, bem como à questão da taxatividade da lei penal, é imperioso reiterar as consistentes objeções à persecução dos crimes contra a humanidade. Justamente nessa linha argumentativa, o Ministro Celso de Mello se posicionou contrariamente à aplicação do costume internacional como causa da invalidade das regras de anistia e prescrição. Para tanto, argumentou que, ainda que houvesse norma costumeira de natureza cogente à época dos fatos, a qualificação das condutas de agentes da repressão militar como “crimes contra a humanidade” dependeria de prévia incorporação formal ao direito penal interno, sob pena de violação à garantia do *nullum crimen sine lege scripta*⁶⁰.

Após a decisão do caso Guerrilha do Araguaia, em 2014, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) interpôs a ADPF 320 com o escopo de que o STF determinasse “a todos os órgãos do Estado brasileiro que deem cumprimento integral aos doze pontos decisórios constantes da conclusão da referida sentença de 24 de novembro de 2010 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil”⁶¹.

Diante dessa ação, surgiu o desafio relacionado ao cumprimento das determinações firmadas pela Corte Interamericana, motivo pelo qual houve a

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153*. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010, fls. 129. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 17 mar. 2021.

59 *Ibid.*

60 *Ibid.*

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320*. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4574695>. Acesso em: 17 mar. 2021.

rediscussão sobre a aplicabilidade ou não da Lei de Anistia aos agentes acusados de crimes cometidos durante a ditadura militar, não obstante o decorrer de trinta e um anos após a sua promulgação e a confirmação da sua constitucionalidade pelo STF através da ADPF 153⁶².

Nesse sentido, optar pela revogação da referida lei, de acordo com os ensinamentos de Nilo Batista, significa a evidente determinação da violação ao princípio da legalidade, bem como o desrespeito à segurança jurídica e ao Estado Democrático de Direito.

Lutar por essa tese em 1979, como tantos brasileiros fizemos, era compreensível: ainda havia sangue no piso dos porões, lutava-se pela restauração da legalidade democrática. Trinta anos depois, durante os quais a interpretação da lei – tanto nas escassas ocasiões em que foi o Judiciário provocado, quanto na continuada omissão das agências que devem atuar de ofício, como o próprio Ministério Público – invariavelmente reconheceu que a anistia alcançava os torturadores, a luta pela tese, paradoxalmente, ameaça a legalidade democrática. Erávamos em 1979 no calor dos acontecimentos, mas hoje se erra a sangue frio⁶³.

Entretanto, essa é uma discussão que vai além da argumentação enfrentada no presente estudo, uma vez que envolve os diversos posicionamentos que pairam sobre a internalização do direito internacional⁶⁴. Ora, todas as críticas direcionadas aos equívocos da Corte IDH em matéria criminal, ao julgar o caso Gomes Lund e os demais casos semelhantes, não perfazem uma justificativa plausível para o descumprimento do Estado brasileiro diante das determinações sentenciadas e da necessidade de se reconhecer o efeito vinculante da Jurisprudência da Corte⁶⁵.

62 SWENSSON JR., Lauro Joppert. Constitui a anistia obstáculo para a Justiça de Transição brasileira? *Revista Justiça de Transição*: análises comparadas Brasil-Alemanha. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia. p. 178-195, 2015.

63 BATISTA, Nilo. Nota introdutória, *In*: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JR., Lauro Joppert (org.). *Justiça de transição no Brasil*: direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 7-17.

64 A respeito dessa temática, ver: RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos Humanos na ordem internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; e MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFERN, 2015.

65 PAIVA, Caio Cezar; HEEMAN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017. p. 198.

Com base nisso, há de se mencionar o exemplo da Argentina que, diante da também polêmica sentença do Caso Bulacio, mesmo mantendo clara a divergência com relação ao entendimento da Corte Interamericana, não deixou de obedecer às suas determinações. A partir dessa atitude, Caio Paiva e Thimotie Aragon Heemann afirmam que “a Argentina deixa o seguinte recado: discussão de um tribunal internacional pode ser criticada, mas jamais descumprida”⁶⁶. É nesse viés, portanto, que o Brasil poderia agir de forma mais coerente com o seu compromisso internacional de submissão à jurisdição da Corte, firmado a partir da assinatura do Pacto de São José da Costa Rica.

Todavia, há também um posicionamento diverso a esse entendimento, no sentido de que a partir do momento em que a Corte Interamericana especifica os pormenores a respeito da tipificação penal de condutas ofensivas aos direitos humanos, se interfere de forma desproporcional na esfera da soberania dos Estados. De acordo com essa linha de pensamento, em que pese o compromisso de adequar os ordenamentos jurídicos estatais à proteção dos direitos humanos em conformidade com a Convenção Americana, os Estados devem gozar de uma certa margem de liberdade, permitindo a conciliação adequada entre as especificidades locais e as exigências internacionais⁶⁷.

Ante todo o exposto, é possível concluir que o Brasil ainda tem um longo caminho pela frente no que tange ao processo de incorporação da jurisprudência interamericana às outras fontes de direito das quais pode valer-se, sobretudo quando se trata de matéria penal. Tal enfrentamento, por seu turno, deve ser compreendido em conformidade com a sua complexidade, haja vista o envolvimento de diversos direitos e garantias que não podem ser deixados em segundo plano.

Sendo assim, compreende-se que, para além da importância de reconhecer as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a necessidade de garantir sua aplicabilidade no ordenamento jurídico nacional abarca, também, a identificação e a solução dos eventuais conflitos com outros direitos assegurados constitucionalmente. Afinal, conforme dispõe Mariângela Gama de Magalhães Gomes, “quando se trata de matéria penal, cujas graves consequências nas esferas

66 PAIVA, Caio Cezar; HEEMAN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017. p. 198.

67 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e direitos humanos: análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 419.

da liberdade individual são evidentes, não há alternativa senão o respeito aos valores do Estado Democrático de Direito”⁶⁸.

5 CONCLUSÃO

A partir do estudo acerca do estado de arte sobre o tema em análise, é possível inferir que as violações de direitos humanos provocadas durante os regimes autoritários na América Latina fomentaram a construção de uma jurisprudência dotada da finalidade de punir os Estados pelos atos praticados ou pela sua omissão. Assim sendo, o entendimento firmado pela Corte IDH em relação a tais violações durante a ditadura militar envolve a punição criminal dos autores como um direito subjetivo das vítimas, o que se desenvolve em sentido contrário ao processo de racionalização do direito penal, voltado à limitação do *jus puniendi*.

Isto porque, para reagir à criminalidade de Estado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos buscou estabelecer um sistema penal de exceção, sobretudo nos julgamentos de casos cujo foco eram as leis de anistia. Esse comportamento, do ponto de vista da criminologia crítica e do garantismo penal, estabelece precedentes punitivistas, cujos reflexos no Brasil são observados, de maneira mais ampla, no exame, pelo Supremo Tribunal Federal, das Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153 e 320.

Em decorrência da insistente aplicação da Lei de Anistia pelo Estado brasileiro, em contrapartida à determinação sentenciada pela Corte, tem se tornado majoritária e recorrente a crítica segundo a qual o Brasil não passou ainda por uma Justiça de Transição⁶⁹ adequada e satisfatória, em razão da impunidade garantida pela referida lei aos autores da criminalidade estatal. Assim, se fortalece a concepção de que a anistia constitui um obstáculo para a Justiça de Transição brasileira, partindo do pressuposto de que a transição política para a democracia não é completa enquanto não ocorrer a persecução penal aos supostos autores de crimes praticados durante o período de repressão e autoritarismo.

68 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e direitos humanos: análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 416.

69 Entende-se por Justiça de Transição (ou *transitional justice*) um conjunto de mecanismos judiciais ou extrajudiciais utilizados por uma sociedade como um ritual de passagem à ordem democrática após graves violações de direitos humanos por regimes autoritários e ditatoriais, de forma que se assegure o resguardo da justiça e a busca pela reconciliação. PAIVA, Caio Cezar; HEEMAN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017. p. 421.

Tal entendimento é reiterado à medida que a Corte IDH firma sua jurisprudência com relação a tais crimes, determinando que a reparação das vítimas e de seus familiares deve se dar, necessariamente, pela punição criminal dos autores. Essa compreensão, por seu turno, além de não corresponder à função do direito penal, que deve ser visto como a *ultima ratio*, estrutura um sistema incompatível com os valores constitucionais do ordenamento punitivo.

Noutros termos, ainda que o devido estabelecimento das comissões da verdade possa satisfazer de maneira ampla e eficaz o objetivo de garantir às vítimas o conhecimento da verdade sobre os crimes cometidos durante a ditadura, se persiste na cognição equivocada de que o processo penal é um meio idôneo para alcançar a verdade. Não só isso, o que se propõe é a estruturação de um sistema penal de exceção, voltado à aplicação mais rígida da punição criminal aos acusados, a despeito da contraditória violação de princípios fundamentais à garantia dos direitos humanos.

Finalmente, percebe-se que, se levada às últimas consequências, a conclusão de que a Justiça de Transição somente pode ser realizada de forma efetiva mediante a punição criminal dos autores a qualquer custo, conduz o resultado de que há uma simplificação desproporcional da ideia de justiça transicional, que corresponde a um conceito muito mais abrangente e complexo do que a penalização aos autores das violações cometidas mediante regime autoritário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín*. Alicante: Doxa, 2000.

BARATTA, Alessandro. Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal. *Derecho Penal y Criminología*, v. IX, n. 31, 1987.

BATISTA, Nilo. Nota introdutória, *In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antônio; SWENSSON JR., Lauro Joppert (org.). Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*, p. 7-17. São Paulo: Saraiva, 2010.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução à criminologia crítica brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes. Anistia, Inimigo e Judiciário: (im) possibilidades do acordo político no Estado de Exceção. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 64, p. 77-103, 2014.

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

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 6.683/79*. Concede anistia e dá outras providências. Brasília, 28 de agosto de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm. Acesso em: 9 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153*. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF. 29 de abril de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 17 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320*. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4574695>. Acesso em: 17 mar. 2021.

CONDE. Francisco Muñoz. Actuales tendencias del derecho penal: del garantismo al moderno derecho penal revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias. *Programa de Estudos em Criminologia e Ciências Penitenciárias (PROCRIM)*, São Paulo, ano 3, n. 2. 2013.

CONDE, Francisco Muñoz. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 83, 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006, § 150. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos e La Cantuta Vs. Peru*. Sentença de 14 de março de 2001. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentença de 18 de setembro de 2003. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf. Acesso em: 13 abr. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gelman Vs. Uruguai*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 9 abr. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso La Cantuta Vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf. Acesso em: 8 maio 2021.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e direitos humanos: análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Crimes da ditadura militar e o "Caso Araguaia": aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos juízes e tribunais brasileiros*. 4. ed. São Paulo: Revista Anistia, 2012.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015.

PAIVA, Caio Cezar; HEEMAN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017.

PASTOR, Daniel. La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio de los derechos humanos. In: *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas de proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 62, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RINCÓN COVELLI, Tatiana. La verdad histórica: una verdade que se establece y legitima desde el punto de vista de las víctimas. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Bogotá, 2005.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*: história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SEMER, Marcelo. Direito Penal e Direitos Humanos: uma história de paradigmas e paradoxos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 69, 2007.

SILVA JR., Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal*: teoria (constitucional) do processo penal. 2. ed. Natal: OWL, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. As obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos por meio do sistema de justiça criminal e seu impacto no direito penal brasileiro: o caso Gomes Lund vs. Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 108, 2014.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. Problemas criminais da sentença da Corte IDH no caso Gomes Lund: respostas do direito comparado. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, 2011, p. 9. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Suiama_Caso_Gomes_Lund.pdf. Acesso em: 13 abr. 2021.

SWENSSON JR., Lauro Joppert. Constitui a anistia obstáculo para a Justiça de Transição brasileira? *Revista Justiça de Transição*: análises comparadas Brasil-Alemanha, p. 178-195, 2015. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia.

VIGANÒ, Francesco. L'arbitrio del non purine. Sugli obblighi di tutela penale del diritti fondamentali. *Studi in onore di Mario Romano*, IV. Napoli: Jovene, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La irretroactividade de la ley penal: retroactividad de leyes penales más gravosas? *Revista de Derecho Penal*, Santa Fé de Bogotá, n. 3. 1997.

A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos frente aos casos de violação de direitos das crianças em situação de privação de liberdade

Marina Ubarana Marinho¹

1 INTRODUÇÃO

Por ser considerado um estágio em que se dá o desenvolvimento da pessoa humana, a infância é uma etapa da vida que carece atenção e assistência redobradas. Tal amadurecimento é marcado por decisões biológicas, sociais e psicológicas para toda a vida, mostrando, portanto, incapacidade de tomada de certas decisões e necessidade de cuidado especial para possibilitar o desenvolvimento saudável.

Pautado nessa necessidade de proteção, desde 1924, através da Declaração de Genebra, o âmbito internacional discute e busca os meios para normatizar internacionalmente as questões relacionadas especificamente às crianças². Em resultado desse esforço, além da Declaração de Genebra, outros instrumentos especiais de níveis globais e regionais sobre a matéria foram consolidados, tais quais o Instituto Interamericano da Criança (1927), o Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF (1946), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Declaração dos Direitos da Criança (1959), a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças (1989) e a Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH (1969).

Sabendo que a observância das crianças *per si* é um esforço necessário, tratar das crianças em situação de privação de liberdade é algo ainda mais delicado,

1 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

2 Será utilizada a expressão “criança” para significar todas as pessoas até dezoito anos incompletos, conforme dispõe o texto do art. 1º da Convenção sobre Direitos da Criança de 1989.

uma vez que a institucionalização, por vezes, dificulta a garantia de muitos direitos. Portanto, a fim de delimitar o estudo destas crianças em um recorte apropriado, a presente pesquisa abordará a institucionalização de crianças em conflito com a lei dentro do ambiente interamericano, justamente porque este grupo de países possui culturas similares e desafios em comum, não diferentemente quanto a este assunto.

Para a análise da temática, o artigo será pautado na busca dos principais estândares interamericanos em matéria de direitos humanos das crianças privadas de liberdade. Para tanto, será apreciada a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) frente à problemática da efetiva garantia dos direitos desse grupo vulnerável, a fim de que possam ser traçados os direitos que vêm sendo negligenciados às crianças envolvidas com os sistemas de responsabilidade penal juvenil e de que forma a Corte se posiciona para tentar garanti-los.

Com vistas ao alcance desse objetivo, serão identificados, inicialmente, os postulados da CADH que se apliquem ao recorte estudado para, posteriormente, expandir para outros pressupostos de pactos internacionais que a Corte Interamericana observa em suas consultas, sentenças e tutelas. Em sequência, com a intenção de observar a aplicação destes postulados, será analisada a jurisprudência da Corte Interamericana sobre crianças privadas de liberdade para que, por fim, possam ser apontados os estândares estabelecidos pela Corte IDH nestes tipos de caso.

Com o intuito de que os objetivos acima descritos sejam alcançados, serão estudadas as disposições dos tratados e outras normativas internacionais pertinentes à matéria e a jurisprudência da Corte. O lapso temporal das nove manifestações da Corte abordadas será entre 02 de setembro de 2004 e 27 de agosto de 2014, sendo o critério para escolha destas a sua disposição no “Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 9” emitido pela Corte IDH, o qual selecionou os casos ali versados de acordo com sua relevância mediante a matéria de privação de liberdade.

Ademais, para a construção do pensamento crítico sobre a temática, será travado um diálogo acadêmico com a doutrina, através dos manuais de Direitos Humanos Internacional de Valério Mazzuoli e André de Carvalho Ramos, e com estudos científicos já produzidos por acadêmicos da área.

A atualidade e pertinência do tema proposto podem ser constatadas a partir do significativo número de crianças detidas em centros socioeducativos nos países interamericanos. A exemplo do Brasil – país que aceitou a jurisdição

da Corte IDH –, ainda que a transparência dos dados do sistema socioeducativo seja uma problemática nacional, pesquisas mostram que existem 8.086 crianças em cumprimento de internação por tempo indeterminado em instituições socioeducativas e 16.161 vagas, o que causa um déficit de quase duas mil vagas, somatizando uma superlotação de 11,91%³. No mesmo sentido, comprovadamente, a Bolívia, Panamá, Uruguai e Chile enfrentam a superlotação de instituições de detenção de jovens⁴, o que identifica uma cultura de encarceramento de crianças.

Espera-se que, com o presente artigo, haja uma contribuição para o estudo do tema ao correlacionar as mais diversas normas garantistas no âmbito interamericano com suas aplicações no plano da Corte. Portanto, é através desse viés que se pretende facilitar a visualização de um panorama acerca da temática, evidenciando os direitos que vêm sendo negligenciados e a forma que a Corte propõe para a solução da problemática.

2 O DIREITO INTERAMERICANO DOS DIREITOS HUMANOS DAS CRIANÇAS PRIVADAS DE LIBERDADE

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH) faz parte da Organização dos Estados Americanos (OEA) e possui um papel fundamental no resguardo dos Direitos Humanos nas Américas. Isto porque, por ser um sistema regional de proteção com especificidade dos direitos humanos, tem em vista as peculiaridades históricas e culturais continentais⁵. Este Sistema teve início em 1948, e possui como normativa fundamental a CADH, a qual foi assinada em 1969 e entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978, após ter obtido o mínimo de 11 ratificações.

Ademais, “o SIPDH instituiu dois órgãos para investigar as denúncias de violação dos direitos humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte IDH”⁶. Sobre esse primeiro, ainda que se trate de um único órgão,

3 CNMP. *Panorama da execução dos programas socioeducativos de semiliberdade e internação nos Estados brasileiros e no Distrito Federal*. Brasília: Comissão da Infância e da Juventude, 2019. p. 25.

4 PALUMMO, J. *Justicia Penal Juvenil: situación y perspectivas en América Latina y el Caribe*. UNICEF *Oficina Regional para América Latina y el Caribe*. Panamá, 2014. p. 77.

5 ASSIS, P. T. R de; OBREGÓN, M. F. Q. A Importância dos Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos para a Internacionalização do Direito. *Derecho y Cambio Social*. 2017. p. 11.

6 GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Sistema Interamericano de Proteção. *Justiça e cidadania*. Disponível em: <https://justica.sp.gov.br/index.php/observatorios/direitos-humanos/sistema-interamericano-de-protacao/>. Acesso em: 9 maio 2021.

pode-se dizer que nele há um duplo tratamento normativo – um concernente à Carta da OEA e outro perante a CADH. Instaurada em 1960, esta Comissão possui como principais atribuições (previstas nos artigos 41 a 44 da CADH) a observância e defesa aos direitos humanos, a realização de recomendações aos países signatários, a preparação de estudos sobre a efetiva aplicação da Convenção, a submissão de relatórios anuais à Assembléia Geral da OEA e o exame das comunicações de denúncias de violação de direitos consagrados⁷.

Em sequência, tratando mais especificamente sobre a Corte – a qual será o ponto de partida deste estudo –, de acordo com artigo primeiro de seu Estatuto⁸, o seu objetivo é a aplicação e a interpretação da CADH. Conforme Mazzuoli⁹, a Corte efetiva seu propósito através da resolução de casos de violação de direitos humanos perpetrados pelos Estados-partes da OEA e que tenham ratificado a Convenção Americana.

Portanto, analisando a CADH, esta ressalta em seu preâmbulo que os direitos essenciais da pessoa humana derivam da sua condição humana e que, por esta posição de perpassar a nacionalidade, deve haver a proteção internacional coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados. Como bem se posiciona André de Carvalho Ramos¹⁰ sobre a reflexão da temática, “o ideal do ser humano livre do temor e da miséria só pode ser realizado se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar não só dos seus direitos civis e políticos, mas também dos seus direitos econômicos, sociais e culturais”.

Baseada nessa proteção, a CADH traz importantes direitos relacionados à dignidade da pessoa humana¹¹, dentre eles o direito à vida (artigo 4º) – no sentido

7 GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Sistema Interamericano de Proteção. *Justiça e cidadania*. Disponível em: <https://justica.sp.gov.br/index.php/observatorios/direitos-humanos/sistema-interamericano-de-protecao/>. Acesso em: 9 maio 2021.

8 [Estatuto da Corte IDH]. Artigo 1 – A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Corte exerce suas funções em conformidade com as disposições da citada Convenção e deste Estatuto.

9 MAZZUOLI, V. O. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014. p. 91

10 RAMOS, A. C. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 355.

11 Segundo Bichara e Paiva, a dignidade da pessoa humana pode ser conceituada como “como a garantia essencial de proteção e respeito ao ser humano, em seus aspectos físico, psíquico e social, tanto com relação ao Estado, como em relação aos particulares. [...] o ser humano deve ser inviolável em sua dignidade corporal, não podendo o seu corpo ser vítima de maus-tratos; em seu aspecto psíquico, envolve um não fazer, para salvaguardar o indivíduo de qualquer instrumento de pressão ou tortura

de que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida, o qual deve ser protegido por lei –, o direito à integridade pessoal (artigo 5º) – estabelecendo que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral” –, o direito à liberdade e segurança pessoais (artigo 7º) – o qual resguarda que ninguém poderá ser privado de sua liberdade física, a não ser quando observadas as causas e as condições previamente fixadas pelas Constituições dos Estados ou pelas leis conformes com elas¹² –, o direito à proteção da honra e da dignidade (artigo 11), o direito à igualdade perante a lei (artigo 24) e o direito à proteção judicial (artigo 25).

Afunilando as garantias previstas na Convenção ao espectro das crianças, pode-se citar o artigo 19 deste dispositivo, onde estão previstos estritamente os direitos das crianças, de forma a esclarecer que “Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”. Além disso, ainda tratando do artigo 5 supracitado, o qual diz respeito ao direito à integridade pessoal, é determinado que “Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento”.

Para além da CADH, há outros esforços no âmbito interamericano sobre a matéria de crianças em privação de liberdade. Em exemplo, com o intuito de proteger os adultos e menores de idade contra qualquer forma de detenção, prisão, institucionalização ou custódia, seja por razões de assistência humanitária, tratamento, tutela ou proteção, seja por crimes e infrações à lei, a Comissão Interamericana elaborou os Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas¹³.

Sobre tais princípios, em abordagem analítica sobre a matéria das crianças privadas de liberdade, pode-se dizer que importantes tópicos foram tratados sobre essa parcela, tais quais: a caracterização da utilização da privação de liberdade como último recurso, pelo período mínimo necessário e limitada a

psicológica, e por fim, em seu aspecto social, exige-se do Estado certas prestações positivas, de modo a garantir o mínimo existencial à vida dos indivíduos, como, por exemplo, o direito à saúde, moradia, alimentação e à educação”. PAIVA, Uliana Lemos de; BICHARA, Jahyr-Philippe. A violação do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema penitenciário pátrio e a possibilidade de responsabilização interna e internacional do estado brasileiro. *Rev. Constituição e Garantia de Direitos*. v. 45, n. 1, 2011. p. 6-7.

12 RAMOS, A. C. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 5. ed. p. 305.

13 Adotados pela CIDH durante o 131º período ordinário de sessões, celebrado de 3 a 14 de março de 2008.

casos excepcionais (princípio III.1); a inclusão das crianças no rol das pessoas que merecem tratamento especial de saúde (princípio X); a necessidade de alojamentos adequados às particularidades das crianças (princípio XII.1); a observância às normativas nacionais e internacionais referentes ao trabalho infantil, a fim de evitar a exploração do trabalho e assegurar o interesse superior da infância (princípio XIV); e a proibição das medidas de isolamento para crianças (princípio XXII.3).

Em acréscimo, deve ser levada em consideração a característica primordial dos sistemas de proteção típica da modernidade jurídica, que é a capacidade de extrair valores e compatibilizar ideias provenientes de fontes de produção diferentes, com o fim de reuni-los em prol da salvaguarda da pessoa humana¹⁴. Por este motivo, faz-se necessário, também, trazer à cena algumas outras normas internacionais que a Corte IDH utiliza para justificar seus pronunciamentos. Dentre eles, são de grande relevância as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (1985), a Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989) e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (1990).

Sobre as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, também conhecidas como “Regras de Beijing”, adotadas pela Resolução 40/33 da Assembléia Geral da ONU em 1985, pode-se dizer que foi o primeiro documento internacional que detalhou compreensivamente as normas para a administração da justiça juvenil com vistas aos direitos dessas pessoas¹⁵. Sobre o disposto ao longo das regras, coloca Barbosa¹⁶ que:

Estas estendem aos menores de idade garantias processuais tradicionalmente asseguradas aos maiores de idade. Este texto internacional apresenta uma estrutura dentro da qual o sistema nacional de justiça juvenil deve operar, bem como um modelo para os Estados de uma resposta justa e humana aos jovens que podem ter infringido a lei. O documento prega também o desenvolvimento da especialização e da profissionalização da justiça da infância e da juventude, assim como o recurso preferencial a procedimentos extrajudiciais

14 MAZZUOLI, V. O. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 46.

15 BARBOSA, J. B. C. *Influência e aplicabilidade das normas de direito internacional na realidade dos jovens em conflito com a lei*. Dissertação de Mestrado em Direito. Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2008. p. 34.

16 *Ibid.* p. 35.

e a medidas educativas alternativas à privação de liberdade. Em outras palavras, a privação de liberdade de um menor deve ser limitada a casos excepcionais, por ser uma medida de último recurso e pelo período mínimo necessário. Além disso, a duração da sanção deve ser determinada por uma autoridade judicial, sem descartar a possibilidade de uma libertação antecipada.

Entretanto, tais Regras são meramente sugestivas, portanto, não obrigatórias. Nesse sentido, com vistas à seriedade e necessidade de sua aplicação, muitas delas serão posteriormente incluídas na Convenção sobre os Direitos da Criança.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989 e representa o mínimo que toda a sociedade deve garantir às suas crianças. Em especial, trouxe inovações por abordar “os mecanismos necessários à fiscalização do cumprimento de suas disposições e obrigações concernentes à sua infância¹⁷”. Ademais, importante acrescentar que tal Convenção fez com que a criança deixasse de ser tratada apenas como um objeto de tutela, passando a ser enxergada, portanto, como um sujeito detentor de interesses e direitos a serem protegidos¹⁸.

No que tange às normativas trazidas pela Convenção referentes às crianças em privação de liberdade, devem ser ressaltados os artigos 37, 39 e 40 desse texto legal. Respectivamente, o primeiro trata da proteção estatal às crianças, de forma que tais sujeitos devem ser resguardados de tortura ou qualquer tratamento indigno ou degradante, além de ressaltar que a privação de liberdade deve ser utilizado como último recurso, pelo menor tempo possível e mediante assistência integral¹⁹.

Já o segundo artigo supracitado, o qual atinge para além dos jovens em conflito com a lei, trata da necessidade da promoção da recuperação e reintegração

17 PEREIRA, T. S. *O princípio do “melhor interesse da criança”*: da teoria à prática. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/tania-da-silva-pereira-o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca.pdf>. Acesso em: 21 maio 2021. p. 1.

18 BARBOSA, J. B. C. *Influência e aplicabilidade das normas de direito internacional na realidade dos jovens em conflito com a lei*. Dissertação de Mestrado em Direito. Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2008. p. 41.

19 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os direitos da criança*. 20 nov. de 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 19 fev. 2021. Artigo 37

social de toda criança exposta a situações degradantes²⁰. Por fim, no que se refere a aquele último artigo, são abordados os princípios básicos que devem ser adotados pelo sistema de justiça criminal juvenil: o resguardo dos direitos desses jovens; o estímulo à reintegração e desempenho construtivo na sociedade; assistência estatal, da família e da sociedade; criação de um sistema de apoio a esses jovens; e a necessidade de disponibilização pelo Estado de medidas alternativas à privação de liberdade²¹.

Por fim, no que tange as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, estas surgiram mediante a preocupação acerca da vulnerabilidade dos jovens detentos aos maus-tratos, à vitimização e a violação de seus direitos. A fim de solucionar tal problemática e diferenciar os sistemas de justiça penal juvenil e para adultos, as regras dispõem as regras mínimas aceitáveis pelas Nações Unidas para a proteção desses jovens²².

Promulgadas pelo VIII Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e do Tratamento do Delinquente e adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990²³, as mencionadas Regras, em resumo, tratam de trazer preceitos já estabelecidos pelas duas normativas citadas anteriormente: as Regras de Beijing e a Convenção Internacional. Dessa forma, as 82 regras tratam de preconizar a questão da prisão de jovens como *ultima ratio*, além de frisar a questão da caracterização da detenção como medida que tem por finalidade a ressocialização, diferenciando-se do caráter retributivo²⁴ que as penas aos adultos carregam.

20 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os direitos da criança. 20 nov. de 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 19 fev. 2021. Artigo 39.

21 *Ibid.* Artigo 40.

22 BARBOSA, J. B. C. *Influência e aplicabilidade das normas de direito internacional na realidade dos jovens em conflito com a lei*. Dissertação de Mestrado em Direito. Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2008. p. 43.

23 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex46.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

24 “A pena exerce [...] a função retributiva [...] de que a finalidade da pena é o restabelecimento da ordem violada pelo delito, na medida em que a pena deve ser proporcional ao crime cometido”. MELO, F. B. C. A função retributiva da pena privativa de liberdade. *Jornal Breve Notas*, Associação Goiana do Ministério Público. 2008. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/7/docs/artigo_a_funcao_retributiva_da_pena_privativa_de_liberdade.pdf. Acesso em: 21 mai. 2021. p. 1.

Conforme exposto, vê-se que a vulnerabilidade de crianças, em especial das institucionalizadas em centros de detenção, e suas formas de proteção são reiteradamente objeto de análise e normatização no âmbito internacional, principalmente pela CADH. Por conseguinte, a fim de observar de que forma tais normativas são resguardadas pela Corte IDH, será analisado parte dos casos concernentes à matéria.

3 MANIFESTAÇÕES DA CORTE IDH EM MATÉRIA DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE DE CRIANÇAS

O mérito em adentrar a análise para além do âmbito normativo está nos parâmetros da construção de instrumentos para a efetiva proteção e prevenção de violação aos direitos da criança evidenciados pelos posicionamentos da Corte IDH, notoriamente no âmbito da proteção das crianças em situação de privação de liberdade²⁵. Conforme colocou Cançado Trindade²⁶ enquanto juiz da Corte IDH:

[...] o ser humano, ainda nas condições mais adversas, irrompe como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade jurídico-processual internacional. O direito de acesso do indivíduo à justiça internacional se cristaliza, desse modo, na jurisprudência da Corte Interamericana.

À vista disso, pode-se dizer que a jurisdição da Corte IDH é um meio da efetivação da justiça, sendo esta pautada no resguardo dos direitos internacionalmente previstos. Nesse sentido, entendendo a importância desta Corte IDH, necessária para esta análise é destacar o seu funcionamento.

Nessa sequência, o Pacto San José da Costa Rica instituiu a Corte IDH como órgão jurisdicional pertencente ao sistema interamericano e, conforme dito anteriormente, esta instituição judicial autônoma²⁷, primordialmente, possui o

25 CRUZ, E. C. *A vulnerabilidade de crianças na jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos*: Análise de Casos e de Formas de Incorporação no Direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 108, n. 999, jan. 2019. p. 71

26 OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Instituto De Reeducação Do Menor” Vs. Paraguai. 02 de setembro de 2004. p. 147. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_por.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.

27 CORTEZ, L. M. S.; MOREIRA, T. O. A tutela dos direitos humanos dos migrantes pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Cadernos de Direito Actual*, n. 8, 2017, p. 446

objetivo de aplicar e interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dispondo das funções contenciosa, consultiva e de outorgar medidas provisórias.

Essa primeira função pode ser destacada pela possibilidade de resolução de casos por intermédio de sentença e, caso necessário, sua respectiva supervisão. Ademais, segundo o artigo 67 do Pacto de San José da Costa Rica (1969)²⁸, tais sentenças proferidas são definitivas e inapeláveis.²⁹ Nesse sentido, cabe apontar que a Corte não relata casos e não faz qualquer tipo de recomendação no exercício de sua competência contenciosa.

Já a segunda função possibilita aos Estados membros da Organização dos Estados Americanos a consulta sobre a interpretação da Convenção Americana ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nestes Estados³⁰. Por fim, a função de outorgar medidas provisórias só é utilizada em casos de extrema gravidade e urgência em que possa ser evitado danos irreparáveis às pessoas nos assuntos que for competente³¹³².

Sobre a escolha da jurisprudência, como destacado na introdução deste estudo, será utilizado o “Cuadernillo de jurisprudencia actualizada al año 2020 dedicado a la situación de las personas privadas de libertad en la jurisprudencia interamericana” publicado pela Corte IDH. Seu critério para escolha de casos são as atuações da Corte mais relevantes, em que as obrigações do Estado e os

28 Artigo 67 – A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

29 MAZZUOLI, V. O. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 92.

30 Art. 64 (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS): 1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

31 Art. 63 (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS): 2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

32 FIGUEIREDO, B.F.; SOUZA, A.T. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao sistema socioeducativo brasileiro*. A visão no Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro, 2018. v. 3. p. 15.

alcances e restrições de direitos são mais significativos³³. Dessa forma, o artigo trará estas atuações como forma de traçar o panorama interamericano das crianças em situação de privação de liberdade mediante os casos que a própria Corte considera como expressivos. Portanto, a escolha dos casos narrados não aborda a totalidade de ocorrências do tema dentro da Corte, mas busca um panorama amplo e relevante sobre a matéria.

3.1 JURISPRUDÊNCIA DA JURISDIÇÃO CONSULTIVA

Sobre a jurisprudência referente à jurisdição consultiva da Corte IDH, o *Cuadernillo* utilizado como referência trouxe apenas o caso referente aos “derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”. Em 19 de agosto de 2014, foi proferida pela Corte IDH uma opinião consultiva solicitada pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai a respeito de crianças migrantes³⁴. Como bem resume Moreira³⁵, os questionamentos realizados podem ser delimitados da seguinte forma:

Observa-se que as perguntas feitas pelos Estados apontam para 3 grandes núcleos temáticos: a) a situação das crianças migrantes em geral; b) a (im)possibilidade de privação de liberdade das crianças em situação migratória irregular; e c) as medidas de proteção internacional que podem ser requeridas por esse grupo vulnerável.

33 “[...] se han extractado los párrafos *más relevantes* de los casos contenciosos, opiniones consultivas y medidas provisionales en los que la Corte IDH ha tratado esta temática, con especial *énfasis* en sus pronunciamientos en torno al contenido y alcance de los derechos, las obligaciones del Estado y las restricciones a los derechos.” CORTE IDH. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, n. 9: Personas Privadas de Libertad. San José, C.R.: Corte IDH, 2020. p. 3.

34 Foi solicitado por esses países a determinação “con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas posibles de ser adoptadas respecto de niñas y niños, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de [los] Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”. *Ibid.* p. 33.

35 MOREIRA, T. O. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 339.

No que tange o segundo questionamento, o qual é pertinente à análise deste estudo, a dúvida partiu de duas premissas fundadas no Direito Internacional dos Direitos Humanos e acolhidas pela jurisprudência da Corte: o princípio de *ultima ratio* da privação de liberdade de crianças e a exigência de motivar a necessidade de recorrer a medidas privativas de liberdade de caráter cautelar por infrações à lei migratória, como medida excepcional³⁶.

Em seu posicionamento, a Corte emitiu o Parecer Consultivo supracitado, no qual, sobre a matéria em questão, estabeleceu que os Estados possuem a obrigação de garantir a todas as crianças migrantes em restrição de liberdade o direito de defesa por representação legal estadual.

Ademais, frisou que as infrações relacionadas com o ingresso ou permanência em um país não podem, sob nenhuma hipótese, ter consequências iguais ou similares àquelas que derivam do cometimento de um delito, de forma que aquela caracterizaria-se completamente arbitrária por ser contrária a CADH³⁷. Nesse sentido, a critério da Corte, os Estados não podem recorrer à privação de liberdade de crianças que se encontram com seus progenitores, e, estando a criança sozinha ou separada de sua família, devem dispor de alternativas menos lesivas que, ao mesmo tempo, protejam de forma prioritária e integral os direitos da criança.

3.2 JURISPRUDÊNCIA DA JURISDIÇÃO CONTENCIOSA

Pertinente à jurisdição contenciosa, o *Cuadernillo* referencial traz três sentenças emitidas pela Corte IDH, as quais são referentes, cronologicamente, aos casos “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguai; Mendoza e outros Vs. Argentina; e Hermanos Landaeta Mejías e outros Vs. Venezuela. Em cada caso serão observados os direitos violados e as recomendações da Corte aos Estados.

3.2.1 Caso Instituto de Reeducação do Menor Vs. Paraguai

O caso Instituto de Reeducação do Menor Vs. Paraguai foi apresentado à Corte IDH no ano de 2002, o qual teve a apreciação perante a esta Corte devido a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, motivada pela

36 OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Parecer Consultivo OC-21/14*. 19 de agosto de 2014. p. 7. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_por.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

37 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 340.

suposta violação de uma série de dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesse caso, o Instituto de *Reeducación del Menor* “Coronel Panchito López” foi a instituição paraguaia responsável pela internação de menores infratores motivadora das denúncias que divulgou a manutenção dos menores internos em condições inadequadas para qualquer parâmetro internacional: havia superlotação, superpopulação, insalubridade, falta de infraestrutura adequada e guardas penitenciários em quantidade insuficiente e incapacitados para trabalhar com jovens menores de dezoito anos. A insalubridade era tão grave que chegaram a ocorrer três incêndios no Instituto, os quais levaram diretamente à morte nove garotos, além de um deles ter sido vítima de arma de fogo e outros terem ficado gravemente feridos³⁸.

Logo, em sentença emitida pela Corte em 02 de setembro de 2004, fora atribuído ao Estado do Paraguai a infringência aos artigos 4 (direito à vida) e 5 (direito à integridade pessoal), relacionando-os com o artigo 1 (obrigação de respeitar os direitos), e igual violação aos artigos 7 (liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 19 (direitos das crianças) e 25 (proteção judicial)³⁹, todos da CADH.

Ademais, a Corte dispôs em sua sentença as formas de reparação que o Estado paraguaio precisaria adotar. Dentre elas, foi imposta a necessidade do Estado dispor de tratamento psicológico às vítimas e seus familiares, além de oferecer assistência vocacional, bem como um programa de educação especial, destinado aos ex-internos do Instituto. Em acréscimo, fora também imposto ao Estado o pagamento de indenização às vítimas e suas famílias⁴⁰.

38 FERRAZ, H. G.; MARCOLINO, D. S. *O caso Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai da Corte IDH (2002): o dever do Estado de garantir a vida digna a crianças privadas de liberdade*. 2018. Disponível em: <https://nidh.com.br/o-caso-instituto-de-reeducacao-do-menor-vs-paraguai-da-corte-idh-2002-o-dever-do-estado-de-garantir-a-vida-digna-a-criancas-privadas-de-liberdade/>. Acesso em: 24 fev. 2021.

39 CORTE IDH. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Personas privadas de libertad*. n. 9. San José, C.R.: Corte IDH, 2020. p. 25-27.

40 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso “Instituto De Reeducação Do Menor” Vs. Paraguai*. 02 de setembro de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_por.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.

3.2.2 Caso Mendoza e outros Vs. Argentina

Partindo para análise do caso Mendoza e outros Vs. Argentina, inicialmente, cabe narrar brevemente sobre os fatos ocorridos. Essa ocorrência trata do evento em que cinco crianças argentinas foram condenadas à pena perpétua com base na lei nacional argentina. Em 14 de maio de 2013, a Corte IDH emitiu uma sentença a qual declarou a República Argentina responsável por violações de direitos humanos ao impor penas de privação de liberdade perpétua para cinco pessoas por delitos cometidos em sua infância.

Nesse sentido, o Estado Argentino foi declarado culpado porque não possibilitou o devido processo legal a estas crianças⁴¹ (infringência aos artigos 8.1 e 25.1 da CADH), foi negligente ao não oferecer cuidados médicos adequados a um dos lesados (infringência aos artigos 5.1 e 5.2 e 19 da CADH), cometeu atos de tortura (infringência aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985) e não investigou adequadamente a morte de uma das crianças que veio a falecer enquanto estava sob custódia do Estado (infringência ao artigo 4 da CADH)⁴².

Por fim, as reparações delegadas ao Estado como medidas de reabilitação implicaram na necessidade de o Estado dispor gratuitamente às vítimas atendimento de saúde médico e psicológico e opções de formação educacional; na propagação da sentença como garantia de não repetição dos ilícitos; na imposição de ajustar o arcabouço jurídico aos padrões internacionais; na criação de políticas públicas que auxiliem na prevenção de delinquência juvenil; e no pagamento dos valores fixados na sentença.

3.2.3 Caso Hermanos Landaeta Mejías e outros Vs. Venezuela

Já o caso Hermanos Landaeta Mejías e outros Vs. Venezuela trata da execução extralegal de dois irmãos de 18 e 17 anos de idade e prévia privação de liberdade ilegal por funcionários do Corpo de Segurança e Ordem Pública (CSOP) do Estado de Aragua, Venezuela. Tais execuções, anteriormente à atuação da Corte,

41 “[...] declaró al Estado responsable internacionalmente porque los *códigos* procesales penales aplicados en los casos de dichas personas no permitían una revisión amplia de sus juicios por un juez o tribunal superior.” ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Mendoza Y Otros Vs. Argentina*. 14 de maio de 2013. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_260_esp.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

42 *Ibid.*

foram impunes pelo Estado, uma vez que, no caso de um dos irmãos, o processo penal contra as autoridades havia sido arquivado, enquanto no caso do outro irmão, passados 16 anos de sua morte à época da sentença, o processo penal ainda se encontrava em andamento⁴³.

Sobre o caso, a Corte IDH emitiu sentença no dia 27 de agosto de 2014, na qual declarou que o Estado da Venezuela infringiu os artigos 7.1, 7.2, 7.3, 7.4 e 7.5 da CADH ao deter ilegalmente⁴⁴ uma das vítimas; o artigo 4 da CADH ao executar as crianças; e os artigos 5.1 e 5.2 da mesma Convenção por possível tortura, acusadas pelo relatório de autópsia, realizada nas vítimas. Todas as violações foram ligadas ao artigo 19 da Convenção, por terem sido relacionadas a crianças e, segundo a Corte, “[...] qualquer caso que envolva um menor de idade deve ser analisado de forma transversal⁴⁵”.

Mediante as violações, o Estado da Venezuela foi obrigado a reparar a parte lesada com indenização compensatória, além de obter a obrigação de investigar os fatos que geraram as violações e de identificar, de julgar, e, no caso, de sancionar os responsáveis. Medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição também foram adotadas conjuntamente à obrigação de adequação de norma sobre a detenção em casos de menores de idade⁴⁶.

3.3 JURISPRUDÊNCIA DA TUTELA DE URGÊNCIA

Como exemplo de tutela de urgência, o *Cuadernillo* utilizado como base na pesquisa listou cinco posicionamentos da Corte referentes a situações de crianças

43 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e Outros Vs. Venezuela*. 27 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/83012ab911083d3d26f7b00211847736.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

44 “[...] a detenção de Eduardo Landaeta foi ilegal e arbitrária, já que foi efetuada sem ordem judicial e sem caracterizar situação de flagrante, tal como exigia a legislação interna. Ademais, foi detido sem que seus pais fossem informados de imediato sobre a detenção e seus motivos, e sem que tenha sido apresentado diante autoridade competente para efetuar o respectivo controle judicial. Ainda, a Comissão assinalou que não recebeu informação sobre notificação a um defensor público. A detenção durou dois dias sem ser submetida a controle judicial, infringindo a garantia do “controle judicial sem demora”. *Ibid.*

45 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e Outros Vs. Venezuela*. 27 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/83012ab911083d3d26f7b00211847736.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

46 *Ibid.*.

privadas de liberdade. A divisão neste artigo de tais tutelas que o *Cuadernillo* aborda será realizada mediante os casos a que elas dizem respeito, visto que três dos posicionamentos são concernentes ao Assunto de Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no “Complexo Tatuapé” da FEBEM em relação ao Brasil, e os outros dois ao Assunto da Unidade de Internação Socioeducativa em relação ao Brasil.

3.3.1 Assunto de Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no “Complexo Tatuapé” da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (Febem) em relação ao Brasil

Em dezembro de 2004, a CIDH determinou medidas cautelares em relação aos adolescentes do Complexo Tatuapé da Febem, acolhendo as denúncias de que havia risco iminente de danos irreparáveis aos internos. Mediante o descumprimento das medidas, o caso foi encaminhado à Corte IDH⁴⁷.

No presente caso, o requerimento de medidas provisórias deu-se em razão do risco iminente de dano irreparável aos internos, o qual decorria dos relatos frequentes de ameaças, agressões físicas, alegações de tortura e motins, sem que houvesse medidas eficazes para remediar a situação⁴⁸. Portanto, nesta ocorrência, em 30 de novembro de 2005, os fatos em que se fundamentaram a petição das medidas provisórias foram o risco e vulnerabilidade em que se encontravam a vida e a integridade física das crianças privadas de liberdade nesta instituição. Portanto, foi determinado que “el Estado debe adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para evitar en forma eficiente y definitiva la violencia en el Complejo do Tatuapé [...]”⁴⁹.

Ainda na mesma audiência pública, a Corte IDH reiterou as medidas provisórias anteriormente outorgadas pela CADH⁵⁰ e acrescentou diretrizes mais

47 REPÓRTER BRASIL. *Denúncia é levada à Corte de Direitos Humanos da OEA*. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2005/11/denuncia-e-levada-a-corte-de-direitos-humanos-da-oea/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

48 FIGUEIREDO, B.F.; SOUZA, A.T. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao sistema socioeducativo brasileiro*. A visão no ministério público sobre o sistema prisional brasileiro. 2018. v. 3. p. 17.

49 CORTE IDH. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: personas privadas de libertad*. n. 9. San José, C.R.: Corte IDH, 2020. p. 28.

50 “As medidas cautelares determinadas pela Comissão tinham, primordialmente, o escopo de garantir que o Estado: a) protegesse eficazmente a vida e a integridade pessoal de todos os adolescentes internos na Febem Tatuapé; b) impedisse que os internos fossem submetidos a tortura ou castigos

específicas ao requerer ao Estado a redução substancial da aglomeração no Complexo do Tatuapé; o confisco das armas que estivessem em poder dos adolescentes; a separação dos internos, conforme os padrões internacionais sobre a matéria; e a prestação de atenção médica aos internos como forma de garantia ao direito à integridade pessoal⁵¹.

As medidas provisórias foram renovadas até o ano de 2008, fazendo parte dessas renovações o posicionamento trazido pelo *Cuadernillo* datado de 04 de julho de 2006. Em 25 de novembro de 2008, a Corte IDH observou o Estado procedeu à desativação paulatina do Complexo de Tatuapé e transferiu os internos para outras unidades que não apresentavam superlotação. Na sequência, as instalações do Complexo de Tatuapé foram completamente destruídas em 16 de outubro de 2007⁵².

3.3.2 Assunto da Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS) em relação ao Brasil

No ano de 2009, a Unis apresentava um cenário de superlotação em que, aproximadamente, a ocupação representava mais que o dobro da sua capacidade. Nesse cenário, ocorreram três mortes violentas de adolescentes praticadas pelos próprios internos, nos sete primeiros meses daquele ano⁵³. Mediante isso, foram solicitadas medidas cautelares à CIDH, as quais foram emitidas. Entretanto, o Estado brasileiro não as cumpriu de forma satisfatória, o que resultou na submissão do caso à Corte IDH, a fim de que fossem solicitadas medidas provisórias efetivas para o resguardo da vida e da integridade pessoal dos adolescentes detidos naquela instituição.

físicos; c) avaliasse a pertinência de desligamento de funcionários envolvidos em atos de violência; e d) adequasse a estrutura física e condições de higiene e segurança do complexo”. FIGUEIREDO, B.F.; SOUZA, A.T. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao sistema socioeducativo brasileiro*. A visão no ministério público sobre o sistema prisional brasileiro. 2018. v. 3. p. 17.

51 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso das crianças e adolescentes privados de liberdade no “Complexo Do Tatuapé” da Febem*. 30 de novembro de 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_02_portugues.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.

52 FIGUEIREDO, B.F.; SOUZA, A.T. *A Corte Interamericana de Derechos Humanos em relação ao sistema socioeducativo brasileiro*. A visão no ministério público sobre o sistema prisional brasileiro. 2018. v. 3. p. 17.

53 *Ibid.* p. 18.

A primeira Resolução da Corte foi emitida em 25 de fevereiro de 2011, a qual requereu ao Estado brasileiro a adoção de todas as medidas necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal dos adolescentes privados de liberdade na Unis, bem como de qualquer pessoa que se encontre em dito estabelecimento. Ademais, requereu também a garantia de um regime disciplinar compatível com as normas internacionais relativas à matéria, além da realização de gestões para que as medidas de proteção à vida e a integridade pessoal sejam planejadas e implementadas com a participação dos representantes dos beneficiários. Ademais, demandou também a prestação de informações a cada dois meses sobre as providências destinadas a cumprir a decisão⁵⁴.

Dispostas no *Cuadernillo*, estão as resoluções datadas de 01 de setembro de 2011 e de 26 de abril de 2012, as quais reiteram o disposto na primeira Resolução. Em especial, acrescentam que:

A Corte reitera que o Estado deve outorgar aos beneficiários a devida proteção à sua integridade pessoal, em conformidade com o ordenado mediante as presentes medidas provisórias, tendo no caso especial atenção em razão de sua condição de crianças⁵⁵. A este respeito, o Tribunal já destacou que nos casos de crianças e adolescentes internados, o Estado “por uma parte, deve assumir sua posição especial de garante com maior cuidado e responsabilidade, e deve tomar medidas especiais orientadas pelo princípio do interesse superior da criança e do adolescente. Outrossim, a proteção da vida da criança e do adolescente requer que o Estado se preocupe particularmente com as circunstâncias da vida que levará enquanto seja mantido privado de liberdade”. Por outra parte, a Corte desenvolveu amplamente as obrigações do Estado sobre a proteção contra maus tratos às pessoas detidas. Em particular, o Tribunal referiu-se à proibição de utilizar maus tratos como métodos para impor disciplina a menores internos. Não obstante, a Corte toma nota que apesar de que o Comitê dos Direitos das Crianças das Nações Unidas não rechaça o conceito positivo de disciplina, em circunstâncias excepcionais o uso da força com o fim de proteção deve reger-

54 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Assunto da unidade de internação socioeducativa*. 25 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativaSe01portugues.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

55 *Ibid.*

se pelo princípio do uso mínimo necessário da força, pelo menor tempo possível e com o devido cuidado para impedir atos de força desnecessários. Portanto, a eliminação de castigos violentos e humilhantes das crianças é uma obrigação imediata e incondicional dos Estados Parte. Em razão do anterior, estão estritamente proibidas todas as medidas disciplinares que constituam um tratamento cruel, desumano ou degradante, incluídos os castigos corporais, a reclusão em isolamento, assim como qualquer outra sanção que possa colocar em perigo a saúde física ou mental do menor⁵⁶.

Nesse sentido, observa-se no primeiro trecho o cuidado especial na proteção do direito à integridade pessoal por ele estar relacionado a uma criança, verificando, portanto, uma proteção ainda mais especial. No trecho subsequente, há um sobrepesamento sobre os limites do uso da força e o posicionamento da Corte sobre o que seria a disciplina: o uso da força com o fim de proteção, regido pelo princípio do uso mínimo necessário da força com todos os cuidados e pelo menor tempo possível.

Por fim, até agora, sobre a Unis existem onze Resoluções. As medidas provisórias seguem sendo renovadas, ainda que já tenham sido reconhecidos avanços pertinentes, tais quais a instalação de equipamento de monitoramento, a capacitação de agentes socioeducativos, a regionalização do atendimento e a adoção de medidas para a implementação do Pacto de Aprimoramento do Atendimento Socioeducativo.

Nessa perspectiva, mediante os casos supracitados, observa-se o posicionamento da Corte IDH, em suas mais diversas competências, sobre a mesma matéria: a privação de liberdade de crianças. Por conseguinte, como analisar o conjunto de tais ocorrências é o cerne deste estudo, a seguir, será explorado o entendimento dos padrões adotados pela Corte através dos estândares interamericanos sobre este assunto.

56 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Assunto da unidade de internação socioeducativa*. 25 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativaSe01portugues.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

4 OS ESTÂNDARES INTERAMERICANOS NOS CASOS DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE DE CRIANÇAS

O estândar, termo não comumente utilizado na língua portuguesa, é advindo do termo *standard* da língua inglesa, ou *estándar* da língua espanhola, que, conforme a Real Academia Española⁵⁷, significaria algo *que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia*. Por conseguinte, em tradução livre para o idioma português, tal termo significaria “padrão”.

Não obstante, para além da análise usual dessa terminologia, confere-se uma denominação específica para o termo em matéria do direito, conforme coloca Ramírez⁵⁸ sobre a Corte Constitucional colombiana:

“En el plano jurídico, y en el de la consideración de los derechos, la Corte Constitucional ha hecho uso de la expresión en diversos momentos y contextos, especialmente en dos eventos: en los relacionados con la determinación de márgenes y parámetros argumentales (como en los casos en los que se exigen estándares a los argumentos de las demandas, o estándares al régimen de las pruebas), y en lo referido a los niveles de protección de los derechos, especialmente de los derechos humanos.”

Nesse viés, a configuração atribuída pelo autor à terminologia pode ser aplicada, também, aos estândares interamericanos. Isto porque o estândar, independentemente da jurisdição, pode ser definido como um parâmetro argumental dentro da proteção de direitos.

Por conseguinte, nos casos de crianças privadas de liberdade abordados anteriormente neste artigo, certos estândares podem ser delimitados sobre a matéria, ou seja, em observância ao resguardo dos direitos humanos dessa parcela social. Dentre eles, em múltiplas ocasiões, a Corte Interamericana destaca o fato do Estado poder regular os direitos e obrigações dessas pessoas pelas circunstâncias de confinamento. O recluso é, portanto, impedido de satisfazer sozinho uma série de necessidades básicas essenciais para o desenvolvimento de uma vida digna. É por

57 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Estándar*. Disponível em: dle.rae.es/est%C3%A1ndar. Acesso em: 21 maio 2021.

58 RAMÍREZ, M. F. Q. *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009. p. 28.

este motivo que a Corte ressalta a existência de uma relação especial de contenção entre a pessoa privada de liberdade e o Estado.

Ademais, importante lembrar que o amplo conjunto de obrigações que se levantaram no âmbito internacional da infância – garantia do direito à vida das crianças e da sua integridade física e psíquica – busca garantir não só a sobrevivência, mas também o desenvolvimento do infante⁵⁹.

Assim, o posicionamento da Corte nestes casos insiste que:

“[...] un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de inter alia, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida⁶⁰.”

Nesse mesmo sentido, defende a Corte que a proteção da vida da criança requer que o Estado se preocupe com as circunstâncias da vida que a criança levará até mesmo enquanto permanecer privada de liberdade, visto que esses direitos não foram extintos ou restringidos devido à sua situação de detenção.

Nesse íterim, observou-se pelos casos citados que não é rara a infringência ao artigo 4 da CADH, o qual resguarda o direito à vida. As condições dos centros detentivos, por vezes, acabam incidindo na morte das crianças assistidas. Frente ao desafio, a Corte, além de determinar o pagamento de indenização às famílias das vítimas, propõe medidas ao Estado de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição do ilícito.

Ademais, outro estândar da Corte frente a esta violação do direito à vida é a determinação de treinamento dos agentes socioeducativos, os quais são, em sua maioria, os responsáveis pela execução extralegal desses jovens.

Adentrando o mérito do direito à integridade pessoal, prevista no artigo 5 da CADH, é importante destacar que a sua infringência é presente em todos os casos analisados neste estudo. Como resposta a esta violação, a Corte majoritariamente impôs a necessidade de o Estado dispor de tratamento psicológico às vítimas e seus familiares. Além disso, indo além da reparação, a Corte entrevistou determinando o

59 SORIANO, R. A. O. *Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*: miradas complementarias desde la academia. n° 8, Ciudad de México: OSIDH, 2018. p. 29.

60 CORTE IDH. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*: personas privadas de libertad. n. 9. San José, C.R.: Corte IDH, 2020. p. 26.

fechamento de centros irregulares ou impondo a adaptação destes para os padrões internacionais, sendo a principal providência a adequação da quantidade de internos à capacidade do local.

Não obstante, é também um princípio básico em matéria de privação de liberdade que nenhuma criança pode ser privada de sua liberdade ilegal ou arbitrariamente. Da mesma forma, a prisão preventiva deve estar sujeita a uma revisão periódica de sua legalidade. Este estândar está diretamente ligado aos artigos 7.1, 7.2, 7.3, 7.4 e 7.5 da CADH, os quais preveem, resumidamente, o direito à liberdade pessoal. Este direito, quando aplicado à detenção e ao encarceramento, precisa ser observado sob a ótica da necessidade de garantia ao devido processo legal.

A Corte Interamericana, ainda, reitera que existiriam medidas menos onerosas do que a privação de liberdade, incluindo estrita supervisão, custódia permanente, cessão a uma família, transferência para uma casa ou instituição de ensino, bem como ordens de cuidados, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade condicional, programas de educação e formação profissional e outras possibilidades alternativas de institucionalização. E, quando realmente necessária a medida restritiva de liberdade, esta deve ser aplicada sempre pelo menor período possível, garantindo que é uma medida de último recurso⁶¹.

Por fim, a Corte afirma que o descumprimento das obrigações impostas se torna ainda mais grave quando as crianças privadas de liberdade vêm de setores marginais da sociedade, pois limita suas possibilidades de efetiva reinserção na sociedade e o desenvolvimento de seus projetos de vida.

5 CONCLUSÃO

Mediante a realização deste estudo, pôde ser observado o empenho do âmbito internacional em normatizar os direitos das crianças e, em específico, das que se encontram em privação de liberdade. As Regras e a Convenção emitidas pela ONU ao longo dos últimos anos foram exemplos desse esforço, o qual prezou, aos jovens em conflito com a lei, a continuidade de tutela de direitos, além de unir esforços para a redução de crianças nessas condições ao declarar a privação de liberdade como última medida. Por conseguinte, foi exposto como o SIPDH seguiu tais esforços, no caso, prezando na CADH direitos na mesma linha de proteção.

61 SORIANO, R. A. O. *Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*: miradas complementarias desde la academia. nº 8, Ciudad de México: OSIDH, 2018. p. 31.

Em sequência, pôde ser analisado nos mais diversos instrumentos de proteção dos direitos humanos garantidos pela Corte IDH – ou seja, na emissão de pareceres consultivos, no proferimento de sentenças e na elaboração de medidas provisórias –, a aplicação das normativas estudadas em casos relativos à violação de garantias às crianças detidas.

Não obstante, tal demonstração foi eficiente para a análise dos estândares adotados pela Corte IDH nos casos de matéria de privação de liberdade de crianças, os quais não só denotam consistência, como demonstram também sua relevância no combate às violações dos direitos desse grupo. Nesse viés, destaca-se a ocorrência de um processo de reconhecimento das obrigações de proteção desses direitos pelos Estados, conforme a atuação da Corte. Entretanto, deve-se, ainda, ter em conta que a efetiva garantia dos direitos das crianças vai além da determinação dos estândares internacionais, uma vez que a real aplicação das determinações confere parte essencial nesse processo.

Por fim, cabe salientar que apesar do presente estudo configurar limitação ao enfrentar apenas o mérito internacional jurídico pertinente ao avanço jurisprudencial da atuação da CIDH, sem conferir a verdadeira aplicação das prerrogativas em cada país, ele cumpre seu objetivo em conferir um panorama atual, pertinente e consolidado acerca da temática ao abordar casos das mais múltiplas nacionalidades e competências da Corte.

REFERÊNCIAS

ASSIS, P. T. R de; OBREGÓN, M. F. Q. A Importância dos Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos para a Internacionalização do Direito. *Derecho y Cambio Social*, 2017. Disponível em: https://www.derechoycambiosocial.com/revista049/A_IMPORTANCIA_DOS_SISTEMAS_REGIONAIS.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

BARBOSA, J. B. C. *Influência e aplicabilidade das normas de direito internacional na realidade dos jovens em conflito com a lei*. Dissertação de Mestrado em Direito. Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2008.

BICHARA, J. P; PAIVA, U. L. A violação do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema penitenciário pátrio e a possibilidade de responsabilização interna e internacional do estado brasileiro. *Rev. constituição e garantia de direitos*, v. 45, n. 1, 2011.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Panorama da execução dos programas socioeducativos de semiliberdade e internação nos Estados brasileiros e no Distrito Federal*. Brasília: Comissão da Infância e da Juventude, 2019, p. 25.

CORTE IDH. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Personas privadas de libertad*. n. 9. San José, C.R.: Corte IDH, 2020.

CORTEZ, L. M. S.; MOREIRA, T. O. A tutela dos direitos humanos dos migrantes pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Cadernos de Direito Actual*, n. 8, n. ordinário, 2016, p. 439-452.

CRUZ, E. C. *A vulnerabilidade de crianças na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Análise de casos e de formas de incorporação no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2019.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. *Convenção sobre os Direitos das Crianças*. 20 de novembro de 1989. Disponível em: <https://www.>

unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca. Acesso em: 19 fev. 2021.

FERRAZ, H. G.; MARCOLINO, D. S. *O caso Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai da Corte IDH (2002): o dever do Estado de garantir a vida digna a crianças privadas de liberdade*. 2018. Disponível em: <https://nidh.com.br/o-caso-instituto-de-reeducacao-do-menor-vs-paraguai-da-corte-idh-2002-o-dever-do-estado-de-garantir-a-vida-digna-a-criancas-privadas-de-liberdade/>. Acesso em: 24 fev. 2021.

FIGUEIREDO, B.F.; SOUZA, A.T. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos em Relação ao Sistema Socioeducativo Brasileiro*. A Visão no Ministério Público Sobre o Sistema Prisional Brasileiro, 2018. v. 3.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Sistema Interamericano de Proteção. *Justiça e Cidadania*. Disponível em: <https://justica.sp.gov.br/index.php/observatorios/direitos-humanos/sistema-interamericano-de-protecao/>. Acesso em: 9 maio 2021.

MAZZUOLI, V. O. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014.

MELO, F. B. C. A função retributiva da pena privativa de liberdade. *Jornal Breve Notas*, Associação Goiana do Ministério Público. 2008. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/porta1web/hp/7/docs/artigo_a_funcao_retributiva_da_pena_privativa_de_liberdade.pdf. Acesso em: 21 maio 2021.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Parecer Consultivo OC-21/14*. 19 de agosto de 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_por.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/u.regulamento.cidh.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Mendoza Y Otros Vs. Argentina*. 14 de maio de 2013. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_260_esp.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso “Instituto De Reeducação Do Menor” Vs. Paraguai*. 02 de setembro de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_por.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Irmãos Landaeta Mejías e Outros Vs. Venezuela*. 27 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/83012ab911083d3d26f7b00211847736.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso das crianças e adolescentes privados de liberdade no “Complexo Do Tatuapé” da Febem*. 30 de novembro de 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_02_portugues.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Assunto da unidade de internação socioeducativa*. 25 de fevereiro de 2011. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_Se_01_portugues.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Assunto da unidade de internação socioeducativa*. 01 de setembro de 2011. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_03_por.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Assunto da unidade de internação socioeducativa*. 26 de abril de 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_04_por.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 9: Personas Privadas de Libertad*. San José, C.R.: Corte IDH, 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre os Direitos Humanos*. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 18 fev. de 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Princípios e boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas*. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/default.asp>. Acesso em: 19 fev. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. 20 nov. de 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 19 fev. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras Mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex46.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

PALUMMO, J. Justicia Penal Juvenil: situación y perspectivas en América Latina y el Caribe. *UNICEF Oficina Regional para América Latina y el Caribe*. Panamá, 2014.

PEREIRA, T. S. *O princípio do “melhor interesse da criança”*: da teoria à prática. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/tania-da-silva-pereira-o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca.pdf>. Acesso em: 21 maio 2021.

RAMÍREZ, M. F. Q. *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

RAMOS, A. C. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Estándar*. Disponível em: dle.rae.es/est%C3%A1ndar. Acesso em: 21 maio 2021.

REPÓRTER BRASIL. *Denúncia é levada à Corte de Direitos Humanos da OEA*. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2005/11/denuncia-e-levada-a-corte-de-direitos-humanos-da-oea/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

SORIANO, R. A. O. *Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia*. nº 8, Ciudad de México: OSIDH, 2018.

PARTE III

**SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS
HUMANOS**

O diálogo entre os Tribunais Constitucionais com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos à luz do protocolo 16 à Convenção Europeia de Direitos Humanos

Túlio Cesar Pereira Filho¹
Thiago Oliveira Moreira²

1 INTRODUÇÃO

O fim da Segunda Guerra Mundial foi um importante motor de transformação política e social da Europa. Até aquele momento, os países europeus possuíam uma visão de supremacia de suas legislações internas, enxergando o Direito Internacional como um potencial mitigador da sua soberania. Com as atrocidades vivenciadas no conflito e a necessidade de mudança no modo como os direitos humanos eram tratados a nível internacional, surge a Organização das Nações Unidas (ONU) e sua posterior Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948.

Uma Europa devastada entendia que, apesar da DUDH fosse importante na construção de uma sociedade internacional norteada pelos Direitos Humanos, um esforço adicional deveria ser empregado a nível regional para evitar outros

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN).

2 Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Graduação e Mestrado). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN. Vice-coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN. Membro do Conselho Nacional da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN).

conflitos da mesma natureza. Em um ambiente de otimismo, foi aprovada a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), em 1950, e a criação posterior de um Tribunal para garantir a sua aplicação, o qual hoje se conhece como Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).

No decorrer dos mais de 60 anos do seu estabelecimento, é inegável que o TEDH se tornou um protagonista na garantia e concretização dos Direitos Humanos no espaço europeu, trabalhando conjuntamente com os Estados na consolidação de um sistema de proteção a estes direitos a nível regional. E foi precisamente por causa desta atuação conjunta – TEDH e Tribunais estatais europeus – que surgiu a necessidade de um diálogo entre estes diversos órgãos jurídicos, para que houvesse uma coerência entre as diversas decisões proferidas.

Este diálogo sempre se mostrou complexo ao longo dos anos, dando-se, muitas vezes, de forma unilateral, com os Tribunais nacionais simplesmente observando a jurisprudência do TEDH, e contando com uma certa resistência das Cortes Superiores dos países-contratantes em utilizarem esta jurisprudência como *ratio decidendi*. Este cenário veio mudando consideravelmente com a introdução de mecanismos que estreitaram esta relação, como a *Superior Courts Network*. Contudo, o maior passo para um diálogo efetivo foi dado com a aprovação e entrada em vigor do Protocolo nº 16 à CEDH, que ampliou a competência consultiva do Tribunal.

Neste sentido, será sobre este protocolo que recairá as reflexões a serem apresentadas, uma vez que há a possibilidade de o mesmo diminuir a tensão existente entre os Tribunais. Dada a competência concorrente entre este Tribunal e os Tribunais nacionais em matéria de Direitos Humanos, indaga-se como vem se efetivando o diálogo interjurisdicional entre os Tribunais Constitucionais dos países da Europa e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos após o advento do Protocolo 16?

Para que esta problemática seja respondida, é necessário que inicialmente entenda-se como se dá a salvaguarda dos Direitos Humanos a nível europeu, analisando os principais aspectos da CEDH e os direitos elencados pela mesma. Em um segundo momento, examinar-se-á o funcionamento e o desenvolvimento da competência consultiva do TEDH na efetivação dos Direitos Humanos. Por fim, será investigado como se dá o diálogo entre o TEDH e os Tribunais Constitucionais de uma forma geral, bem como entender os reflexos nesta relação após a entrada em vigor do Protocolo nº 16, oportunidade na qual será analisada como o TEDH vem decidindo com base no mesmo.

Além do estudo das disposições presentes na CEDH e protocolos, com especial destaque para o Protocolo nº 16 e das três decisões proferidas pelo TEDH até abril de 2021 que foram ensejadas com base no referido protocolo, proceder-se-á com a interligação dos mesmo com a doutrina especializada europeia, como Ana Maria Guerra Martins e José Martin y Pérez de Nanclares. Analisar os impactos que o Protocolo nº 16 está gerando na relação entre as diversas Cortes que apreciam Direitos Humanos no contexto europeu é uma forma de antecipar as transformações que se observarão no futuro neste diálogo interjurisdiccional, contribuindo ou não para o fortalecimento do sistema europeu de proteção.

Com a apreciação da proteção conferida pela CEDH e o diálogo frutífero entre o TEDH e os Tribunais europeus em matéria de direitos humanos, espera-se contribuir para estudos acerca da criação de sistemas de proteção destes direitos em diferentes contextos regionais ao redor do planeta.

2 BREVES ASPECTOS SOBRE O SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

Após seis anos de conflito, o fim da Segunda Guerra Mundial deixou na Europa um lastro de destruição econômica, política e social nunca antes experienciados com tamanha magnitude. Outrora inimigos declarados, muitos países europeus precisaram renovar os laços que haviam entre si e também fomentar novos vínculos em busca de um propósito: reerguer o mundo e conceber meios para se evitar que confrontos ou violações sistemáticas de Direitos Humanos possuíssem pouco ou nenhum espaço nesta nova sociedade internacional. E foi buscando cumprir este objetivo que surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos³.

Apesar do esforço em colocar os indivíduos no centro da ordem jurídica internacional, a DUDH e seus textos complementares⁴ eram direcionados aos Estados, persistindo a necessidade de criação de um sistema que reconhecesse

3 Para Thiago Oliveira Moreira, esta proteção foi resultado de um amadurecimento da sociedade internacional que ocorreu de forma paulatina. Cf. MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015. p. 63.

4 A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi concebida para acompanhar o desenvolvimento da humana e ser complementada. Neste sentido, entraram em vigor em 1976 o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (e os seus respectivos protocolos) e o Pacto Internacional sobre direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O Pacto Civil e o Pacto Social formam, juntamente com a DUDH, o que a doutrina chama de Carta Internacional dos Direitos do Homem (*International Bill of Human Rights*).

garantias jurídicas e jurisdicionais de modo direto às pessoas. Foi nesta conjuntura que se começou a discutir e idealizar sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos, sendo o primeiro e mais estruturado deles o sistema europeu.

O embrião de um sistema europeu de proteção aos Direitos Fundamentais pode ser percebido no âmbito do Conselho da Europa⁵. Em seu tratado constitutivo já fazia referência, de forma vaga e imprecisa⁶, à promoção de ideias e princípios que se manifestam como verdadeiro patrimônio comum de suas nações, garantindo o gozo de Direitos Humanos e liberdades fundamentais a qualquer indivíduo sob sua jurisdição⁷. Concebido como um órgão de promoção de cooperação internacional nas mais diversas áreas, foi ele que iniciou as discussões e defendeu a adoção de uma Convenção a nível europeu que tratasse de Direitos Humanos⁸, tendo a mesma sido assinada em 4 de Novembro de 1950 e entrado em vigor em 1953.

A Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁹ converte-se no mais ilustre texto conseguido pelo Conselho da Europa, estabelecendo um nível mínimo, porém expressivo, de proteção dos direitos humanos. Para alicerçar esta proteção, foi criado um sistema de garantias jurídicas, possibilitando aqueles terem seus direitos respeitados em uma eventual violação.

5 Organização política fundada em 15 de maio de 1949 por 10 países europeus, hoje conta com 47 Estados contratantes, incluindo nestes os 27 Estados-membros da União Europeia: Bélgica (5 de Maio de 1949), França (5 de Maio de 1949), Luxemburgo (5 de Maio de 1949), Reino Unido (5 de Maio de 1949), Dinamarca (5 de Maio de 1949), Irlanda (5 de Maio de 1949), Itália (5 de Maio de 1949), Holanda (5 de Maio de 1949), Suécia (5 de Maio de 1949), Grécia (9 de Agosto de 1949), Alemanha (13 de Julho de 1950), Áustria (16 de Abril de 1956), Chipre (24 de Maio de 1961), Malta (29 de Abril de 1965), Portugal (22 de Setembro de 1976), Espanha (24 de Novembro de 1977), Finlândia (5 de Maio de 1989), Hungria (6 de Novembro de 1990), Polónia (26 de Novembro de 1991), Bulgária (7 de Maio de 1992), Estónia (14 de Maio de 1993), Lituânia (14 de Maio de 1993), Eslovénia (14 de Maio de 1993), República Checa (30 de Junho de 1993), Eslováquia (30 de Junho 1993), Romênia (7 de Outubro de 1993), Letónia (10 de Fevereiro de 1995).

6 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Sistema Regional Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. *Revista Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*. Curitiba: Unibrasil, 2010, v. 1, n. 13. p. 34. Disponível em: <https://goo.gl/wlNBrm>. Acesso em: 29 mar. 2021.

7 LONDRES. *Estatuto do Conselho da Europa*, 1949. arts. 1 a 3.

8 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Sistema Regional Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. *Revista Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*. Curitiba: Unibrasil, 2010, v. 1, n. 13. Disponível em: <https://goo.gl/wlNBrm>. Acesso em: 29 mar. 2021. p. 34.

9 Passar-se-á a ser referida apenas como Convenção Europeia de Direitos Humanos, que é como ficou popularmente conhecida.

Na versão aprovada em 1950, a Convenção foi estruturada em cinco títulos inominados. O primeiro elencava os direitos a serem protegidos, o segundo instituía a Comissão e o Tribunal, o terceiro e quarto tratavam detalhadamente da Comissão e do Tribunal e o quinto trazia disposições gerais. Com os diversos protocolos aprovados ao longo dos anos, a Convenção hoje é composta por três títulos: Direitos e liberdades, (Título I, arts. 2-18); Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Título II, arts. 19-51); Disposições diversas (Título III, arts. 52-59).

Por se tratar de uma Convenção aberta às mudanças ocorridas no âmbito social ao longo dos anos e levando em consideração as transformações políticas que a Europa continuou a vivenciar na segunda metade do século XX, ao corpo normativo da mesma foram incorporados, até a presente data, 16 (dezesseis) Protocolos que detalharam o funcionamento do Tribunal e que passam a reconhecer outros direitos que se mostraram carentes de uma proteção mais específica: direito de propriedade, à instrução e de sufrágio (Protocolo nº 1); proibição da prisão civil por dívidas, liberdade de circulação, proibição da expulsão de nacionais e proibição da expulsão coletiva de estrangeiros (Protocolo nº 4); abolição da pena de morte em tempo de paz (Protocolo nº 6); adoção de garantias processuais na expulsão de estrangeiros, garantia ao duplo grau de jurisdição em matéria criminal, direito à indenização em caso de erro judiciário, o princípio do *non bis in idem* e o princípio da igualdade conjugal (Protocolo nº 7); direito à não-discriminação (Protocolo nº 12); e abolição completa da pena de morte, mesmo em situações de exceção (Protocolo nº 13).

Pode-se afirmar que a estrutura de direitos abarcados no Título I como conhecemos hoje é a observada após a entrada em vigor do Protocolo nº 11, em 1998, sendo eles: o direito à vida (art. 2), a proibição da tortura (art. 3), a proibição da escravatura e do trabalho forçado (art. 4), o direito à liberdade e à segurança (art. 5), o direito a um processo equitativo e que toda pena se embase numa lei (arts. 6 e 7), o direito ao respeito pela vida privada e familiar (art. 8), a liberdade de pensamento, de expressão, de consciência, de religião, de reunião de associação (arts. 9, 10, e 11), direito ao casamento (art. 12), direito a um recurso efetivo (art. 13) e a proibição da discriminação (art. 14). Nos quatro últimos artigos deste primeiro título, é possibilitada a suspensão das maiorias dos direitos presentes na Convenção desde que o país se encontre em guerra ou diante de um perigo público (art. 15), podendo direitos serem restritos apenas na forma prevista CEDH (art. 18).

A partir da análise de art. 15, conclui-se que, com exceção do núcleo duro dos Direitos Humanos¹⁰, os demais direitos previstos na Convenção podem sofrer restrições por parte dos Estados, devendo as mesmas estarem “previstas por la ley, han de ser necesarias en una sociedad democrática y han de perseguir alguno de los fines legítimos explicitados en el propio Convenio”¹¹. É o que convencionou-se chamar de “margem de apreciação nacional”¹², estabelecendo circunstâncias nas quais a restrição de direitos se justifica. Com isto, a CEDH reconhece a pluralidade dos ordenamentos jurídicos dos seus quarenta e sete membros, uma vez que uma medida restritiva possa ser possível na realidade de um país e de outro não.

Esta margem de apreciação poderá sempre passar pela análise do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que, segundo a própria Convenção, é o órgão jurisdicional responsável por conferir efetividade aos direitos por ela elencados. Com isto, o Tribunal analisa a “proporcionalidad, en cuya realización tiene en cuenta la naturaleza del derecho afectado, la complejidad técnica de las actividades en juego y un elemento fundamental como es la eventual existencia de lo que podríamos denominar *communis opinio estatal*”. É dizer que é possibilitado aos Estados uma margem de apreciação maior quando não se observa um consenso quanto a matéria nas jurisprudências nacionais¹³.

O TEDH vem cada vez mais desenvolvendo este princípio da subsidiariedade e construindo a sua jurisprudência pautada no mesmo, sendo o mais emblemático o caso *Evans v. UK*, de 7 de Março de 2006 (Acórdão nº 6339/05), no qual a Corte de Estrasburgo reafirmou que, existindo consenso entre os Estados quanto a aplicação de um direito, é oferecido aos Estados uma margem de apreciação mais restrita; pelo contrário, se não houver consenso entre os Estados ou o mesmo for inexpressivo, a margem de apreciação que é-lhes dada será mais abrangente¹⁴.

10 SUDRE, Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. 6. ed. Paris, 2003. p. 197-199.

11 SAIZ ARNAIZ, Alejandro. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la garantía internacional de los derechos. *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, n. 7, jul-set 2004. p. 19.

12 Neste sentido: GREER, Steven. *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European convention on Human Rights*. Estrasburgo, 2000. p. 60.

13 Isto pode ser observado no caso *Fretté vs França*, de 26 de Fevereiro de 2002, que enfrentou a questão da adoção por casais homossexuais.

14 Vide PÉREZ, Aida Torrez. Conflicts of Rights in the European Union. *Oxford Scholarship (Online)*, p. 30, set. 2009. Pode-se perceber que o TEDH tem-se utilizado de outros critérios para estipular a margem de apreciação de um Estado, como o critério da importância para consolidação da demo-

Vários autores veem entendendo esta margem de apreciação como algo favorável ao diálogo judicial¹⁵, uma vez que permite “ao Tribunal, sem conceder sobre o essencial, acolher as posições das jurisdições nacionais que se encontrem melhor apetrechadas [...] para examinarem certos aspetos de uma medida restritiva”¹⁶. Já outros doutrinadores defendem que o Tribunal estaria renegando a sua própria natureza ao dar um “cheque em branco” aos Estados (quando a margem de apreciação é ampla) e também impondo decisões autoritárias que não levam em consideração a construção jurisprudencial daquele determinado país (nos casos em que a margem de apreciação é estrita)¹⁷.

Para analisar este fenômeno, antes de necessariamente adentrar no exame da forma como os Tribunais vêm lidando com a jurisprudência do TEDH, é necessário primeiramente entender como a Corte de Estrasburgo fortaleceu a sua atuação e ampliou a sua competência ao longo dos anos, bem como as sucessivas reformas na CEDH tornaram a atuação deste Tribunal mais eficaz e célere.

3 O TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS E O DESENVOLVIMENTO DA SUA COMPETÊNCIA CONSULTIVA

Sediado em Estrasburgo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tornou-se nas últimas décadas o principal guardião da aplicação da CEDH, possuindo jurisdição obrigatória reconhecida por todos os Estados signatários da Convenção. Para que uma queixa seja admissível perante o mesmo, é necessário, naturalmente, que haja a violação de um direito consagrada na Convenção ou em seus protocolos, devendo o autor da queixa a própria a vítima da violação. Além

cracia e o critério literal da própria Convenção, que poderá ou não dar esta margem de apreciação. No Acórdão nº 7525/76, *Dudgeon v. United Kingdom*, de 23 de setembro de 1981, constata-se a utilização destes três critérios na fundamentação da decisão.

15 Vide ACOSTA ALVARADO, Paola; NÚÑEZ POBLETE, Manuel. *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*. Cidade do México: Universidad del Externado, 2012. p. 385.

16 BARRETO, Irineu. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos entre o seu Passado e o seu Futuro. In: ANTUNES, Maria João. *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. Coimbra, 2014. p. 416.

17 A respeito disto, vide: LÓPEZ GUERRA Luis. Dialogues between the Strasbourg Court and National Courts. *Judicial Dialogue and Human Rights*, p. 585. Cambridge University Press, 2017. p. 141; MULLER, Amrei. *Judicial Dialogue and Human Rights*. Cambridge University Press: Cambridge, 2017; HARRIS, D. J. *et al.* Law of the European Convention on Human Rights. Oxford, 2018. p. 17.

disto, é imprescindível que a vítima em questão tenha clamado pela reparação da violação do direito em questão aos tribunais nacionais do Estado europeu no qual o mesmo ocorreu. Apenas com o esgotamento de todos os recursos e em até seis meses após a última sentença é que o caso pode ser levado à apreciação do TEDH.

Inicialmente, a Convenção previu que três órgãos, com competências diversas, seriam encarregados de lidar com as demandas individuais e interestatais: a Comissão Europeia de Direitos Humanos, o Comitê de Ministros e o já citado Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A Comissão funcionava como uma espécie de filtro das demandas que seguiriam para a decisão do Tribunal, caso a demanda envolvesse apenas Estados que reconhecessem a sua competência litigiosa, ou do Comitê, quando figurasse como parte um Estado que não realizou este reconhecimento.

Nada obstante isto, o Protocolo nº 11 promoveu uma série de transformações no sistema de garantias dos Direitos Humanos criado pela CEDH. O mesmo foi resultado, principalmente, das críticas quanto ao caráter parcialmente judicial do sistema¹⁸ e da crescente acumulação de processos na alçada do Comitê e a consequente morosidade na análise das mesmas, o que estava começando a provocar uma deterioração da autoridade do Tribunal bem como das decisões proferidas¹⁹.

Continuando as reformas realizadas pelo Protocolo nº 9, o décimo primeiro protocolo mudou completamente a estrutura do mecanismo de garantia da Convenção ao suprimir a figura da Comissão e retirar a competência decisória do Comitê, abolindo, assim, a natureza mista do sistema. Desta forma, o Comitê e Tribunal se fundiram para formar um novo Tribunal, desta vez de caráter permanente, transformando em exclusivamente judicial todo o sistema da CEDH²⁰.

18 *Vide* Relatório Explicativo do Protocolo nº 11. Disponível em: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016_800cb5e9. Anteriormente, os membros da Comissão eram elegidos pelo Comitê de Ministros que por sua vez também possuía competência para julgar casos que não fossem remetidos ao Tribunal.

19 *HOMEM, Filipa de Aragão. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o sistema de proteção de Direitos Fundamentais nacional: estudo sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade no caso português.* Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Internacionais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. p. 15.

20 *GUERRA MARTINS, Ana Maria. Direito internacional dos direitos humanos.* 5. ed. Lisboa: Almedina, 2016. p. 256.

Por não ser mais necessária a apreciação inicial do Comitê, o indivíduo passou a ter acesso direto ao Tribunal, “por lo que el juicio sobre la admisión y sobre el fondo corresponder en todos los casos al Tribunal, que ahora se hace permanente”²¹. Além disto, foi reconhecido ao indivíduo o direito de petição individual para todos os Estados que fazem parte da Convenção²², sendo possibilitado que o mesmo demande diretamente o Estado que eventualmente violou um dos seus direitos reconhecidos pela convenção, ficando este reconhecido como mecanismo de amparo internacional²³.

Este mecanismo, de forma pioneira, fez com que o indivíduo ultrapassasse “a sua posição de inferioridade frente ao Estado e o demande em juízo frente uma entidade supranacional”, sendo este o grande trunfo do sistema de proteção da Convenção²⁴. O direito de petição individual também possibilitou ao Tribunal ter acesso a um material mais vasto, o que lhe permitiu construir uma jurisprudência mais sólida, em termos quantitativos e qualitativos,²⁵ e desenvolvendo ainda mais as suas competências.

De uma forma geral, esta competência pode se dar de forma decisória, na qual o Tribunal apenas declara se o Estado cumpriu, ou não, no caso concreto com as obrigações que decorrem da Convenção. O mencionado protocolo fortaleceu esta competência ao permitir que a Corte de Estrasburgo desse a resposta esperada em tempo razoável. Vale salientar que TEDH não aprecia a determinação dos fatos ou a aplicação de legislação interna, nem muito menos possui competência

21 SAIZ ARNAIZ, Alejandro. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la garantía internacional de los derechos. *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, n. 7, jul-set 2004. p. 25.

22 CABRAL BARRETO, Irineu. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*. 5. ed. Lisboa: Almedina, 2015. p. 28.

23 Vide MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 1. ed. Coimbra, 2014. p. 465; SANTOS BOTELHO, Catarina. *A Tutela directa dos direitos fundamentais: Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Lisboa: Almedina, 2010. p. 318.

24 Isto pode ser facialmente constatado no Relatório do Grupo de Sábios para o Comitê de Ministros (CM (2006) 203), de 15 de novembro de 2006, par. 23: “The right of individual application enshrined in Articles 34 and 35 of the Convention is the most distinctive feature of this control mechanism. The Court is the only international court to which any individual, non-governmental organisations or group of individuals have access for the purpose of enforcing their rights under the Convention. The right of individual application is today both an essential part of the system and a basic feature of European legal culture in this field”.

25 HENRIQUES GASPAR, António. *A influência da CEDH no diálogo interjurisdicional: A perspectiva nacional ou o outro lado do espelho*. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 34.

para revogar decisões internas, não sendo, portanto, um tribunal de recursos. O contencioso do Tribunal é, desta forma, de legalidade e não de anulação²⁶.

Desde 1998, com a entrada em vigor do Protocolo nº 11, o Tribunal também passou a ter competência consultiva, uma vez que o texto originário não atribuía esta ao tribunal tal atribuição, podendo ela ser provocada exclusivamente pelo Comitê de Ministros²⁷ e desde que não trate dos direitos elencados no Título I da Convenção ou que possam vir a se tornar um processo contencioso de sua competência. Dada a não flexibilidade de seus requisitos – na prática, só se era possível emitir pareceres de questões de natureza processual ou institucional²⁸ –, a doutrina especializada sempre a denominou “competência consultiva virtual”²⁹, uma vez que existia na teoria, mas era demasiada complexa para vir a ocorrer na prática.

Toda essa limitação material fez com que apenas três pareceres fossem solicitados pelos Estados-Membros desde a entrada em vigor do supracitado protocolo. A primeira solicitação foi não foi conhecida pelo TEDH, uma vez que dizia respeito à Recomendação nº 1519/2001 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, matéria que não se encontra dentro do rol de questões que o Tribunal poderia analisar, segundo o artigo 47 da Convenção³⁰. Os dois pareceres restantes, um de 12 de Fevereiro de 2008 e outro de 22 de Janeiro de 2010, tratavam da eleição dos juízes da própria Corte, mais precisamente acerca da forma como a lista contendo os nomes elegíveis era formada. Desta forma, nenhum dos três

26 GUERRA MARTINS, Ana Maria. *Direito internacional dos direitos humanos*. Lisboa: Almedina, 2012. p. 263.

27A respeito disto, vide SZYMCZAK, David. La compétence consultative de la Cour Européenne des Droits de l’Homme. In: ONDOUA, Alain; SZYMCZAK, David (org.). *La fonction consultative des juridictions internationales*. Paris: Pedone, 2009. p. 89; COSTA, Jean-Paul; TITIUN, Patrick. Les avis consultatifs devant la Cour Européenne des Droits de l’Homme. In: AKANDJI-KOMBÉ, Jean-François (org.). *L’homme dans la société internationale: mélanges en hommage au professeur Paul Tavernier*. Bruxelles: Bruylant, 2013. p. 605.

28 Vide PAPROCKA, ada; ZIÓLKPWSKI Michal. Advisory opinions under Protocol no. 16 to the ECHR. *European Constitutional Law Review*, n. 11, 2015. p. 277.

29 SZYMCZAK, David. La compétence consultative de la Cour Européenne des Droits de l’Homme. In: ONDOUA, Alain; SZYMCZAK, David (org.). *La fonction consultative des juridictions internationales*. Paris: Pedone, 2009. p. 89.

30 Ver Decisão do TEDH de 2 de junho de 2004, RO4-VI. p. 297.

pareceres tratou, de fato, de questões materiais de Direitos Humanos a ponto de impactar o desenvolvimento do mesmo no contexto europeu³¹.

À vista disto, pode-se dizer que a competência consultiva da Corte de Estrasburgo só foi realmente balizada e consolidada com a aprovação e entrada em vigor do Protocolo nº 16, fazendo com que os atuais artigos 47º, 48º e 49º da CEDH, que versavam sobre pareceres consultivos inicialmente, caíam completamente em desuso. Por este motivo, é interessante perceber as principais mudanças impostas pelo referido protocolo e como este, mesmo com apenas dois anos de vigência, vem impactando o diálogo interjurisdicional entre o TEDH e os tribunais nacionais dos Estados-membros.

4 DIÁLOGO INTERJURISDICIONAL E O PROTOCOLO Nº 16

Nos dias de hoje, a CEDH tornou-se o principal parâmetro a ser seguido quando controvérsias envolvendo Direitos Humanos não podem ser resolvidos apenas por remédios constitucionais³². A importância que a Convenção vem alcançando nos últimos anos impôs ao TEDH a necessidade de, além de harmonizar as suas próprias decisões de forma universal, pacificar a forma como os Estados solucionam problemas desta natureza, dialogando com as Cortes Superiores. O diálogo e a cooperação são elementos primordiais na consolidação e efetivação da Convenção no espaço europeu.

31 OMEJEC, Jasna. Dialogue on the Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights. p. 478. In: ANTUNES, Maria João (coord.). *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, 2014.

32 GARCÍA ROCA, Javier. *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo*. Teoría y Realidad Constitucional, Madrid, nº. 30, 2012. p. 187.

A noção de diálogo judicial³³ é bastante imprecisa e dúbia, mas que supõe uma rede de trabalho³⁴ e que “denota una conversación entre varios sujetos, preferentemente jurisdiccionales, que se comunican usando un mismo código o lenguaje y buscan la avenencia en una exégesis interpretativa de unos derechos comunes”³⁵. É uma forma de enriquecimento recíproco e de aumentar a legitimidade das decisões supranacionais.

O diálogo entre estes órgãos jurisdicionais não deve acontecer apenas nos casos em que haja conflitos de normas ou transgressão de autoridade e competência. Pode ser utilizado, como defendido por José Martín y Pérez de Nanclares, para fortalecer a tutela dos Direitos Fundamentais, pautando-se no princípio da deferência judicial³⁶, que neste contexto ganha contornos interessantes, uma vez que não há hierarquia entre os tribunais³⁷.

Até agora, o diálogo dos Tribunais Superiores com o TEDH vinha ocorrendo por meio da jurisprudência construída pela Corte de Estrasburgo,

33 Autores como Thiago Oliveira Moreira entendem que o diálogo é um fenômeno necessário em todos os ramos do conhecimento e níveis de organização social, não sendo diferente no contexto judicial. Sublinha ainda que, antes mesmo de considerarmos o diálogo com tribunais internacionais, não podemos nos olvidar que este diálogo acontece corriqueiramente entre os tribunais nacionais a nível interno, sendo isto um dos pilares de sustentação do Poder Judiciário nos dias atuais. Cf.: MOREIRA, Thiago Oliveira. O necessário diálogo interjurisdicional entre a jurisdição brasileira e a interamericana. In: MENEZES, Wagner (org.). *Tribunais internacionais e a relação entre o direito internacional e o direito interno*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 479.

34 GARCÍA ROCA, Javier. *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo*. Teoría y Realidad Constitucional, Madrid, n.º. 30, 2012. p. 191-192.

35 *Ibid.* p. 194.

36 PELIN-RADUCU, Ioana. Deferential dialogues between the Court of Justice and domestic courts regarding the compatibility of the EU Data Retention Directive with (higher?) national fundamental rights standards. *Perspectives on Federalism*, v. 5, 2013. p. 8-12.

37 Ao passo que órgãos jurisdicionais internacionais se desenvolviam, foi-se adotando uma perspectiva hierárquica no relacionamento entre o sistema normativo internacional e os sistemas normativos nacionais, o que acarretou incompatibilidades normativas e prejuízos na harmonização de decisões. Tentando dar resposta a este problema cada vez mais crescente, diversas novas teorias foram sendo idealizadas, entre elas o do transconstitucionalismo, dando uma perspectiva heterárquica à esta relação, componente necessário a um diálogo interjurisdicional eficiente. Cf.: LOPES FILHO, Francisco Camargo Alves; MOREIRA, Thiago Oliveira. Transconstitucionalismo interamericano dos Direitos Humanos: a possibilidade da candidatura avulsa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia*, v. 48, n. 2, 2020. p. 230-231.

das quais os tribunais nacionais se utilizam como fonte interpretativa³⁸, e por meio da margem de apreciação nacional, da qual o TEDH extrai os diferentes entendimentos dos Estados quanto a assuntos diversos. No entanto, ainda é possível observar uma certa resistência do Tribunais Constitucionais, a exemplo do Português, na aplicação da Convenção e na utilização da jurisprudência do TEDH de forma preponderante³⁹, havendo o receio disto implicar a existência de uma hierarquia entre ambos os tribunais, bem como uma supremacia da CEDH quanto a Constituição da República Portuguesa⁴⁰.

Por esse motivo, a doutrina europeia já vinha evidenciando a necessidade de se buscar um meio de ligar mais estritamente estes dois sistemas de jurisdição atuando de forma independente⁴¹. Visando preencher algumas lacunas, a Conferência de Bruxelas propôs a criação de uma rede de tribunais superiores (*Superior Courts Network*) na qual procurou-se facilitar a troca de informações. De um lado, o TEDH passa a fornecer de forma mais clara os standards aplicáveis e a sua jurisprudência, do outro, os tribunais superiores dos Estados-membros passam

38 Vide SARMENTO E CASTRO, Catarina. O modelo Português de Justiça Constitucional. *AAVV, Estudos em Memória do Conselheiro Luis Nunes de Almeida*. Coimbra, 2007. p. 24. A autora afirma que: “o Tribunal Constitucional Português apoia-se frequentemente na Convenção Europeia de Direitos do Homem para cimentar as suas opções, para reforçar a fundamentação das decisões ou para identificar e explicar o conteúdo de determinados direitos fundamentais”.

39 MOURA RAMOS, Rui Manuel. O Tribunal Constitucional Português e as normas de outros ordenamentos jurídicos. *AAVV, Estudos em Memória do Conselheiro Luis Nunes de Almeida*. Coimbra, 2007. p. 793.

40 Vide o ponto das Conclusões em GUERRAS MARTINS, Ana Maria; PRATA ROQUE, Miguel. *A tutela multinível dos direitos fundamentais: a posição do Tribunal Constitucional Português*. Relatório do Tribunal Constitucional apresentado na 16ª Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal, 2014.

41 Neste sentido, ver: CARTABIA, M. The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European pluralism and the need for a judicial dialogue. In: CASONATO, C. (coord.). *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2004; SORRENTINO, F. La tutela multilivello dei diritti. *Revista Internazionale di Diritto Pubblico Comunitario*, 2005. p. 365; RUGGERI, A. La tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali. *Politica del diritto*, fasc. 3, 2007. p. 317; GAMBINO, S., Vantaggi e limiti della protezione multilevel dei diritti e delle libertà fondamentali, fra diritto dell’Unione, convenzioni internazionali e costituzioni nazionali, 2015; MALFATTI, E. *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*. Giappichelli: Torino, 2015; CONTI, R. *Il sistema di tutela multilivello e l’interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, en *Questione Giustizia*. fasc. 4/2016. p. 89.; MONTESINOS PADILLA, C.. *La tutela multinivel de los derechos desde una perspectiva jurídico procesal*, Tirant lo Blanch, 2017.

a auxiliar o TEDH nas pesquisas de direito nacional que são essenciais na definição do quadro europeu relativo a certos assuntos⁴².

Apesar de um passo importante, esta medida mostrou-se insuficiente frente a urgente necessidade de sedimentar a longo-prazo e por meio de uma verdadeira institucionalização o diálogo judicial entre eles. Foram das discussões para se tentar resolver o problema que se desenvolveu o Protocolo n° 16 à CEDH, no qual possibilitou-se ao TEDH emitir pareceres consultivos, a pedido das mais altas jurisdições dos Estados contraentes, de questões referentes à interpretação e a aplicação das liberdades e direitos presentes na Convenção. Desta forma, ampliou-se consideravelmente a competência consultiva do Tribunal em relação à matéria.

A solicitação deste parecer consultivo deve dar-se no contexto de um processo pendente na jurisdição daquele país, não podendo ser realizado no que diz respeito a situações hipotéticas ou genéricas. Junto deste pedido, o requerente deve trazer todos “elementos pertinentes do contexto jurídico e factual do caso pendente”, possibilitando que a Corte de Estrasburgo se atente apenas às “questões de princípio”, uma vez que não cabe ao mesmo, como dito, resolver casos concretos em pendência nos Tribunais nacionais⁴³.

Já na leitura do preâmbulo do protocolo em questão, pode-se constatar que o mesmo veio para fortalecer essa “interacção entre o Tribunal e as autoridades nacionais, reforçando, assim, a aplicação da Convenção, em conformidade com o princípio da subsidiariedade”⁴⁴. Mostra-se como uma importante ferramenta para resolver a distorção da concepção originária que este princípio vinha sofrendo, uma vez que sempre demandou que os Tribunais dos Estados-parte fossem também protagonistas na aplicação da Convenção, esforço que, como explanado, não tem sido tão frutífero.

A proatividade que o TEDH sempre esperou das Cortes Superiores nacionais é materializada na descrição da natureza do pedido a ser dirigido à Corte, logo no artigo 1º do Protocolo. Ao invés da utilização do verbo “dever”, o

42 Contribuição do Tribunal para a Conferência de Bruxelas, par. 9.

43 Já nos debates da sua formulação, compreendia-se que “it should not be for the Strasbourg Court to have to work out for itself in which respect the national court requires its opinion. For the procedure to function properly, the relevant issues of Conventions law should be adequately identified and discussed at the national level”. Vide *Opinion of the European Court of Human Rights on Draft Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention*, 6 de Maio de 2013.

44 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Protocolo n° 16, 2015.

Conselho da Europa preferiu a utilização do vocábulo “poder” para exprimir essa ideia de faculdade do pedido. A necessidade de que este só possa ser solicitado pelas entidades que figurem como as “mais altas jurisdições” só corrobora esta ideia, decorrendo do entendimento de que só se deve utilizar-se do TEDH quando as vias de recurso interno se mostrarem exauridas.

Com isso, dado o caráter de não-obrigatoriedade do pedido e por se tratar de um parecer não-vinculativo (art. 5º do Protocolo), a Corte de Estrasburgo passa a dispor de um mecanismo que, além de abrandar as críticas realizadas contra si de agir com certa arbitrariedade e sob o argumento que o mesmo transpassa uma hierarquia que não existe subjetivamente, reafirma o papel dos Tribunais superiores na promoção dos Direitos Humanos na Europa e convida-lhes a executá-lo sempre que se fizer necessário⁴⁵. Por este motivo, desde o princípio foi denominado como o “Protocolo do Diálogo” por grande parte da Doutrina⁴⁶.

Com efeito, mesmo só tendo entrado em vigor em 2018, já é possível encontrar na jurisprudência da Corte três decisões em resposta às requisições de pareceres consultivos. A primeira delas, Demanda nº P16-2018-001⁴⁷, foi requerida pela Corte Francesa de Cassação em Maio de 2019 acerca da gravidez de substituição. A referida Corte tinha intento de saber se, ao recusar a transcrição do assento de nascimento de uma criança nascida no exterior através de mãe substituta, estaria excedendo a margem de apreciação concedida pelo artigo 8º da Convenção.

Preenchidos os requisitos, o TEDH entendeu que neste caso deve ser levado em consideração primordialmente o interesse da criança. O não reconhecimento legal do vínculo maternal da mesma traria sérias consequências à sua vida futura, uma vez que a incerteza jurídica quando a sua identidade causaria empecilhos e

45 Para Eduardo Antônio da Silva Figueiredo, esta solução “enquadra-se na ideia de ‘promoção da autoridade persuasiva’ do TEDH. No fundo, o Protocolo procura colocar os “interpretes da Convenção numa relação complementar, ao invés de competitiva”. Ou seja, o Tribunal dá a sua opinião e é recomendado que esta seja cumprida, uma vez que interessa a todos que o problema seja resolvido. Cf.: SILVA FIGUEIREDO, Eduardo. Antônio. Protocolo nº 16 à CEDH: caminho da institucionalização do diálogo judicial com o Tribunal de Estrasburgo? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 8, 2018. p. 36

46 Vide SHABAS, William. *The European Convention on Human Rights: a commentary*. London: Oxford University Press, 2015. p. 1214; OMEJEC, Jasna. Dialogue on the Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights. In: ANTUNES, Maria João (coord.). *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, 2014. p. 478.

47 Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6708599-8973137>. Acesso em: 23 mar. 2021.

situações desconfortáveis. No entanto, reconheceu ainda que não existia, até o presente momento, um consenso europeu relativamente ao reconhecimento legal da relação entre crianças concebidas através de gestação de substituição praticadas no estrangeiro e os pais beneficiários, havendo, no entanto, um consenso no que diz respeito à identidade do indivíduo.

Por este motivo, concluiu a Corte de Estrasburgo que a Corte Francesa de Cassação possuía uma margem de apreciação restrita neste caso. Todavia, possuía a República Francesa margem de apreciação em relação aos meios. Em outras palavras, poderia o Estado reconhecer a maternidade desta criança por meio de outros procedimentos previstos pela legislação interna que não a transcrição do assento de nascimentos, desde que o mesmo fosse capaz de proteger o superior interesse da criança.

Por não encontrar meios alternativos que permitam o reconhecimento da filiação em condições que não violem desproporcionalmente o direito ao respeito pela vida privada da criança, a Corte francesa de Cassação acabou por validar a transcrição completa da certidão de nascimento estrangeira⁴⁸. Concluiu que esse reconhecimento deve ocorrer, o mais tardar, quando esse vínculo entre a criança e a mãe pretendida se concretizar. Em outros dois acórdãos proferidos posteriormente⁴⁹, acabou por argumentar que o mesmo entendimento deve ser utilizado nos casos em que o pai da criança não é o mesmo que doou o material genético para concebê-la, passando a corte superior francesa a construir uma jurisprudência neste sentido.

Ainda em 2019, o Tribunal Constitucional da Armênia também requisitou uma opinião consultiva ao TEDH contento quatro questionamentos sobre o uso da técnica da norma penal em branco na definição de um delito e os padrões de comparação entre o direito penal em vigor no momento da prática do delito e o direito penal alterado, que posteriormente deu ensejo à demanda P16-2019-001 e na posterior Decisão nº 29.5.2020⁵⁰. A dúvida desta Corte Constitucional se deu em decorrência do caso em que o ex-presidente da Armênia, Robert Kocharyan, foi acusado de perturbar a ordem constitucional ao declarar o estado de emergência e usado as forças armadas para reprimir protestos pós-eleitorais nos meses de fevereiro

48 Corte Francesa de Cassação, 1ª Turma Cível, PL. nº10-19.053, de 4 de outubro 2019.

49 Corte Francesa de Cassação, 1ª Turma Cível, PL nº 18-11.815 FS-PBRI e PL nº 18-12.327 FS-PBRI, ambas de 18 de dezembro de 2019.

50 Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6708761-8934734>. Acesso em: 23 mar. 2021.

e março de 2008⁵¹. No entanto, o referido crime não era tipificado no Código Penal vigente à época o alegado delito, tendo o mesmo sido introduzido no Código Penal de 2009 daquele país.

Ao decidir sobre a questão, a Corte de Estrasburgo ressaltou primeiramente que o caso em questão ainda não se encontrava completamente maduro na esfera interna daquele país, possuindo ainda natureza prejudicial. Por não haver nenhum vínculo de ligação entre as questões e o caso concreto, entendeu que os dois primeiros questionamentos formulados eram demasiados vagos e genéricos⁵², e qualquer resposta dada a eles teria natureza abstrata e geral, o que iria de encontro com o escopo de uma opinião consultiva prevista pelo Protocolo nº 16 e com os requisitos previstos no art. 1º do mesmo protocolo, abstendo-se o Tribunal, portanto, da formulação de uma resposta.

Respondendo se a norma penal em branco que se apoia em um ato jurídico com um nível de abstração mais elevado atende aos requisitos de certeza, acessibilidade, previsibilidade e estabilidade, a Corte ressaltou que ainda não havia se pronunciado explicitamente sobre a compatibilidade da referida técnica com o artigo 7º da Convenção (princípio da legalidade). No entanto, citou casos análogos em sua jurisprudência⁵³ nos quais havia implicitamente aceitado o uso o deste artifício legislativo, desde que a lei que define uma infração seja suficientemente precisa, acessível e previsível em sua aplicação. A norma penal em branco, por si só, não seria incompatível com o princípio da legalidade.

No que diz respeito à quarta pergunta⁵⁴, que tratou essencialmente sobre a retroatividade do Direito Penal, a Corte salientou que também já havia analisado casos similares, mas que não havia sido fixado na jurisprudência um conjunto de critérios para se determinar qual lei seria a mais benéfica. Essa comparação deveria ser efetuada pelo Tribunal competente, levando em consideração as especificidades de cada caso concreto. Nada obstante a posição tenha se mostrada acertada, Naiara

51 CEDH *Advisory Opinion* P16-2019-001 (n 10), parágrafo 16.

52 Ao se dirigir ao TEDH, o Tribunal Constitucional armênio fez os seguintes questionamentos: “1. O conceito de ‘Direito’ estabelecido tanto no Artigo 7 da Convenção como em outros artigos – por exemplo, nos Artigos 8 a 11 – exige o mesmo grau de precisão em termos dos requisitos qualitativos de certeza, acessibilidade, previsibilidade e estabilidade? 2. Se não, como são delimitados?”

53 *Haarde v. Islândia* (Decisão Nº 66847/12, 2008) e *Kuolelis e outros c. Lituania* (Decisão n. 74357/01, 26764/02 e 27434/02, 2008).

54 “À luz do princípio da irretroatividade do direito penal (Artigo 7º, §1º da Convenção), que critérios são estabelecidos para comparar o direito penal em vigor no momento da prática do crime e o direito penal alterado, em a fim de identificar suas semelhanças ou diferenças contextuais (essenciais)?”

Posenato alerta que o TEDH, assim como no primeiro parecer, não trouxe nenhuma análise de como esta questão vem sendo tratado no contexto internacional⁵⁵, tendo pecado pela brevidade da sua opinião ao não abrir o leque de opções à disposição daquela Corte.

O parecer do Tribunal procurou destacar a importância do artigo 7º no sistema da Convenção, sendo o princípio da legalidade inderrogável e essencial para a manutenção do Estado de Direito, ao mesmo tempo que considera inevitáveis as diferenças entre os sistemas penais dos Estados-contratantes. Ao fazê-lo, o TEDH parece ter conseguido fornecer orientações úteis ao Tribunal requerente, respeitando o seu papel subsidiário, o que significa, entre outros, que, em princípio, não deveria ser o próprio Tribunal a tratar dos erros de facto ou de direito.

Doutrinadores como Nikos Vogiatzis argumentam que a recusa da Corte de Estrasburgo em responder as duas primeiras questões postas pela Corte Constitucional da Armênia é defensável do ponto de vista legal e teórico, visto que reflete entendimento do próprio Tribunal quanto a natureza do protocolo, como já havia sido esclarecido pelo primeiro parecer. Apesar de não vislumbrar nenhuma crítica à Corte armênia no Parecer, o mesmo autor defende que as considerações preliminares formuladas pelo TEDH poderiam ter sido evitadas em partes, tendo em consideração que se trata de diálogo estabelecido sob um novo mecanismo no qual seus operadores não possuem total conhecimento de como pode ser operado⁵⁶.

Cabe salientar que, em março de 2021, a Corte Constitucional da Armênia entendeu que a nova lei não poderia retroagir para atingir crimes cometidas antes da sua entrada em vigor, mesmo se tratando de um delito que pôs em causa a estabilidade democrática do país. Argumentou que a retroatividade dessa lei penal não seria compatível com os artigos 78 e 79 da Constituição da Armênia, que tratam dos princípios da proporcionalidade e da certeza em relação às restrições de base direitos e liberdades, inocentando o ex-presidente.

O terceiro parecer consultivo emitido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos foi originado da Demanda nº P16-2020-00, na qual a Suprema Corte da República da Eslováquia obsteu em saber a interpretação da CEDH quanto

55 POSENATO, Naiara. New opinions ex Protocol no. 16 to the ECHR and the Inter-American advisory practice: some comparative remarks. *Revista Eurojus*, n. 4, 2020. p. 362.

56 VOGIATZIS, Nikos. *The second advisory opinion by the Strasbourg Court under Protocol 16: a contextual analysis*, p 12. Disponível em: <http://repository.essex.ac.uk/30125/3/Vogiatzis%20Protocol%2016%20ECHR%20Accepted%20after%20copy%20editing.pdf>. Acesso em: 1 maio 2021.

aos artigos 2, 3 e 6 da Convenção⁵⁷. Em questão estava o caso de um policial que alegadamente agrediu uma mulher, sendo este fato sido investigado pelo Serviço de Inspeção do Ministério do Interior, órgão responsável por investigar suspeitas contra membros da Força Policial e afins, sendo esta investigação supervisionada pelo Promotor de Justiça.

Apesar de reconhecer que o pedido partiu do Supremo Tribunal da Eslováquia, preenchendo o requisito do art. 10º do Protocolo nº 16, o TEDH entendeu que o processo penal em questão ainda não havia sido julgado por aquela Corte Superior, carecendo ainda de recurso interno. Foi constatado, ainda, que os fatos apresentados em nada mantinham relação com os artigos nos quais o pedido foi baseado, não possuindo o pedido qualquer questão que enseje a sua interpretação ou aplicação da Convenção. Por julgar que a Demanda não preenchia os requisitos elencados pelo art. 1º do Protocolo nº 16, a Corte de Estrasburgo não aceitou o pedido.

No caso em questão, o TEDH teve mais uma oportunidade de sedimentar o princípio da subsidiariedade que o Protocolo nº 16 exprime. Essa subsidiariedade implica, antes de mais nada, uma forma de diálogo entre Estrasburgo e o interlocutor nacional que deve ajudar este último a informar decisão. O TEDH não deve chamado a resolver o litígio por meio do parecer consultivo. O mesmo não possui competência para apreciar fatos e nem para interpretar direito interno à luz da Convenção, sendo este papel das Cortes nacionais. O Tribunal não pode decidir acerca do resultado do processo sob pena de por em risco toda a justificativa por trás da aprovação do Protocolo nº 16.

Entende-se, no entanto, que a submissão deste pedido pelo Supremo Tribunal da Eslováquia e sua eventual não-apreciação talvez pudessem ter sido evitados se a Corte de Estrasburgo houvesse analisado exaustivamente os critérios de admissibilidade dos dois pareceres anteriores⁵⁸, tendo os mesmo se limitado a dizer que “os cinco juízes da Grande Câmara decidiram aceitar o pedido” em ambas as situações⁵⁹. Apesar do TEDH apenas ser obrigado a explicar as razões pela qual não aceitou um pedido, as razões que levaram à admissão de um pedido mostram-

57 Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6951456-9350980>}}. Acesso em: 23 mar. 2021.

58 POSENATO, Naiara. New opinions ex Protocol no. 16 to the ECHR and the Inter-American advisory practice: some comparative remarks. *Revista Eurojus*, n. 4, 2020. p. 367.

59 CEDH *Advisory Opinion* P16-2019-001 (n 10), parágrafo 4; CEDH *Advisory Opinion* P16-2018-00, parágrafo 2.

se relevantes ao passo que criariam diretivas a serem seguidas no futuro por outros requerentes.

Apesar disto, este último parecer passa a servir de mensagem cristalina aos tribunais nacionais para que levem ao TEDH questões que, de fato, são relacionadas com à interpretação da Convenção e que possam contribuir para a construção do quadro-geral europeu sobre determinado assunto. Se isto vai desencorajar tribunais superiores nacionais a colocarem questões à Corte de Estrasburgo ainda é muito cedo para dizer. O que se pode afirmar é que o Protocolo nº 16 já tem se demonstrado um relevante instrumento de diálogo interjurisdicional.

5 CONCLUSÃO

O sistema de proteção aos Direitos Humanos construído pela CEDH tem se consolidado no contexto europeu e alcançando cada vez mais efetividade. Apesar das profundas mudanças observadas no funcionamento do TEDH, bem como nos direitos abarcados pela Convenção, ainda é possível perceber que, muitas vezes, a Corte de Estrasburgo e os tribunais nacionais parecem não falar a mesma língua, o que acaba desvigorar a harmonia da proteção dos Direitos Humanos a nível europeu.

Não é de hoje que os tribunais nacionais oferecem certa resistência à aplicação da jurisprudência do TEDH. Apesar dos diversos esforços para tentar reforçar o diálogo interjurisdicional, o mesmo parecia mais um monólogo. O Conselho da Europa precisou introduzir novos mecanismos e reestruturar já conhecidos instrumentos para mudar a natureza deste diálogo, tendo o reforço da competência consultiva do Tribunal sido uma aposta que, a princípio, já está produzindo efeitos positivos.

Muito pela sua dimensão, o Protocolo nº 16 deu um passo elogiável no aprofundamento do sistema europeu de proteção de Direitos Humanos e no protagonismo de seus atores. As evidências observadas até agora – inevitavelmente limitadas – mostra o diálogo entre os tribunais se desenvolvendo de forma significativa, cada vez mais de forma natural e espontânea, pautada na cooperação e não na imposição vertical. Pode-se observar um TEDH disposto a ajudar os interlocutores domésticos de uma forma bastante rápida e com grande carga educacional.

No entanto, não se pode esperar que o referido Protocolo possa reduzir o trabalho do TEDH ao possibilitar um diálogo claro e eficaz com os tribunais

nacionais, os frutos do seu caráter educacional apenas poderão ser colhidos futuro. Mas os três primeiros Pareceres mostraram que os Estados-partes da Convenção vêm respondendo ao chamado do TEDH para uma construção ativa de um sistema de proteção mais robusto ao trazer para o centro das discussões novas questões jurídicas ou sem uma jurisprudência sedimentadas. Apesar de não-vinculativos, observa-se que os mesmos acabam por influenciar as jurisprudências nacionais.

Será interessante perceber como o Tribunal navegará neste desafio no novo cenário institucional oferecido pelo Protocolo nº 16. A Corte de Estrasburgo terá de encontrar um equilíbrio entre prestar auxílio aos tribunais nacionais na busca da solução de seus problemas sem que pareça desmerecer ou afastar o posicionamento dos mesmos, tornando as relações interjurisdicionais cada vez mais horizontais. Apenas com um diálogo verdadeiro e sem barreiras é que o sistema de proteção europeu aos Direitos Humanos alcançará a legitimidade e a efetividade que tanto se almeja.

REFERÊNCIAS

- ACOSTA ALVARADO, Paola; NÚÑEZ POBLETE, Manuel. *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*. Cidade do México: Universidad del Externado, 2012.
- BARRETO, Irineu. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos entre o seu Passado e o seu Futuro. In: ANTUNES, Maria João. *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. Coimbra, 2014. p. 416.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 2, 2007.
- DE NANCLARES, José Martin y Pérez. El TJUE como actor de la constitucionalidade em espaço jurídico europeu: la importância del dialogo judicial leal com los tribunales constitucionales y com el TEDH. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 39, 2017, p. 34.
- GREER, Steven. *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European convention on Human Rights*. Estrasburgo, 2000.
- GARCÍA ROCA, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 30, 2012, p. 42.
- GASPAR, Antônio Henriques. *A Influência da CEDH no Diálogo Interjurisdiccional: a perspectiva nacional ou o outro lado do espelho*. Disponível em: <http://julgar.pt/a-influencia-da-cedh-no-dialogo-interjurisdiccional-a-perspectiva-nacional-ou-o-outro-lado-do-espelho/>. Acesso: 23 abr. 2021.
- GUERRA MARTINS, Ana Maria. *Direito internacional dos direitos humanos*. Lisboa: Almedina, 2012.
- GUERRAS MARTINS, Ana Maria; PRATA ROQUE, Miguel. A tutela multinível dos direitos fundamentais: a posição do Tribunal Constitucional

Português. *Relatório do Tribunal Constitucional apresentado na 16ª Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais da Espanha, Itália e Portugal*, p. 23, 2014.

HARRIS, D. J. *et al. Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford, 2018.

HOMEM, Filipa de Aragão. *O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o sistema de proteção de Direitos Fundamentais nacional: estudo sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade no caso português*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Internacionais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017.

LONDRES. *Estatuto do Conselho da Europa*, 1949.

LOPES FILHO, Francisco Camargo Alves; MOREIRA, Thiago Oliveira. Transconstitucionalismo interamericano dos Direitos Humanos: a possibilidade da candidatura avulsa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia*, v. 48, n. 2, 2020, p. 230-263.

LÓPEZ GUERRA Luis. Dialogues between the Strasbourg Court and National Courts. *Judicial Dialogue and Human Rights*, p. 585. Cambridge University Press, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Sistema Regional Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. *Revista Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*. Curitiba: Unibrasil, 2010, v. 1, n. 13. Disponível em: <https://goo.gl/wlNBrm>. Acesso em: 29 mar. 2021.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 1. ed. Coimbra, 2014.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015.

MOREIRA, Thiago Oliveira. O Necessário Diálogo Interjurisdicional entre a Jurisdição Brasileira e a Interamericana. *In.*: MENEZES, Wagner (org.). *Tribunais*

internacionais e a relação entre o direito internacional e o direito interno, p. 478-495. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

MOURA RAMOS, Rui Manuel. O Tribunal Constitucional Português e as normas de outros ordenamentos jurídicos. *AAVV, Estudos em Memória do Conselheiro Luis Nunes de Almeida*, p. 793. Coimbra, 2007.

MULLER, Amrei. *Judicial dialogue and human rights*. Cambridge University Press: Cambridge, 2017.

OMEJEC, Jasna. Dialogue on the Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights. In: ANTUNES, Maria João (coord.). *Estudos em memória do Conselheiro Artur Mauricio*, p. 462-486, 2014.

PAPROCKA, ADA; ZIÓŁKPWSKI Michal. Advisory opinions under Protocol no. 16 to the ECHR. *European Constitutional Law Review*, n. 11, p. 411, 2015.

PELIN-RADUCU, Ioana. Deferential dialogues between the Court of Justice and domestic courts regarding the compatibility of the EU Data Retention Directive with (higher?) national fundamental rights standards. *Perspectives on Federalism*, v. 5, p. 23, 2013.

PÉREZ, Aida Torrez. Conflicts of Rights in the European Union. *Oxford Scholarship (Online)*, p. 30, set. 2009.

POSENATO, Naiara. Diálogo Judicial e Direitos Humanos: o novo Protocolo 16 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. *Espaço Jurídico Journal of Law*. Chapecó, v. 15, n. 1, p. 259-264, jan./jun. 2014.

POSENATO, Naiara. New opinions ex Protocol no. 16 to the ECHR and the Inter-American advisory practice: some comparative remarks. *Revista Eurojus*, n. 4, p. 353-370, 2020.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la garantía internacional de los derechos. *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, n. 7, p. 187-226, jul-set 2004.

SARMENTO E CASTRO, Catarina. O modelo Português de Justiça Constitucional. *AAVV, Estudos em Memória do Conselheiro Luis Nunes de Almeida*, p. 856. Coimbra, 2007.

SHABAS, William. The European Convention on Human Rights: A Commentary. London: Oxford University Press, 2015, p. 1202-1234. *In: ANTUNES, Maria João (coord.). Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, p. 1340, 2014.

SILVA FIGUEIREDO, Eduardo António. Protocolo nº 16 à CEDH: caminho da institucionalização do diálogo judicial com o Tribunal de Estrasburgo? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 8, p. 64, 2018.

SZYMCZAK, David. La compétence consultative de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. *In: ONDOUA, Alain; SZYMCZAK, David (org.). La fonction consultative des juridictions internationales*. Paris: Pedone, 2009.

SUDRE, Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. 6. ed. Paris, 2003.

VOGIATZIS, Nikos. *The Second Advisory Opinion by the Strasbourg Court under Protocol 16: A Contextual Analysis*. Disponível em: <http://repository.essex.ac.uk/30125/3/Vogiatzis%20Protocol%2016%20ECHR%20Accepted%20after%20copy%20editing.pdf>. Acesso em: 1 maio 2021.

Implementation of the non-refoulement principle in the European Court of Human Rights' jurisprudence

Pedro Augusto Costa Vale¹
Thiago Oliveira Moreira²

1 INTRODUCTION

The aftermath of World War II and the large number of displaced persons that resulted from it gave way to the evolution of International Refugee Law (IRL), through the creation of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), as well as the conclusion of the Convention Regarding the Status of Refugees. After that, International Refugee Law and its protection regime started to guarantee, internationally, a number of rights to this population.

The *non-refoulement* principle was perhaps the pivotal one. Through this regulation, States were prohibited to arbitrarily expel refugees and asylum seekers, as an embodiment of the human right to seek refuge. This measure is considered the basic norm of International Refugee Law, since it aims to guarantee a minimum standard of protection, so the individual can benefit from their other rights.

In face of rising human rights violations, especially the so-called “refugee crisis” in the European continent, as well as the EU policies created to manage this

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisador do Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte (OBDI/UFRN).

2 Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Graduação e Mestrado). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN. Vice-coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN. Membro do Conselho Nacional da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN).

issue, the international jurisdiction started to embrace the principle in question in its decisions, often reshaping it. Within this context, the question this research intends to answer is: how do the international human rights courts, (in this case, the European Court of Human Rights³) implement the *non-refoulement* principle?

In order to answer such a question, some objectives must be achieved. Initially, the main aspects regarding International Refugee Law and *non-refoulement* will be addressed through specialized literature and fundamental international documents, such as the 1951 Convention Regarding the Status of Refugees and its 1967 Protocol, the 1984 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, as well as regional documents. Subsequently, the debate on the *jus cogens* nature of the principle under discussion will be covered through the Vienna Convention on the Law of Treaties and its *travaux préparatoires*, as well as other UN resolutions. Then, the European Court of Human Rights' case-law will be analysed under the perspective of refugee protection, especially the implementation of the concerned principle, and the basic standards relating to the application of the principle will be listed. In this topic, which is eminently empirical, the implementation of the principle in question by the European Court of Human Rights will be researched according to the following methodology.

Decisions by both the separate Sections of the Court and its Grand Chamber will be admitted, but only their collective decisions; dissenting opinions and separate votes will be ruled out. Only cases where the right was claimed in face of expulsion, deportation or repatriation will be studied, the ones where it was claimed in face of extradition will be ruled out. Only cases where the claim of *non-refoulement* violations were recognized by the Court will be studied.

The cases will be selected through the search engine available in the ECtHR's website (<https://hudoc.echr.coe.int>) via the input of "*non-refoulement*". After gathering the resulting judgements, the ones that may have been indicated by mistake will be excluded, as well as those which will not be analysed. Subsequently, the data will be listed and qualified through the date of the decision.

Once the collected data is organized, the standards of application of *non-refoulement* will be verified from the viewpoint of decision and reasoning, checking patterns and innovations in *non-refoulement* application.

³ It is worth mentioning that, usually, the European Court of Human Rights is abbreviated as "ECtHR", while the European Convention on Human Rights is abbreviated as "ECHR".

In addition to the case-law study, this research will be based on the specialized literature available on the topic, through texts by academics such as André de Carvalho Ramos, Antônio Augusto Cançado Trindade, Jean Allain, Liliana Lyra Jubilut, Sidney Guerra and Thiago Oliveira Moreira.

2 THE *NON-REFOULEMENT* PRINCIPLE AND ITS RECOGNITION AS A *JUS COGENS* RULE

It has been said that migratory policies are the last stronghold of traditional State sovereignty⁴. In this line of reasoning, International Refugee Law is the soldier that fights against it. The Convention Regarding the Status of Refugees, from 1951, and its 1967 Protocol form the international refugee protection regime, a part of the United Nations' system, alongside the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). Although limited⁵, the Convention is considered the milestone of International Refugee Law, as it was the first universal document which achieved to provide objective criteria for the definition of refugee, as well as establish the States' responsibilities in the protection of refugees and enforce the *non-refoulement* principle in its text⁶. According to Sidney Guerra, in spite of the strengthening of International Refugee Law seen in the past decades, in practice it has been displayed as a mere prerogative of the State, and not as a tool to protect individuals⁷.

Nevertheless, there remains a vacuum in the international refugee protection regime, once a specific international body responsible for prosecuting and holding States accountable for breach of obligations imposed by International Refugee Law still does not exist. In spite of this, since IRL is a part of International

4 DAUVERGNE, Catherine. *Making people illegal: what globalization means for migration and law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

5 Initially, only those individuals whose persecution occurred in the European continent before the 1951 Convention were considered refugees.

6 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 202.

7 GUERRA, Sidney. Asylum in the Inter-American System: A Sovereign State Law or an Inherent Right of the Human Person? *Revista Jurídica Unicuritiba*, v. 4, nº 57, Curitiba, 2017. p. 3.

Human Rights Law *lato sensu*⁸, it is possible to litigate for the protection of their rights in international courts of human rights⁹.

2.1 THE LEGAL CONTENT OF THE NON-REFOULEMENT PRINCIPLE

With this in mind, *non-refoulement* is described by the specialized literature as the cornerstone of International Refugee Law¹⁰, once only through it, it is possible to pursue other rights guaranteed internationally, regionally, and locally to this population. According to the Convention, this principle consists in the prohibition of expulsion of any person to a State where their lives or liberties would be threatened. It is important to bear in mind that not only refugees benefit from this principle. Asylum-seekers, in other words, individuals appealing for international protection but who have not been recognized as refugees yet, can also be protected by the principle¹¹. Some argue that *non-refoulement* can be applied even to victims of environmental displacement (who are not recognized as refugees whatsoever), once they will be endangered if returned to their country of origin¹². Academics have not reached a consensus on this matter. Still, it is necessary to differentiate the *non-refoulement* obligations from the right of asylum. According to James C. Hathaway, the principle in question does not oblige the States to

8 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *As aproximações ou convergências entre o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Arquivos do Ministério da Justiça, ano 49, n.º 187. p. 59-90, jan./jul. 1996.

9 JUBILUT, Liliana Lyra; ZAMUR, Andrea. Direito Internacional dos Refugiados e Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: JUBILUT, Liliana Lyra; GODOY, Gabriel Gualano de (org.). *Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/97*. São Paulo: Quartier Latin/ACNUR, 2017. p. 449.

10 “The cornerstone of the legal framework on refugees is the principle of “non-refoulement” – the prohibition to return a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.” PATRIOTA, Antônio de Aguiar. State responsibility in the protection of migrants, refugees and stateless persons. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, julho/dezembro 2017, n. 125-130, v. 103. p. 165. Disponível em: <http://www.direitointernacional.org/boletim-sbdi/>. Acesso em: 8 fev. 2021.

11 BANK, Roland. Non-refoulement: aspects of Refugee Law and the European Convention on Human Rights. *COLLEGIUM*. Bruges: College of Europe, v. 39, 2008.

12 MOREIRA, Thiago Oliveira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 283-284.

admit asylum-seekers, only assures that they are not pushed to those who persecute them¹³.

Furthermore, a number of international and regional documents enforce this right. It is important to mention the 1969 Convention Governing Specific Aspects of Refugee Problems in Africa¹⁴, the 1969 American Convention on Human Rights¹⁵ and the 1984 Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment¹⁶.

As will be studied in following topics, *non-refoulement* has not explicitly been made into law by the European Convention on Human Rights (ECHR) of 1950, nor by any other document in the European Court of Human Rights' (ECtHR) legal framework. Yet, in recent decisions, the Court has interpreted it as to enforce this right, even recognizing its status as a *jus cogens* rule.

2.2 THE JUS COGENS NATURE OF THE NON-REFOULEMENT PRINCIPLE

As mentioned before, the European Convention on Human Rights does not enforce the prohibition of *refoulement* explicitly in its text. Therefore, for the purposes of this study, it is essential to address the debates relating to the legal status of the principle.

At first, it is necessary to define *jus cogens* in contemporary International Law. It is a rather recent phenomenon, since traditionally International Law

13 HATHAWAY, James C. *The rights of refugees under international law*. Nova York: Cambridge University Press, 2005. p. 302

14 "No person shall be subjected by a Member State to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion, which would compel him to return to or remain in a territory where his life, physical integrity or liberty would be threatened for the reasons set out in Article I, paragraphs 1 and 2". CONVENTION Governing Specific Aspects of Refugee Problems in Africa. 10 set. 1969

15 In no case may an alien be deported or returned to a country, regardless of whether or not it is his country of origin, if in that country his right to life or personal freedom is in danger of being violated because of his race, nationality, religion, social status, or political opinions. AMERICAN Convention on Human Rights. 22 nov. 1969, art. 22(8).

16 "No State Party shall expel, return ("refouler") or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture". CONVENTION against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. 10 dez. 1984, art. 3(1).

was not binding¹⁷. This concept was only adopted after World War II and the creation of the United Nations, and settled in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties' article 53¹⁸. This article only provides a general definition of the instrument, and leaves “the full content of the rule to be worked out in State practice and in the jurisprudence of international tribunals¹⁹”.

Presently, it is common ground that *non-refoulement* is part of the *corpus juris gentium*, i.e. customary international law²⁰, so it is binding to all States indistinctly. With this in mind, to determine whether or not it has achieved *jus cogens* status it is necessary to analyse some documents.

Firstly, the Conclusion 79 adopted by the Executive Committee of the UNHCR, states that it “recalls that the principle of *non-refoulement* is not subject to derogation²¹”, henceforth concluding that *non-refoulement* had acquired *jus cogens* status. This Committee is composed by States most affected by the influx of refugees, and concluded unanimously that “no derogation is permitted” in regard to this rule²². This conclusion attends to the “State practice” appointed by the International Law Commission on the determination of the *jus cogens* status of a norm²³.

17 ŠTURMA, Pavel. Jus Cogens and International Law of Human Rights. *In: Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, julho/dezembro 2017, n. 125-130, v. 103. p. 875. Disponível em: <http://www.direitointernacional.org/boletim-sbdi/>. Acesso em 08/02/2021.

18 “For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.” VIENNA Convention on the Law of Treaties. 22 maio 1969, art. 53.

19 UNITED NATIONS. *Yearbook of the International Law Commission 1966*, v. II. New York: United Nations, 1967. p. 25.

20 ALLAIN, Jean. The jus cogens nature of non-refoulement. *International Journal of Refugee Law*. v. 13, No. 4. Oxford University Press, 2001. p. 538.

21 UNITED NATIONS. *Conclusions Adopted by the Executive Committee on the International Protection of Refugees*. No. 79, 1998. (i).

22 ALLAIN, Jean. The jus cogens nature of non-refoulement. *International Journal of Refugee Law*. v. 13, No. 4. Oxford University Press, 2001. p. 539.

23 For further development: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal. *In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto & SANTIAGO, J. R. La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos/ACNUR, 2004.

More recently the United Nations General Assembly established a resolution²⁴ which urged states to respect *non-refoulement* universally, stating that the exclusion clauses under international refugee law do not apply to this principle, enforcing, once again, its non-derogatory status.

Finally, in spite of the exclusion clauses applied to refuge (i.e. if the asylum-seeker has committed a serious non-political crime in their country of residence as well as crimes against peace, war crimes or crimes against humanity²⁵, they will not be granted the status of refugee nor the protection guaranteed by the 1951 Convention), the *non-refoulement* principle is universal and non-derogatory, so must be applied to all individuals regardless of legal barriers.

3 *NON-REFOULEMENT* PRINCIPLE ON THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' JURISPRUDENCE

The concerned principle is not enforced by any instrument in the European Court of Human Rights' legal framework²⁶. The Court has repeatedly stated that it does not recognize a "right to political asylum"²⁷. Yet, this has not been an obstacle to the Court in judging cases regarding *non-refoulement*, as will be seen next. Paulo Pinto de Albuquerque has defended that "There is no such explicit prohibition in the European Convention on Human Rights, but the principle has been acknowledged by the Court as extending beyond the similar guarantee under international refugee law"²⁸. Some authors affirm that the Court's jurisprudence is the backbone of European Migration and Asylum Law²⁹.

24 UNITED NATIONS. United Nations General Assembly resolution 62/159. 11 mar. 2008.

25 CONVENTION Regarding the Status of Refugees. 28 jul. 1951, art. 1(F)

26 Arguably, there are legal breaches in the European regional documents that reduce the protection aimed by International Refugee Law. CARVALHO LOPES, Rita de Cássia. Princípio do *non-refoulement* na União Europeia: mecanismos jurídicos que propiciam o descumprimento. In: MENEZES, Wagner (org.). *Direito Internacional em Expansão*. v. XVIII. Belo Horizonte: Arraes, 2020. p. 399 - 416.

27 "The right to political asylum is also not contained in either the Convention or its Protocols." *Case of Sufi and Elmi v. the United Kingdom* (§ 212). ECtHR – European Court of Human Rights. Judgement of the ECtHR of 28.11.2011, issued in Application nos. 8319/07 and 11449/07, searchable in: <https://hudoc.echr.coe.int>.

28 ECtHR – European Court of Human Rights. Judgement of the ECtHR of 23.02.2012, issued in Application no. 27765/09, searchable in: <https://hudoc.echr.coe.int>.

29 JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

In this regard, the ECtHR's case-law on *non-refoulement* will be critically studied. The criteria used in this analysis will include, but not be limited to, the dispositives of the ECHR employed by the Court in order to justify the violation, and the "atypical" applications of the principle. The cases were selected according to the methodology described above. The search resulted in 64 cases, of which 20 were summarily ruled out for not addressing directly *non-refoulement* violations. Furthermore, the Court did not recognize claims of violation in 19 cases, so these were also ruled out. Finally, the Court recognized violation claims in 25 cases, from which 9 regarded claims of violation in face of extradition, those were ruled out as well. With this in mind, 16 cases will be analysed regarding the application of *non-refoulement*. The cases will be addressed next.

3.1 CASE OF ABDOLKHANI AND KARIMNIA V. TURKEY (No. 30471/08)³⁰

This Case regards two Iranian nationals who were members of the People's Mojahedin Organisation in Iran (PMOI) from 1992 to 2006, when they left the organization as they disagreed with its goals and methods. Next, fearing persecution, they went to the Ashraf Refugee Camp in Northern Iraq (§ 7 of the decision). They were recognized as refugees based on their political opinions in 2006 and 2007 by the UNHCR (§§ 8, 9 of the decision).

The applicants entered Turkey in 2008 and were immediately arrested and deported to Iraq in disregard of their refugee status (§ 11 of the decision). They re-entered Turkey (§ 12 of the decision) and alleged they were at risk of death and ill-treatment in Iran and Iraq (§ 14 of the decision), contrary to articles 2 (Right to life) and 3 (Prohibition of torture) of the European Convention on Human Rights (ECHR) (§ 61 of the decision).

The Court concluded, upon numerous international reports and the UNHCR submissions, that there was a real risk of Article 3 violations if the applicants returned to Iran or Iraq (§ 92 of the decision). The Turkish government claimed that in staying in Turkey the applicants created a risk to national security, public safety and order. Reiterating the absolute nature of Article 3 the court rejected Turkey's argument (§ 91 of the decision).

³⁰ ECtHR – European Court of Human Rights. Judgement of the ECtHR of 22.09.2009, issued in Application no. 30471/08, searchable in: <https://hudoc.echr.coe.int>.

3.2 CASE OF A. V. THE NETHERLANDS (No. 4900/06)³¹

This case regards a Libyan national who was a part of an opposition group. Fearing persecution from the Libyan government, after members of the organization were arrested, the applicant fled from Libya to Saudi Arabia in 1994. Briefly after, his brother and brother-in-law were arrested. Subsequently, he lost his passport and travelled to Yemen, where he stayed in an alien's detention centre. In 1996 he entered Sudan with a forged Libyan passport. Around this time Libyan officials were sent to Sudan to trace Libyan opponents of the Libyan regime, the applicant travelled to the Netherlands (§ 8 of the decision). In the Netherlands, the applicant applied for asylum and had his request rejected (§ 9 of the decision).

On 30 August 2002 the applicant was detained suspected of belonging to a terrorist jihadist organisation and was involved in drug-trafficking, forgery of documents, using false documents, human trafficking and possession of illegal firearms (§ 43 of the decision). The “Rotterdam jihad trial” attracted media attention and the applicant was mentioned in a number of media publications. The accused were acquitted of all charges (§ 45 of the decision). Still, in 2005 the applicant was considered to pose a threat to national security and found there were intentions to expel him to Libya. The applicant then claimed that if expelled to Libya he would be exposed to risk of being subjected to treatment in violation of Article 3 of the ECHR (§ 26 of the decision).

In the lines of the previous case, the Court reiterated the absolute nature of the prohibition of *refoulement*, “irrespective of the conduct of the person concerned, however undesirable or dangerous this may be” (§ 142 of the decision). The Court concluded that the expulsion of the applicant to Libya would breach Article 3 of the ECHR (§ 151 of the decision).

3.3 CASE OF M.S.S. V BELGIUM AND GREECE (No. 30696/09)³²

The applicant, an Afghan asylum-seeker, entered the European Union through Greece (§ 9 of the decision). After arriving in Greece, the applicant travelled to Belgium and applied for asylum (§ 11 of the decision). According to the Dublin Regulation, he should have applied for asylum in Greece, the country

31 ECtHR – European Court of Human Rights. Judgement of the ECtHR of 20.07.2010, issued in Application no. 4900/06, searchable in: <https://hudoc.echr.coe.int>.

32 *Ibid.*

of entry. Relying on this rule the Belgium authorities transferred him to Greece (§ 33 of the decision) where he faced ill-treatment and insalubrious conditions and lived on the streets without material support (§ 37 of the decision).

The Court judged violation of *non-refoulement* on different occasions. Firstly, the violation of Article 13 taken in conjunction with Article 3 by Greece due to the shortcomings in the asylum procedure. The applicant argued that his return to Afghanistan would violate Articles 2 and 3 ECHR (§ 266 of the decision). The Court considered claims that the asylum system in Greece was deeply deficient and forced returns by Greece to high-risk countries have constantly been denounced by NGOs and international organizations (§ 300 of the decision), therefore rules that the deficiencies in the Greek asylum system risked the applicant's return to Afghanistan and therefore violated Article 13 ECHR in conjunction with Article 3 (§ 321 of the decision). Subsequently the Court ruled violation of Article 3 by Belgium for knowingly exposing the applicant to ill-treatment by the Greek authorities (§ 360 of the decision). Besides that, the Court decided that Belgium also violated Article 13 taken together with Article 3 for lacking to give effective remedies against the applicant's expulsion order (§ 396 of the decision).

3.4 CASE OF SUFI AND ELMI V. THE UNITED KINGDOM (Nos. 8319/07 and 11449/07)³³

This case concerns two Somali nationals who lived in the United Kingdom (§§ 11, 18 of the decision). Both applicants were issued with deportation orders in face of criminal convictions (§ 15, 22 of the decision). They appealed against deportation but did not succeed. The applicants argued that their return to Somalia would pose a threat to their integrity and well-being, breaching Article 3 ECHR (§ 3 of the decision).

In this decision, the Court established objective criteria with which it is possible to identify the level of intensity of an armed conflict, hence verifying if one's transfer to such a place would violate Article 3 ECHR. The criteria is relevant, but not exhaustive: whether the parties to the conflict were either employing methods and tactics of warfare which increased the risk of civilian casualties or directly targeting civilians; whether the use of such methods and/or tactics was widespread among the parties to the conflict; whether the fighting was localised or

³³ ECtHR – European Court of Human Rights. Judgement of the ECtHR of 28.11.2011, issued in Application nos. 8319/07 and 11449/07, searchable in: <https://hudoc.echr.coe.int>.

widespread; and finally, the number of civilians killed, injured and displaced as a result of the fighting (§ 241 of the decision). The Court decided that the applicant's *refoulement* to Somalia would breach Article 3 ECHR (§ 250 of the decision).

3.5 CASE OF AL HUSIN V. BOSNIA AND HERZEGOVINA (No. 3727/08)³⁴

This case concerns a Syrian asylum-seeker affiliated with fundamentalist Islamic groups living in Bosnia and Herzegovina (BH). The applicant claimed that his return to Syria would leave him vulnerable to ill-treatment in face of his involvement with the Muslim Brotherhood and his association with the mujahedin movement. His activities were public and the Syrian authorities were aware of it. He even affirmed that his brother had been detained for refusing to spy on him. In 2007 the Bosnian authorities refused his asylum request and the claims that he would be in risk of ill treatment in Syria (§ 23 of the decision). He was issued a fifteen-day period for voluntary departure (§ 24 of the decision).

The applicant alleged that his deportation to Syria would expose him to the risk of treatment contrary to Article 3 ECHR. The Court considered that the applicant's allegation was real. Therefore, concluded that his deportation to Syria would violate Article 3 (§ 54 of the decision).

3.6 CASE OF HIRSI JAMAA AND OTHERS V. ITALY (No. 27765/09)³⁵

In May 2009 the Italian coastguard intercepted a boat with 24 Eritrean and Somalian nationals (the applicants) (§§ 9, 10 of the decision). Next, the applicants were placed in a ship flying an Italian flag and taken to Libya, where they were handed to Libyan authorities (§§ 11, 12 of the decision). All 24 individuals were asylum-seekers, so the act committed by the Italian police would have infringed the *non-refoulement* principle.

The Court's final decision was unanimous in recognizing the violation of Article 3 ECHR, once the individuals were in risk of being submitted to ill-treatment in Libya, as well as repatriated to their countries of origin (§ 138 of the decision). The Court also ruled that this violated Article 4 of Protocol IV of the

³⁴ ECtHR – European Court of Human Rights. Judgement of the ECtHR of 07.02.2012, issued in Application no. 3727/08, searchable in: <https://hudoc.echr.coe.int>.

³⁵ ECtHR – European Court of Human Rights. Judgement of the ECtHR of 23.02.2012, issued in Application no. 27765/09, searchable in: <https://hudoc.echr.coe.int>.

European Convention (§ 186 of the decision). Before this decision, there were no precedents of recognition of *non-refoulement* violations outside the territory of a member-State. So, it acknowledged for the first time that the interception of ships in open sea can characterize violation of *non-refoulement*, and the obligations under this rule apply even extraterritorially.

3.7 CASE OF M.A. V. CYPRUS (No. 41872/10)³⁶

The applicant is a Syrian national of Kurdish origin (§ 9 of the decision). He left Syria in 2005 and passed through Turkey and the “Turkish Republic of Northern Cyprus” before unlawfully entering Cyprus (§ 10 of the decision), where he applied for asylum (§ 11 of the decision), and had his request rejected (§ 134 of the decision). In 2010 the applicant protested with approximately 150 other Kurdish Syrians who lived in Cyprus against the restrictive policies of the Cypriot Asylum Service in granting international protection (§ 29 of the decision). Subsequently, the Minister of the Interior ordered the deportation of the Syrian-Kurdish asylum-seekers (§ 30 of the decision).

The applicant claimed that his return to Syria would pose a threat to his life (in breach of Article 2 ECHR) or expose him to ill-treatment (in breach of Article 3 ECHR) (§ 106 of the decision). The Court ruled that there were violations of article 13 (Right to an effective remedy)³⁷ taken together with articles 2 and 3, once the State did not grant any remedy regarding his complaints (§§ 141, 142 of the decision).

3.8 CASE OF TARAKHEL V. SWITZERLAND (No. 29217/12)³⁸

This case concerns an Afghan national, his wife and their six children. The couple lived in Pakistan, Iran (§ 9 of the decision) and Turkey before entering the European Union through Italy (§ 10 of the decision). Upon arrival in Italy, the applicants travelled to Switzerland, where they applied for asylum (§ 13 of the

36 ECtHR – European Court of Human Rights. Judgement of the ECtHR of 23.07.2013, issued in Application no. 41872/10, searchable in: <https://hudoc.echr.coe.int>.

37 “Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity”. EUROPEAN Convention on Human Rights. 4 nov. 1950.

38 ECtHR – European Court of Human Rights. Judgement of the ECtHR of 04.11.2014, issued in Application no. 29217/12, searchable in: <https://hudoc.echr.coe.int>.

decision). Relying on the Dublin Regulation, the Swiss authorities requested the Italian authorities to take charge of the applicants (§ 15 of the decision). Therefore, Switzerland issued an order for the applicant's removal to Italy (§ 16 of the decision).

The ECtHR found a violation of Article 3 ECHR in case the applicants' removal took place without guarantees from the Italian authorities that the rights of the family would be respected (§ 122 of the decision).

3.9 CASE OF L.M. AND OTHERS V. RUSSIA (Nos. 40081/14, 40088/14 and 40127/14)³⁹

The applicants are a stateless Palestinian from Syria (§ 7 of the decision) and two Syrian nationals (§§ 8, 9 of the decision) who entered Russia in 2013. They were arrested and found guilty of illegal immigration and working without a permit. They were faced with an expulsion order despite expressing that they feared for their life in Syria (§ 11 of the decision).

The applicants argued that their expulsion to Syria would violate Articles 2 and 3 ECHR (§ 90 of the decision). The Court found that the need for international protection to Syrian asylum-seekers is common information, and that the applicant's allegations had not been thoroughly examined by the Russian authorities (§ 111 of the decision). Finally, the Court concluded that, due to the level of the conflict in Syria, the expulsion of the applicants to Syria would violate Articles 2 and 3 ECHR (§ 126 of the decision).

3.10 CASE OF BABAJANOV V. TURKEY (No. 49867/08)⁴⁰

The applicant, an Uzbek national, fled Uzbekistan in 1999 due to religious persecution (§ 11 of the decision). He went on to live in Tajikistan, Afghanistan, Pakistan and Iran. He left Iran after deportation threats (§ 12 of the decision) and entered Turkey illegally. He was granted temporary residence as an asylum-seeker (§ 13 of the decision) but in one of his visits to the police, the applicant and other Uzbeks were deported to Iran (§ 15 of the decision). He re-entered Turkey (§ 17 of the decision) and lives in hiding (§ 24 of the decision).

39 ECtHR – European Court of Human Rights. Judgement of the ECtHR of 15.10.2015, issued in Application nos. 40081/14, 40088/14 and 40127/14, searchable in: <https://hudoc.echr.coe.int>.

40 ECtHR – European Court of Human Rights. Judgement of the ECtHR of 10.05.2016, issued in Application no. 49867/08, searchable in: <https://hudoc.echr.coe.int>.

The Court held that there had been violation of Article 3 by the Turkish government (§ 49 of the decision), once it had not carried an adequate process of the applicants claims (§ 43 of the decision).

3.11 CASE OF J.K. AND OTHERS V. SWEDEN (No. 59166/12)⁴¹

This case concerns three Iraqi nationals, a couple and their son (§ 8 of the decision). The applicants requested asylum in Sweden in 2010 (§ 14 of the decision) due to fear of persecution by al-Qaeda, for the husband had run a business at an American army camp (§ 9 of the decision). They had been attacked numerous times by the terrorist organization. The husband had been victim of a murder attempt (§ 10 of the decision), a bomb was placed near the family's house (§ 12 of the decision) and their daughter was killed in Baghdad (§ 13 of the decision). Still, their application was rejected and they were ordered to return to Iraq (§ 17 of the decision).

The applicants argued that they risked persecution by al-Qaeda in Iraq and their removal violated Article 3 ECHR (§ 55 of the decision). The Court affirmed that the abuses suffered by the family are a strong indication that they continue to be at risk of persecution by non-State actors in Iraq (§ 60 of the decision). Therefore, the Court holds that the family's expulsion to Iraq would violate Article 3 ECHR (§ 123 of the decision).

3.12 CASE OF X V. SWITZERLAND (No. 16744/14)⁴²

The applicant was in an opposition group (Liberation Tigers of Tamil Eelam – the LTTE) and participated in armed resistance against the Sri Lankan government. While in Sri Lanka, the applicant was detained by the government and subjected to torture and ill-treatment (§ 7 of the decision). After this, the applicant went to Italy where he lived for two years, while his wife stayed in Sri Lanka. She left the country in 2009 and both entered Switzerland illegally and applied for asylum (§§ 8, 9 of the decision). Their application was rejected and both were deported to Sri Lanka (§ 18 of the decision). The couple re-entered Switzerland and were, finally, granted refugee status (§ 23 of the decision).

41 ECtHR – European Court of Human Rights. Judgement of the ECtHR of 23.08.2016, issued in Application no. 59166/12, searchable in: <https://hudoc.echr.coe.int>.

42 ECtHR – European Court of Human Rights. Judgement of the ECtHR of 26.01.2017, issued in Application no. 16744/14, searchable in: <https://hudoc.echr.coe.int>.

The applicant alleged that the Swiss government's failure to assess his and his wife's asylum request were in violation of article 3 ECHR (§ 3 of the decision). The Swiss government recognized its mistake (§ 39 of the decision). The Court ruled that there was a violation of article 3 of the European Convention on Human Rights (§ 66 of the decision).

3.13 CASE OF M.A. AND OTHERS V. LITHUANIA (No. 59793/17)⁴³

The case concerns a Russian couple and their children (§ 1 of the decision). The applicants lived in the Chechen Republic (§ 6 of the decision) and the husband alleged to be tortured by Russian security services (§ 7 of the decision). In 2017 the applicants fled from Russia and entered Belarus, intending to seek asylum in Poland (§ 8 of the decision). They tried to enter Lithuania three times but their entry was refused based on their lack of visas, although they had told the guards they were seeking asylum (§§ 9-21 of the decision). Their Belarusian visas expired in July 2017 and they returned to Russia (§ 24 of the decision).

The applicants argued that by not initiating the asylum proceedings the Lithuanian authorities violated Article 3 (§ 66 of the decision). Besides, they affirmed there were no effective remedy against the decisions refusing entry into Lithuania, breaching Article 13 (§ 116 of the decision). The Court affirmed that the central issue is not if there is a real risk of ill-treatment in Chechnya, but Lithuania's assessment of the applicant's claims (§ 105 of the decision). Also, the Court held that since Belarus is not a Contracting Party to the ECHR, so it cannot be considered a safe third country for Chechnian asylum-seekers (§ 113 of the decision).

Finally, the Court ruled that Lithuania's failure to start the applicant's asylum process and their three removals to Belarus breached Article 3 ECHR (§ 115 of the decision). Regarding the applicant's claim under Article 13, the Court found that there were no effective reparations from Lithuania, consisting of a violation of the Article (§119 of the decision).

⁴³ ECtHR – European Court of Human Rights. Judgement of the ECtHR of 11.12.2018, issued in Application no. 59793/17, searchable in: <https://hudoc.echr.coe.int>.

3.14 CASE OF N.A. V FINLAND (No. 25244/18)⁴⁴

The applicant's father, an Iraqi national, had been seeking international protection in Finland (§ 13 of the decision), for he was persecuted in his country of origin (§ 7, 8, 9, 10 of the decision). His claims were rejected (§ 14 of the decision). In October 2017 Finland's Supreme Administrative Court refused his leave to appeal (§ 18 of the decision) and he agreed to voluntarily leave the country and went back to Iraq (§ 20 of the decision). Upon return, the applicant's father was killed in December of the same year (§ 22 of the decision).

The Court recognized the applicant's legitimacy to litigate in this case (§§ 50, 51, 52 of the decision). Also, the Court concluded that his return to Iraq was not by his choice, since Finland's Supreme Administrative Court had not granted his request to stay in the country (§ 57 of the decision). Finally, the Court held that the Finnish authorities violated Articles 2 and 3 of the Convention (§ 86 of the decision).

3.15 CASE OF ILIAS AND AHMED V. HUNGARY (No. 47287/15)⁴⁵

The applicants are two Bangladeshi nationals (§ 7 of the decision) who entered the European Union through Greece and travelled to North Macedonia and Serbia before arriving in Hungary, where they applied for asylum (§§ 10, 11 of the decision). On the same day of the interview, their claims were rejected. After that, the applicants were removed to Serbia (§ 8 of the decision).

The applicants argued that their expulsion to Serbia exposed them to risk of removal to Greece under Dublin Regulation violated Article 3 ECHR (§ 100 of the decision). The Court decided that Hungarian procedures were not appropriate, therefore violated Article 3 ECHR (§ 164 of the decision).

44 ECtHR – European Court of Human Rights. Judgement of the ECtHR of 15.10.2019, issued in Application no. 25244/18, searchable in: <https://hudoc.echr.coe.int>.

45 ECtHR – European Court of Human Rights. Judgement of the ECtHR of 21.11.2019, issued in Application no. 47287/15, searchable in: <https://hudoc.echr.coe.int>.

3.16 CASE OF M.K. AND OTHERS V. POLAND (Nos. 40503/17, 42902/17 and 43643)⁴⁶

This judgement joined three applications given their similarities, all Russian nationals claiming asylum in Poland. The three applicants had similar stories. All were from Chechnya and had tried to apply for international protection in the Polish-Belarusian border in Terespol on multiple occasions (§§ 10, 27, 53 of the decision). All applicants alleged they had been illegally detained and/or tortured by the Chechen police. They all told the Polish border guards that they could not stay in Belarus once their visas were expiring and would be impossible for them to obtain international protection there. In all occasions the border guards summarily sent them back to Belarus (§§ 12, 28, 55 of the decision).

The applicants claimed that their return to Belarus by the Polish authorities exposed them to the risk of torture or inhuman or degrading treatment, both in that country and in Russia, once they would probably be sent back after their Belarusian visas expired, and that this action violated Article 3 ECHR (§ 150 of the decision). The court ruled that unlike most clauses of the European Convention, there are no exceptions for the application of article 3 (§ 116 of the decision) and reiterated the importance of *non-refoulement* (§ 167 of the decision), citing cases addressed above, such as M.S.S. v. Belgium and Greece § 286 and M.A. v. Cyprus § 133.

Finally, the Court affirmed that in order to effectively guarantee protections under Article 3 ECHR asylum-seekers and any other person seeking international protection cannot be expelled to their country of origin before their allegations are thoroughly examined (§ 179 of the decision). Therefore, there has been a violation of Article 3 ECHR by the Polish authorities.

4 STANDARDS ON THE APPLICATION OF NON-REFOULEMENT BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

By analyzing the results obtained in this research, it is possible to infer the main standards on the application of *non-refoulement* by the ECtHR. Initially, it is necessary to address the way the Court applies the principle in question. From the decisions analysed, it is understood that the Court's case-law has justified the

⁴⁶ ECtHR – European Court of Human Rights. Judgement of the ECtHR of 23.07.2020, issued in Application nos. 40503/17, 42902/17 and 43643/17, searchable in: <https://hudoc.echr.coe.int>.

application of this principle mainly in Article 3 of the European Convention on Human Rights⁴⁷. This Article's violation was recognized in every single one of the cases studied. Nonetheless, Article 2⁴⁸ is also referenced in a couple of decisions. When addressing procedural issues, sometimes the Court holds violation of Article 13⁴⁹ taken together with Article 3 and/or Article 2.

In the cases of *M.S.S. v. Belgium and Greece* and *Ilias and Ahmed v. Hungary* the Court recognized violation of the principle in the European Union's migration policy, the Dublin Regulation, once it allows States to *refouler* individuals to countries where they may be subject to ill-treatment, despite being a member of the EU.

Another standard on the implementation of the principle is its recognition as non-derogatory law, (The Court reiterates the absolute nature of Article 3 of the Convention. [...] The conduct of the person concerned, however undesirable or dangerous, cannot be taken into account⁵⁰). The Court, following other international organizations, recognizes the *jus cogens* status of *non-refoulement*.

As commented above, the Vienna Convention on the Law of Treaties' *travaux préparatoires* left to the States' practices and the international courts' jurisprudence the responsibility of recognizing a norm's legal status as *jus cogens*. Nonetheless, the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees establishes that "Any dispute between parties to this Convention relating to its interpretation or application, which cannot be settled by other means, shall be referred to the International Court of Justice at the request of any one of the parties to the dispute⁵¹". Despite this legal apparatus, the ICJ has never had any pertinent judgement nor advisory opinion on this matter⁵².

47 "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment." EUROPEAN Convention on Human Rights. 4 nov. 1950.

48 "Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law." EUROPEAN Convention on Human Rights. 4 nov. 1950.

49 *Ibid.*

50 *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, § 91. ECtHR – European Court of Human Rights. Judgment of the ECtHR of 22.09.2009, issued in Application no. 27765/09, searchable in: <https://hudoc.echr.coe.int>. (Tradução aos nossos cuidados).

51 CONVENTION Regarding the Status of Refugees. 28 jul. 1951, art. 38.

52 SKORDAS, Achilles. *The missing link in migration governance*: an advisory opinion by the International Court of Justice. EJIL:Talk, 2018. Available in: <https://www.ejiltalk.org/the-missing-link-in-migration-governance-an-advisory-opinion-by-the-international-court-of-justice/>.

In the decision on the case of *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* the Court unanimously recognized violation of the principle extraterritorially, acknowledging for the first time that the interception of ships in open sea can characterize violation of *non-refoulement*, and also that International Human Rights Law obligations apply outside the territory of the member States.

Finally, it is pertinent to note that the ECtHR's has quite a protective case-law, extending even beyond other international courts which prohibit explicitly *non-refoulement* in their legal framework. The patterns observed above are the central standards on the application of *non-refoulement* by the European Court of Human Rights, and the pivotal devices of refugee protection in the European continent.

5 CONCLUSION

Migration and refuge have always been a central issue in world politics and international law. It is an extremely sensitive topic, once it consists of the clash between State sovereignty and the protection of vulnerable individuals. The international refugee protection regime plays an important role in guaranteeing rights to this population. But, in the international society still prevails a sovereignist mentality on human rights, with the States as the main guarantor of these rights, in a way that, in the event of its violation, it is up to international bodies to hold them responsible.

The *non-refoulement* principle is the cornerstone of the protection regime, for only through it, all other rights can be achieved, henceforth this principle is the materialization of the fundamental right to seek asylum. Thus, considering the current scenario of "refugee crisis" in the European continent, the question arises: how does the European Court of Human Rights implement the *non-refoulement* principle?

After contextualizing the international refugee protection system, as well as the legal content of the *non-refoulement* principle, we started to study the legal nature of the principle of non-refoulement and the analysis, based on specialized doctrine, jurisprudence of international courts and resolutions of international organizations, to understand if the rule is a norm of *jus cogens*.

For the past decades, the *jus cogens* nature of this principle has been recognized by a number of international organizations, and even States. Considering, then, its non-derogatory condition, it is imperative that the international tribunals

enforce and apply it. The European Court of Human Rights does not have in its legal framework any rule prohibiting the *refoulement* of individuals, yet, it has a protective jurisprudence. The Tribunal strongly established *non-refoulement* in its case-law through extensive interpretation of the European Convention on Human Rights.

The Court recognizes the absolute nature of the principle, as well as established a number of standards of application, such as its extraterritorial application. Still, States manage to ignore *non-refoulement* obligations. It is important to loosen national sovereignty in order to enhance and deepen the protection of human rights.

REFERENCES

- ALLAIN, Jean. The jus cogens nature of non-refoulement. *International Journal of Refugee Law*. v. 13, No. 4. Oxford University Press, 2001.
- ANNONI, Danielle; DUARTE, Mônica. *A proteção jurídica aplicável aos migrantes e refugiados*. Rio Grande do Sul: UNISC, 2017.
- BANK, Roland. Non-refoulement: aspects of Refugee Law and the European Convention on Human Rights. In: *COLLEGIUM*. Bruges: College Of Europe, v. 39, 2008.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *As aproximações ou convergências entre o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Arquivos do Ministério da Justiça, ano 49, n.º 187, p. 59-90, jan./jul. 1996.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; SANTIAGO, J. R. *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos/ACNUR, 2004.
- CARVALHO LOPES, Rita de Cássia. Princípio do *non-refoulement* na União Europeia: mecanismos jurídicos que propiciam o descumprimento. In: MENEZES, Wagner (org.). *Direito Internacional em Expansão*. v. XVIII. Belo Horizonte: Arraes, 2020, p. 399 - 416.
- CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DAUVERGNE, Catherine. *Making people illegal: what globalization means for migration and law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- GUERRA, Sidney. Asylum in the Inter-American System: A Sovereign State Law or an Inherent Right of the Human Person? *Revista Jurídica Unicuritiba*, v. 04, n.º 57, Curitiba, 2017. p. 1-22.

HATHAWAY, James C. *The rights of refugees under international law*. Nova York: Cambridge University Press, 2005.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

JUBILUT, Liliana Lyra; ZAMUR, Andrea. Direito Internacional dos Refugiados e Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: JUBILUT, Liliana Lyra; GODOY, Gabriel Gualano de (org.). *Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/97*. São Paulo: Quartier Latin/ACNUR, 2017.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

PATRIOTA, Antônio de Aguiar. State responsibility in the protection of migrants, refugees and stateless persons. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, julho/dezembro 2017, n. 125-130, v. 103, p. 165. Disponível em: <http://www.direitointernacional.org/boletim-sbdi/>. Acesso em: 8 fev. 2021.

SKORDAS, Achilles. *The missing link in migration governance: An Advisory Opinion by the International Court of Justice*. EJIL:Talk, 2018. Available in: <https://www.ejiltalk.org/the-missing-link-in-migration-governance-an-advisory-opinion-by-the-international-court-of-justice/>.

ŠTURMA, Pavel. Jus Cogens and International Law of Human Rights. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, julho/dezembro 2017, n. 125-130, v. 103, p. 875. Disponível em: <http://www.direitointernacional.org/boletim-sbdi/>. Acesso em: 8 fev. 2021.

UNITED NATIONS. Conclusions adopted by the Executive Committee on the International Protection of Refugees. No. 79, 1998.

UNITED NATIONS. Yearbook of the International Law Commission 1966, v. II. New York: United Nations, 1967.

VIEIRA DE PAULA, Bruna. O princípio do *non-refoulement*, sua natureza *jus cogens* e a proteção internacional dos refugiados. *Revista do Instituto Brasileiro de*

Direitos Humanos, [S.l.], n. 7, p. 51-68, dez. 2006. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/94>. Acesso em: 6 fev. 2021.

PARTE IV

CAPÍTULOS DOS MESTRANDOS DO PPGD/UFRN

Os direitos humanos e as desigualdades regionais e sociais

William E. Nunes Pereira¹

1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos, enquanto conceito científico e jurídico, apresentam-se como fato recente do século XX. No entanto, sua trajetória histórica é muito antiga e remonta os primórdios da história humana. Essa trajetória inicia-se nas primeiras civilizações da humanidade quando filósofos e reis elaboravam e adotavam códigos de comportamento, que podem ser vistos como desumanos pela atualidade, mas que para a época foram verdadeiras revoluções beneficiando principalmente os oprimidos. Foram esses códigos antigos que inicialmente estabeleceram normas que constituíram os primeiros direitos e deveres².

O século XX se constitui com século de intensas transformações nas mais diversas dimensões da vida humana. Essas transformações impõem à dimensão jurídica constante revisão e mutação a ciência do direito e ao mundo jurídico. Nesse contexto de intensas transformações urge conceber a expansão dos direitos humanos no sentido de a todos atingir garantindo a emancipação do ser humano. Nesse processo de expansão o direito ao desenvolvimento apresenta-se com um dos mais

1 Técnico contábil com graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Federal da Paraíba (1994) e em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2018). Especialização em Gestão dos Recursos Humanos pela UFRN (2003), mestrado em Economia pela Universidade Federal da Paraíba (1998), mestrando em direito (UFRN) e doutorado em Ciências Sociais pela UFRN (2008). Atualmente é professor Associado do Departamento de economia e do programa de Mestrado em Economia da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Espaço, Trabalho, Inovação e Sustentabilidade (GEPETIS) e membro do Grupo Estudos em Desenvolvimento (GEDEN). Editor da Revista de Economia Regional, Urbana e do Trabalho – RERUT.

2 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

relevantes e expressivos vetores de transformação da sociedade humana. Direito ao desenvolvimento que implica necessariamente a redução das desigualdades regionais e sociais, visto que, é impossível a efetivação do direito ao desenvolvimento, sem que as desigualdades regionais e sociais não sejam equalizadas.

Esse Capítulo tem por objetivo nuclear realizar sucinta discussão acerca da importância da redução das desigualdades regionais e sociais como fundamento para realização do direito ao desenvolvimento enquanto direito humano. Para realização desse desiderato, realizou-se breve pesquisa bibliográfica com autores que discutem os temas direitos humanos, direito ao desenvolvimento e desigualdades regionais e sociais. O artigo assume caráter mais informativo e descritivo, estruturando-se em quatro partes, sendo primeira essa breve introdução, seguida por um pequeno histórico dos direitos humanos, para posteriormente discutir o direito humano ao desenvolvimento e as correlações entre esse direito e o princípio republicano brasileiro da redução das desigualdades regionais e sociais.

2 BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS

A evolução dos direitos humanos constituiu-se lentamente na antiguidade e no feudalismo. Essa evolução se acelerou no fim do segundo milênio, mas expressivamente após a revolução inglesa (século XVII). As três principais revoluções liberais (inglesa, estadunidense e francesa) constituíram-se em verdadeiras molas impulsionadoras no desenvolvimento e materialização dos direitos humanos. Essas três revoluções elaboraram e difundiram Declarações de Direitos que se constituem no verdadeiro marco fundador dos direitos humanos na época moderna.

A Revolução Inglesa teve como marcos a *Petition of Rights* (1628) e o *Bill of Rights* (1689) que garantiram, respectivamente as liberdades individuais e a supremacia do parlamento e o império da lei. A revolução estadunidense (1776) não implicou instantaneamente no estabelecimento constitucional originário dos direitos humanos, mas 15 anos depois foram promulgadas 10 ementas que estabeleceram um rol de direitos na constituição dos E.U.A. A revolução francesa (1789) por meio da Assembleia Nacional Constituinte elaborou a famosa Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão. A Declaração francesa tornou-se um ícone que consagrou os direitos de igualdade, liberdade e fraternidade.

A revolução francesa aboliu os privilégios, os antigos direitos feudais, as imunidades e privilégios inerentes aos nobres e ao rei³. Esses três estatutos promovem

3 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

o avanço relevante na materialização dos direitos humanos, mas se mostram ainda carentes de desenvolvimentos, dado, por exemplo, a ausência ou a desconsideração da mulher nos mesmos. Marie Gouze, conhecida como Olympe de Gouges protestou contra o esquecimento das mulheres na declaração francesa. Se protesto se materializou na elaboração do projeto de Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, no mês subsequente a promulgação da Declaração Francesa. No entanto, seu projeto foi atirado ao ostracismo, após rejeição dos constituintes da Assembleia Nacional, demonstrando que a igualdade proclamada pelos revolucionários ainda não se estendia as mulheres⁴.

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão deve ser compreendida como a primeira a apresentar o universalismo como alicerce da futura afirmação dos direitos humanos no século XX. No século XIX diversos movimentos da classe trabalhadora, com concepções teóricas vinculadas ao anarquismo, socialismo, ludistas etc., realizaram diversos ataques teóricos e materiais as estruturas que dão suporte ao sistema capitalista. Esses ataques reivindicavam direitos não concedidos pelo estado e pelos capitalistas. Esses diversos movimentos conseguiram alguns direitos que materializavam alguns dos direitos humanos preconizados pela declaração francesa, embora que de forma reduzida e esporádica.

No século XX, diversos acontecimentos concorreram para a afirmação da importância dos direitos humanos. A Revolução Russa (1917) e a revolução mexicana (1917) impulsionaram novos avanços na defesa da igualdade e na justiça social. Não somente a liberdade, mas a igualdade e a fraternidade foram impulsionadas pela emergência dos denominados direitos sociais. Estes direitos procuram garantir condições materiais mínimas de existência para os seres humanos. As Constituições promulgadas no século XX passam a incorporar cada vez mais direitos sociais.

Após a segunda guerra mundial, os inúmeros atentados aos direitos humanos implantados na referida guerra estimularam o reconhecimento da importância da democracia e dos direitos humanos com os interesses dos Estados. A Conferência de São Francisco, realizada em 1945, ensejou a Carta de São Francisco que instituiu a Organização das Nações Unidas (ONU) que, posteriormente, em 1948, aprovaria sob a forma de Resolução da Assembleia Geral a Declaração de Paris ou como ficou mais conhecida a Declaração Universal de Direitos Humanos – DUDH.

⁴ GOUGES, Olympe de. Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne. *In*: INTERTHESIS. *Revista Internacional Interdisciplina*. Florianópolis, jan./jun. 2007. Disponível em: <https://ufsc.br/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

A DUDH não estabeleceu uma lista dos direitos que seriam considerados fundamentais, mas em seus 30 artigos explicita os direitos humanos aceitos internacionalmente. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada por 48 votos a favor, 08 abstenções e sem votos contrários, listou tanto os denominados direitos políticos e liberdades civis, como também os direitos econômicos, sociais e culturais. Dentre os principais direitos civis e políticos identificam-se os direitos: à vida; à integridade física; à igualdade; à propriedade, à liberdade de pensamento, de opinião, de expressão e de reunião. Quanto aos direitos sociais encontramos os direitos: à segurança social, ao trabalho, à livre escolha da profissão e o direito à educação, bem como o direito ao mínimo existencial.

O conceito de desenvolvimento adotado pela Declaração é amplo e genérico, permitindo o reconhecimento de que o desenvolvimento é um “processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes”⁵.

3 O DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO

O desenvolvimento é um fenômeno complexo, que envolve diversas concepções, não necessariamente conciliáveis. Nas ciências econômicas o desenvolvimento exige, minimamente, um significativo crescimento econômico, tanto da produção quanto do consumo. Algumas concepções teóricas preconizavam a existência de fases de desenvolvimento que são vivenciadas por todas as sociedades⁶. No entanto, tais concepções foram superadas teórica e historicamente⁷.

No mundo jurídico, o conceito de desenvolvimento somente se disseminou como direito humano, quando a Organização das Nações Unidas divulgou a Declaração sobre o direito ao Desenvolvimento, em 1986. Esta Declaração reza em seu artigo primeiro e segundo que:

5 ONU. *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento*. 1986. Declaração adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 04 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/>. Acesso em: 17 abr. 2021.

6 ROSTOW, W. W. The stages of economic growth. *Economic history review*, ago. 1959

7 Para mais informações ver: FURTADO, C. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

Art. 1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e política, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

No entanto, deve-se ao africano Keba M'Baye, a primeira exposição jurídica acerca do direito ao desenvolvimento. Em um Curso sobre Direitos Humanos de Estrasburgo, em 1972, Keba pronunciou-se sobre a necessidade de afirmação do direito ao desenvolvimento. Pois, para o jurista senegalês o direito ao desenvolvimento é, para os povos, inicialmente o direito de disporem deles mesmos, de autodeterminar-se segundo a sua consciência. Em síntese, é o direito de escolher como suas próprias sociedades desenvolver-se-ão e como manterão seus estilos de vida.⁸

O subdesenvolvimento atenta assim contra o direito ao desenvolvimento. Se as concepções conservadoras viam o subdesenvolvimento como fase superável, a concepção do paraibano Celso Furtado coloca em xeque tal visão. Para Furtado o subdesenvolvimento é uma condição específica⁹ e não uma etapa necessária do processo de evolução natural da economia¹⁰. O desenvolvimento e o subdesenvolvimento se caracterizam como processos simultâneos, que se condicionam e interagem mutuamente e não como fases de um processo. No subdesenvolvimento, os países não conseguem proporcionar à população o mínimo necessário para uma sobrevivência digna¹¹ implicando em desrespeito constante e, muitas vezes, grave dos direitos humanos.

Para avaliar se um Estado é subdesenvolvido ou não, pela perspectiva econômica, alguns critérios são fundamentais, dos quais se pode destacar: insuficiência alimentar; elevado percentual de pessoas analfabetas; doenças de massas endêmicas e sanáveis por infraestrutura de saneamento; industrialização

8 BEDIN, G. A. Direitos Humanos e desenvolvimento: algumas reflexões sobre a constituição do direito ao desenvolvimento. *Desenvolvimento em Questão*, Unijui, ano. 1, n. 01, jan./jun. Disponível em: <https://www.unijui.edu.br/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

9 Para uma melhor compreensão ver: FURTADO, C. *Subdesenvolvimento e estagnação na América Latina*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966.

10 ROSTOW, W. W. The stages of economic growth. *Economic history review*, ago. 1959.

11 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

incompleta e voltadas para as atividades básicas; submissão econômica e política a países estrangeiros; desigualdades sociais violentas e desigualdades econômicas e regionais graves, etc¹². Esses critérios correlacionam-se diretamente com a persecução pela materialização dos direitos humanos contidos minimamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e mais concretamente com a Declaração sobre o direito ao Desenvolvimento, em 1986.

A concepção estruturalista de Furtado caminha ao encontro da Declaração sobre o direito ao Desenvolvimento por advogar que o Estado deve procurar desenvolver uma estrutura harmônica entre a modernização econômica, política, social e a proteção dos valores sociais e direitos humanos. Essas transformações devem conciliar-se com as garantias simultâneas da liberdade de empreender, da proteção ao consumidor, do meio ambiente, do emprego, da cidadania etc¹³.

Um Estado desenvolvido deve fundamentar sua gestão em valores e não em objetivos econômicos. O desenvolvimento econômico é o principal objeto de pesquisa em numerosos estudos por parte dos economistas e não economistas. No direito, a preocupação com o desenvolvimento tem crescido muito. A preocupação é tanto com o desenvolvimento econômico quanto o desenvolvimento *latu sensu*¹⁴.

O desenvolvimento sustentável, *latu sensu*, se constitui como movimento inovador que questiona as visões tradicionais de desenvolvimento estritamente econômico, expandindo a noção para além da economia, ou seja, incluindo as dimensões políticas, ambientais e sociais trata-se de um direito inerente à pessoa e a sua dignidade. O desenvolvimento sustentável deve acolher às necessidades atuais da sociedade civil, sem prejudicar ou pôr em risco as possibilidades de, no futuro, superar-se a pobreza respeitando-se os limites ecológicos.

O conceito de desenvolvimento no direito é diferente do conceito estrito de crescimento da economia. Naquele é preciso conciliar as variáveis econômicas com os valores sociais, afinal a população necessita de melhor distribuição de renda e de proteção aos direitos enumerados constitucionalmente. O crescimento sem desenvolvimento é aquele em que a modernização ocorre sem transformação nas estruturas econômicas e sociais. O desenvolvimento engloba o crescimento, superando-o qualitativamente. O desenvolvimento é considerado um direito

12 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

13 ELALI, André de S. D. *Tributação e regulação econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais*. São Paulo: MP, 2007.

14 *Ibid.*

fundamental, que deve ser respeitado, garantido e promovido pelo Estado, que é o principal formulador das políticas de desenvolvimento¹⁵.

No fim do século XX, destaca-se a visão de Amartia Sen que advoga o desenvolvimento como um processo integrado de expansão das “liberdades substantivas reais”. Efetivar essas liberdades depende da excisão das protofontes de sua privação, que se encontram na pobreza, na tirania, na deficiência de conveniências econômicas, na imprevisão dos serviços públicos, na ausência de programas epidemiológicos, na ineficiência um sistema de assistência social, na fragilidade da educação, e na ausência de instituições competentes e capazes para manterem a paz social¹⁶.

Perseguindo as dimensões dos autores da concepção do desenvolvimento sustentável, Sen propugna por três tipos de liberdade: econômica, política e social. A primeira liberdade relaciona-se com as condições de vida mínima, que quando não garantidas pelo mercado, torna-se responsabilidade do estado. A segunda vincula-se as garantias democráticas na sociedade, enquanto a terceira relaciona-se a tolerância para com as minorias. Essas liberdades não devem ser apenas formais, mas também reais. Para SEN, a privação de uma das liberdades, pode levar à privação das demais liberdades, em um movimento deletério sancionador de um status quo amplificador das desigualdades sociais, que no nosso entender, implicaria também em uma ampliação das desigualdades regionais, quando considerado um território constituído de diferentes regionais sob o mesmo domínio político¹⁷.

Um movimento entre os estudiosos do direito exsurge nos anos 1960 e ficou denominado por Direito e Desenvolvimento. Nasceu nos círculos acadêmicos nos EUA e disseminou a ideia de que as instituições jurídicas ocidentais seriam competentes e hábeis para promover a democracia e o desenvolvimento econômico. Não se pode confundir o movimento acadêmico do direito e desenvolvimento como o direito ao desenvolvimento, mas a evolução das pesquisas e debates acerca do desenvolvimento expandiu a constatação de que o direito ao desenvolvimento assume contornos nucleares nos direitos humanos nas sociedades modernas.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, criado em 1966, pela Assembleia Geral das Nações Unidas se constituiu em mais

15 FURTADO, C. *O mito do desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

16 FEITOSA, Maria Luiza P. de A. M. Desenvolvimento econômico e direitos humanos. *Boletim de ciências econômicas LII*, 2009, p. 33-53. Disponível em: <https://www.uc.pt/>. Acesso em: 17 abr. 2021.

17 *Ibid.*

um desenvolvimento dos direitos humanos em prol da emancipação e garantia dos direitos sociais. Esse Pacto pode ser considerado como um mecanismo que possibilita a criação de condições para que os seres humanos reivindiquem e consigam desfrutar da totalidade dos seus direitos, em especial os econômicos, os sociais e culturais¹⁸. O Brasil, como economia capitalista retardatária, também retardou na ratificação do pacto. Tal fato só ocorreu em 1992.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, apresenta como principal desiderato, o possibilitar que os dispositivos da Declaração Internacional dos Direitos Humanos, se tornem juridicamente vinculante. Nesse sentido, preconiza a determinação da responsabilização internacional dos Estados-parte pela violação dos direitos humanos.

Nos anos 1980, as relações entre direito, democracia e desenvolvimento emergem novamente no debate acadêmico ocidental. Essa nova emergência ocorre no mesmo período em que ocorrem a reação às reformas de primeira geração dos direitos humanos. Embora esse movimento não se vincule direta e explicitamente a questão do direito ao desenvolvimento, contribui para a afirmação desse direito, por estudar as conexões entre direito e desenvolvimento.

O direito ao desenvolvimento, como já mencionado, foi ínsito no rol dos direitos humanos fundamentais através da Resolução 41/128 da Assembleia Geral da ONU, de 1986, que perfilhou o desenvolvimento como:

[...] processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes¹⁹.

Nas universidades brasileiras cresceu muito o debate e a pesquisa acerca do direito ao desenvolvimento e sobre as relações entre direito e desenvolvimento. Ambas se conectavam por meio da relação entre direito e desenvolvimento tendo como ponto de partida a experiência da repressão política no Brasil e na América

18 BEDIN, G. A. Direitos Humanos e desenvolvimento: algumas reflexões sobre a constituição do direito ao desenvolvimento. *Desenvolvimento em Questão*, Unijui, ano. 1, n. 01, jan./jun. Disponível em: <https://www.unijui.edu.br/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

19 ONU. *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento*. 1986. Declaração adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 04 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/>. Acesso em: 17 abr. 2021.

Latina. Além do mais, insito ao debate se encontrava o papel do processo de industrialização tardia no Brasil e sua repercussão sobre a população.

Os novos caminhos percorridos pelos pesquisadores acerca da relação direito e desenvolvimento inclui os novos e importantes aspectos que eclodiram recentemente, a destacar-se: o fenômeno da globalização; o reconhecimento da crescente complexidade da realidade atual, ante a consolidação de um ordenamento normativo internacional que certifica e amplia o catálogo dos direitos humanos; a crescente capacidade de mobilização e intervenção da sociedade civil; dentre outros.

4 O DIREITO HUMANO A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS E SOCIAIS

Nas nações em que as desigualdades sociais e regionais se apresentam em abrupto crescimento, em geral os países capitalistas subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, os direitos humanos são continuamente violados. Pode-se constatar pelos indicadores sociais e econômicos que os mais pobres são continuamente violados no seu direito ao desenvolvimento. Nesse diapasão é fundamental estabelecer a distinção entre modernização e desenvolvimento. Essa diferenciação é bastante útil para se analisar os princípios constitucionais econômicos, que devem ser decodificados de forma sistemática.

A ordem econômica não pode ser observada isolando-se algum dos princípios. A interpretação da ordem econômica deve se pautar pela sistematização de todos os princípios, que, por serem normas que concretizam valores no ordenamento, têm o papel fundamental de alicerçar o próprio sistema. O desenvolvimento econômico sustentável passa a ser perseguido, pois valoriza a redução das desigualdades sociais nas diversas regiões do país²⁰.

As constantes violações constitucionais realizadas pelos estados, para a captação de novos empreendimentos, mediante a concessão de isenções tributárias de ICMS, clamam por uma ação mais incisiva da sociedade civil organizada. Ação que deve estar respaldada em dispositivos constitucionais. Os incentivos

20 ALMEIDA, Rogério C. *Incentivos fiscais e extrafiscalidade: intervenção estatal em busca de desenvolvimento econômico e a guerra fiscal entre os Estados*. Dissertação de Mestrado em Direito. Recife, UFPE. 2010.

econômicos, em especial os fiscais e financeiros, tem prevalecido sobre as disposições legais, sejam constitucionais ou em leis complementares²¹.

A ação promovida pela sociedade civil organizada deve ter por objetivo a persecução do estatuto constitucional que prega pelo desenvolvimento econômico e pela redução das desigualdades regionais. Afinal, o desenvolvimento econômico é um fator importantíssimo para a superação das desigualdades regionais e sociais. Embora a desigualdade seja uma característica intrínseca, não somente da economia brasileira, o crescimento econômico equilibrada e estimulado pode favorecer o desenvolvimento econômico afetando as regiões com distribuição de renda desequilibrada e perversa.

O desenvolvimento econômico é um processo de longo prazo permeado de conflitos econômicos e políticos em que não se tem garantia de ocorrência espontaneamente. Devido a esse fato, o governo deve incentivar investimentos econômicos direta e indiretamente. Não pode deixar ao bel prazer do denominado mercado, o desenvolvimento econômico e a redução das desigualdades regionais. Segundo Bercovici:

O elemento econômico consiste no crescimento endógeno sustentado da produção de bens e serviços. Elemento social do processo desenvolvimentista é a aquisição da progressiva igualdade de condições básicas de vida, isto é, a realização, para todo o povo, dos direitos humanos de caráter econômico, social e cultural, como o direito ao trabalho, o direito à educação em todos os níveis, o direito à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), o direito à habitação e o direito à fruição dos bens culturais. Enfim, o desenvolvimento integral comporta, necessariamente, um elemento político, que é a chave da abóboda de todo o processo: a realização da vida democrática, isto é, a efetiva assunção, pelo povo, do seu papel de sujeito político, fonte legitimadora de todo poder destinatário do seu exercício²².

21 PEREIRA, W. E. N. *O desenvolvimento econômico e a redução das desigualdades regionais enquanto princípios constitucionais desrespeitados por políticas incentivadoras da guerra fiscal*. Monografia em Direito. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2018.

22 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 108.

A função do Estado, estabelecida pela Constituição Federal de 1988, é o de promover o desenvolvimento, a integração nacional e a concretização de todos os princípios previstos no Ordenamento mencionado. Como propugnado no artigo 174, § 1º, a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

O Estado brasileiro, historicamente, sempre foi marcado pela desigualdade entre as diferentes classes sociais e entre as regiões do país. O Brasil demonstra a existência simultânea de grande riqueza e de grande pobreza, e tem-se mostrado um país desigual, injusto, conservador e de capitalismo retardatário. Assim, por exemplo, a região Sudeste concentra a maior parte da riqueza nacional, enquanto outras, como as regiões Norte e Nordeste, são marcadas por numerosas dificuldades: altos índices de pobreza, dificuldades da população no acesso à educação, à saúde, etc²³.

A transição do Estado Liberal ao Estado Social, historicamente, aconteceu por meio da mudança de seus parâmetros políticos, econômicos, jurídico, sociais etc²⁴. O direito modificou-se, preconizando prestações positivas para reduzir as desigualdades sociais e econômicas, implicando em transformações na atuação do Estado, que deixou “de ser apenas um poder soberano para, também, tornar-se o principal responsável pelo direito à vida, concretizado por meio dos direitos sociais”²⁵.

O subdesenvolvimento é apresentado como uma das razões para a adoção de um modelo federalista, considerando que é objetivo do estado a pacificação nacional e a solidariedade social. O Estado tem o dever constitucional de promover mudanças, amainando a distância que há entre as regiões e entre os extratos populacionais mais carentes e os mais abastados. Deve-se reduzir a concentração elevada da riqueza nacional, seja entre regiões ou entre os extratos socioeconômicos²⁶.

23 CANO, W. *Desequilíbrios regionais e concentração industrial no Brasil*. São Paulo: Global, 1985.

24 PEREIRA, W. E. N. Do Estado liberal ao neoliberal. *Revista Interface*, Natal, n. 1. v. 1. Jan./jun. 2004. Disponível em: <http://www.ccsa.ufrn.br/interface/1-1/artigos/1%20Do%20Estado%20Liberal%20para%20o%20Neoliberal.pdf>. Acesso em: 21 maio 2017.

25 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 50.

26 PEREIRA, W. E. N. *O desenvolvimento econômico e a redução das desigualdades regionais enquanto princípios constitucionais desrespeitados por políticas incentivadoras da guerra fiscal*. Monografia em Di-

O estímulo a mudança via políticas públicas não significa a condenação da riqueza. O que se deve fazer, segundo Elali, é proteger a força da economia privada, ofertando-se condições para a melhor distribuição de renda. Nesses termos, o Estado deve auxiliar o crescimento do país, e esse crescimento deve servir ao aumento das oportunidades de emprego e para a melhor aplicação dos recursos públicos, considerando-se as diferenças regionais. O problema é como fazer isso, pois existem conflitos entre a compreensão que se deve dar a força da economia privada e as medidas de estímulos ao emprego, a renda e redução das desigualdades socioeconômicas. Setores privados não querem aceitar medidas políticas que afetem sua soberania privada no âmbito econômico, e assim procuram descumprir ou deformar medidas e políticas econômicas que buscam cumprir determinações constitucionais de redução das desigualdades econômicas²⁷.

O Estado brasileiro deve priorizar o objetivo constitucional contido no artigo 3º, inciso III que preconiza o dever de reduzir as desigualdades sociais e regionais contribuindo para a erradicação da pobreza e da marginalização. Para isso, deve dar um tratamento prioritário para as políticas que atuam diretamente sob a dimensão, caso contrário põem em risco os demais princípios da ordem econômica normativa, tornando-os ineficazes, afinal a noção de desenvolvimento não deve ser confundida com a de modernização.

A existência de desigualdades regionais é um problema estrutural do capitalismo. Não há espaço capitalista sem desigualdades regionais. Mas para os países subdesenvolvidos essa característica é mais danosa. Pois as regiões pobres dos países pobres são extremamente excluídas, marginalizadas, esquecidas e sem direitos mínimos para uma existência digna do ser humano. A solução dos problemas nacionais perpassa pelos problemas regionais. Os grandes problemas nacionais somente serão equacionados quando se resolverem os desequilíbrios regionais²⁸.

Os teóricos adeptos do equilíbrio de mercado walrasiano²⁹ preconizam que a existência das disparidades regionais seria temporária, pois o mercado ajustaria

reito. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2018

27 PEREIRA, W. E. N. Wallig e Azaléia, qual será a próxima? *Jornal da Paraíba*, caderno de economia, p. 2, 14 jun. 1997.

28 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

29 Mais informações ver: WALRAS, Léon. *Compêndio dos elementos de economia política pura*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

essas desigualdades. Ocorreriam uma convergência de renda protagonizada pela mão invisível³⁰ smithsoniana ou pelo leiloeiro walrasiano. O fundamental seria deixar o mercado livre para se ajustar. No entanto a evolução societária e estatal estabelece crescentemente o dever de intervenção estatal na economia. Não necessariamente como produtor, mas cada vez mais como regulamentador, estimulador e fiscalizador. Nesse sentido, o constituinte original estabeleceu princípios constitucionais que preconizam a ação estatal em prol da redução das desigualdades por constatar que as mesmas não somente se mantiveram como se agravaram³¹.

Para os adeptos do equilíbrio de mercado ou da convergência de rendas as desigualdades seriam decorrência da unificação econômica das economias regionais, uma vez que a expansão do desenvolvimento adviria de forma regionalizada, nos primeiros estágios ou fases. No entanto, gradualmente o sistema econômico nacional aproxima-se do equilíbrio e da convergência de rendas. Em outras palavras, os desequilíbrios regionais existiriam, apenas, durante as fases iniciais do processo de desenvolvimento, e, posteriormente, dar-se-ia o equilíbrio. Esta ideia mostrou-se inteiramente falsa no Brasil³².

O próprio movimento federalista fundamenta-se na harmonização nacional, orientando todas as políticas públicas, ressaltando-se a soberania sobre a autonomia dos entes federativos. Esse contexto é tal importante que em matéria de tributação, admite-se a aplicação de alíquotas diferenciadas por regiões, objetivando-se à diminuição das desigualdades entre as regiões. Ressalte-se que as desigualdades são prejudiciais à federação como um todo.

Os custos governamentais e empresárias não tem contribuído para redução da pobreza, pelo contrário, somente aumentam com a pobreza. Caso existisse um melhor equilíbrio entre as regiões, possibilitar-se-ia o aumento da circulação de riquezas, do consumo e da produção. O custo de assistência aos mais necessitados poderia ser reduzido e poderia se aplicar mais recursos em formação educacional, em equipamentos de saúde, investimentos em tecnologia, etc³³.

30 Mais informações ver: SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1986.

31 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

32 *Ibid.*

33 *Ibid.*

O livre mercado tende a aumentar e não a diminuir as desigualdades regionais, sociais e econômicas. Deixado livre, o mercado amplia a pobreza e a concentração de renda. Uma reversão desse contexto é difícil, ou em outras palavras.

A reversão espontânea de concentração de renda e desigualdade regional é praticamente impossível. A integração econômica não planejada leva ao agravamento dos desequilíbrios regionais; sendo assim, é necessária uma política deliberada, para que o desenvolvimento não acarrete a ampliação da concentração regional de renda. Além de envolver aspectos relativos ao federalismo, a solução para o problema das desigualdades regionais passa pelas políticas públicas que afetam a distribuição territorial de renda no Brasil. Tal solução constituiu-se numa das maiores preocupações das políticas econômicas ao longo das últimas décadas. Deve-se buscar a redução das desigualdades, porque os resultados positivos a todos interessam³⁴.

A noção de equilíbrio é hoje equivocada, no entanto a busca de eficiência econômica é natural e inerente ao processo econômico. A redução das desigualdades regionais e sociais deve ser alcançada através do desenvolvimento econômico sustentável promovido por uma política nacional de desenvolvimento regional e local, estimulado por uma tributação indutora que sirva realmente de instrumento eficiente à concretização dos valores constitucionais. O desenvolvimento econômico sustentável deve ser pensado assim em sua forma multiescalar deliberado em planejamento nacional integrado, e não ao sabor dos interesses locais e particulares³⁵.

O papel do Estado, em especial o brasileiro por se constituir um estado democrático de direitos, deve insistentemente promover a redução das desigualdades regionais e sociais para materializar o direito ao desenvolvimento em um contexto de crescente dignidade da pessoa humano. Não é possível ampliar as desigualdades sejam elas regionais ou sociais sem violentar a dignidade da pessoa humano, o

34 ALMEIDA, Rogério C. *Incentivos fiscais e extrafiscalidade: intervenção estatal em busca de desenvolvimento econômico e a guerra fiscal entre os Estados*. Dissertação de Mestrado em Direito. Recife: UFPE, 2010. p. 70

35 BRANDÃO, C.A. *A dimensão espacial do subdesenvolvimento: uma agenda para os estudos urbanos e regionais*. Unicamp – Instituto de Economia, Tese de livre docência. Campinas, 2003.

direito ao desenvolvimento, o direito a vida, a liberdade, e tantos outros direitos sagrados aos seres humanos.

5 CONCLUSÃO

O processo de concentração econômica ocorrido até os anos 1970 beneficiou muitas algumas unidades federativas brasileiras. Mesmo os processos de desconcentração ocorrido no pós-1970, não promoveu a efetiva redução das desigualdades regionais e sociais. A guerra fiscal recente se mostrou como ausência de uma política nacional de desenvolvimento regional e social e beneficiou alguns estados em detrimento de outros, ratificando a concentração econômica e a desigualdade regional dentro da própria região e sem reduzir essa mesma desigualdade social e regional no País. A guerra fiscal favoreceu muito mais as unidades federativas mais ricas e maiores dentro do Nordeste em detrimento das demais unidades.

Quando se analisa tal contexto de desigualdade regional pelo crivo constitucional, constata-se a não persecução por parte do estado e das unidades federativas da constitucionalidade estabelecida pela carta magna de 1988. As diretrizes constitucionais do desenvolvimento econômico em conjunto com a redução das desigualdades sociais e regionais não são perseguidas conjuntamente. Em busca do crescimento econômico acentuam-se os desequilíbrios, as desigualdades e as atividades não sustentáveis em detrimento e violação aos direitos humanos e, em especial, o direito ao desenvolvimento.

Alterar esse processo é fundamental para o desenvolvimento econômico sustentável e materialização dos direitos humanos. Pois a continuidade das desigualdades sociais e regionais demonstra a insustentabilidade do processo. A persecução dos princípios e diretrizes econômicas constitucionais se torna um imperativo para o desenvolvimento econômico sustentável brasileiro.

O princípio constitucional da redução das desigualdades regionais e sociais e o do desenvolvimento econômico são indissociáveis. Além de serem princípios e objetivos informadores e condicionadores de toda atividade econômica, no Brasil. Em outras palavras, qualquer atividade econômica privada e qualquer atividade pública deve atuar no sentido de ajudar na redução das desigualdades tanto regionais quanto sociais. Nesse diapasão, é despicando afirmar que, a atuação do Estado e das empresas particulares condiciona-se com o compasso das políticas

públicas para a redução de tais desigualdades sociais e regionais, materializando o direito ao desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rogério C. *Incentivos fiscais e extrafiscalidade: intervenção estatal em busca de desenvolvimento econômico e a guerra fiscal entre os Estados*. Dissertação (Mestrado em Direito). Recife: UFPE, 2010.

BEDIN, G. A. Direitos Humanos e desenvolvimento: algumas reflexões sobre a constituição do direito ao desenvolvimento. *Desenvolvimento em Questão*, Unijuí, ano. 1, n. 01, jan./jun. Disponível em: <https://www.unijui.edu.br/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BRANDÃO, C.A. *A Dimensão espacial do subdesenvolvimento: uma agenda para os estudos urbanos e regionais*. Unicamp – Instituto de Economia, Tese de livre docência. Campinas, 2003.

CANO, W. *Desequilíbrios regionais e concentração industrial no Brasil*. São Paulo: Global, 1985.

ELALI, André de S. D. *Tributação e regulação econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais*. São Paulo: MP, 2007.

GOUGES, Olympe de. Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne. In: INTERTHESIS. *Revista Internacional Interdisciplinária*. Florianópolis, jan./jun. 2007. Disponível em: <https://ufsc.br/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

FEITOSA, Maria Luiza P. de A. M. Desenvolvimento econômico e direitos humanos. *Boletim de ciências econômicas LII*, 2009, p. 33-53. Disponível em: <https://www.uc.pt/>. Acesso em: 17 abr. 2021.

FURTADO, C. *Subdesenvolvimento e estagnação na América Latina*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966.

FURTADO, C. *O mito do desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

FURTADO, C. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

ONU. *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento*. 1986. Declaração adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 04 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/>. Acesso em: 17 abr. 2021.

PEREIRA, W. E. N. *O desenvolvimento econômico e a redução das desigualdades regionais enquanto princípios constitucionais desrespeitados por políticas incentivadoras da guerra fiscal*. Monografia em Direito – Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2018.

PEREIRA, W. E. N. Do Estado liberal ao neoliberal. *Revista Interface*, Natal, n. 1. v. 1. jan./jun. 2004. Disponível em: <http://www.ccsa.ufrn.br/interface/1-1/artigos/1%20Do%20Estado%20Liberal%20para%20o%20Neoliberal.pdf>. Acesso em: 21 maio 2017.

PEREIRA, W. E. N. Wallig e Azaléia, qual será a próxima? *Jornal da Paraíba*, caderno de economia, p. 2, 14 jun. 1997.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSTOW, W. W. The stages of economic growth. *Economic history review*, ago. 1959.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1986.

WALRAS, Léon. *Compêndio dos elementos de economia política pura*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

O desenvolvimento progressivo previsto no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o Princípio da Reserva do Possível

Maria Francimar Carvalho Costa¹

1 INTRODUÇÃO

O artigo 26 da Convenção Americana dos Direitos Humanos (a seguir: CADH) trata do desenvolvimento progressivo, no sentido do compromisso dos Estados-Partes de adotarem medidas com a finalidade de progressivamente implementarem de forma efetiva os direitos decorrentes das normas econômicas, sociais e culturais que constam da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. Todavia, na redação desse artigo foi colocado que isso se dará “na medida dos recursos disponíveis”, ou seja, trata-se do princípio da reserva do possível como limitação para a execução plena desses direitos, por outro lado, está implícito o princípio da proibição do retrocesso direitos, assim como est darotocolo de Buenos Aires. Todava, s econ de adotarem medidas com a finalidade de prog quando se fala em desenvolvimento progressivo.

Nesse sentido, tem-se o objetivo de discorrer sobre as obrigações estatais que visam ao desenvolvimento progressivo conforme dispõe o artigo 26 da CADH, levando-se em consideração a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (a seguir: CIDH) em relação à justiciabilidade do conteúdo do artigo 26 da CADH, além da noção de progressividade e a obrigação estatal de não retroceder em matéria dos direitos oriundos desse artigo. Ademais, pretende-se

1 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD/UFRN). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo PPGD/UFRN.

abordar o princípio da reserva do possível (limite dos recursos disponíveis) em face do desenvolvimento progressivo, a fim de verificar o limite de comprometimento dos Estados-Partes no que diz respeito à obrigação de não retrocesso, tendo em conta as dificuldades da implementação progressiva em meio à escassez orçamentária e como o controle da convencionalidade pode evitar que os Estados aleguem de forma arbitrária o princípio da reserva do possível com a finalidade de se eximir dessas obrigações.

Para tanto, far-se-á uso de bibliografia pertinente ao tema e a metodologia empregada será eminentemente de pesquisa documental. Destaca-se, também, que a relevância desta pesquisa reside no fato de que no cenário mundial em que a humanidade se encontra de escassez de recursos, fomentado pelo momento pandêmico, torna-se mais importante ainda não retroceder em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, de modo que se pretende contribuir para ressaltar a importância do cumprimento das obrigações assumidas em face da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), especialmente no que tange aos direitos tutelados no artigo 26 da CADH.

2 OBRIGAÇÕES ESTATAIS QUE FAVORECEM O DES ESTATAIS ES PRIVADOS CUMPRAM COMRMAS DOSENVOLVIMENTO PROGRESSIVO PREVISTO DO ARTIGO 26 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Os direitos fundamentais de segunda dimensão reclamam a elaboração de condições materiais para que seja possível sua efetivação, necessitando, assim, do monitoramento constante do Estado com relação aos resultados alcançados no que diz respeito ao grau de fruição desses direitos pela comunidade. Todavia, não é apenas no âmbito do direito interno que há a previsão do desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, visto que no direito internacional está previsto o princípio da implementação progressiva e a proibição do retrocesso social. Desse modo, é nos instrumentos internacionais que se observa expressamente o princípio da implementação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, notadamente, para fins desta pesquisa, no artigo 26 da CADH²

2 Os Estados-Partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou outros meios apro-

e no artigo 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)³.

É importante que se diga que a literatura especializada brasileira⁴, reconhece que o princípio da proibição do retrocesso social encontra-se implícito na Constituição de 1988, em especial nos artigos 1º, III, 3º, 5º, § 1º, 170 e 193 e o princípio da implementação progressiva depreende-se dos artigos 3º, 170 e 193, todos da Constituição Federal de 1988. Por outro lado, esses princípios, em razão de também estarem dispostos em tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil é parte, como os já citados acima, possuem categoria de norma constitucional, sendo assim, trata-se de norma cogente devendo a jurisdição interna⁵, ao julgar um caso concreto sobre o tema, atentar-se ao dever de aplicar as disposições previstas nesses tratados aos quais o Brasil esteja submetido.

Nesse sentido, cabe ao Estado-Parte cumprir com a obrigação de observar as normas desses diplomas internacionais de forma concreta, conforme a análise que leva em consideração uma tipologia tripartite⁶ na qual os direitos humanos determinam três modalidades de obrigações estatais, quais sejam:

a) Obrigação de respeitar – requer que o Estado se abstenha de colocar obstáculos ao gozo e fruição dos direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse

piados. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional*. 6. ed. *Revista, ampliada e atualizada*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 341.

3 Artigo 1º – Obrigação de adotar medidas – Os Estados-Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo de recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecido neste Protocolo. Cf. *Ibid.* p. 341.

4 Destaca-se, nesse sentido: GOTTI Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 102.

5 [...] A jurisdição nacional tem que romper com os paradigmas conservadores e voltar-se para a realidade transnacional contemporânea. É dever da jurisdição interna, de todo Magistrado, aplicar devidamente as normas previstas nas fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos e levar em consideração, quando de suas decisões, a interpretação que as Cortes e Tribunais internacionais conferem a tais normas. Cf. MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015. p. 216.

6 CRAVEN, Matthew. *The international covenant on economic, social and cultural rights: a perspective on its development*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 109. Tradução livre.

sentido, o Estado, por exemplo⁷, viola o direito à moradia quando admite expulsões forçadas e arbitrárias de pessoas sem teto que se abrigam prédios abandonados que não cumprem sua função social;

b) Obrigação de proteger – obriga o Estado a predos que cumprem sua função preo Estado, por exemplo, viola o direito do Direitonacional contemporgislaçvenir violações dos direitos econômicos, sociais e culturais por parte de terceiros. A inexistência de garantias de que os empregadores privados cumpram com as normas básicas de trabalho pode ter como consequência a violação ao direito do trabalho no que tange às condições de trabalho igualitária e satisfatória para uma mesma categoria de trabalhadores;

c) Obrigação de cumprir – impõe ao Estado a adoção de medidas legislativas, orçamentárias, legais e outras que sejam adequadas para se atingir a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Quando o Estado não proporciona atenção primária à saúde, por exemplo, ele está violando o direito à saúde.

Portanto, o descumprimento de quaisquer dessas obrigações constitui, por si só, uma violação dos direitos econômicos, sociais e culturais, uma vez que as obrigações de respeitar, proteger e cumprir incluem ações que sejam planejadas com o objetivo de assegurar o exercício de direitos, assim como o Estado deve comprovar resultados concretos e satisfatórios, através da implementação progressiva dos direitos previstos nos instrumentos internacionais de direitos humanos, além disso, o Estado deve se abster de adotar medidas de cunho regressivo em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais.

2.1 JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM RELAÇÃO À JUSTICIABILIDADE DO CONTEÚDO DO ARTIGO 26 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A exigibilidade do cumprimento dos direitos previstos no artigo 26 da CADH no âmbito da CIDH é uma realidade no Brasil⁸, haja vista o compromisso

7 Cf. GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 104.

8 O Estado brasileiro assumiu com a sociedade internacional o compromisso de proteger os direitos humanos ao celebrar e incorporar diversos tratados internacionais que versam sobre tais direitos, sejam eles oriundos do sistema global ou do regional de proteção. Com efeito, os tratados internacionais de direitos humanos foram elevados à categoria de fontes do direito estatal pela própria Constituição Federal de 1988, sendo, inclusive, mesmo havendo divergência no Supremo Tribunal Federal, de

assumido pelo país desde 10 de dezembro de 1998. Todavia, a CIDH, nas primeiras demandas sobre o tema, decidia fundamentando, de forma indireta ou por conexão, nos direitos civis e políticos e não diretamente nos direitos econômicos, sociais e culturais. A Corte só passou a mudar sua forma de proceder a partir de 2009⁹, quando deixou claro em seus julgamentos a justiciabilidade direta do conteúdo previsto no artigo 26 da CADH.

O marco inaugural da mudança de entendimento jurisprudencial da Corte se revela na sentença acerca do caso *Acevedo Buendía e Outros* (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”). Nessa sentença, ainda que a Corte não tenha fundamentado sua decisão no artigo 26 da CADH, ela fez algumas considerações¹⁰ a respeito da exigibilidade dos direitos oriundos desse artigo, uma vez que, durante sua elaboração, foi bastante debatida a força normativa para o cumprimento e da obrigação dos Estados em relação ao artigo 26, chegando-se a uma conclusão final de que não se trata de um texto meramente declarativo, pois ao aprovar a Convenção houve a preocupação de se enfatizar a execução desses direitos via ações

hierarquia reconhecidamente superior a das leis. Cf. MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015. p. 205.

9 Nesse sentido, “[...] a Justiciabilidade direta do alcance do conteúdo e alcance do artigo 26 da Convenção. Dessa evolução pode-se explicar em dois grandes momentos: o primeiro, quando a Corte passou de uma interpretação do artigo 26 limitada à Justiciabilidade da obrigação de não regressividade, a outra que postula a Justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambiental e das correspondentes obrigações do Estado derivadas dessa norma; segundo, quando em interesse da segurança jurídica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (Sistema Interamericano, SIDH) e em atenção às críticas recebidas, a Corte demonstra um maior rigor na argumentação dessa Justiciabilidade direta e reconhece a mudança jurisprudencial. Cf. ANTONIAZZI, Mariela Morales; RONCONI, Liliana; CLÉRICA, Laura (org.). *Interamericanización de los desca el caso cuscul pivaral de la corte IDH. Colección: Constitución y Derechos*. México: Universidade Nacional Autónoma do México, 2020. p. 47

10 [...] A revisão destes trabalhos preparatórios da Convenção também demonstra que as principais observações com base nas quais esta foi aprovada puseram especial ênfase em “dar aos direitos econômicos, sociais e culturais a máxima proteção compatível com as condições peculiares à grande maioria dos Estados Americanos”. Assim, como parte do debate nos trabalhos preparatórios também foi proposto “fazer possível a execução destes direitos através da ação dos tribunais”. Além disso, é pertinente observar que, embora o artigo 26 esteja no capítulo III da Convenção, intitulado “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, também está localizado na Parte I deste instrumento, intitulado “Deveres dos Estados e Direitos Protegidos” e, portanto, está sujeito às obrigações gerais contidas nos artigos 1.1 e 2 indicados no capítulo I (intitulado “Enumeração de Deveres”), bem como os artigos 3 a 25 indicados no capítulo II (intitulado “Direitos Civis e Políticos”). Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso acevedo Buendía e Outros* (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) *Vs. Peru*. Sentença de 1º de julho de 2009. p. 31. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2016/04/d48d60862a92e17629044146a3442656.pdf>.

judiciais, de modo que foi ressaltada a interdependência e a paridade em matéria de importância entre os direitos civis e políticos e os econômicos, sociais e culturais, ou seja, não há que se falar em uma hierarquia entre eles.

Todavia, foi em 2017 que a CIDH proferiu sentença paradigmática, na qual reconheceu de modo expresso a justiciabilidade dos direitos previstos no artigo 26 da CADH, ao julgar o caso *Lagos del Campo vs. Peru*¹¹, o qual reforçou também a jurisdição plena da Corte¹² em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, no sentido de que é dever dos Estados não os violar e que são direitos protegidos pela CADH. Além disso, os Estados devem ajustar sua legislação interna de forma a proteger esses direitos.

Outra sentença que merece destaque envolve o Brasil ao ser condenado pela Corte no Caso *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil*¹³, em que a Comissão concluiu que o Estado violou o direito do

11 O caso submetido à Corte - Em 28 de novembro de 2015, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante “a Comissão” ou “a Comissão Interamericana” ou a CIDH) submeteu à jurisdição da Corte o caso *Lagos del Campo* contra a República do Peru (doravante “o Estado” ou “Peru”) perante a jurisdição da Corte Interamericana. De acordo com a Comissão, o caso se refere à demissão do Sr. Alfredo Lagos del Campo (doravante “Lagos del Campo”) em 26 de junho de 1989, como consequência de declarações realizadas enquanto era presidente da Comissão Eleitoral da Comunidade Industrial da empresa Ceper-Pirelli. Conforme a Comissão, as declarações emitidas pelo Sr. Lagos del Campo teriam por objeto denunciar e chamar a atenção sobre atos de ingerência indevida dos empregadores na vida das organizações representativas dos trabalhadores na empresa e na realização de eleições internas da Comunidade Industrial. Da mesma forma, a decisão pela demissão foi confirmada pelos tribunais nacionais do Peru. Além disso, “a Comissão determinou que a demissão do Sr. Lagos del Campo constituiu uma ingerência arbitrária no exercício do direito à liberdade de expressão [...]. A Comissão considerou que foi aplicada a sanção mais severa prevista na legislação com consequências importantes na liberdade de expressão da [suposta] vítima quando era dirigente de trabalhadores e no direito coletivo dos trabalhadores de receber informação sobre assuntos que lhe dizem respeito”. Finalmente, a Comissão determinou, em seu Relatório de Mérito, que no presente caso cabe determinar se o Estado cumpriu o seu dever de garantir os direitos da suposta vítima no âmbito das relações de trabalho, atendendo às abrangências dos direitos reconhecidos na Convenção Americana. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. Sentença de 31 de agosto de 2017, p. 4. Disponível em: mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/lagos_del_campo. Acesso em: 10 abr. 2021.

12 Portanto, ao analisar o conteúdo e a abrangência do artigo 26 da Convenção neste caso, a Corte considerará, à luz das normas gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 b, c e d da mesma, a mencionada proteção à estabilidade no trabalho aplicável a este caso em particular. Cf. *Ibid.* p. 83.

13 O caso submetido à Corte – Em 19 de setembro de 2018, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos [...] submeteu à jurisdição da Corte Interamericana o Caso *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares* contra a República Federativa do Brasil [...]. De acordo com a Comissão Interamericana, o caso se relaciona à explosão de uma fábrica de fogos de artifício

trabalho, oriundo no artigo 26 da CADH em detrimento das vítimas e o Tribunal¹⁴ considerou a responsabilidade internacional do Estado pela falta de fiscalização violando, assim, o direito a condições equitativas e satisfatórias que possam garantir segurança no trabalho, direitos esses protegidos e garantidos pela CADH.

Percebe-se que a jurisprudência da CIDH em relação ao alcance e à aplicabilidade do artigo 26 da CADH evolui no sentido de reconhecer expressamente sua justiciabilidade, sua aplicação direta e autônoma, além disso, a não hierarquização dos direitos fundamentais previstos na Convenção, de modo não se pode pretender que os direitos civis e políticos possuam força vinculante maior que os direitos econômicos, sociais e culturais, sendo assim, o que existe é uma interdependência entres esses direitos, portanto, os Estados-Partes estão obrigados de igual maneira a não violarem esses direitos e assumirem o compromisso de, no direito interno, fortalecer e adequar a legislação em conformidade com os tratados internacionais dos quais são signatários.

2.2 NOÇÃO DE PROGRESSIVIDADE E A OBRIGAÇÃO ESTATAL DE NÃO RETROCEDER EM RELAÇÃO AOS DIREITOS ORIUNDOS DO ARTIGO 26 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

É importante salientar que o conteúdo do artigo 26 da CADH deriva também das intenções previstas no preâmbulo¹⁵ da Convenção que considera

em Santo Antônio de Jesus, ocorrida em 11 de dezembro de 1998, em que 64 pessoas morreram e seis sobreviveram, entre elas 22 crianças. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil*. Disponível em: cortidh.org.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf. p. 4. Acesso em: 10 abr. 2021.

14 Desse modo, fica clara a interpretação de que a Convenção Americana incorporou a seu catálogo de direitos protegidos os denominados direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA), mediante uma derivação das normas reconhecidas na Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), bem como das normas de interpretação dispostas no próprio artigo 29 da Convenção, especialmente, que impede limitar ou excluir o gozo dos direitos estabelecidos na Declaração Americana e, inclusive, os reconhecidos em matéria interna. Em conformidade com uma interpretação sistemática, teleológica e evolutiva, a Corte recorreu ao corpus iuris internacional e nacional na matéria para dar conteúdo específico ao alcance dos direitos tutelados pela Convenção, a fim de derivar o alcance das obrigações específicas de cada direito. Cf. *Ibid.* p. 43.

15 Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos. Cf. cidh.oas.org/básicos/português/c.convenção_americana.htm. p. 1. Acesso em: 26 mar. 2021.

que para a conquista da liberdade sem temor e sem miséria é necessária a criação de condições que permitam às pessoas o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, no entanto, para que esse objetivo seja alcançado faz-se necessária a implementação progressiva desses direitos aplicando o máximo possível de recursos com essa finalidade, evitando, assim, retrocessos em matéria desses direitos¹⁶.

Por outro lado, a noção de progressividade está intimamente ligada à efetividade dos direitos de cunho econômico, social e cultural objetivando afastar ou proibir do Poder Público a possibilidade de mover da previsão constitucional o grau de efetividade desses direitos, garantindo, dessa forma, a sua plena justiciabilidade, impedindo que os benefícios que foram promovidos pelo Estado sejam retirados da ordem jurídica, a menos que seja para melhorar, complementar o que já existia, uma vez que tais direitos são conquistas fundamentais para o desenvolvimento da comunidade.

Nesse sentido, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais traduzem um duplo comando¹⁷:

a) A obrigação de adotar medidas que visem a implementação progressiva e gradual desses direitos;

b) A obrigação de não retroceder o nível de fruição e gozo desses direitos já implementados.

Através dessa compreensão torna-se possível depreender que existem dois princípios autônomos, ainda que estejam inter-relacionados entre si e se complementem, quais sejam:

a) O princípio do desenvolvimento progressivo – expresso no artigo 26 da CADH com a finalidade de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos decorrentes das normas econômicas, sociais e culturais, conforme os recursos disponíveis;

b) Princípio da proibição do retrocesso – embora não esteja expresso no artigo 26 da CADH, ele decorre desse dispositivo, uma vez que sua formulação foi extraída da noção da progressividade que é o núcleo do artigo 26 da CADH.

16 [...] a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma convenção interamericana sobre direitos humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria [...]. Cf. cidh.oas.org/básicos/português/c.convenção_americana.htm. p. 1. Acesso em: 26 mar. 2021.

17 GOTTI, Alessandra. *Direitos Sociais: Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.108.

Portanto, materialmente, a obrigação estatal de não retroceder em relação aos direitos decorrentes do artigo 26 da CADH parte da premissa de que, continuamente, há que ter avanços na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais com condições materiais de concretização, gozo e fruição, não devendo, assim, reduzir o grau de promoção e proteção dos direitos já existentes, muito menos revogá-los¹⁸. Contudo, sabe-se que existe na literatura especializada¹⁹ a sustentação de que a proibição do retrocesso deriva da obrigação principal que é a implementação progressiva²⁰ desses direitos, porém, as condutas que desencadeiam o cumprimento e a violação dessas obrigações são diferentes, depreendendo-se, desse modo, que o princípio da proibição do retrocesso apresenta uma conformação autônoma, ainda que, inegavelmente, tenha uma inter-relação e complementariedade com o princípio da implementação progressiva.

3 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL (LIMITE DOS RECURSOS DISPONÍVEIS) EM FACE DO DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO

A redação do artigo 26 da CADH traz a expressão “na medida dos recursos disponíveis”, de modo a ficar subtendido que os Estados-Partes só estão

18 Se consagradas legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente sem alternativas ou compensações “retornando sobre seus passos”, reconhecido, através de lei, o subsídio de desemprego como dimensão do direito do trabalho, não pode o legislador extinguir esse direito, violando o núcleo essencial do direito social constitucionalmente protegido. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 475.

19 A obrigação estatal de implementação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, podem extrair-se algumas obrigações concretas. A obrigação mínima assumida pelo Estado a respeito é a obrigação de *não regressividade*, é dizer, a proibição de adotar políticas e medidas e, por fim, de sancionar normas jurídicas que piorem a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais de que gozava a população no momento da adoção do tratado internacional respectivo ou a cada melhora “progressiva” (Tradução livre). Cf. COURTIS, Christian (org.). *Ni un paso atrás: La Prohibición de Regressividad em Materia de Derechos Sociales: apuntes introductorios*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 9.

20 O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais desmembrou a obrigação da progressividade em várias obrigações: obrigação de adotar medidas imediatas (que inclui a obrigação de garantir que os direitos do Pacto se exerçam sem discriminação e a obrigação de adotar medidas), obrigação de garantir níveis essenciais dos direitos, obrigação de proteger com caráter prioritário os grupos desvantajados ou vulneráveis e a obrigação de não retrocesso. Cf. ROSSI, Julieta. *La Obligación de no Regressividad em la Jurisprudência del Comitê de Derechos Econômicos, Sociales y Culturales*. In: COURTIS, Christian (org.). *Ni un paso atrás: La prohibición de regressividad em materia de derechos sociales: apuntes introductorios*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 84. Tradução livre.

comprometidos com as obrigações exigíveis do artigo 26 da CADH até o limite dos recursos disponibilizados para os investimentos nas áreas dos direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse sentido, percebe-se que foi levado em consideração o princípio da reserva do possível²¹, pelo qual se concebe que para efetivar esses direitos oriundos do artigo 26 da CADH, faz-se necessário verificar a capacidade financeira do Estado por se tratar de prestações que dependem de financiamento público, de modo que a reserva do possível traduz a ideia de que a realização desses direitos estão à mercê da disponibilidade de recursos estatais que gravitam na seara da discricionariedade (conveniência e oportunidade), decidida pelos governantes e parlamentares.

Todavia, não é admissível ao Poder Público a falsa alegação da escassez orçamentária, uma vez que não é lícito a manipulação do orçamento público com o objetivo de criar obstáculos artificiais para frustrar e inviabilizar as condições materiais mínimas para a realização dos direitos que decorrem do artigo 26 da CADH, já que a cláusula da reserva do possível²², salvo justa causa aferível, não pode ser postulada pelo Estado a fim de se eximir do cumprimento de obrigações

21 A construção teórica da “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto na doutrina majoritária quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 29.

22 [...] “reserva do possível” [...], notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando [...]. Não se mostra lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cf. ADPF 45/2004 MC/DE, p. 2. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

assumidas, seja em âmbito nacional ou internacional, pois isso poderá tornar sem efeitos os direitos em questão.

No que diz respeito aos pronunciamentos em sentença da CIDH, percebe-se que a abordagem do tema sobre “limites dos recursos disponíveis” é tratado de forma geral no contexto do artigo 26 da CADH, sempre chamando atenção para o fato de que a localização desse direito no corpo da Convenção está na parte que trata dos “Deveres dos Estados e Direitos Protegidos”, portanto, o não cumprimento das obrigações sob a alegação de falta de recursos²³ disponíveis para tal finalidade deve ser comprovada e não apenas alegada, de modo que a CIDH, entende que a regressividade em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais é justificável pela falta de recursos disponíveis, em observância ao princípio da reserva do possível (medida dos recursos disponíveis), desde que haja “razões de peso suficientes²⁴”.

23 O Tribunal observa que o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais foram matéria de pronunciamento por parte do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, no sentido de que a plena efetividade destes “não poderá ser alcançada em um breve período de tempo” e que, nessa medida, “requer um dispositivo de flexibilidade necessária que reflita as realidades do mundo [...] e as dificuldades que implicam para cada país assegurar [esta] efetividade”. No contexto desta flexibilidade quanto a prazo e modalidades, o Estado terá essencialmente, ainda que não exclusivamente, uma obrigação de fazer, ou seja, de adotar providências e disponibilizar os meios e elementos necessários para responder as exigências de efetividade dos direitos envolvidos, sempre na medida dos recursos econômicos e financeiros de que disponha para o cumprimento do respectivo compromisso internacional adquirido. Assim, a implementação progressiva destas medidas poderá ser objeto de prestação de contas e, se for o caso, o cumprimento do respectivo compromisso adquirido pelo Estado poderá ser exigido perante as instancias convocadas a resolver eventuais violações aos direitos humanos. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso acevedo Buendía e Outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) Vs. Peru*. Sentença de 1º de julho de 2009. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2016/04/d48d60862a92e17629044146a3442656.pdf>. p. 32.

24 “[...] observa-se um dever – embora condicionado – de não regressividade, que nem sempre deverá ser entendido como uma proibição de medidas que restrinjam o exercício de um direito. A esse respeito, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas afirmou que “as medidas de caráter deliberadamente regressivo neste aspecto requererão a consideração mais cuidadosa e deverão ser justificadas plenamente por referência a totalidade dos direitos previstos [...] e no contexto do aproveitamento pleno do máximo dos recursos de que o Estado disponha”. Na mesma linha, a Comissão Interamericana considerou que para avaliar se uma medida regressiva é compatível com a Convenção Americana, deverá ser ‘determinado se está justificada por **razões de peso suficiente**’. Por todo o exposto, cabe afirmar que a regressividade é protegida (justicável) quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais”. (Grifo nosso). Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso acevedo Buendía e Outros (“Demitidos e Aposentados da Controlado-*

Nota-se que que tanto no direito interno, notadamente na ADPF 45 que é uma decisão paradigmática quando se trata da jurisprudência nacional sobre o tema do princípio reserva do possível, quanto no entendimento da CIDH, só é admissível a alegação da escassez recursal pelo Poder Público quando resta comprovada cabalmente essa limitação orçamentária que impeça a plena efetivação dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e culturais previstas no artigo 26 da CADH.

3.1 DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO EM MEIO À ESCASSEZ ORÇAMENTÁRIA

Sabe-se que os Estados, especialmente os localizados na América Latina, têm seus orçamentos reduzidos, notadamente para investimentos em direitos derivados do artigo 26 da CADH. Diante disso, é importante a observação de condutas que criem condições materiais para a implementação desses direitos e, para isso, é fundamental a priorização dos recursos voltados a essa finalidade, uma vez que se sabe da finitude dos recursos frente à crescente necessidade de prestações estatais, de modo que o planejamento racional, levando-se em consideração metas que devem ser atingidas em curto, médio e longo prazos, sempre justificando junto à comunidade os critérios adotados, é um meio de atingir objetivos que gradualmente poderão conduzir a um desenvolvimento efetivo, capaz de, ainda que em meio à escassez orçamentária e observando o princípio da reserva do possível, obter resultados satisfatórios em relação às prioridades eleitas.

Ademais, esse tipo de conduta estatal é importante para evitar que os Estados sejam condenados²⁵ pela CIDH em razão da violação dos direitos de cunho econômico, social e cultural, haja vista que a adesão a tratados internacionais traz como consequência o dever estatal de se amoldar às interpretações adotadas pelos órgãos de jurisdição internacional, em especial, no caso em pauta, à jurisprudência

ria”) Vs. Peru. Sentença de 1º de julho de 2009. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2016/04/d48d60862a92e17629044146a3442656.pdf>.

25 Independentemente dessa transversal discussão acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, cabe destacar que em virtude de princípios como o *pacta sunt servanda*, o da boa-fé e o da imperatividade das normas *jus cogens*, os compromissos internacionais assumidos pelo Estado devem ser cumpridos, sob pena de a atuação estatal em sentido contrário ensejar a responsabilidade do Brasil no âmbito internacional, com a aplicação das consequentes sanções aplicadas pelas Cortes e Tribunais Internacionais. Cf. MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015. p. 205.

firmada pela CIDH em relação ao artigo 26 da CADH²⁶. Ademais, a Constituição brasileira de 1988 foi inspirada nos preceitos internacionais de proteção dos direitos humanos e desde o seu Preâmbulo evidencia o compromisso²⁷ do Estado brasileiro em assegurar o exercício dos direitos sociais e do desenvolvimento nacional, portanto, a Constituição exerce uma função diretiva e estabelece finalidades e objetivos para o Estado e para a comunidade, traçando um Estado de bem-estar social que, para tanto, deve ser intervencionista e planejador visando a promoção da justiça social²⁸.

Nesse sentido, ainda que se reconheça a escassez orçamentária que repetidas vezes é alegada para a negativa de concessões de prestações oriundas do artigo 26 da CADH, os Estados não podem deixar de empregar esforços com o objetivo de promover o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, haja vista que, no caso do Brasil, não apenas no direito interno existe o comando de não regressividade, mas também no âmbito internacional por meio dos tratados que o Brasil adotou, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo assim, ao incluir no rol dos direitos constitucionais a proteção e garantias enunciadas nos tratados internacionais de direitos humanos, a constituição acabou incorporando-os com status de norma constitucional²⁹.

26 A fim de evitar que o Estado brasileiro seja condenado pela violação às normas protetivas de direitos humanos, exsurte a necessidade de que todo o aparelho estatal, notadamente os órgãos do Poder Judiciário, apliquem os preceitos contidos dos tratados internacionais de direitos humanos e sigam a interpretação a eles conferida pelos órgãos da jurisdição internacional, principalmente o Corte Interamericana de Direitos Humanos [...]. Cf. *Ibid.* p. 205-206.

27 Em termos de legitimidade fundante, a análise do Preâmbulo (cuja função dogmática usual é revelar a *mens legis*, configurar uma abreviatura para localizar os princípios retores e definir a autoridade constituinte), mostra um elenco de valores e sua possível organização, seus instrumentos de revelação, os fins propostos e as condicionalidades essenciais. Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 29.

28 A nova topografia constitucional inaugurada pela Carta de 1988 reflete a mudança paradigmática da lente *ex parte Populi*. Isto é, de um Direito inspirado pela ótica da cidadania, radicado nos direitos dos cidadãos. A Constituição de 1988 assume como ponto de partida a gramática dos direitos, que condiciona o constitucionalismo por ela invocado. Assim, é sob a perspectiva dos direitos que se afirma o Estado e não sob a perspectiva do Estado que se afirmam os direitos. Há, assim, um Estado brasileiro pré e pós – 88 no campo dos direitos humanos. O Texto Constitucional propicia a reinvenção do marco jurídico dos direitos humanos, fomentando extraordinários avanços nos âmbitos da normativa interna e internacional. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 33.

29 [...] sensível à importância dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição de 1988, ampliando a cláusula que prevê o conteúdo materialmente aberto dos direitos

3.1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE A FIM DE EVITAR A INVOCAÇÃO ARBITRÁRIA DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E EVITAR O RETROCESSO

O controle de validade das normas nacionais em face dos compromissos assumidos em matéria de proteção dos direitos humanos previstos em tratados internacionais faz-se através do controle de convencionalidade³⁰. Outrossim, a CIDH admite que esse tipo de controle possa-se dar tanto em caso concreto, quanto em abstrato³¹. É importante ressaltar que o instrumento do controle de convencionalidade cabe à jurisdição interna, seja através de juiz singular ou mesmo por tribunais, contudo, ficando demonstrada a omissão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem a prerrogativa de exercer esse controle, isso quando se estar a falar da Convenção Americana dos Direitos Humanos, como é o caso em estudo.

Por outro lado, o princípio da interpretação conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos submete o Estado ao controle de convencionalidade, de modo que se pressupõe a observância de outro princípio, qual seja, o princípio da adequação do direito interno ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, ou seja, faz-se necessária essa adequação nas normas internas

fundamentais, estatui no § 2º do seu artigo 5º, que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ademais, no § 3º, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, incluído pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, dispõe que os tratados e convenções sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Cf. GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 134.

30 No início, o controle de convencionalidade foi exercido somente pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos. Posteriormente, a Corte estabeleceu que também aos órgãos de jurisdição interna competisse averiguar a adequação entre o direito doméstico e a Convenção Americana. Mas a evolução do controle de convencionalidade não parou. Em importante decisão, a citada Corte preceituou que o controle de convencionalidade do direito estatal não é cabível somente em face do Pacto de São José da Costa Rica, mas também diante da interpretação que a dita Corte confere ao citado pacto, vez que ostenta a qualidade de última intérprete da Convenção Americana. Cf. MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRRN, 2015. p. 249-250.

31 Mostrando maturidade na construção do controle de convencionalidade, a CIDH decidiu que o citado controle não é possível apenas em determinado caso concreto, mas também em abstrato [...]. Apesar do controle de convencionalidade se consolidar com o modelo atual nas decisões provenientes da jurisdição contenciosa da Corte, tal já era exercido quando do exercício da jurisdição consultiva. Cf. *Ibid.* p. 250.

dos Estados-Partes e essa verificação de conformidade se dá por meio do controle de convencionalidade.

Já no que tange à jurisprudência da CIDH em relação a essa matéria, tem-se como caso inaugural nessa Corte com o emprego do termo “controle de convencionalidade”, o caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*³², no qual tem-se o voto, em apartado, do juiz Garcia Ramirez³³ que considerou inadmissível o Estado invocar a independência dos poderes para se eximir das reparações às vítimas que tiveram seus direitos violados e reconhecidos como tal pela CIDH que ordenou ao Estado a reparação, uma vez que há uma obrigação convencional que vincula o Estado às normas da Convenção e às sentenças emanadas da CIDH. Após esse primeiro pronunciamento da Corte sobre controle de convencionalidade, surgiu o caso *Arellano Almonacid vs Chile*, nessa sentença a Corte de fato formalizou a tese do controle de convencionalidade³⁴.

32 “Os fatos do presente caso se situam no contexto em que a Guatemala estava atolada em um conflito armado interno onde foram realizadas execuções extrajudiciais seletivas com o objetivo de ‘limpeza social’. Myrna Chang realizou atividades de pesquisa sobre as comunidades da população em resistência a as políticas do Exército da Guatemala em relação a elas. Em 11 de setembro de 1990 Myrna Mack foi assassinada por militares, após ser vigiada [...]”. Cf. https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_ficha=287. Acesso em: 16 abr. 2021.

33 Para os efeitos da Convenção Americana e o exercício da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, o Estado vem em forma integral, como um todo. Nesta ordem, a responsabilidade é global, tem o Estado em seu conjunto e não sujeita divisões de atribuições que remetem ao Direito Interno. Não é possível dividir internacionalmente o Estado, obrigar frente a Corte só um ou alguns de seus órgãos, entregando a estes a representação do Estado em juízo – sem que essa representação repercuta sobre o Estado em seu conjunto – e subtrair os outros do regime convencional de responsabilidade, deixando suas atuações fora do “controle de convencionalidade” que traz consigo a jurisdição da Corte Internacional. Cf. Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Série C No.101, voto:JuezGarcíaRamírez,disponívelemhttp://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf; Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Série C no. 114. Parágrafo 3 do voto apartado do juiz García Ramirez. Tradução livre.

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

Quanto ao controle de convencionalidade no que diz respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais, no sentido de evitar a alegação arbitrária do princípio da reserva do possível para postergar a implementação progressiva e evitar o retrocesso previsto no artigo 26 da CADH, percebe-se que há o exercício desse controle tanto interno no Brasil, quanto pela CIDH. Ademais, o princípio da progressividade impõe que o controle da convencionalidade leve em consideração a não redução dos direitos previstos no sistema jurídico nacional, assim como nos tratados internacionais de direitos humanos³⁵. No Brasil, com a Reforma Trabalhista implementada através da Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, evidenciou-se o exercício desse controle, podendo-se citar o caso do artigo 394-A da CLT que permitia o trabalho de grávidas e lactantes em ambientes insalubres, significando um retrocesso na proteção da trabalhadora, de modo que o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5938, considerou inconstitucional³⁶ tal norma. Por outro lado, a CIDH, nas suas sentenças, sempre prima pela efetiva implementação de direitos que visem a evitar o retrocesso, nesse sentido, o controle de convencionalidade é uma ferramenta eficaz para evitar retrocessos, especialmente quando se trata de direitos econômicos, sociais e culturais, os quais, quase sempre, exigem ações positivas do Estado para sua concretização.

4 CONCLUSÃO

Pelo exposto, nota-se que os compromissos convencionados pelos Estados-Partes devem ser cumpridos sob pena de violação das normas em matéria de direitos humanos, de modo que, as obrigações de respeitar, proteger e cumprir

prete última da Convenção Americana, fez do mesmo. Cf. cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172c130058bc5a96931e41d04e2.pdf. Acesso em: 16 mar. 2021.

35 A progressividade dos direitos humanos estabelece a obrigação do Estado de tentar todos os meios possíveis para a satisfação em cada momento histórico e proíbe qualquer reversão ou regressão nessa tarefa. Cf. RAMIREZ, Sérgio Garcia; SANCHEZ, Moráles. *La reforma constitucional sobre derechos humanos*. México: Porrúa y UNAM, 2011. p. 99.

36 De forma técnica, vê-se que para uma lei ser considerada válida, necessário se faz a satisfação de dois crivos: (a) no plano interno, a compatibilidade com a Constituição, e (b) no externo, com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado. Mesmo satisfazendo o primeiro exame de compatibilidade, ou seja, mesmo a lei sendo constitucional, caso não esteja materialmente conforme os citados tratados, deverá ser declarada, seja pela jurisdição doméstica ou pelos Tribunais e Cortes Internacionais, como inconvencional, dada a existência de vício material de inconvencionalidade. Cf. MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015. p. 252.

impõem um planejamento que assegure a implementação progressiva dos direitos, em especial os oriundos do artigo 26 da CADH, objeto deste estudo, evitando, assim, o retrocesso. Ademais, a jurisprudência da CIDH no que diz respeito à aplicação desse artigo reconhece de modo expresso a sua justiciabilidade de forma autônoma e vinculante.

Portanto, quando se trata do princípio da reserva do possível como limitador da implementação progressiva dos direitos de cunho econômico, social e cultural, percebe-se que a jurisprudência da Corte maior do Brasil (STF), como da Corte Regional, a CADH, ambas só admitem o argumento da reserva do possível nos casos em que fica comprovada a escassez de recursos, ou seja, quando há “razões de peso suficientes”. No entanto, ainda que haja esse reconhecimento, devem aos Estados empregar esforços no sentido de evitar o retrocesso e tão logo promover o desenvolvimento de modo progressivo.

Nesse sentido, o Controle da convencionalidade é uma ferramenta eficaz para a verificação do cumprimento das obrigações estatais, evitando a redução de direitos, especialmente aqueles previstos no artigo 26 da CADH, uma vez que são essenciais no combate às desigualdades que conduzem à miséria, à fome e à falta de oportunidades, especialmente nos países da América Latina, onde é de suma importância a existência de um instrumento de Direito Internacional dos Direitos Humanos como a CADH, notadamente quando vincula os países signatários às normas que visam a implementação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, uma vez que esses direitos têm o condão de proporcionar uma igualdade não apenas formal entre as pessoas, mas, acima de tudo, uma igualdade material.

REFERÊNCIAS

- ANTONIAZZI, Mariela Morales; RONCONI, Liliana; CLÉRICA, Laura (org.). *Interamericanización de los desca el caso cuscul pivaral de la corte IDH. Colección: Constitución y Derechos*. México: Universidade Nacional Autónoma do México, 2020.
- BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CASTILHO, Ricardo. *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAVALCANTI, Bianor Scelza; RUEDIGER, Marco Aurélio; SOBREIRA, Rogério (org.). *Desenvolvimento e construção nacional: políticas públicas*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.
- COURTIS, Christian (org.). *Ni un paso atrás: La prohibición de regressividad em materia de derechos sociales: apuntes introductorios*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso acevedo Buendía e Outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) Vs. Peru*. Sentença de 1º de julho de 2009. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2016/04/d48d60862a92e17629044146a3442656.pdf>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil*. Disponível em: cortidh.org.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf. p. 4. Acesso em: 10 abr. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. Sentença de 31 de agosto de 2017. p. 4. Disponível em: mpf.

mp.br/atuação-tematica/sci/dados-da-atuação/corte-idh/lagos_del_campo. Acesso em: 10 abr. 2021.

CRAVEN, Matthew. *The international covenant on economic, social and cultural rights: a perspective on its development*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira. *Direitos sociais no Brasil: desafios e mecanismos para sua concretização*. Curitiba: Juruá, 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

JANNUZZI, Paulo de Martinho. *Indicadores sociais no Brasil: conceito, fontes de dados e aplicações*. 5. ed. Campinas: Alínea, 2012.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015.

PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMIREZ, Sérgio Garcia; SANCHEZ, Moráles. *La reforma constitucional sobre derechos humanos*. México: Porrúa y UNAM, 2011.

ROSSI, Julieta. La obligación de no regresividad em la jurisprudência del comité de derechos económicos, sociales y culturales. In: COURTIS, Christian (org.) *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad em materia de derechos sociales: apuntes introductorios*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: Leis orçamentárias como instrumento de implementação*. 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. *Direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social*. Belo Horizonte: DelRey, 2011. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2016/04/d48d60862a92e17629044146a3442656.pdf>. p. 32-33. Acesso em: 20 mar. 2021.

A natureza jurídica das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua execução na jurisdição brasileira

Bruno Pereira de Andrade¹

1 INTRODUÇÃO

Devido a sua abrangência territorial, potencial econômico e variedade cultural, o Brasil tradicionalmente exerce importante papel em diversos aspectos sociais e políticos no continente americano.

Nesse contexto, o País segue os objetivos de cooperar internacionalmente e de defender os direitos humanos, princípios basilares de suas relações internacionais, insculpidos na Constituição Federal de 1988 (CF/88).

A partir desses valores, o Estado brasileiro buscar contribuir, de modo amplo, para a redução de violações àqueles direitos, combatendo a impunidade ou a própria inércia estatal, efetivando a justiça de modo universal.

Para isso, o País incorporou ao seu ordenamento jurídico a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, norma que contém inúmeros dispositivos relacionados àqueles intenções.

O presente estudo, portanto, tem o objetivo geral de examinar a natureza jurídica das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH, órgão jurisdicional criado pela CADH, verificando o rito para seu cumprimento, no Brasil.

¹ CMestrando em Direito pelo Programa de Pos-Graduacao em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Os objetivos específicos do trabalho foram organizados em capítulos nos quais se analisam normas, posições doutrinárias e jurisprudenciais, relativas ao atual contexto no que tange ao tratamento daqueles julgados e seu procedimento de execução na jurisdição pátria.

Para tanto, no primeiro capítulo, são descritas disposições constitucionais relacionadas à incorporação de tratados internacionais de direitos humanos, como a CADH, e a adesão a organizações internacionais, a exemplo da Corte IDH, além das competências desta última.

No segundo capítulo, são discutidos conceitos e características das sentenças nacionais estrangeiras e internacionais, com base nas normas processuais brasileiras.

Por fim, no terceiro capítulo, discutem-se aspectos do procedimento para execução das sentenças da Corte IDH pelo Brasil, como competência, legitimidade e outros.

Busca-se saber se o tratamento destinado às sentenças internacionais proporciona seu cumprimento a contento no País, partindo-se da hipótese de que podem ser harmonizadas as ordens interna e interamericana, desde que compatibilizada a aplicação final de suas normas.

Ademais, a pesquisa justifica-se pela necessidade de se conhecer a natureza jurídica e a execução das sentenças da Corte IDH, cujo estudo doutrinário ainda é escasso no Brasil.

O método de pesquisa empregado é predominantemente descritivo e indutivo, ou seja, após considerar um número suficiente de situações, há uma conclusão geral sobre o tema.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: ADESÃO A TRATADOS E ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

2.1 A ADESÃO DO BRASIL À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O processo de redemocratização do Brasil, após mais de duas décadas de regime militar, proporcionou a valorização crescente de temas relacionados à

cidadania e à dignidade da pessoa humana, alçados à categoria de fundamentos do Estado brasileiro.

Nesse novo paradigma, o legislador constituinte tratou de inserir um conjunto de direitos e garantias fundamentais logo nos primeiros artigos da nova Constituição, antes mesmo dos que tratam da estrutura estatal, como forma de demonstrar aos seus cidadãos e ao mundo, a relevância destinada àqueles compromissos.

Para tanto, a Constituição Federal abarcou, dentre outras diretrizes, um elenco sistematizado de princípios que regem o Brasil em suas relações internacionais².

Tais princípios guiam a atuação do Estado brasileiro em relação a outras nações, além de auxiliarem o exercício de atribuições de natureza internacional inerentes ao Congresso Nacional e aos órgãos jurisdicionais, destacando-se a diretriz de defesa dos direitos humanos.

De acordo com Thiago Oliveira Moreira, no período pós-CF/88, esse ideal pode ser exemplificado pela adesão brasileira aos principais tratados internacionais voltados a proteção geral dos direitos humanos³.

Assim, cabe analisar a elevada relevância dedicada a tais compromissos, a partir do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, que abarca normas e órgãos específicos visando materializá-los.

2 CF/88, Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – independência nacional; II – prevalência dos direitos humanos; III – autodeterminação dos povos; IV – não-intervenção; V – igualdade entre os Estados; VI – defesa da paz; VII – solução pacífica dos conflitos; VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X – concessão de asilo político.

3 O autor destaca: 1) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; 2) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; 3) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; 4) Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 5) Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH; 6) Protocolo Adicional à CADH, Referente à Abolição da Pena de Morte; 7) Protocolo Adicional à CADH sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 8) Estatuto de Roma do TPI; 9) Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte IDH, sob reserva de reciprocidade; 10) Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, dentre outros tratados especiais relacionados à proteção de crianças e adolescentes, mulheres, índios, pessoas com deficiência, etc. MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015. p. 136-143.

Tal sistema, segundo Yara Maria Pereira Gurgel, é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujos principais instrumentos jurídicos são a Carta dos Estados Americanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴.

A CADH nasceu da vontade do diversos Estados em processar e punir violações praticadas em detrimento dos direitos humanos no continente americano.

Desse modo, o referido Pacto foi adotado no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA, em 22 de novembro de 1969, tendo entrado em vigor internacional em 18 de julho de 1978.

O governo brasileiro depositou a carta de adesão à Convenção em 25 de setembro de 1992, tendo a CADH entrado em vigor, para o País, na mesma data. Em seguida, a referida norma foi promulgada pelo Presidente da República⁵.

Finalmente, em 3 de dezembro de 1998, a declaração de aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH foi depositada pelo Brasil junto à Secretaria-Geral da OEA, contribuindo-se assim ao cumprimento do previsto no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da CF/88, no qual o Brasil se comprometeu a defender a existência de tribunal internacional de direitos humanos⁶, como é o caso daquela Corte.

A adesão do País na criação e efetivação de tratados e organismos internacionais, como a CADH e a Corte IDH, demonstra sua vontade em participar de um objetivo mais amplo em prol da proteção dos direitos humanos, ajustando inclusive seu ordenamento interno, quando necessário, deixando em segundo plano, de certo modo, sua soberania, cujo conceito clássico encontra-se sob ataque, conforme ressaltado por Anne-Marie Slaughter⁷.

4 GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. 2007. 316 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007. p. 140.

5 Através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

6 CF/88, ADCT, Art. 7º. O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

7 Sobre o tema, a autora reflete: “Theorists, pundits, and policymakers all recognize that traditional conceptions of sovereignty are under assault. The result is a seemingly endless debate about the changing nature of sovereignty. What does it mean? Does it still exist? Is it useful?” SLAUGHTER, Anne-Marie. *Sovereignty and Power in a Networked World Order*. 40 *Stanford Journal of International Law*. Stanford, 2004. p. 283.

No tópico seguinte, verifica-se, sinteticamente, a incorporação de tratados e convenções internacionais de direitos humanos ao ordenamento pátrio, especialmente a partir da Emenda Constitucional n.º 45/2004 – EC 45/04.

2.2 A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A EC 45/04 inseriu o §3º no art. 5º da CF/88, proclamando que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Ocorre que, desde 1977⁸, o Supremo Tribunal Federal – STF entendia que tratados internacionais, de modo geral, encontravam-se equiparados juridicamente à lei ordinária federal, não tendo legitimidade para confrontar ou complementar preceitos constitucionais.

No entanto, em 2008, ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 466.343-1⁹, a Corte renovou sua jurisprudência, optando-se pelo caráter supralegal dos tratados que não atendam ao §3º no art. 5º da CF/88, originando três categorias nas quais os tratados internacionais internalizados podem ser enquadrados, segundo Ricardo Victalino de Oliveira¹⁰.

Assim, para o STF, são indispensáveis os aspectos formais, ou seja, o cumprimento das exigências do art. 5º, §3º da CF/88, para que o tratado internacional de direitos humanos tenha *status* de EC, apesar da característica materialmente constitucional de seu conteúdo.

8 RE n.º 80.004 SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, julgado em 01/06/1977, publicado em 29-12-1977.

9 RE n.º 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 03/12/2008, DJE 12/12/2008.

10 O autor elenca as seguintes categorias: *i) paridade normativa em relação às leis ordinárias* (convenções que versem sobre matérias estranhas ao campo dos direitos humanos); *ii) supralegalidade* (tratados que disciplinem matéria atinente aos direitos humanos, mas que não foram aprovados pelo Congresso Nacional em conformidade com o previsto no art. 5º, §3º, da Lei Maior); ou; *iii) equivalência de emendas constitucionais* (convenções sobre direitos humanos referendadas pelo Congresso Nacional nos termos do art. 5º, §3º, da Constituição). (Grifo nosso). OLIVEIRA, Ricardo Victalino de. A jurisdição constitucional brasileira em matéria de tratados internacionais sob a perspectiva do estado constitucional cooperativo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 12, n. 23. p. 60-81, Belo Horizonte: PUC, jan./jun. 2009. p. 69.

Ocorre que a CADH, que objetiva proteger direitos humanos, entrou em vigor no Brasil em 1992, portanto, anteriormente à EC 45/04, sem obedecer ao rito supracitado.

Desse modo, a CADH não adquiriu *status* de norma constitucional, mas supralegal, situando-se abaixo da Constituição Federal e acima das demais leis infraconstitucionais.

Assim, para o STF, a aplicação da CADH deve submeter-se às regras de direito interno, por se tratar de norma inferior à Constituição, o que neutralizaria a aplicação de dispositivos que lhe fossem discrepantes, ante o caráter supralegal da Convenção, aplicando-se, portanto, o desgastado e moribundo modelo hierárquico-normativo.

Nesse processo, há a tentativa de compatibilização do tratado internacional à CF/88, quando colidentes, visando harmonizar seus efeitos, mantendo-se o texto constitucional, mas paralisando-se a eficácia de lei regulamentadora, como na prisão do depositário infiel.

2.3. AS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E A COMPETÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Marcado por intensos conflitos armados e ideológicos, bem como pela consolidação do processo de globalização, o turbulento século XX foi palco para o surgimento de diversas organizações internacionais (OI), criadas pela carência de se estabelecer mecanismos capazes de harmonizar tensões entre os países e de promover seus interesses comuns.

Segundo Eduardo Felipe Pérez Matias, após a 2ª Guerra Mundial, os Estados tomaram consciência de que não são autossuficientes, de que o isolamento representa retrocesso e de que o crescimento se vincula à cooperação. Ademais, a coexistência de múltiplos Estados independentes gerou o aumento expressivo de nações e organizações mais atuantes, além de tratados visando mútua colaboração e estimulando o progresso das relações humanas¹¹.

Inúmeras são as organizações internacionais e suas finalidades, não sendo objetivo deste trabalho descrevê-las a fundo, o que demandaria um estudo específico sobre o tema.

11 MATIAS, Eduardo Felipe. *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014. p. 206.

A título exemplificativo, a Organização das Nações Unidas – ONU, mais conhecida OI, foi criada em 1945, tendo como principal propósito manter a paz e a segurança internacionais e promover a cooperação e os direitos humanos globalmente.

Por sua vez, a Organização dos Estados Americanos – OEA, criada em 1951, tem abrangência regional e possui como objetivo primário a manutenção da paz entre os Estados que a compõem, assemelhando-se, em aspectos políticos e organizacionais, à própria ONU.

Outros organismos internacionais, como a Organização Mundial do Comércio – OMC e o Mercado Comum do Sul – Mercosul, possuem atuação e objetivos mais específicos.

A OMC, de caráter global, visa criar um cenário favorável às relações comerciais entre seus membros, enquanto o Mercosul, de âmbito regional, busca criar um mercado comum para permitir a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre seus integrantes.

Para cumprir seu papel, a OI pode celebrar tratados, expedir resoluções, declarações e recomendações, chamadas de normas recomendatórias, não cogentes ou *soft law*.

Algumas OI possuem órgãos jurisdicionais, cujas sentenças, caso descumpridas, podem dar causa a sanções políticas ou econômicas no plano internacional a exemplo da Corte IDH, incumbida de aplicar a CADH, conforme seu art. 62.3¹².

A Corte ainda possui *competência* para, a título de consulta, interpretar, além da CADH, outros tratados de direitos humanos aplicáveis no continente americano, nos termos do art. 64 da Convenção¹³.

12 CADH, Art. 62.3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados-Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.

13 CADH, Art. 64.1. Os Estados-Partes 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 OEA, reformada pelo Protocolo da Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado-Membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Em sua atividade jurisdicional, a Corte IDH julga violações de direitos humanos, denunciadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH ou pelos Estados-partes na CADH que tenham aceitado a jurisdição da referida Corte.

Sediada em San José, na Costa Rica, a Corte, composta por sete juízes¹⁴, exerce sua jurisdição, em regra, subsidiariamente, ou seja, quando o Estado onde as violações ocorreram não as apurar ou punir satisfatoriamente, por negligência, incapacidade ou outras causas.

Para que um processo seja submetido à Corte, deve ter havido tramitação prévia perante à CIDH, que observa os requisitos de admissibilidade das petições ou comunicações.

Ademais, nos documentos enviados pelo peticionante serão verificados, dentre outras exigências, se houve exaurimento da jurisdição nacional do Estado envolvido, o lapso temporal de seis meses a contar da ciência de decisão definitiva sobre violação do direito ou eventual demora injustificada na apreciação do caso.

Até outubro de 2020, haviam sido proferidas dez sentenças da Corte IDH em casos contenciosos contra o Brasil, sendo condenado em nove delas e absolvido em apenas uma, referente ao Caso Nogueira de Carvalho e outro vs. Brasil.

O julgado mais recente, publicado em 26 de outubro de 2020, trata-se do Caso Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antonio de Jesus e outros vs. Brasil¹⁵.

A Corte IDH diferencia-se de um mero órgão jurisdicional estrangeiro. Tal fato gera reflexos no rito empregado no cumprimento de seus julgados, podendo surgir dúvidas, de acordo com Juliana Corbacho Neves dos Santos, quanto à responsabilidade interna dos órgãos, entidades e agentes públicos, quanto

14 CADH, Art. 52.1. A Corte compor-se-á de sete juízes, nacionais dos Estados Membros da Organização, eleitos a títulos 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.

15 Sentença disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf.

aos procedimentos a serem observados e quanto à competência para promover a execução¹⁶, conforme será analisado a seguir.

3 DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DAS SENTENÇAS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Antes de tratar sobre procedimentos para execução das sentenças da Corte IDH, cabe uma breve discussão sobre natureza das sentenças proferidas pelos tribunais internacionais.

Sentenças internacionais podem ser definidas como declarações de vontade aptas a produzir efeitos no direito internacional, oriundas de entes dotados de personalidade jurídica, as organizações internacionais, tendo natureza jurídica de atos jurídicos.

Passa-se a analisar o valor dessas sentenças no direito interno. Para tanto, são traçadas as semelhanças e distinções entre as sentenças internacionais, nacionais e estrangeiras.

As sentenças se caracterizam por serem prestações jurisdicionais provocadas pelo exercício do direito de ação. Cada sentença é uma afirmação do direito para um certo caso concreto, feita por julgador que responde, imparcialmente, ao pedido de um interessado.

Em geral, as sentenças podem ser meramente terminativas, quando se limitam a finalizar um processo, ou definitivas, quando analisam e decidem o mérito de uma causa.

Contudo, em que pese tais características serem inerentes aos três tipos de sentenças em estudo, as mesmas diferenciam-se quanto ao órgão prolator, ao ordenamento jurídico que as regulamenta e ao regime jurídico ao qual se sujeitam, conforme será tratado a seguir.

16 SANTOS, Juliana Corbacho Neves dos. A execução das decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do sistema jurídico brasileiro e seus efeitos. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.*, Brasília, v. 8, n. 1. p. 261-307, jan./jun. 2011. p. 298.

De acordo com o atual Código de Processo Civil – CPC¹⁷, a sentença nacional é o pronunciamento do juiz nacional que resolve o mérito do processo (art. 487), quando se fala em sentença definitiva, ou então o ato que extingue o processo sem resolução do mérito (art. 485), quando se fala em sentença terminativa.

Por óbvio, apesar de não estar explícito que a definição do CPC, se refere às sentenças nacionais, tal conclusão decorre do fato de que o legislador brasileiro não teria competência para definir, em relação ao Estado estrangeiro, o que pode ser entendido como sentença, o que seria competência do legislador daquele país. Em relação à sentença internacional, o tema competiria a um tratado ou convenção internacional.

Desse modo, as sentenças internacionais, a exemplo daquelas prolatadas pela Corte IDH, são aquelas proferidas por um organismo internacional com funções jurisdicionais, disciplinadas pelo direito internacional público, cuja principal fonte normativa é o direito convencional.

Diferentemente de um julgado nacional, a sentença da Corte IDH, segundo André de Carvalho Ramos, é definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre seu sentido ou alcance, cabe à parte ou à CIDH interpor recurso ou pedido de interpretação, semelhante aos nossos embargos de declaração¹⁸.

Por sua vez, a sentença estrangeira não se iguala à internacional, considerando que a primeira é proferida por julgador estrangeiro, em conformidade com o respectivo direito vigente naquele lugar, não podendo o Estado que recebe tal sentença interferir em sua norma.

A segunda, por outro lado, provém de órgão que teve sua jurisdição aceita pelo Estado no qual se pretende executá-la, fundamentada em tratado ou convenção anuída pelo mesmo.

Desse modo, verifica-se que as sentenças nacionais, estrangeiras, internacionais, estão sujeitas a regimes diversificados de cumprimento, tendo em vista tais diferenças.

17 CPC, Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. §1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

18 CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 300.

A sentença nacional definitiva, em regra, não põe fim ao processo, mas apenas à controvérsia, encerrando a fase cognitiva, quando o julgador aplica o direito, após apuração dos fatos. Em seguida, ocorre a execução daquele direito, transportando-se o comando sentencial do mundo jurídico para o mundo real, concretizando o direito do exequente.

Em regra, tais fases são condensadas em um único processo sincrético, especialmente quando, tratando-se de sentença condenatória, não ocorre o cumprimento voluntário pelo devedor. Já as sentenças declaratórias e constitutivas têm aptidão, pela sua natureza, a satisfazer por si mesmas o litigante vencedor da lide, sendo desnecessários os atos executivos.

Tal procedimento, contudo, não se aplica às sentenças estrangeiras, nem às internacionais, mas apenas às prolatadas em ações que tramitaram perante juízes nacionais.

No processo estrangeiro, a cognição prévia se deu naqueles autos, descabendo ao Brasil reanalisar fatos ou atribuir, àquele julgado, atividade executiva imediata. O mesmo pode ser dito da sentença internacional, ato que decorre da cognição feita por um tribunal internacional, em um processo internacional. Assim, na sua execução não haverá processo sincrético, no qual as atividades cognitiva e executiva se desenvolvem em único processo.

Além de exigir um processo de execução próprio, a sentença estrangeira, seja condenatória, declaratória ou constitutiva, em regra, de acordo com o CPC¹⁹, submete-se à homologação perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ, conforme o art. 105, I, *i*, da CF/88²⁰, para ser executada no Brasil, exigência não prevista para as sentenças internacionais.

Paulo Portela leciona que esse instituto visa estender territorialmente os efeitos da sentença, sendo também conhecido como reconhecimento, ratificação ou execução de sentença estrangeira. Uma vez homologada, aquela produzirá os mesmos efeitos de uma sentença nacional²¹.

19 CPC, Art. 961. A decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após homologação de sentença estrangeira ou a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado.

20 CF/88, Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias;

21 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 745.

Caso se trate de condenação, a sentença estrangeira homologada terá tratamento de título executivo judicial²², autorizando a abertura de processo de execução, que tramitará a Justiça Federal de primeiro grau, conforme disposto na norma processual²³ e na própria Constituição Federal²⁴.

Desse modo, verifica-se que a execução de sentenças nacionais se diferencia daquela das sentenças estrangeiras, pelo fato de estas últimas se sujeitarem à homologação para terem validade no Brasil, sendo executadas com a instauração de um processo específico. No mais, a sentença estrangeira é executada da mesma forma que a sentença nacional²⁵.

Em relação ao cumprimento das sentenças internacionais, Antonio Moreira Maués ressalta que, em países que dispõem de controle judicial de constitucionalidade das leis, certas decisões da Corte IDH podem gerar sérias divergências com a jurisprudência dos tribunais nacionais, caso as mesmas disposições normativas já tenham sido consideradas válidas pela justiça constitucional²⁶, sendo evidente a necessidade de harmonização dessas decisões, conforme mencionado em tópico anterior sobre a incorporação de normas internacionais.

A lei brasileira disciplina o cumprimento da sentença nacional e da estrangeira, nada dispondo sobre a internacional. No entanto, há procedimentos

22 CPC, Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VIII – a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;

23 CPC, Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

24 CF/88, Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: X – os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o “*exequatur*”, e de *sentença estrangeira*, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

25 CPC, Art. 965. O cumprimento de decisão estrangeira far-se-á perante o juízo federal competente, a requerimento da parte, conforme as normas estabelecidas para o cumprimento de decisão nacional.

26 Para o autor, “A possibilidade de que uma mesma lei tenha sua validade julgada pela Corte Interamericana frente à CADH e pelos tribunais nacionais frente à Constituição, com resultados diferentes, cria uma situação problemática que demanda soluções hermenêuticas para harmonizar a jurisprudência da Corte IDH com a jurisprudência constitucional”. MAUÉS, Antonio Moreira. Suprallegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Diálogo Judicial. In: MAGALHÃES, Breno Baía; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). *O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México*. p. 1-15. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 11.

que podem aproximar a execução de tais sentenças, o que será analisado no tópico seguinte.

4 O CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Ao julgar procedente uma alegação de violação, a Corte IDH, no exercício de sua jurisdição, determina a interrupção do ato transgressivo, a execução de medida necessária ao respeito ao direito humano lesado, ou o pagamento de indenização pelo dano material ou moral, nos termos do art. 63.1 da CADH²⁷.

Cada Estado-parte deve se empenhar ao máximo para cumprir as sentenças da referida Corte, sob pena de submissão dessa inadimplência à Assembleia Geral da OEA, conforme o art. 65 da referida Convenção²⁸.

Ocorre que a maioria de seus Estados-Partes, inclusive o Brasil, não possui procedimentos-padrão para o cumprimento das sentenças daquele órgão jurisdicional, o que pode prejudicar a eficácia de sua execução. Dos poucos Estados que possuem tais normas podemos citar o Peru, a Colômbia e o México²⁹.

Dessa forma, as vítimas de violações de direitos humanos, em cujo favor tenha a Corte IDH declarado um direito, ainda não têm integralmente assegurado o cumprimento daquelas sentenças, no âmbito do direito interno dos Estados que tenham sido demandados.

27 CADH, Art. 63.1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegido nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

28 CADH, Art. 65. A Corte submeterá à consideração da Assembleia-Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças.

29 Respectivamente: Ley 27.775/2002 (Peru), Ley 288 de 1996 (Colômbia) e Ley sobre la Celebración de Tratados (México).

Segundo Luciano Meneguetti Pereira, o Brasil não pode alegar a sua soberania ou as previsões constantes do seu ordenamento jurídico interno para não proceder ao cumprimento das decisões da Corte Interamericana³⁰.

Por óbvio, o ideal seria que o País espontaneamente cumprisse as sentenças internacionais, sendo desnecessária qualquer medida judicial para lhe dar validade interna.

Assim, a depender do tipo de obrigação fixada, seja indenizatória, de fazer ou não fazer, pode-ser traçar um rito executório a partir da própria CADH, conforme será discutido adiante. Em determinados casos, no entanto, a execução torna-se praticamente inviável, se não houver cumprimento espontâneo pelo Estado condenado.

Quando o Brasil for condenado, por exemplo, a legislar ou regulamentar determinado assunto, não há como forçar judicialmente seu legislador para tanto.

Por outro lado, tratando-se de mera obrigação de pagar, consta expressa previsão no art. 68.2 da CADH³¹, de que serão aplicadas as normas executivas das sentenças nacionais contra o Estado.

Nesse cenário, considerando que a jurisdição da Corte IDH foi aceita pelo Brasil em 1998, antes da EC 45/04, não tendo seguido o procedimento ali previsto, o citado artigo possui caráter supralegal, conforme entendimento do STF, tendo em vista reger matéria inerente a direitos humanos.

Portanto, o art. 68.2 da CADH acrescenta, ainda que de forma implícita, ao rol do art. 515 do CPC³², um novo título executivo judicial: a sentença da Corte

30 MENEGUETTI PEREIRA, Luciano. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. In: SILVEIRA, Daniel Barile da (org.). *A Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua Jurisprudência*. 1. ed. p. 92-115. São Paulo: Boreal, 2013. p. 102.

31 CADH, Art. 68.2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentença contra o Estado.

32 CPC, Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: I – as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa; II – a decisão homologatória de autocomposição judicial; III – a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza; IV – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal; V – o crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial; VI – a sentença penal condenatória transitada em julgado; VII – a sentença arbitral; VIII – a sentença estrangeira

IDH que condene o Brasil a pagar indenização, pois a lei processual se omitiu ao não incluir as sentenças internacionais, elencando, em seu inciso VIII, apenas a sentença estrangeira homologada.

A doutrina majoritária entende que a sentença internacional deve ser considerada título executivo judicial, independentemente de homologação, pois a CF/88 prevê tal mecanismo apenas às sentenças estrangeiras, cujas diferenças já foram tratadas em tópicos anteriores.

A execução das sentenças internacionais, desse modo, deve ser efetuada nos termos dos arts. 534 e 535 do CPC, que tratam da execução contra a Fazenda Pública, quando se referirem às condenações pecuniárias. Porém, quando não se tratar de execução relacionada a pagamento de valores, a CADH não estabelece formas de execução, podendo-se, contudo, aplicar uma analogia ao supracitado art. 68.2 da Convenção, em caso de inadimplemento.

Elpídio Donizetti ensina que, de acordo com o art. 534 do CPC, para possibilitar o cumprimento da sentença que tenha condenado a Fazenda Pública ao pagamento de quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do débito, cujos pagamentos devidos obedecerão ao sistema de precatórios, previsto no art. 100 da CF/88³³.

Em ambas as execuções, a competência é do juiz federal de primeiro grau, conforme o art. 109, I³⁴ e III³⁵ da CF/88, já que o processo é dirigido contra a União, em decorrência de Tratado com organismo internacional.

Essa legitimidade passiva decorre do fato de a União representar o Brasil nas relações internacionais, nos termos do art. 21, I da Constituição³⁶, tendo,

homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; IX – a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do exequatur à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça; X – (VETADO).

33 DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 644.

34 CF/88, Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I – as causas em que a *União*, entidade autárquica ou empresa pública federal forem *interessadas* na condição de autoras, **rés**, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

35 III – as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

36 Art. 21. Compete à União: I – manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;

portanto, responsabilidade por eventual inadimplência perante Estados estrangeiros ou organizações internacionais.

Tal responsabilidade independe da unidade da federação em que se tenha sido praticada eventual violação, cabendo à União tomar as medidas posteriores que entender devidas em desfavor daquele ente federado, como uma possível ação regressiva.

As relações internacionais do Brasil não são mantidas pela União atuando em seu próprio nome, mas representando o Estado como um todo, podendo, portanto, figurar também como parte ré, no processo de execução, o ente federado encarregado de cumprir a sentença internacional, ou seja, o município, o Distrito Federal ou o estado com competência para fazer cessar a violação de direito, cabendo, portanto, o litisconsórcio passivo.

Quanto à legitimidade ativa para a execução de sentença da Corte IDH, caso se trate de interessado individualizado, será ele o legitimado. Ao contrário, o Ministério Público terá essa qualidade, pois, conforme a CF/88, a este cabe zelar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis³⁷ e promover ação civil pública para proteger interesses difusos e coletivos³⁸.

É possível o litisconsórcio facultativo³⁹ entre os Ministérios Públicos Federal e Estadual, caso haja, na execução da sentença internacional, interesse de ente local.

Apesar da evolução do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a maior parte dos casos julgados, nas sentenças da Corte IDH, trata de problemas estruturais do Estado brasileiro, com medidas de reparação complexas e genéricas, tornando muito difícil sua total implementação, o que se agrava pela ausência de políticas públicas eficazes.

37 CF/88, Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

38 CF/88, Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

39 Lei 7.347/1985. Art. 5º. §5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

A única sentença contra o Estado brasileiro considerada totalmente cumprida refere-se ao caso *Escher e outros vs. Brasil* (2009)⁴⁰, que tratou da responsabilidade internacional do País por interceptar, monitorar e divulgar ilegalmente conversas telefônicas de membros de organizações comunitárias. Como medidas de reparação, a Corte IDH determinou que o Brasil indenizasse as vítimas; publicasse a sentença no Diário Oficial e em outro jornal de ampla publicação nacional e estadual e investigasse os fatos que geraram as violações. A supervisão de cumprimento de sentença durou apenas três anos (2010 a 2012), pois se trataram de medidas de reparação simples, ligadas apenas às vítimas envolvidas⁴¹.

No mesmo processo, Caio Paiva relembra que os representantes das vítimas haviam solicitado à Corte IDH que ordenasse ao Brasil a revogação de lei que concedeu título honorário à juíza que permitiu as escutas ilegais⁴². Embora indeferido o pedido, a Corte IDH ressaltou que tem competência para ordenar a um Estado que deixe sem efeito uma lei interna quando esta atentar contra direitos previstos na CADH, e por isso, contrários ao seu art. 29⁴³.

Este último entendimento da Corte IDH recorda outro importante caso submetido a sua jurisdição, desta vez em flagrante descumprimento pelo País: *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*⁴⁴, que envolveu a investigação de desaparecimentos forçados ocorridos durante o regime militar, o

40 Sentença disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf.

41 NEVES, Rafaela Teixeira Sena; PACHECO, Ana Paula Oliveira da Silva; FERREIRA, Victória Cristine de Figueiredo. Como os Estados Cumprem suas Condenações Internacionais? As Medidas de Adequação Institucional Criadas pelo Brasil e México para dar Cumprimento às Sentenças da Corte IDH. In.: MAGALHÃES, Breno Baía; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). *O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos*: Brasil, Argentina, Colômbia e México. p. 305-350. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 319-320.

42 HEEMANN, Thimotie Aragon; PAIVA, Caio. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 372.

43 CADH, Art. 29. Normas de Interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

44 Sentença disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf.

qual Brasil se opõe a apurar e punir responsabilidades, sob o pretexto de violação a sua Lei de Anistia (Lei Federal 6.683/1979).

Situações como esta evidenciam que o Brasil ainda tem um longo caminho a percorrer, pois o principal obstáculo ao cumprimento das sentenças da Corte IDH não é a inexistência de ritos processuais específicos, mas a resistência do País em cumprir satisfatoriamente suas responsabilidades, decorrentes da adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

5 CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, verificou-se que a celebração de tratados e a atuação das organizações internacionais de proteção aos direitos humanos, como a CADH e sua Corte IDH, respectivamente, se consolidaram como instrumentos de combate à impunidade e de preservação da ordem jurídica, em um mundo caracterizado por intensos conflitos e crises político-sociais, além das omissões estatais, que, em muitas situações, dão causa a profundas violações contra os direitos humanos no continente americano.

Com o objetivo de manter o Estado brasileiro atuante nessa tarefa protetiva, a CF/88, estabeleceu, em seu artigo 4º, princípios das relações internacionais, ocupando lugar privilegiado nessa Carta, com destaque à prevalência dos direitos humanos, a defesa da paz e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, ideais que englobam o respeito aos tratados e às decisões dos tribunais internacionais de direitos humanos.

A Constituição Federal também dispõe, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 7º, que o Brasil propugnará pela formação de tribunal internacional de direitos humanos, o que serviu de base à adesão brasileira à Corte IDH.

Assim, o Brasil, por repudiar atos atentatórios a tais direitos, aderiu à CADH, fruto do interesse coletivo dos Estados americanos em assegurá-los, através de um Tratado Internacional específico e de uma Corte competente para processar e punir quem o violar.

Caso condenado pela Corte IDH, o Brasil deve cumprir a sentença espontaneamente. Quando não o fizer, tratando-se de condenação indenizatória, a mesma será executada na forma do art. 68.2 da CADH, ou seja, de modo idêntico à sentença nacional contra a Fazenda Pública, independentemente de homologação.

Tratando-se condenação diversa, caberá aplicar o mesmo dispositivo por analogia, pois ainda não há norma específica para tais condenações.

Não se trata de sentença estrangeira, alheia ao interesse nacional, mas proveniente de órgão jurisdicional internacional, que pode, inclusive, ter brasileiros em sua composição.

Infelizmente, o ordenamento brasileiro ainda é bastante nebuloso quanto a assuntos relevantes do direito internacional, como a execução das sentenças internacionais.

Contudo, o arcabouço normativo pátrio, desde a Carta Constitucional de 1988, prima pela dignidade da pessoa humana, visando apurar e punir violações aos direitos humanos, o que se coaduna com os motivos deram causa à adesão à CADH e à jurisdição da Corte IDH.

Finalmente, espera-se que o estudo tenha contribuído para o conhecimento sobre a natureza jurídica e a execução das sentenças da Corte IDH, como mecanismo de combate às violações aos direitos humanos no continente americano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=DECRET O%20No%20678%2C%20DEque%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 6 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 2 abr. 2021.

CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. 2007. 316 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7852/1/Yara%20Maria%20Pereira%20Gurgel.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2021.

HEEMANN, Thimotie Aragon; PAIVA, Caio. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 3 ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Diálogo Judicial. *In.*: MAGALHÃES, Breno Baía; MAUÉS, Antônio Moreira (org.). *O Cumprimento das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México*. p. 1-15. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/38032591/O_Cumprimento_das_Sentenças_da_Corte_Interamericana_de_Direitos_Humanos. Acesso em: 8 abr. 2021.

MENEGUETTI PEREIRA, Luciano. A Execução das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *In.*: Daniel Barile da Silveira (org.). *A Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua jurisprudência*. 1. ed., p. 92-115. São Paulo: Boreal, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/14471516/A_Execução_das_Sentenças_da_Corte_Interamericana_de_Direitos_Humanos_no_Brasil. Acesso em: 9 abr. 2021.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/19482/4/A%20aplicação%20dos%20Tratados%20Internacionais%20de%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

NEVES, Rafaela Teixeira Sena; PACHECO, Ana Paula Oliveira da Silva; FERREIRA, Victória Cristine de Figueiredo. Como os Estados Cumprem suas Condenações Internacionais? As Medidas de Adequação Institucional Criadas pelo Brasil e México para dar Cumprimento às Sentenças da Corte IDH. *In.*: MAGALHÃES, Breno Baía; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). *O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México*. p. 305-350. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/38032591/O_Cumprimento_das_Sentenças_da_Corte_Interamericana_de_Direitos_Humanos. Acesso em: 8 abr. 2021.

OLIVEIRA, Ricardo Victalino de. A Jurisdição Constitucional Brasileira em Matéria de Tratados Internacionais sob a perspectiva do Estado Constitucional Cooperativo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 12, n. 23, p. 60-81, Belo Horizonte: PUC, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/>

index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2009v12n23p60. Acesso em: 6 abr. 2021.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

RE nº 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, Data de Julgamento: 01/06/1977, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 29-12-1977. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14614120/recurso-extraordinario-re-80004-se>. Acesso em: 2 abr. 2021.

RE nº 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 03/12/2008, DJE 12/12/2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 2 abr. 2021.

SANTOS, Juliana Corbacho Neves dos. A execução das decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do sistema jurídico brasileiro e seus efeitos. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 261-307, jan./jun. 2011. Disponível em: www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/download/1327/1146. Acesso em: 13 abr. 2021.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Sovereignty and power in a networked world order. *40 Stanford Journal of International Law*, p. 283-327. Stanford: HeinOnline, 2004. Disponível em: <https://www.law.upenn.edu/live/files/1647-slaughter-annemarie-sovereignty-and-power-in-a>. Acesso em: 29 mar. 2021.

PARTE V

CAPÍTULOS CONVIDADOS

Direitos humanos, pessoa com deficiência e mercado de trabalho: a política de cotas no Brasil

José Claudio Monteiro de Brito Filho¹
Vanessa Rocha Ferreira²

1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes problemas na distribuição dos direitos entre os integrantes da sociedade é o atinente às pessoas que integram os chamados grupos vulneráveis, pela dificuldade de acesso a bens da vida considerados fundamentais.

É que, sem que se possa pensar em uma situação distributiva igualitária, não há que se falar em justiça, especialmente quando a desigualdade ocorre em desfavor de quem já enfrenta, na vida, mais dificuldades do que as demais pessoas.

É o caso das pessoas com deficiência (PCD), por conta dos impedimentos de longo prazo que possuem, e que são reverberados por causa das barreiras, físicas e comportamentais, que impedem o acesso a bens valiosos.

O objetivo deste breve estudo é discutir a principal política existente no Brasil, no setor privado, para reverter a situação de exclusão a que estão sujeitas as pessoas com deficiência, em relação ao bem trabalho, verificando se ela é capaz de permitir o acesso a esse direito fundamental, nos termos em que instituída e executada.

1 Doutor em Direito pela PUC/SP. Vice-coordenador do PPGD e Editor-chefe da Revista Jurídica do CESUPA. Titular da Cadeira no 26 da ABDT.

2 Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (Unama/PA). Professora do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Auditora do Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE/PA).

O estudo se justifica por vários ângulos, não somente porque é um problema concreto no Brasil, atingindo um contingente populacional significativo, mas, porque uma sociedade justa só é alcançada quando todos os seus membros têm acesso a todos os bens indispensáveis para o cumprimento de seu projeto de vida, qualquer que seja ele, como diria Rawls (2008).

Percebe-se, todavia, que essa ainda não é uma realidade para a maioria das pessoas com deficiência, fazendo-se necessário discutir porque isso não ocorre, aqui em relação ao bem trabalho, quando já existe norma legal que pretende, exatamente, esta concretização.

Para cumprir o objetivo central, a pesquisa realizada foi prioritariamente teórico-normativa, com análise do conjunto normativo e doutrinário existentes, mas também, com apoio nos dados disponíveis a respeito da temática, sendo o texto estruturado da seguinte forma: Depois desta introdução, em que são apresentados os elementos da pesquisa, o estudo prossegue com a conceituação e caracterização do termo pessoa com deficiência. Na sequência, evidencia-se o modelo de justiça distributiva que se entende ser o mais adequado para assegurar a efetivação dos direitos humanos das pessoas com deficiência. Nesse item discute-se a necessidade da implementação de ações afirmativas como um mecanismo eficaz de combate à exclusão social desse grupo de vulneráveis. No quarto item analisa-se a questão da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho e a Política de Cotas no Brasil. Posteriormente, analisam-se as dificuldades de inclusão do trabalhador com deficiência. Por fim, os autores apresentam as considerações finais deste estudo.

2 PESSOA COM DEFICIÊNCIA: CONCEITUAÇÃO E CARACTERIZAÇÃO

Estabelecer uma conceituação adequada para a pessoa com deficiência sempre foi uma preocupação para aqueles que respeitam as diferenças e a diversidade humana, exatamente porque uma definição correta impede o aumento da discriminação, exclusão social e preconceito que esse grupo de vulneráveis sofre.

Neste sentido, antes de tratar a respeito da conceituação atual do termo “pessoa com deficiência”, faz-se necessário mencionar que essa nem sempre foi a nomenclatura utilizada para se referir a esse grupo.

Historicamente, termos como “excepcional”, “deficiente físico”, “deficiente mental” e “portadores de necessidades especiais”, já foram utilizados para se referir a essas pessoas, porém tais denominações apresentavam uma carga valorativa muito negativa, dificultando ainda mais a aceitação e inclusão social.

Os direitos das pessoas com deficiência começaram a ser discutidos no mundo, mais especificamente, a partir da Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes³, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 09 de dezembro de 1975, que passou a ser utilizada como referência para a proteção dos direitos desse grupo.

Posteriormente, em 1982, a ONU promulgou, por meio da Resolução 37/52, o Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência⁴, cuja finalidade era, dentre outras, a promoção de medidas capazes de prevenir deficiências, reabilitar e assegurar igualdade de participação de pessoas com deficiência na tomada de decisões e equiparação de oportunidades.

Em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) foi promulgada, e nela, a nomenclatura utilizada foi “pessoa portadora de deficiência”, a qual também é alvo de crítica, pois ninguém porta ou carrega uma deficiência. Simplesmente, tem-se uma deficiência.

Diversos outros instrumentos foram promulgados posteriormente, mas somente em 2007 que a ONU, preocupada com as diversas nomenclaturas que eram utilizadas para se referir a esse grupo de vulneráveis estabeleceu um novo conceito e utilizou o termo “pessoa com deficiência”, na Convenção Internacional sobre os direitos da pessoa com deficiência, definindo quem seriam os sujeitos protegidos pelo conjunto normativo voltado a esse grupo.

Em seu artigo 1, a Convenção estabeleceu que pessoa com deficiência é aquela que tem “[...] impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”⁵.

3 ONU. *Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, de 09 de dezembro de 1975*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/deficiente/lex61.htm>. Acesso em: 3 maio 2021.

4 ONU. *Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/deficiente/program.htm#:~:text=A%20finalidade%20do%20Programa%20de,vida%20social%20e%20no%20desenvolvimento>. Acesso em: 3 maio 2021.

5 É importante mencionar que essa Convenção, e seu protocolo facultativo, foram aprovadas pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, com *status* de Emenda Constitucional, uma vez que obedeceram às exigências do art. 5º, § 3º da CRFB/88. O texto foi promulgado por meio do Decreto nº 6949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 04 mai. 2021.

Coadunando com o disposto na Convenção, o art. 2º da Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, que é conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, prevê que:

Art. 2º – Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas⁶.

Perceba-se que tanto no conceito adotado pela ONU, como no que consta na Lei nº 13.146/2015, a noção de “pessoa com deficiência” leva em consideração as limitações que eventuais impedimentos (físicos, mental, intelectual ou sensorial) podem causar no acesso dessas pessoas aos recursos existentes na sociedade (educação, lazer, moradia, mercado de trabalho etc.), notadamente em comparação com outros indivíduos que não as possuem.

Disso resulta que a promoção de eventuais medidas compensatórias para esse grupo não se dá por outro motivo que não seja o de igualá-los aos demais membros da sociedade, em completa consonância com a ideia contemporânea de igualdade material.

Outro ponto importante na conceituação legal diz respeito à deficiência como algo duradouro (longo prazo), e não meramente transitório.

Com isso, é possível diferenciar o termo “pessoa com deficiência” de outro muito utilizado no Brasil, que é o de “pessoa com necessidades especiais”, cuja noção acaba sendo muito mais ampla que a primeira, pois envolve todas as pessoas que necessitam de determinado auxílio, ainda que em caráter transitório.

Para compreender o exposto acima, basta imaginar o exemplo de uma mulher grávida, a qual, durante o período de gravidez (nove meses), poderá precisar de um tratamento diferenciado para acessar determinados bens, como o uso de transporte público, o que justifica a reserva de assentos preferenciais para ela, ou mesmo caixas preferenciais em supermercados, em uma tentativa de impedi-las de

6 ONU. *Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art2%A71. Acesso em: 3 maio 2021.

permanecer por longos períodos de tempo em pé, o que poderia causar problemas para si e/ou para o nascituro.

De acordo com o exemplo acima, ninguém duvida de que uma mulher, enquanto estiver grávida, é alguém que possui “necessidades especiais”, no entanto, considerando que sua limitação é apenas temporária, a mesma não está contemplada no conceito de “pessoa com deficiência”.

3 DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: A NECESSIDADE DE AÇÕES AFIRMATIVAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

De maneira bastante objetiva, e em atenção aos limites espaciais deste trabalho, pode-se, desde logo, conceituar os Direitos Humanos como aqueles que constituem um “[...] conjunto de direitos básicos, mínimos, indispensáveis, de todos os seres humanos”⁷.

Ou seja, deve ser conferido a cada pessoa um núcleo mínimo de direitos que lhe proporcione uma vida digna, capaz de lhe possibilitar exercer suas potencialidades, com vistas a alcançar seu objetivo de vida, disputando com os demais indivíduos, em condições de igualdade, os cargos e posições acessíveis dentro da sociedade.

De acordo com a Teoria da Justiça de John Rawls, é possível identificar esses direitos como aquilo que ele denomina de “bens primários”, que devem ser distribuídos a todos os indivíduos em uma situação hipotética inicial de repartição dos direitos e vantagens existentes na sociedade.

Segundo o supracitado filósofo:

Como um primeiro passo, vamos supor que a estrutura básica da sociedade distribua certos bens primários, isto é, coisas que todo indivíduo racional presumivelmente quer. Esses bens normalmente têm utilidade, sejam quais forem os planos racionais de vida da pessoa. Para simplificar, vamos supor os principais bens primários à disposição da sociedade sejam direitos, liberdades e oportunidades, renda e riqueza⁸.

7 BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2015. p. 20.

8 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 75-76.

São esses direitos (ou bens primários) que permitem que qualquer pessoa tenha condições de traçar (e alcançar) seu plano de vida, de modo que, caso lhe seja negado acesso a tais atributos, não terá condições de exercer plenamente suas potencialidades e muito menos de desfrutar de uma vida digna.

Posto o conceito desta forma, convém frisar que a ideia de Direitos Humanos contempla todos os seres humanos, independentemente da sua condição econômica, étnica, religiosa ou física.

Aqui, utiliza-se noção kantiana de dignidade humana. Para Kant, é a razão humana que permite formular padrões de comportamentos moralmente corretos, os quais deverão expressar um princípio moral universal, cujo conteúdo deverá ser expresso por meio de imperativos categóricos, isto é, sob a forma de enunciados de obediência obrigatória (imperativos), cujo critério de avaliação independe do fim alcançado (categórico), ou seja, são condutas moralmente valiosas por si só, independentemente do resultado⁹.

Em sendo assim, os imperativos categóricos nada mais são do que testes para julgar as máximas elaboradas pela razão; disso resulta, portanto, que somente os seres racionais possuem a faculdade de elaborar máximas que estejam de acordo com as leis por eles mesmos criados.

Destarte, é essa capacidade de autodeterminação dos seres racionais que os tornam fins em si mesmos; todos os demais seres servem apenas de instrumento para alcançar determinados resultados, e por isso possuem apenas valor relativo, condizente com o que deles se pretende obter.

É exatamente neste ponto que reside a noção de dignidade para Kant, ou seja, a prerrogativa dos seres racionais seguirem unicamente as leis por eles mesmos criadas, de acordo com a razão, impedindo-lhes de serem subjugados por outra lei superior ou externa. Acompanhe o que diz Kant em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*:

[...] A razão relaciona, pois, cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as ações para conosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou qualquer vantagem futura, mas em virtude da ideia da dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que

9 KANT. Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 62.

ele mesmo simultaneamente dá. No Reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade [...]; aquilo, porém, que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade¹⁰.

Para Kant, pois, dignidade é a condição pela qual uma coisa possui um fim em si mesma. Como consequência, os seres racionais, por serem fins em si mesmos, possuem valor absoluto, não podendo, por conta disso, ser utilizados ou explorados por outra vontade, incluindo a de outro ser racional.

Cumpra destacar que esse valor é conferido a todos os seres humanos (seres racionais) em igual medida, ou seja, todos são dotados do mesmo valor.

Tratando a respeito dessas questões, válidas as palavras de David Johnston, para quem:

Do ponto de vista kantiano, as observações a respeito das capacidades ou de outros atributos empíricos das pessoas são irrelevantes para questões de direito e justiça. Desse ponto de vista, cada pessoa possui um valor absoluto, e o possui em igual medida com todos os outros seres humanos¹¹.

Assim, a concepção contemporânea de Direitos Humanos aqui adotada coaduna com a noção kantiana de dignidade, na medida em que se refere àquele núcleo básico de direitos que devem ser conferidos a todos os indivíduos, simplesmente pela sua mera condição de seres humanos (seres racionais), os quais possuem valor absoluto e em igual medida uns para com os outros, independentemente de qualquer contingência prática.

Compreendida esta questão, convém, agora, tratar de sua aplicabilidade material, isto é, no plano real.

10 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2011.

11 JOHNSTON, David. *Breve história da Justiça*. Tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. p. 181-182.

É neste cenário que ganha espaço a discussão sobre a ideia de Justiça Distributiva, cuja noção contemporânea repousa na concepção de que cabe ao Estado, diante de um cenário em que os recursos são finitos, garantir uma distribuição igualitária de bens e oportunidades existentes na sociedade, capaz de proporcionar a todas as pessoas uma vida digna.

Caso todos os indivíduos da comunidade fossem estritamente iguais em suas necessidades e aspirações, a materialização dessa distribuição não suscitaria maiores divagações; bastaria que se promovesse, grosso modo, uma repartição igual dos recursos entre todos para se garantir a justiça no procedimento.

Ocorre que, como se sabe, nem todas as pessoas se encontram na mesma condição de igualdade, de modo que há aquelas que, por motivos alheios a sua vontade (raça, sexo, deficiência etc.), estão em situação de vulnerabilidade em relação às demais, precisando, pois, de medidas compensatórias para que possam usufruir a vida na mesma perspectiva daqueles que não estão nessa condição.

Dessa feita, percebe-se, pois, que o acesso aos bens fundamentais dentro da sociedade (saúde, educação, lazer, habitação, mercado de trabalho etc.) pode e deve ser feito de maneira diferenciada, não para proporcionar distorções ou privilégios, mas tão somente para igualar todos na mesma perspectiva de vida, o que muitas vezes significará incentivos maiores para determinados grupos, que naturalmente já teria mais dificuldade para alcançá-los, bem como para disputar em condições de igualdade os cargos e posições acessíveis na sociedade.

Note-se que a proposta formulada acima está em total consonância com a noção kantiana de dignidade antes demonstrada. Ora, se todos os seres humanos possuem valor absoluto e igual, simplesmente pela sua condição de serem humanos, é absolutamente compreensível que sejam compensadas desigualdades naturais, a fim de impedir que uns sejam subjugados por outros, promovendo a máxima pela qual todos os seres racionais são fins em si mesmos.

E é aí que se deve pensar (e justificar) a existência das ações afirmativas, cuja finalidade não se esgota nelas mesmas, mas como uma consequência do ideário maior de igualdade material.

Em outras palavras, os programas de ação afirmativa se revelam como estratégias possíveis para possibilitar a igualdade, justamente com o objetivo de compensar as desigualdades, conforme a diversidade e as peculiaridades de cada indivíduo, o que inclui suas eventuais limitações.

Com isso, não se está a abandonar a ideia de distribuição igualitárias de recursos (ou direitos), mas de introduzir mecanismos que permitam que essa repartição seja aperfeiçoada. É neste sentido que as ações afirmativas são consideradas justas, uma vez que ligadas ao ideal da igualdade material¹².

No caso das Pessoas com Deficiência, resta evidente, portanto, que as mesmas possuem muito mais dificuldade em acessar alguns dos recursos fundamentais da sociedade, justificando, pois, a adoção de medidas (ações afirmativas) que propiciem mais igualdade na distribuição dos mesmos, possibilitando que estes indivíduos alcancem esses bens em igual medida aos demais.

No que tange ao acesso ao mercado de trabalho (que é considerado um bem fundamental), imagine-se a dificuldade que essas pessoas possuem em obtê-lo, seja em decorrência da discriminação que sofrem dos empregadores, que muitas vezes preferem contratar pessoas que não apresentam a deficiência física que àquelas possuem; seja por conta dos obstáculos físicos impostos ao seu acesso à necessária instrução, tais como escolas sem estrutura adequada para compensar suas necessidades, transporte público adequado para os levar à escola, dentre outros.

Tudo isso ressalta a imprescindibilidade da adoção de mecanismos para compensar (ou amenizar) a dificuldade de acessar os postos de trabalho, justificando a implementação de medidas afirmativas como um mecanismo necessário de inclusão social.

O exemplo de ação afirmativa que será tratado neste estudo, no item subsequente, é o sistema de cotas adotado pelo Brasil, no art. 93 da Lei nº 8213/91¹³, como um mecanismo para a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

4 A INCLUSÃO NO MERCADO DE TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A POLÍTICA DE COTAS NO BRASIL

A CRFB/88 elevou o direito ao trabalho ao *status* de direito fundamental, ao inseri-lo no rol de direitos sociais em seu art. 6º, sendo o trabalho considerado um importante vetor na promoção da dignidade humana.

12 BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 57-59.

13BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 3 maio 2021.

Sabe-se que os direitos sociais se destinam a garantir melhores condições de vida aos indivíduos, demandando ações positivas do Estado, para minimizar as desigualdades existentes na sociedade.

Sobre o tema, José Afonso da Silva evidencia que:

Podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade¹⁴.

Desta forma, deve o Estado interferir na vida em comunidade para tentar equilibrar as diferenças e desigualdades sociais, especialmente daqueles que integram os grupos com maior vulnerabilidade, a exemplo das pessoas com deficiência.

Uma das formas de inserção da PCD no convívio social é assegurar a ela o acesso adequado a postos de trabalho, uma vez que valores como a dignidade humana somente podem ser alcançados na medida em que o ser humano se sente como um membro útil na sociedade que integra.

Desta forma, no que diz respeito a pessoa com deficiência, o trabalho é importante em diversos aspectos de sua vida, uma vez que é uma das formas de propiciar uma melhora em sua qualidade de vida, materialmente falando; mas também é importante no aspecto subjetivo, por ser capaz de propiciar a sua valorização como ser humano, e romper com o estigma da incapacidade, minimizando a discriminação e o preconceito social.

Como já mencionado, as ações afirmativas constituem-se como um mecanismo adequado para assegurar que a inclusão social das pessoas com deficiência seja feita de forma satisfatória, pois permitem que sejam criadas condições diferenciadas para que esse grupo possa ter acesso a bens fundamentais de modo a tentar concretizar materialmente a igualdade formal consagrada na Constituição brasileira.

É bem verdade que as pessoas com deficiência já são discriminadas pelo estigma da incapacidade, e a forma que possuem de ser libertarem desse estigma

14 SILVA, José Afonso de. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 286-287.

é por meio de oportunidades de desenvolverem as suas potencialidades, de se realizarem como pessoa, como profissionais e de se incluírem na vida em sociedade, como sujeitos de direitos e deveres.

Nesse sentido, diversos dispositivos em vigor no ordenamento jurídico brasileiro visam atenuar desigualdades, inclusive as decorrentes de limitações/deficiências. Neste sentido, dispõe o art. 3º da CRFB/88 que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é: “IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”¹⁵.

Coadunando com essa proibição, inciso XXXI do art. 7º, da CRFB/88 também proíbe a discriminação no tocante ao salário ou critérios de admissão do trabalhador com deficiência, demonstrando a importância de se admitir pessoas com deficiência no mercado de trabalho, afinal, o trabalho concretiza a identidade social do homem, e possibilita a sua socialização e realização, independentemente de possuir eventuais limitações físicas¹⁶.

Nessa senda, percebe-se que o trabalho está no epicentro das discussões em torno de uma existência digna, uma vez que o direito à inclusão no mercado de trabalho é uma condição essencial para que qualquer pessoa, inclusive as que possuem alguma deficiência, promovam a sua dignidade.

Percebe-se, contudo, que as PCD possuem grandes dificuldades de inserção no mercado de trabalho, e este é o motivo pelo qual as políticas públicas de inclusão são tão importantes, uma vez que auxiliam no combate à discriminação e exclusão social.

Neste sentido, o Brasil adotou o sistema de cotas, espécie de ação afirmativa para inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. Esse sistema tem previsão no art. 93 da Lei nº 8.213/91, que assim dispõe:

A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas

15BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 maio 2021.

16 FERREIRA, Vanessa Rocha. PINHEIRO, Francieli Maria Contente. O direito social ao trabalho e a inclusão da pessoa com deficiência no mercado laboral: o exercício de um direito fundamental. In: DUTRA, Lincoln Zub. *Direito fundamental ao trabalho: o valor social do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 81-98.

portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:
I – até 200 empregados 2%;
II – de 201 a 500 3%;
III – de 501 a 1.000 4%;
IV – de 1.001 em diante 5%¹⁷.

Desta forma, as empresas privadas com mais de 100 empregados são obrigadas a contratar um percentual de pessoas com deficiência que varia de 2 a 5% do total de empregados da empresa.

Ademais, visando assegurar qualidade no trabalho do deficiente, os arts. 34 e 35 da Lei nº 13.146/2015 estabelecem que:

Art. 34. A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

§ 1º As pessoas jurídicas de direito público, privado ou de qualquer natureza são obrigadas a garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos.

§ 2º A pessoa com deficiência tem direito, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, a condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo igual remuneração por trabalho de igual valor.

§ 3º É vedada restrição ao trabalho da pessoa com deficiência e qualquer discriminação em razão de sua condição, inclusive nas etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional, bem como exigência de aptidão plena.

§ 4º A pessoa com deficiência tem direito à participação e ao acesso a cursos, treinamentos, educação continuada, planos de carreira, promoções, bonificações e incentivos profissionais oferecidos pelo empregador, em igualdade de oportunidades com os demais empregados.

§ 5º É garantida aos trabalhadores com deficiência acessibilidade em cursos de formação e de capacitação.

Art. 35. É finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho.

17BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 3 maio 2021.

Parágrafo único. Os programas de estímulo ao empreendedorismo e ao trabalho autônomo, incluídos o cooperativismo e o associativismo, devem prever a participação da pessoa com deficiência e a disponibilização de linhas de crédito, quando necessárias¹⁸.

Perceba-se que as medidas legislativas acima transcritas visam propiciar à PCD o acesso ao trabalho, considerado este, no caso, como um valor, algo necessário para possibilitar a devida promoção da sua dignidade.

Por conta disso, entende-se ser absolutamente equivocada a proposta contida no Projeto de Lei nº 6159/2019, elaborado pelo atual Ministério da Economia, que prevê a inclusão do art. 93-B na Lei nº 8.213/91, que passa a estabelecer, dentre outras questões, uma alternativa em reação à política de cotas, em que o empregador poderá escolher entre a contratação de PCD, dentro do percentual legal, ou pelo pagamento mensal ao Programa de Habilitação e Reabilitação Física e Profissional, Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho, no montante equivalente a dois salários mínimos por cargo não ocupado.

Segue o disposto na aludida proposta:

Art. 93-B. A obrigação de que trata o art. 93 poderá ser cumprida alternativamente, conforme o disposto em regulamento, por meio:

I – do recolhimento mensal ao Programa de Habilitação e Reabilitação Física e Profissional, Prevenção e Redução de Acidentes de Trabalho, do Ministério da Economia, do valor equivalente a dois salários-mínimos por cargo não preenchido; ou

II – da contratação da pessoa com deficiência por empresa diversa, desde que as contratações adicionais pela empresa que exceder o percentual exigido compensem o número insuficiente de contratações da empresa que não tenha atingido o referido percentual.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II do caput, as empresas observarão o limite de ocupação de vagas excedentes em relação à obrigatoriedade estabelecida no art. 93 e informarão aos órgãos competentes os cargos destinados ao cumprimento

18 BRASIL. *Lei nº 13.146, de 06 jul. 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Atos2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 4 maio 2021.

da obrigação em cada empresa.

Art. 93-C. O descumprimento da obrigação estabelecida no art. 93 sem a adoção de uma das alternativas previstas no art. 93-B implicará o recolhimento das parcelas de que trata o inciso I do caput do art. 93-B, limitado aos últimos três meses, além da multa de que trata o art. 133¹⁹.

Observa-se que o mencionado Projeto de Lei está na contramão do objetivo almejado pela política de cotas, que, como já mencionado, possui respaldo em uma concepção contemporânea de igualdade material, servindo de mecanismo de promoção da dignidade humana daqueles que possuem dificuldades naturais para a sua inserção no mercado de trabalho, servindo muito mais como uma medida arrecadatória, do que como uma medida de efetivação dos Direitos Humanos.

A possibilidade de escolha por parte do empregador entre a contratação de uma pessoa com deficiência, ou o pagamento de um valor mensal aos cofres do Governo em nada contribuirá para a valorização desse grupo de pessoas, devendo ser ressaltado que a facilitação do seu acesso ao trabalho não se configura como mera atitude de benevolência, tratando-se de verdadeiro dever estatal, conforme o ideário atual de justiça distributiva.

5 AS DIFICULDADES DE INCLUSÃO LABORAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: EXPECTATIVA X REALIDADE

Embora exista previsão legal que assegure a PCD o acesso aos postos de trabalho, e a sua inclusão social, percebe-se que a mera previsão legal não é suficiente para efetivar tal direito, uma vez que a participação da PCD na vida em sociedade não depende apenas de leis, mas também de ações integradas dos diversos agentes sociais, tais como Estado, empresas e sociedade.

O que se percebe é que a realidade exclui da participação social essa coletividade, pois a própria sociedade tem atitudes preconceituosas e discriminatórias que excluem e isolam. Exatamente por isso é que as ações afirmativas, a exemplo da Política de cotas, não têm o condão de sozinhas promoverem uma inclusão que valorize a pessoa com deficiência, é preciso investimentos em educação e qualificação para que a pessoa com deficiência possa ter acesso aos postos de trabalho.

19 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.159, de 26 de novembro de 2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2230632>. Acesso em: 9 maio 2021.

Neste sentido, os trabalhadores com deficiência, muitas vezes, não recebem educação adequada, o que os impede de ocupar postos de trabalho que exigem maior qualificação profissional, não sendo suficiente, pois, somente o oferecimento de vagas, devendo ser também sanado outro problema que é antecedente, qual seja, a falta de uma educação que os habilite para a ocupação dos postos de trabalho²⁰.

Sabe-se que a competitividade do mercado de trabalho faz com que empregadores exijam, cada vez mais, elevada qualificação de seus empregados, o que agrava ainda mais o problema, uma vez que a maioria dessas pessoas possui apenas nível médio completo, não tendo acesso ao ensino superior. Assim, percebe-se que a baixa escolaridade e a falta de qualificação são grandes obstáculos para a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

Some-se a isso, o preconceito e a discriminação que as pessoas com deficiência sofrem, o que gera o estigma da incapacidade, dificultando ainda mais o acesso aos postos de trabalho.

Outra questão muito limitante diz respeito a aspectos ambientais, tanto no âmbito da própria empresa, ou seja, internamente, quanto no âmbito externo, nas vias públicas e logradouros.

No que diz respeito ao ambiente da empresa, a falta de acessibilidade ocasiona a contratação de trabalhadores com deficiências mais leves, excluindo aquelas pessoas que possuem deficiências que precisam de um espaço adaptado, a exemplo dos cadeirantes.

Nas vias públicas as barreiras são ainda maiores, uma vez que não é uma preocupação prioritária dos governantes promover a acessibilidade para pessoas que possuem mobilidade reduzida. Mesmo nas áreas mais urbanizadas, as calçadas são desniveladas; a quantidade de rampas de acesso é limitada; e os transportes públicos, que poderiam, de certo modo, amenizar essas dificuldades, pouco contribuem.

Desta forma, percebe-se que as barreiras sociais impostas às pessoas com deficiência, especialmente no que diz respeito a acessibilidade ao mercado de trabalho, são mais limitantes do que a própria deficiência em si, uma vez que as impedem de participar da vida em sociedade em condições de igualdade com as demais pessoas.

20 BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; MAURO, Fádía Yasmin Costa. Ações Afirmativas na Educação como forma de inclusão no trabalho da pessoa com deficiência. *In*: ASSIS, Valdirene Silva de (org.). *15 anos de coordigualdade*. Brasília: Gráfica Movimento, 2018. p. 51.

Algumas das barreiras aqui mencionadas podem ser eliminadas, desde que haja real preocupação com esse grupo vulnerável.

São necessários investimentos em infraestrutura urbana para assegurar às pessoas que possuem mobilidade reduzida a possibilidade de se deslocarem sem precisar da ajuda de um terceiro. A acessibilidade está diretamente relacionada à autonomia, à independência e, portanto, à dignidade.

Ademais, são necessários investimentos em educação e qualificação da pessoa com deficiência, para que ela possa ser adequadamente inserida no mercado de trabalho, uma vez que não basta somente assegurar o acesso ao trabalho, é preciso que esse acesso seja em condições para que a pessoa exerça plenamente a sua dignidade, o que só é possível por meio do trabalho decente.

Trabalho decente, então, é um conjunto mínimo de direitos do trabalhador que corresponde: à existência de trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho com condições justas, incluindo a remuneração, e a preservação de sua saúde e segurança; à proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical; e à proteção contra os riscos sociais²¹.

Assim, não baste que a lei assegure acessibilidade no aspecto formal, é preciso que sejam criadas condições materiais para que o acesso aos postos de trabalho seja efetivado, uma vez que inclusão social e busca pela igualdade são direitos que sempre estiveram na pauta do dia, especialmente quando a questão envolve grupos em condições de vulnerabilidade, como as pessoas com deficiência.

6 CONCLUSÃO

Em uma sociedade igualitária, no sentido de que todas as pessoas devam gozar do direito a um conjunto básico de bens primários, como quer Rawls (2008), ou humanos e fundamentais, como se usa em linguagem mais técnico-jurídica, é preciso criar condições para que os direitos sejam concedidos de forma que se considere as particularidades de cada indivíduo.

21 BRITO FILHO, José Claudío Monteiro de. *Trabalho decente: análise da exploração do trabalho, trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 57.

Sem isso, os integrantes dos grupos vulneráveis nem sempre conseguem ter acesso a todos os direitos disponíveis, em razão das condições especiais que possuem: impedimentos etc.

Com as pessoas com deficiência, que integram um dos grupos mais vulneráveis que se conhece, por conta dos impedimentos que têm, e que impedem vencer as barreiras físicas e comportamentais que existem, esse é um problema real.

Como forma de vencer essas barreiras e garantir o acesso aos bens da vida valiosos, foram estabelecidas diversas políticas, dentre elas, no setor privado, e para o bem trabalho, existe a política de ações afirmativas, na forma de cotas, da Lei nº 8.213/91, que é o Plano de Benefícios da Previdência Social.

Essa política, ao início ignorada, tornou-se exitosa depois da atuação dos entes e órgãos estatais, com destaque para a atuação dos membros do Ministério Público do Trabalho, começou a ser implementada nas empresas, alcançando resultados, mas, aquém do necessário para garantir contingente majoritário de pessoas com deficiência com acesso ao trabalho.

Dentre outros óbices para esse acesso amplo, um dos que pode ser destacado e ainda exige maior atuação é o das barreiras para o exercício do direito ao trabalho das pessoas com deficiência.

É que, não basta a criação das vagas de emprego. É preciso, ao lado disso, criar ambientes inclusivos, capazes de receber as pessoas com qualquer deficiência. Para isso é necessário, simultaneamente, eliminar a ideia de que as pessoas com deficiência não são capazes de trabalhar, o que não é, rigorosamente, verdade, e adaptar todos os ambientes de trabalho para receber a todas as pessoas, sem distinção.

Esses são os grandes desafios daqui em diante, sob pena de não termos uma sociedade em que todas as pessoas, independentemente de suas particularidades, gozem dos direitos essenciais para o cumprimento de seus projetos de vida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 maio 2021.

BRASIL. *Decreto nº 6949, de 25 de agosto de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.146, de 06 jul. 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 jul. 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 3 maio 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6159, de 26 de novembro de 2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2230632>. Acesso em: 9 maio 2021.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise da exploração do trabalho, trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2018.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2015.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; MAURO, Fádía Yasmin Costa. *Ações Afirmativas na Educação como forma de inclusão no trabalho da pessoa*

com deficiência. In: ASSIS, Valdirene Silva de (org.). *15 anos de coordigualdade*, p. 49-66. Brasília: Gráfica Movimento, 2018.

FERREIRA, Vanessa Rocha; PINHEIRO, Francilei Maria Contente. O direito social ao trabalho e a inclusão da pessoa com deficiência no mercado laboral: o exercício de um direito fundamental. In: Dutra, Lincoln Zub. *Direito fundamental ao trabalho: o valor social do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2017.

JOHNSTON, David. *Breve história da justiça*. Tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2011.

ONU. *Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, de 09 de dezembro de 1975*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/deficiente/lex61.htm>. Acesso em: 3 maio 2021.

ONU. *Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/deficiente/progam.htm#:~:text=A%20finalidade%20do%20Programa%20de,vida%20social%20e%20no%20desenvolvimento>. Acesso em: 3 maio 2021.

ONU. *Convenção Internacional sobre os direitos da pessoa com deficiência*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art2%A71. Acesso em: 3 maio 2021.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SILVA, José Afonso de. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

A Corte IDH entre a cruz e a espada: reflexões sobre as consequências do seu ativismo frente a justiciabilidade do art. 26 da CADH

Tatiana Cardoso Squeff¹
Felipe Simor de Freitas²

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste texto é analisar o comportamento da Corte IDH na justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, concentrando-se no aspecto da utilização do brocardo *iura novit curia* no marco do artigo 26 da CADH.

Com efeito, após um longo período recusando-se a analisar casos de DESCA com base no artigo 26 da CADH, que prevê o direito ao desenvolvimento progressivo, a Corte IDH resolveu dar um passo adiante a partir do caso *Lagos del Campo vs. Perú*, invocando e preenchendo o significado do referido artigo, a despeito da sua não alegação quando da submissão do caso pela CIDH ou, ao menos, oportunidade de discussão pelas partes durante o processo.

1 Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e professora adjunta de Direito Internacional da Universidade Federal de Uberlândia. Doutora em Direito Internacional pela UFRGS, com período sanduíche junto à University of Ottawa. Mestre em Direito pela UNISINOS, com bolsa CAPES/DFAIT e período de estudos junto à University of Toronto. Membro da ILA-Brasil e da ASADIP. Orcid n. 0000-0001-9912-9047.

2 Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Especializando em Direitos Humanos pela Faculdade CERS/CEI. Especialista em Direito Previdenciário e Direito Processual Civil pela IMED. Juiz Federal Substituto do TRF da 1ª Região.

À esta análise soma-se o exame não apenas os pontos positivos desse novo paradigma, como também eventuais consequências negativas que podem ser levantadas.

Para isso, procede-se uma análise das principais decisões sobre o assunto, bem como realiza-se uma contextualização bibliográfica, apontando como o tema está sendo tratado pela Corte na atualidade, demonstrando que a efetivação dos DESCAs não prescinde da obediência das regras procedimentais que legitimam um processo e uma decisão dentro de um paradigma de um processo internacional justo.

2 A RELEVÂNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E OS SEUS LIMITES

Com o giro humanista no Direito Internacional ao final da Segunda Guerra Mundial, foi necessário arquitetar um sistema que pudesse proteger a pessoa humana de maneira eficaz. Apesar de estar pautada na “cooperação internacional [...] para o desenvolvimento e incentivo ao respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos os homens”, não bastavam os instrumentos normativos e o ambiente organizacional que as Nações Unidas (ONU) ofereciam³.

Afinal, a estrutura convencional por ela sugerida através de diversos tratados internacionais que foram sendo conjecturados ao longo dos anos, cada qual com um tema específico⁴ e, ainda, com um comitê criado a partir de cada documento destinado a fiscalizar suas ações, não pareceu ser suficiente para fazer com que os Estados realmente cumprissem com os preceitos com os quais se comprometeram ao ratificar os respectivos documentos.

Assim, mesmo que os Estados possam ser indagados sobre a implementação dos direitos ali previstos e até mesmo serem chamados a oferecer outras medidas

3 ONU. *Carta das Nações Unidas*. 1945. Preâmbulo.

4 São eles: a Convenção Internacional de 1965 para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966; a Convenção de 1979 sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres; a Convenção de 1984 contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989; a Convenção de 1990 sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias; a Convenção de 2006 sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Opcional; e a Convenção de 2006 para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado.

reparatórias, como reabilitação, restauração, investigação, garantias de não repetição e indenização⁵, o sistema convencional não estabelece procedimentos ou mecanismos necessários para garantir a sua *efetiva* aplicação pelos Estados no âmbito interno⁶. Em outras palavras, não é possível verificar de forma mais assertiva se os Estados estão cumprindo com os direitos humanos ou mesmo se implementaram as recomendações eventualmente outorgadas pelo comitê aos que sofreram violação.

Pior ainda é o caso dos mecanismos extraconvencionais, que nada mais são do que fóruns de proteção criados por resoluções de órgãos vinculados à ONU, como Conselho Econômico e Social e a Assembléia Geral, em vez de tratados⁷. Erguidos como um esquema alternativo destinado a superar os obstáculos impostos pelo mecanismo convencional, eles também deixaram de fornecer um remédio eficaz para contornar as violações dos direitos humanos, trabalhando muito mais com a imagem positiva/negativa do Estado do que um sistema reparatório de fato à pessoa cujo direito tenha sido violado⁸.

Esse cenário aponta para a real importância dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos, uma vez que estes podem atuar mais ativamente em casos de violação na medida em que contemplam tribunais internacionais. Portanto, a grande diferença entre a eficácia oferecida pelo Sistema Universal de Direitos Humanos e a ordem regional é que esta última tem prerrogativas jurisdicionais que o primeiro não possui⁹. Ou seja, ainda que a eficácia formal dos direitos humanos já estivesse garantida ao serem prescritos em nível internacional na forma de documentos legais, a sua eficácia material só ocorreria se existissem

5 SHELTON, Dinah. *Remedies in international human rights law*. Oxford University Press, 2005. p. 183.

6 LILLICH, Richard B. The U.N. and Human Rights Complaints. *American Journal of International Law*, v. 64, 1970, p. 610.

7 DURÁN, Carlos Villán. *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*. Trotta, 2002. p. 572-582.

8 “The enforcement of human rights generally depend on the goodwill or interest of individual countries”, sendo conhecido como ‘poder da vergonha’ é uma ferramenta indireta de fiscalização. Por meio dela, os Estados individuais se ‘sentem’ constrangidos e tendem a agir para que sua imagem não seja prejudicada internacionalmente. Cf. REICHERT, Elisabeth. *Social Work and Human Rights: a foundation for policy and practice*. Columbia University Press, 2011. p. 74-75.

9 SHELTON, Dinah. *An introduction to the history of international human rights law*. George Washington University Legal Studies Research Paper, v. 346, 2007. p. 1.

mecanismos para efetivá-la, os quais são previstos pelos sistemas regionais por meio de seus tribunais.

Logo, no caso de o Estado-parte terminar por não garantir (omissão) ou violar (ação) os direitos previstos nos documentos regionais, estes podem tomar medidas ativas para contornar tais transgressões, realizando atos que antes eram considerados tipicamente domésticos ou simplesmente inexistentes. Afinal, os órgãos regionais de controle (como a Comissão e a Corte Interamericana) são “acionáveis quando o Estado é falho ou omitiu-se na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais”¹⁰.

Como afirma Cançado Trindade¹¹, os tribunais regionais existentes analisarão o cumprimento “das obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos” e, em caso de inconsistências, exigirão sua adequação por meio do controle da convencionalidade. Além disso, eles buscarão reparar integralmente aquele que sofreu uma violação da conduta comissiva ou omissa de um Estado, como acrescenta Hostettler¹². Apesar disso, ressalta-se que a busca por esses sistemas não se dá de forma direta, de modo que somente serão utilizados quando a esfera nacional não puder contornar as violações dos acordos internacionais dos quais os Estados fazem parte e/ou proporcionar a devida e plena reparação à(s) vítima(s)¹³.

Isso decorre do fato de os sistemas regionais serem fóruns subsidiários e complementares, não substituindo os ambientes domésticos, assim como “não funcionam como tribunais de apelação ou [passíveis de] anularem decisões de tribunais nacionais”¹⁴. Assim, eles só podem ser utilizados quando os recursos internos do Estado-Membro tiverem sido esgotados em casos de violações dos

10 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 51.

11 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. I. Porto Alegre: SAFE, 1997. p. 412.

12 HOSTETTLER, Peter. *Human Rights and the “War” against International Terrorism*. International Institute of Humanitarian Law, 2002. p. 33.

13 Especificamente, espera-se que o Estado busque “investigar e sancionar qualquer violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e buscar, além disso, a restauração, se possível, do direito violado e, por outro lado, a reparação de os danos produzidos pela violação dos direitos humanos”. CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Mérito. Sentença de 29 julho de 1988. Série C, n. 04, p. 177.

14 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos*. PGE/SP, 12 jun. 1996. Disponível em: <http://pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

direitos humanos ocorridas sob a sua jurisdição ou na ocorrência de denegação à justiça¹⁵.

Particularmente no que diz respeito ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH), deve-se dizer que está vinculado à Organização dos Estados Americanos (OEA), criada em 2 de maio de 1948 pela Carta de Bogotá, como resultado da 9ª Conferência Interamericana de Estados Americanos, quando se destacou a proteção dos direitos humanos enquanto um de seus objetivos. Trata-se de um sistema bifásico, formado por uma Comissão, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e por um Tribunal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

A primeira, entidade autônoma criada em 1959 por ocasião da 5ª Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores dos membros da OEA com o objetivo de salvaguardar os direitos humanos na região, só passou a receber e examinar comunicações sobre situações de transgressão de direitos humanos e a formular recomendações aos Estados em favor da efetivação de tais direitos em 1965, devido às alterações inseridas pela 2ª Conferência Interamericana em seu estatuto¹⁶. Por sua vez, a Corte IDH, instituição jurídica autônoma criada para interpretar e aplicar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) de 1969, só foi realmente constituída nove anos após a adoção da Convenção, tendo, portanto, de fato aberto as portas apenas em 1979, após o depósito da 11ª ratificação do citado documento¹⁷.

Importante lembrar que à Comissão sujeitam-se todos os países membros da OEA. Em função do Protocolo de Buenos Aires, em vigor desde 1970, a Comissão é um órgão básico da estrutura da OEA. Já no que se refere à Corte IDH, o art. 62 dispõe que só pode exercer sua jurisdição sobre os Estados-membros da OEA no caso de violações dos direitos humanos quando estes tiverem aceitado expressamente a sua jurisdição¹⁸.

Isso significa que para que uma violação de direitos humanos seja conduzida ao SIDH buscando reconhecer a responsabilidade internacional do

15 CAMBIAGHI, Cristina Timponi; VANUCHI, Paulo. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH): reformar para fortalecer*. Lua Nova, 2013. v. 90. p. 147-148.

16 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 474-475.

17 RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 221.

18 *Ibid.* p. 224.

Estado transgressor e atribuir reparação integral ao indivíduo, é necessário que tal Estado, em primeiro lugar, seja parte da CADH, para que a CIDH tenha competência para investigar e, em caso de violação, recomendar mudanças em sua conduta. E, em segundo lugar, o Estado também deve reconhecer a jurisdição da Corte IDH, uma vez que, caso as recomendações apontadas não sejam seguidas pelo Estado transgressor, seja possível exigir-lhe uma reparação em favor do indivíduo lesado por meio de ação judicial¹⁹.

Aliás, note-se, há limitações ao exercício jurisdicional oportunizado pelo SIDH. Isso porque, nem todos os documentos firmados no âmbito da OEA são justiciáveis, isto é, passíveis de questionamento perante a CIDH e, eventualmente, perante a Corte IDH²⁰. Os únicos direitos justiciáveis perante o SIDH são aqueles listados na CADH, no Protocolo sobre a Abolição da Pena de Morte, na Convenção para Prevenir a Tortura e na Convenção sobre o Desaparecimento Forçado, além de artigos pontuais dos demais documentos, como o art. 7º da Convenção de Belém do Pará sobre Violência contra a Mulher e os arts. 8(1)(a) e 13 do Protocolo de São Salvador sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (DESCA) nos termos do seu art. 19(6), os quais se referem, respectivamente, ao direito à greve e à educação.

Logo, os demais artigos do Protocolo de São Salvador e da Convenção de Belém do Pará, bem como todos os artigos da Convenção contra a Discriminação contra Pessoas com Deficiência e da própria Declaração Americana dos Direitos e Deveres Humanos, servem apenas para fins interpretativos nos termos do art. 29 da CADH. Isso significa que não é possível questionar a conduta de um Estado

19 MARQUES, Claudia Lima; SQUEFF, Tatiana Cardoso. 'Fundamentos e alcances do Controle de Convencionalidade: do afastamento total do Código de defesa do Consumidor ao transporte internacional de passageiros no Brasil e o recurso à Corte Interamericana de Direitos Humanos'. In: LANA, Pablo Henrique. *Controle de convencionalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2019. p. 43.

20 Ressalta-se que no caso *Las Palmeras vs. Colômbia (2001)* a Corte IDH ratificou a possibilidade de exercer sua competência contenciosa em relação a outros instrumentos interamericanos diferentes da CADH. Logo, a declaração unilateral de aceite da competência contenciosa da Corte IDH, à luz do art. 62 da CADH, permite que ela conheça tanto de violações à Convenção como de outros instrumentos interamericanos, desde que esses lhe concedam competência, o que, porém, não é o caso de todos os dispositivos. Assim, a leitura pontual dos documentos mostra-se capital para apontar a justiciabilidade das regras neles contidas. Aliás, a doutrina denomina essa distinção entre as regras passíveis de serem argüidas diretamente no sistema de "seleção *a la carte*". LANGFORD, Malcolm. Closing the gap? An introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, social and cultural rights. *Nordic Journal of Human Rights*, v. 27, n.1, p. 1-28, 2009. p. 25. Apesar disso, como se trabalha neste texto, é possível que a própria Corte IDH ofereça entendimento posterior diverso, tal como o faz, hoje, em relação ao próprio art. 26 da CADH.

diretamente em relação a esses documentos em nível regional. Para que seja concebível, é necessário relacionar tais violações aos direitos previstos nos chamados tratados e direitos justiciáveis.

E justamente aí está a limitação – e o problema – do SIDH, vez que os direitos considerados justiciáveis são, em sua maioria, direitos de primeira dimensão, isto é, direitos individuais de natureza civil e política²¹, que retratam o momento em que esse regime foi edificado, no âmbito da Guerra Fria e do sistema ideológico que dividia o globo entre leste (oriental/socialista) e oeste (ocidental/capitalista), mantendo a América Latina sob forte influência Norte-Americana e, conseqüentemente, fazendo da OEA um local em que não prosperariam as ambições provenientes do pensamento soviético²².

Noutros termos, os DESCAs, concebidos apenas pelo art. 26 da CADH, não teriam espaço na agenda interamericana, vez que não representariam a ambição Norte-Americana em tal período²³, da mesma forma como se vislumbrou em outros espaços internacionais, a exemplo da divisão dos Pactos de 1966 em dois corpos normativos distintos – de direitos de primeira no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e os de segunda dimensão no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – no âmbito da ONU justamente por essa cisão leste-oeste mundana.

Questão essa que perdurou nessa região, vez que nem mesmo a edificação de um documento específico de DESCAs em 1988 (Protocolo de São Salvador²⁴) tornou-os plenamente justiciáveis, denotando a imperialidade latente

21 ROSA, Marina de Almeida; BEBER, Augusto Carlos. E se o ativismo chegar às Cortes Supranacionais? Um exame do caso Lagos del Campo vs. Peru a partir da crítica hermenêutica do direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 47, n. 1, 2019. p. 231.

22 Vale lembrar, por exemplo, da suspensão cubana da OEA em 1962 após forte lobby estadunidense, como outro exemplo dessa influência.

23 Inclusive, pode-se inferir que a própria escolha estadunidense em não ratificar a CADH, tendo apenas assinado a mesma em 1977, e ao Canadá, membro da *Commonwealth*, nem mesmo tê-la assinado, decorre da mínima previsão *lato* de DESCAs no seu corpo.

24 O Protocolo de São Salvador, que somente entrou em vigor em 16 de novembro de 1999, abrange uma série de direitos não contemplados especificamente na CADH, como os direitos à segurança social (art. 9), o direito à saúde (art. 10), o direito a um meio ambiente saudável e serviços públicos básicos (art. 11), o direito à alimentação (art. 12) direito à educação (art. 13); direito aos benefícios da cultura (art. 14) e direitos das famílias (art. 15), crianças (art. 16), idosos (art. 17) e deficientes (art. 18).

Norte-Americana²⁵ nos instrumentos normativos da OEA, os quais começam a serem timidamente rompidos em 2017 quando a Corte IDH inova, admitindo a justiciabilidade dos DESCAs a partir do art. 26 da CADH – o que será melhor explorado no ponto seguinte.

3 A JUSTICIABILIDADE DO ART. 26 DA CADH ATRAVÉS DO PRINCÍPIO *IURA NOVIT CURIA*: EXPRESSÕES DE UM ATIVISMO NÃO TÃO VELADO

Na medida em que a limitação à justiciabilidade dos DESCAs restringe sobremaneira a possibilidade de exigir-se do Estado reparação integral às vítimas de violações de direitos humanos, começou-se a ventilar no âmbito da Corte IDH a possibilidade de ampliar o comando contido em seu art. 26. Afinal, embora não tenha a sua justiciabilidade negada categoricamente como ocorre quase que integralmente com o Protocolo de São Salvador, a CADH prescreve apenas genericamente a necessidade 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”²⁶.

Assim, almejando fazer com que o art. 26 pudesse ser interpretado como um direito justiciável da mesma forma como faz com todos os direitos civis e políticos que o precedem no Convenção, indo além de um mero dever do Estado passível de limitação forte no seu ‘caráter progressivo’, a Corte IDH vem alterando gradativamente a sua jurisprudência, apontando a sua violação específica. Até meados de 2020, eram quatro os principais casos²⁷⁻²⁸: (2.1) Lagos del Campo vs.

25 Imperialidade se refere à contínua influência exercida pelo Norte Global nas relações internacionais, mesmo com o fim do colonialismo. Cf. BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. ¿Modernidad/Colonialidad sin “Imperialidad”? El Eslabón Perdido del Giro Decolonial. *Dados*, v. 60, n. 2, p. 505-540, 2017.

26 OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969.

27 Salienta-se também o caso *San Miguel Sosa e outros vs. Venezuela (2018)* e o caso *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil (2020)*, que também se debruçam sobre a análise do art. 26. Apesar disso, esses casos não serão objeto de análise no presente texto. Para um debate sobre o primeiro, porém, cf. SANTANO, Ana Claudia. Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 19, n. 77, p. 273-300, 2019, p. 291-292.

28 Alguns informes de admissibilidade formulados pela CIDH anteriores já debatiam sobre a justiciabilidade do art. 26. Acerca disso, cf. MACHADO, Isabel P. Em Cima do Muro: A Tortuosa “Justi-

Peru, de agosto de 2017, (2.2) Poblete Vilches e outros vs. Chile, de março de 2018, (2.3) Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala, de agosto de 2018, e (2.4) Lhaka honhat vs. Argentina, de fevereiro de 2020.

3.1 LAGOS DEL CAMPO VS. PERU (2017)

Este caso diz respeito ao cargo que o Sr. Alfredo Largos del Campo ocupou enquanto Presidente da Comissão Eleitoral da Comunidade Industrial e Delegado Titular da Confederação Nacional das Comunidades Industriais, e as obrigações decorrentes destes, as quais não poderiam servir como motivo para interromper o seu contrato de trabalho, em que pese isso tenha ocorrido quando de sua denúncia acerca da tentativa do empregador em interferir no sindicato dos trabalhadores²⁹.

Quanto à violação do art. 26, deve-se observar que nem o senhor Alfredo Largos del Campo nem a Comissão Interamericana fizeram solicitações específicas a respeito da violação deste artigo, em grande parte, por considerar que este direito não seria justiciável. No entanto, como a estabilidade trabalhista é reconhecida pelas Constituições Peruanas de 1979 e 1993, além de ter sido um direito mencionado em todas as instâncias (doméstica e no procedimento interamericano), com base no princípio *iura novit curia*, a Corte decidiu pela primeira vez que houve violação do art. 26 da Convenção³⁰.

Para tanto, assinalou que a Carta da OEA indica no art. 34(g), 45(b)(c) e 46 a estabilidade trabalhista de forma indireta, as quais foram desconsideradas pelo Peru quando este não adotou as medidas cabíveis para proteger o contrato de trabalho do senhor Campo perante seus tribunais internos³¹.

ciabilidade” dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, Belo Horizonte, v. 2, n. 21, p.72-91, jul. 2016, p. 83 (citando *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros, Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros, Milton García Fajardo y otros, e Mosap e outros vs. Brasil* – este contra o Brasil).

29 CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C, n. 340.

30 CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C, n. 340. p. 45-46.

31 *Ibid.* p. 47, 50-51.

2.2 POBLETE VILCHES E OUTROS VS. CHILE (2018)

O segundo caso, ao seu turno, refere-se ao direito à saúde do senhor Vinicio Antonio Poblete Vilches, que procurou duas vezes atendimento em hospital público, vindo à óbito na segunda vez devido ao agravamento de seu estado de saúde decorrente da alta precoce que obtivera quando da primeira hospitalização. Neste caso, o Estado chileno foi encaminhado à Corte por não ter oferecido o tratamento intensivo que a situação do senhor Viches exigia e que constava de seu prontuário, pela falta de leitos vagos, além de não ter realizado a investigação de sua morte diligentemente e dentro de um prazo razoável³².

Especificamente sobre arte. 26, é importante destacar que, em suas denúncias, tanto o Estado como os representantes das vítimas fizeram considerações ao seu respeito. Enquanto o primeiro destacou que o país vinha adotando medidas para garantir o desenvolvimento progressivo dos DESCAs, em particular o direito à saúde; o segundo argumentou que as violações do direito à vida seriam, nesse caso, em linhas gerais, uma consequente transgressão da art. 26³³, portanto, realizando a argumentação até então tradicional de vincular o abuso de um DESCa com uma violação de um direito civil/político³⁴.

32 CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 8 de março de 2018. Série C, n. 349.

33 *Ibid.* p. 20-24.

34 Esta posição advém do estabelecimento do “diálogo de cortes”, visto que se trata de uma prática já realizada pela Corte Europeia de Direitos Humanos no longínquo caso de 1979, *Airey vs. Irlanda*. No âmbito interamericano, o primeiro caso a debruçar-se sobre o tema foi *illagrán Morales e outros vs. Guatemala* (1999), quando a Corte IDH reconheceu a existência dessa indissociabilidade entre direitos civis/políticos (no caso, privação do direito à vida) e a necessidade de garanti-los progressiva e continuamente (no caso, todas condições mínimas para uma existência digna). Outro caso que merece destaque nesse mesmo sentido é *Suárez Peralta vs. Equador* (2013), ao discorrer sobre as interligações existentes entre direito à saúde e integridade pessoal (art. 5.1 da CADH), não tratando-o, porém, enquanto direito autônomo (à luz, inclusive, do que ressaltou o juiz brasileiro à época servindo à Corte IDH, Roberto Caldas, em seu voto separado). Sobre essa relação, ainda, vale consultar as seguintes decisões: CORTE IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Serie C, n. 158, voto de Cançado Trindade, para 7; CORTE IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Serie C n. 160, paras. 332-333; CORTE IDH. *Caso Vera Vera y outra vs. Equador*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 19 de maio de 2011. Serie C n. 226; CORTE IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 15 de junio de 2005. Serie C, n. 124; CORTE IDH. *Caso das Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Demanda de Interpretação da sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de

Nesse âmbito, a Corte IDH entendeu que embora a Comissão não tivesse considerado esta regra, poderia investigar se o Chile a violou, tendo verificado que a Carta da OEA indica no art. 34(i)(l) e 45(h) a defesa do ser humano através da aplicação dos mais recentes conhecimentos médicos e de que toda pessoa tem direito a uma vida sã e digna, o qual somente lhe é garantido a partir do acesso efetivo a seguridade social, denotando que o Estado chileno não estava realizando a devida supervisão e fiscalização das instituições de saúde pública, incorrendo, assim, em um ilícito internacional³⁵.

2.3 CUSCUL PIVARAL E OUTROS VS. GUATEMALA (2018)

O terceiro caso também diz respeito ao direito à saúde, agora, de Cuscul Pivaral e outras 48 pessoas diagnosticadas com HIV, vítimas da negligência das autoridades guatemaltecas, principalmente pelo não oferecimento de nenhum atendimento médico ou tratamento compatível com a gravidade de sua doença, conduzindo 15 delas à morte³⁶.

Em relação ao art. 26, o mesmo foi pontuado pelos representantes das vítimas, que afirmaram que uma vez violado o direito à saúde, entre outros direitos, os sobreviventes e familiares dos falecidos deveriam ser remediados plenamente porque o direito à saúde não diz respeito apenas ao direito a vida e integridade física (arts. 4º e 5º da CADH, que são *per se* justiciáveis), mas também um direito autônomo nos termos do art. 26, ainda que não citado diretamente.

Dessa forma, a Corte considerou que o marco jurídico guatemalteco de combate ao HIV continha diversos dispositivos relativos à proteção do direito à saúde e à obrigação do Estado de proteger os pacientes, em particular a Constituição de 1985, em seus artigos 93, 94, 95 e 100, e a de 2000 Lei Geral de Combate ao HIV³⁷. Apesar disso, a Corte IDH entendeu que não só era necessário o diagnóstico

2006. Serie C n. 156, para 186; e CORTE IDH. *Caso Canales Huapaya e outros vs. Peru*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de junho de 2015. Série C, n. 296, voto concorrente de Caldas e Ferrer Mac-Gregor Poisot, paras. 15-31.

35 CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 8 de março de 2018. Série C, n. 349, p. 104, 106, 120, 124, 138-139, 143.

36 CORTE IDH. *Caso Coscul Pivaral e outros vs. Guatemala*. Preliminary objection, merits, reparations and costs. Judgment of August 23, 2018, Series C, n. 349, p. 1, 6, 34, 68.

37 *Ibid.* p. 41-54.

constante da situação de saúde das pessoas com HIV envolvidas, mas que também era essencial garantir-lhes outros direitos sociais, como a alimentação adequada³⁸.

Portanto, à luz dos arts. 34(i)(l) e 45(h) da Carta da OEA e do aludido art. 26 da CADH, o Estado descumpriu para com as suas obrigações de implementar progressivamente o direito à saúde em suas formas autônomas, sistemáticas e teleológicas, cabendo, por conseguinte, indenizar as vítimas ainda vivas e os familiares dos já falecidos³⁹.

2.4 LAHKA HONAT VS. ARGENTINA (2020)

O quarto caso, entretanto, envolve um cenário um pouco diferente. Nele, questionou-se as ações do Estado argentino junto a 132 comunidades indígenas vinculadas à Associação Lhaka Honat, por negar seu direito ao território, assim como uma série de permissões conferidas à empresários cujas atividades degradaram o ecossistema local, afetando diretamente os direitos dos indígenas a um meio ambiente sadio, à alimentação e à água, e até mesmo à sua identidade cultural⁴⁰.

A Corte IDH destacou as obrigações da Argentina frente ao Protocolo de São Salvador e afirmou que alguns de seus direitos, pontualmente aquele relacionado a um meio ambiente sadio, foram amplamente reconhecidos por vários países da região, incluindo tal Estado, de maneira que a garantia deste direito seria uma obrigação para o país. Além disso, a Corte IDH sublinhou que esse direito específico comporta não só uma obrigação de respeito (dever/omissão), mas também uma obrigação de garantia (dever/ação), de maneira que cabe ao Estado agir adequada e diligentemente para a sua preservação, evitando, *ex ante*, qualquer eventual violação⁴¹.

Apesar disso, muito embora tenha a Corte IDH citado a interdependência e a indivisibilidade dos direitos humanos⁴², ela apenas reconheceu a violação ao art. 26 da CADH, utilizando o Protocolo de São Salvador apenas para fins interpretativos/ argumentativos. Desta forma, mencionou que, em primeiro lugar,

38 CORTE IDH. *Caso Coscul Pivara e outros vs. Guatemala*. Preliminary objection, merits, reparations and costs. Judgment of August 23, 2018, Series C, n. 349, p. 111-112, 114.

39 *Ibid.* p. 99, 127.

40 CORTE IDH. *Caso Lahka Honat vs. Argentina*. Merits, reparations and costs. Judgment of February 6, 2020. Series C, n. 400.

41 *Ibid.* p. 207-208.

42 *Ibid.* p. 274.

o direito a um meio ambiente saudável deve ser protegido “dada a obrigação dos Estados de lograr o desenvolvimento integral de seus povos, que decorre dos artigos 30, 31, 33 e 34 da Carta da [OEA]”⁴³.

Em segundo lugar, afirmou que o ‘desenvolvimento integral’ no que diz respeito ao meio ambiente também se relaciona com o que dele deriva, como alimento, obrigando o Estado também a “dedicar seus esforços para alcançar [...] uma nutrição adequada”, conforme mencionado no art. 34(j) da Carta da OEA⁴⁴ – e não impedir que ele seja alcançado, como visto no caso das comunidades de Lhaka Honat. E, em terceiro lugar, a Corte IDH afirmou que a violação ao meio ambiente também advém da transgressão do direito da comunidade à vida cultural – um direito protegido pelos arts. 30, 45(f), 47 e 48 da Carta da OEA⁴⁵.

Isso porque, argumentou a Corte ao não impedir que as práticas culturais fossem conduzidas à luz das práticas de seus ancestrais, que as comunidades indígenas acabam tendo sua identidade cultural afetada, inclusive em relação às gerações futuras, as quais podem sofrer com a perda de traços então considerados característicos de determinado grupo social (e cuja manifestação também pode ocorrer por meio da alimentação, na medida em que esta está diretamente ligada à forma e aos costumes devidos)⁴⁶.

Assim, a Argentina foi responsabilizada por violar o art. 26 de maneira ampla, tendo que reconhecer a propriedade da terra às comunidades indígenas, além de sempre consultá-las se alguma atividade pudesse prejudicar o gozo de seus direitos; planejar ações que lhes permitam efetivar seu direito à alimentação e à água; e também recuperar o sistema ecológico afetado⁴⁷.

2.5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A JUSTICIABILIZAÇÃO DO ART. 26 DA CADH

É possível afirmar que o surgimento e desenvolvimento gradativo de uma linha decisória preocupada com a justiciabilidade direta dos direitos sociais, é originada no caso *Lagos del Campos vs. Peru*, haja vista ter sido essa a decisão

43 CORTE IDH. *Caso Lhaka Honat vs. Argentina*. Merits, reparations and costs. Judgment of February 6, 2020. Series C, n. 400. p. 202.

44 *Ibid.* p. 210.

45 *Ibid.* p. 243, 274, 276.

46 *Ibid.*

47 *Ibid.* p. 370.

que, pela primeira vez⁴⁸, a Corte IDH reconheceu a violação ao desenvolvimento progressivo previsto no artigo 26 da CADH, sendo, por isso, saudado como “paradigmático ao dar início a uma nova etapa na jurisprudência da Corte, cujo principal desafio é a densificação do conteúdo, sentido e alcance dos DESCAs”⁴⁹, inclusive, permitindo a concretização do almejado “*ius commune* latino-americano em direitos humanos”⁵⁰.

Apesar disso, não só este caso, mas os dois casos que o seguiram – Poblete Vilches e Cuscul Pivaral – são alvos de críticas por parte da doutrina⁵¹, reputando-os enquanto *juízos ativistas* por declararem, de ofício, a violação ao art. 26 da Convenção Americana e por, supostamente, romperem com a restrição de petições individuais acerca dos DESCAs contida no Protocolo de São Salvador⁵². De modo pontual, criticam a utilização do princípio *iura novit curia* por parte da Corte IDH, segundo qual “el juzgador posee la facultad, e inclusive el deber, de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente” (grifo nosso)⁵³.

48 Lembra-se que no caso *Cinco Pensionistas vs. Peru* (2003), a Corte IDH, apesar de não se debruçar sobre o art. 26, já havia dado um passo adiante na proteção dos DESCAs na medida em que ela, em tal ocasião, ponderou sobre a importância desses direitos (em especial da previdência e aposentadoria) no contexto dos direitos humanos enquanto uma categoria universal *uma*. Uma análise, em que pese tímida (logo, em nada comparável ao caso *Lagos del Campo vs. Peru*) ocorrera no caso *Acevedo Buendía e outros vs. Peru* (2009) ao discorrer sobre o dispositivo em relação às conferências especializadas (“reuniões intergovernamentais destinadas a tratar de assuntos técnicos especiais ou a desenvolver aspectos específicos da cooperação interamericana”). Cf. OEA. *Conferências Especializadas*. s/d. Disponível em: https://www.oas.org/pt/sobre/conferencias_especializadas.asp. Acesso em: 20 mar. 2021.

49 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 467.

50 PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. *REDESG*, Santa Maria, v. 3, n. 1, p. 76-101, jan./jun. 2014, p. 95

51 ROSA, Marina de Almeida; BEBER, Augusto Carlos de Menezes. E se o ativismo chegar às Cortes Supranacionais? Um exame do caso *Lagos del Campo vs. Peru* a partir da crítica hermenêutica do Direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 47, n. 1, 2019, p. 225-251.

52 Até mesmo porque, no caso *Baena Ricardo vs. Panamá* (2001), a Corte IDH, ao debater acerca da justiciabilidade dos direitos previstos no Protocolo de São Salvador, não foi além do que previa o art. 19(6) do citado documento.

53 Cf. CORTE IDH. *Caso Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C No. 112, para. 126. E, ainda, no mesmo sentido: CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C n. 04, para. 163; CORTE IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C n. 325,

A crítica, portanto, está justamente no que tange a impossibilidade do contraditório pleno por parte das partes⁵⁴. Na medida em que “no es admisible que las partes aleguen nuevos hechos distintos de los contenidos en dicho Informe de Fondo, sin perjuicio de exponer aquellos que permitan explicar, aclarar o desestimar los que hayan sido mencionados en el mismo y hayan sido sometidos a consideración de la Corte (llamados ‘hechos complementarios’)”⁵⁵, o questionamento imposto pela doutrina⁵⁶ é de que, ao usar do citado princípio, a Corte estaria impedindo

para. 107; CORTE IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de julho de 2004, Série C n. 110, para. 179; CORTE IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Peru*. Mérito. Reparações e Custas. Sentença de 28 de fevereiro de 2003, Série C n. 98, para. 156; e CORTE IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Mérito. Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2002, Série C n. 97. p. 58.

54 O rechaço do *iura novit curia* tem sido uma constante nos ordenamentos jurídicos processuais nacionais. No Brasil foi positivado no atual Código de Processo Civil em seu artigo 10. Todavia, já era atacado anteriormente pela doutrina brasileira, a partir de uma interpretação do princípio do contraditório. Conforme Oliveira é “[...] inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apoie, em ponto fundamental, numa visão jurídica que não se tenham apercebido. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-lhes assim defender seu direito e influenciar a decisão judicial. Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem ao princípio do contraditório. A hipótese não é rara porque frequentes os empecilhos enfrentados pelo aplicador do direito, nem sempre de fácil solução, dificuldade geralmente agravada pela posição necessariamente parcializada do litigante, a contribuir para empecer visão clara a respeito dos rumos futuros do processo. Aliás, a problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas se conecta intimamente com o próprio interesse público, pois qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça, concorrendo para a deslegitimação do Poder Judiciário perante a sociedade civil. A cooperação, e o diálogo judicial nela implícito, torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir se transformem o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* em instrumentos de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 225-226.

55 CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C, n. 340, para. 24. A Corte ainda acrescenta: “La excepción a este principio son los hechos que se califican como supervinientes, que podrían ser remitidos al Tribunal siempre que se encuentren ligados a los hechos del caso y en cualquier estado del proceso antes de la emisión de la sentencia”, o que dialoga com o art. 74 do regulamento da CIDH.

56 ROSA, Marina de Almeida; BEBER, Augusto Carlos. E se o ativismo chegar às Cortes Supranacionais? Um exame do caso Lagos del Campo vs. Peru a partir da crítica hermenêutica do direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia* v. 47, n. 1, 2019. p. 218.

o Estado de defender-se, logo, gerando uma “violação à segurança jurídica e ao direito de defesa das partes”.

De certa maneira, Vio Grossi, juiz da Corte IDH, no caso *Lagos Del Campo*, também debate essa questão, mesmo que de modo indireto, ao tecer que para que haja apreciação da violação desses direitos, os mesmos deveriam ser submetidos pelas partes (CIDH/vítimas) ao conhecimento da Corte⁵⁷. O aludido juiz, até mesmo, segue a sua argumentação em direção à limitação do princípio *compétence de la compétence*, tecendo que este não poderia ser usado de forma a alargar a sua apreciação quando o tema não tenha sido levado ante a si.

Apesar disso, impende notar que, se não fosse justamente esse *ativismo* realizado pela Corte IDH nos casos acima pontuados, ainda estar-se-ia “provoca[ndo] encobrimentos entre os direitos, o que leva a confusões desnecessárias nos tempos atuais, de clara tendência para o reconhecimento e eficácia normativa de todos os direitos conforme os evidentes avanços que se advertem nos âmbitos nacional e no direito internacional dos direitos humanos”, como bem pontuou o juiz mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, no caso *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013), quando já tentava emplacar a justiciabilidade autônoma dos DESCA⁵⁸. Afinal, negar o alargamento da jurisdição da Corte IDH com base numa leitura restritiva e fixa da CADH quando da sua formulação e aceite pelos Estados como alguns defendem⁵⁹, constituiria, sim, em negar a sua plena garantia.

Considerando a centralidade dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico internacional hodierno, continuar negando a justiciabilidade dos DESCA seria, por conseguinte, uma verdadeira denegação da justiça, como aponta Nieto-Navia⁶⁰ ao definir o princípio pela Corte IDH. Por outro lado, cabe igualmente pontuar que exatamente esse argumento também foi utilizado pelo juiz Humberto

57 CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C, n. 340, voto separado de Vio Grossi.

58 CORTE IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de maio de 2013. Serie C n. 261, Voto Concorrente de Mac-Gregor Poisot. p.11.

59 NIETO NAVIA, Rafael. La aplicación del principio Jura Novit Curia por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. In: REY CARO, Ernesto. *et al.* (coord.). *Estudios de Derecho Internacional en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément*. Córdoba: Advocatus, 2014, p. 618-639. Disponível em: <https://rdu.unc.edu.ar/handle/11086/6636>. Acesso em: 20 mar. 2021.

60 Avulta-se que o autor não defende, porém, o seu uso: “[El principio] no lo autoriza a enmendar la demanda y, mucho menos, a decidir en su sentencia más allá del petitum” (grifo nosso). *Ibid.* p. 639.

Antonio Sierra Porto⁶¹ no caso-paradigma de 2017 para refutar, em voto dissidente, a própria justiciabilidade dos DESCAs, tecendo que o seu uso em quaisquer situações poderia fazer sucumbir a legitimidade da Corte e, logo, pontuando que o seu uso deveria apenas ocorrer quando de grave esquecimento ou erro por parte das vítimas/CIDH quando do peticionamento ou “manifesta violação” – o que, todavia, parece justamente ser o argumento da Corte IDH no caso do Sr. Campos⁶².

De toda sorte, essas não são os únicos debates passíveis de serem realizados a partir do ativismo da Corte IDH quanto à justiciabilidade do art. 26 da CADH, uma vez que ele também pode apresentar limitações a própria reparação integral do indivíduo lesado pelo Estado por sua conduta ativa/omissiva, tal como se debaterá no ponto seguinte.

3 SPILL OVER EFFECT? A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL EM MEIO AO ATIVISMO JUDICIAL INTERNACIONAL

O Estados-membros ao ratificarem a CADH não estão obrigados a aceitar a jurisdição da Corte IDH. Todavia, aceitando-a, devem cumprir suas decisões de boa-fé. Conforme o artigo 68(1) da CADH, ao ratificarem a Convenção, os Estados comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo o caso em que forem partes.

Uma vez proferida sentença de um caso, decidindo a Corte que houve violação de um direito ou liberdade protegidos pela Convenção, determinará, nos termos do artigo 63(1) da CADH, que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdades violadas, bem como que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, além do pagamento de indenização justa à parte lesada.

Para fins da fixação das consequências jurídicas das violações adota-se, no âmbito interamericano, o instituto da reparação integral. Após indicar as violações consideradas comprovadas, o capítulo resolutivo da sentença indicará as reparações

61 CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C, n. 340, voto dissidente de Sierra Porto.

62 Outros pontos avultados pelo magistrado no referido caso estariam centrados na expansão da responsabilidade internacional dos Estados em direção à direitos que não demandariam do Estado-parte uma obrigação de resultado, justamente pelo seu caráter programático, logo, trazendo o debate para uma questão econômica em detrimento da necessidade da pessoa humana.

que o Estado deve atender para fins de seu cumprimento. Para tanto, as reparações deverão ser atribuídas consoante as “perspectivas das próprias vítimas, de suas necessidades, aspirações e reivindicações”⁶³. Ademais, devem ser suficientes para “sua realização como seres humanos e a restauração de sua dignidade”⁶⁴.

A supervisão do cumprimento da sentença é feita pela própria Corte e ocorre mediante a apresentação de relatórios estatais e observações a esses relatórios pela vítima e representantes. A CIDH apresenta observações ao relatório do Estado e às observações das vítimas e representantes. Se for necessário, o Tribunal pode convocar as partes para uma audiência de supervisão do cumprimento. Com as informações, a Corte IDH determinará o estado do cumprimento e emitirá as resoluções que estimar pertinentes. Sua realização deve ocorrer de forma integral, não cabendo invocação do direito interno para o descumprimento⁶⁵.

Em estudo recente, Bolfarini⁶⁶ analisou os padrões decisórios das sentenças da Corte IDH e como suas estruturas influenciam no seu cumprimento pelos Estados, notadamente a partir da mudança do Regulamento do Tribunal ocorrida em 2001, momento que marca uma alteração da forma de decidir dos juízes, com medidas reparatórias capazes de produzir efeitos *extra partes* e atingir políticas públicas internas. De acordo com a autora, as medidas de reparação utilizadas fortalecem ou enfraquecem o grau da força das decisões e sua aceitabilidade e cumprimento espontâneo pelos entes estatais. Por consequência, quanto menos invasiva for uma decisão da Corte IDH em assuntos internos, melhores chances de sua implementação.

Sentenças com efeitos apenas *inter partes*, notadamente quando veiculam exclusivamente compensação financeira, tendem a serem menos contestadas. Sobre a influência das instituições políticas e governamentais no processo de uma tomada de decisão:

Da análise dessas informações é possível inferir que, assim como ocorre no processo de tomada de decisão governamen-

63 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. II. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 172-173.

64 *Ibid.* p. 179.

65 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. II. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 179.

66 BOLFARINI, Isabella. *Força vinculante das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Salvador: JusPodivm, 2019.

tal durante o planejamento, implementação, supervisão e avaliação das políticas públicas nacionais, a Corte IDH também mantém os elementos e etapas fundamentais para a estruturação e organização de medidas de reparação que podem acabar incidindo sobre tais políticas. [...] Tomando como ponto de partida a dimensão institucional das políticas públicas, vários aspectos devem ser observados, desde a determinação do poder que cria o ordenamento jurídico, até as decisões incrementais que implementam tais ações, passando, nesse caminho, pelo processo de tomada de decisão; determinação do interesse público a ser protegido; definição do plano de ação a ser efetivado; articulação governamental e distribuição de competências. O processo de tomada de decisão, em si mesmo, é fortemente influenciado pelas instituições políticas e governamentais. Isso pode se repetir igualmente em nível internacional, pois, a racionalidade jurídica (e política) das decisões da Corte IDH pode influenciar a força vinculante das sentenças que incidem sobre políticas públicas nos Estados e essa é a resposta para a questão do por que considerar as medidas de reparação com efeito *extra partes* como um fator que influencia a força vinculante das sentenças? (grifo nosso)⁶⁷.

Esse fenômeno pode ser, em tese, visualizado nos movimentos realizados pela Corte IDH ao evoluir sua jurisprudência na aceitação da justiciabilidade direta no marco do art. 26 da CADH, em que as fricções entre o sistema jurídico interamericano e o político dos Estados nacionais restam mais evidentes. Cerqueira⁶⁸, por exemplo, demonstra que o avanço na justiciabilidade do artigo 26 da CADH no Caso *Lagos Del Campo* é acompanhado de uma *falha argumentativa* em relação ao capítulo das reparações. Refere que o novo marco, supostamente evolutivo, também deveria estar acompanhado de uma construção específica em relação às reparações a serem fixadas na sentença.

Demonstra, no entanto, que ao contrário de casos similares anteriores, como o Caso *Funcionários Demitidos do Congresso vs. Perú* e o Caso *Canales*

67 BOLFARINI, Isabella. *Força vinculante das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 211-212.

68 CERQUEIRA, Daniel. La justiciabilidad de los DESCAs bajo la Convención Americana. Justicia en Las Américas. *Blog de La Fundación para el Debido Proceso*. Washington, D.C, 2018. Disponível em: <https://dplfblog.com/2018/05/29/la-justiciabilidad-de-los-desca-bajo-la-convencion-americana/>. Acesso em: 27 mar. 2021.

Huapaya e outros vs. Perú, ambos litigados nos marcos das garantias individuais, o Caso *Lagos del Campo* “se limitó a fijar medidas generales de compensación, por concepto de daños materiales e inmateriales, sin realizar ningún tipo de análisis sobre la restitución de los beneficios sociales de lavíctima o, en su defecto, su conversión en una indemnización compensatoria”⁶⁹. E, logo em seguida, opina que “es muy probable que la víctima del caso hubiese preferido una sentencia sin tanto pionerismo, pero que contase con medidas de reparación más consecuentes con el drama personal y familiar provocado por su destitución arbitraria” (grifo nosso)⁷⁰.

Desde que a causa possa efetivamente ser ligada à sua consequência, a crítica realizada por Cerqueira, em rigor, estará correta, uma vez que a festejada evolução na garantia dos direitos humanos não é *argumentativamente* compatível com retrocesso jurisprudencial no capítulo das reparações, porquanto a *restitutio in integrum* é princípio geral aceito no direito internacional⁷¹.

Ocorre que o fenômeno do avanço jurisprudencial em matéria de DESCAs é bastante complexo, não só juridicamente, mas especialmente quando é adicionado o *contexto político* no qual se desenvolve o SIDH. Além da resistência dos Estados em acatar determinadas sentenças, os limites do sistema para trabalhar com todas as petições individuais que aportam na Comissão acende considerações de seu funcionamento dentro de uma lógica de *litígio estratégico* – tema intimamente ligado com a evolução da sua capacidade de gerar novas interpretações e abarcar novas violações de direitos humanos.

Em estudo sobre os critérios de judicialização de casos pela Comissão perante a Corte, ressaltou Koch que a violação individual não é o único critério considerado:

Para Cardoso, o litígio estratégico visa a utilização do mecanismo judicial e de casos paradigmáticos para alcançar objetivos maiores do que apenas a reparação das vítimas: transformação da jurisprudência, alteração de legislação ou qualquer mudança de políticas públicas almejadas. O caso é, logo, uma ferramenta de transformação e por esse motivo quem litiga

69 CERQUEIRA, Daniel. La justiciabilidad de los DESCAs bajo la Convención Americana. Justicia en Las Américas. *Blog de La Fundación para el Debido Proceso*. Washington, D.C, 2018. Disponível em: <https://dplfblog.com/2018/05/29/la-justiciabilidad-de-los-desca-bajo-la-convencion-americana/>. Acesso em: 27 mar. 2021.

70 *Ibid.*

71 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. II. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 179.

em sistemas internacionais como o SIDH não visa apenas a solução concreta, mas também uma mudança que transcende as vítimas. De acordo com a autora, as ONGs litigantes nos sistemas internacionais trabalham na lógica *issue* ou *policy oriented* e não *client oriented*, ou seja, desenvolvem suas ações focadas no impacto que um determinado caso pode causar em um Estado ou região. Em resumo, essa forma de litígio busca, além de avançar na proteção das vítimas envolvidas no caso, satisfazer as aspirações de transformação legal e o impacto social⁷².

Mesmo dentro dessa racionalidade do litígio estratégico, merece referência o entendimento de Cavallaro e Brewer⁷³, ao defenderem que em matéria de DESCAs, a melhor estratégia perante a Corte IDH para efetivação da justiça social nem sempre está amparada na invocação do artigo 26 da CADH. Argumentam que “se a estrutura dos direitos civis e políticos oferecer melhor oportunidade para estratégias de mobilização e para a promoção de mudanças, logo, a essa estrutura, não àquela apresentada pelos direitos ESC, deveria ser dada prioridade” (grifo nosso)⁷⁴.

É certo que o texto foi escrito em período anterior ao paradigmático Caso *Lagos del Campo* e de todas as decisões posteriores em matéria de DESCAs. Mesmo assim, a advertência é atual e serve para indicar que não se deve dar proeminência para uma classe específica de direitos humanos, notadamente se analisados sob a ótica da indivisibilidade e complementariedade.

De qualquer forma, já é possível verificar na evolução da jurisprudência do Tribunal um agasalhamento e resgate do princípio da reparação integral no marco do artigo 26 da CADH, como no Caso *Comunidades Indígenas Miembros de La Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Terra) vs. Argentina*, de 06 de fevereiro de 2020, que no marco dos DESCAs, estabeleceu uma variedade de medidas reparatórias, as quais podem agregar ao debate para além de um ativismo eventualmente prejudicial à parte lesada pela conduta estatal.

72 KOCH, Camila de Oliveira. *Crerios de judicialização de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

73 CAVALLARO, James L; BREWER, Stephanie Erin. O papel da litigância para a justiça social no Sistema Interamericano. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452008000100005&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 28 mar. 2021.

74 *Ibid.* p. 89.

4 CONCLUSÃO

Neste escrito buscou-se ponderar acerca da apreciação cada vez mais rotineira por parte da Corte IDH do art. 26 da CADH. Teceu-se, portanto, do importante papel desempenhado pelo SIDH no contexto do giro humanista do direito internacional, o qual colocou a pessoa humana como centro do ordenamento jurídico, impondo ao Estado o dever de proteção e à sociedade internacional o papel de fiscalização da sua correta tutela e implementação, recaindo este, em grande medida, aos tribunais regionais de proteção de Direitos Humanos, vez que possuem jurisdição para impor aos Estados transgressores a obrigação de reparação integral pelo dano causado.

Outrossim, já analisando de maneira pontual o SIDH, salientou-se às limitações impostas pela época e local de sua edificação, as quais, envoltas pela imperialidade latente da América do Norte, em especial dos Estados Unidos, no contexto de Guerra Fria, limitou-se a defender os direitos humanos de caráter individual, isto é, Civis e Políticos, deixando os Direitos Sociais, Econômicos, Culturais e Ambientais à margem do sistema, cujo reflexo está no comando genérico insculpido na CADH em seu art. 26 quando se trata dos DESCAs, além da própria não superação desta visão quando da edificação do Protocolo de São Salvador em 1988, ao explicitamente barrar a justiciabilidade de grande parte de seus dispositivos.

Desta forma, avultou-se o progresso havido no âmbito interamericano com as crescentes tentativas de permitir a justiciabilidade do art. 26 da CADH quando atrelados aos mandamentos constantes da Carta da OEA de 1948, ou seja, permitindo verificar a atuação do Estado em relação ao citado artigo de maneira autônoma, escapando, assim, da necessidade de vincular-se as violações dos DESCAs à Direitos Civis e Políticos, tal como já se fazia no SIDH, amparando-se na argumentação oriunda do plano europeu de proteção de direitos humanos⁷⁵.

Entretanto, justamente nesse ponto é que se destacou alguns problemas, fazendo com que a Corte IDH permanecesse entre a cruz e a espada, tal como referido no título do presente texto. Isso porque, da mesma forma em que se pode dizer que essa evolução, originária do caso *Lagos Del Campo vs. Peru* de 2017 e

75 Para uma crítica em relação ao diálogo de cortes de maneira ampla, cf. SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. 'Cross-Fertilization' as a neocolonial tool? impressioning deriving from the *Artavia Murilo vs. Costa Rica* before the Inter-American Court of Human Rights. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. esp., p. 107-131, 2019.

expandida pelos casos *Poblete Vilches e outros vs. Chile* de 2018, *Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala* de 2018 e, em especial, *Lhaka honhat vs. Argentina* de 2020, é extremamente benéfica na medida em que permite uma leitura *una* dos direitos humanos no contexto interamericano, fomentando a atuação dos Estados para que promovam os DESCAs no âmbito doméstico em virtude do controle de convencionalidade, ela também apresenta alguns problemas.

No afã de resguardar os direitos humanos em sua completude, a Corte IDH parece não ter ponderado propriamente quanto ao uso aberto do art. 26 da CADH, vez que ela termina por não apenas impedir que o Estado possa plenamente se defender, porquanto a sua verificação por parte da Corte tem ocorrido a partir da invocação do princípio *iura novit curia*, mostrando ser efetivamente um caso de ativismo judicial internacional, como ela também pode ensejar a não outorga de reparação integral e efetiva à parte cujos direitos humanos foram violados pela conduta ativa/omissiva do Estado.

Logo, nada obstante seja inquestionável que o SIDH tenha por núcleo a proteção dos direitos fundamentais das pessoas, bem como que o intérprete dos tratados deva buscar sempre a interpretação que melhor proteja e efetive os direitos humanos, não parece que tais premissas estejam em conflito com a possibilidade de a Corte IDH permitir, antes de decidir o caso, que os litigantes manifestem-se sobre ponto ainda não discutido, permitindo-se um amplo diálogo na construção das normas de direitos humanos que irão reger a decisão concreta.

REFERÊNCIAS

BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. ¿ Modernidad/Colonialidad sin “Imperialidad”? El Eslabón Perdido del Giro Decolonial. *Dados*, v. 60, n. 2, p. 505-540, 2017.

BOLFARINI, Isabella. *Força vinculante das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Salvador: JusPodivm, 2019.

CAMBIAGHI, Cristina Timponi; VANUCHI, Paulo. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH): reformar para fortalecer*. Lua Nova, 2013. v. 90.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CAVALLARO, James L; BREWER, Stephanie Erin. O papel da litigância para a justiça social no Sistema Interamericano. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452008000100005&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 28 mar. 2021.

CERQUEIRA, Daniel. La justiciabilidad de los DESCAs bajo la Convención Americana. Justicia en Las Américas. *Blog de La Fundación para el Debido Proceso*. Washington, D.C, 2018. Disponível em: <https://dplfblog.com/2018/05/29/la-justiciabilidad-de-los-desca-bajo-la-convencion-americana/>. Acesso em: 27 mar. 2021.

CORTE IDH. *Caso Canales Huapaya e outros vs. Peru*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de junho de 2015. Série C, n. 296, voto concorrente de Caldas e Ferrer Mac-Gregor Poisot.

CORTE IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 28 de novembro de 2002, Série C n. 97.

CORTE IDH. *Caso Coscul Pivaral e outros vs. Guatemala*. Preliminary objection, merits, reparations and costs. Judgment of August 23, 2018, Series C, n. 349.

CORTE IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Serie C, n. 124.

CORTE IDH. *Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru*. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Serie C n. 160.

CORTE IDH. *Caso das Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Demanda de Interpretação da sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2006. Serie C n. 156.

CORTE IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 8 de julho de 2004, Série C n. 110.

CORTE IDH. *Caso Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C No. 112.

CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C, n. 340.

CORTE IDH. *Caso Labka Honat vs. Argentina*. Merits, reparations and costs. Judgment of February 6, 2020. Series C, n. 400.

CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile*. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 8 de março de 2018. Série C, n. 349.

CORTE IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 21 de maio de 2013. Serie C n. 261, Voto Concorrente de Mac-Grecor Poisot.

CORTE IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Serie C, n. 158, voto de Caçado Trindade.

CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 Julho de 1988. Série C, n. 04.

CORTE IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 19 de maio de 2011. Serie C n. 226.

CORTE IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C n. 325.

CORTE IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 28 de fevereiro de 2003, Série C n. 98.

DURÁN, Carlos Villán. *Curso de Derecho Internacional de Los Derechos Humanos*. Trotta, 2002.

HOSTETLER, Peter. *Human Rights and the “War” against International Terrorism*. International Institute of Humanitarian Law, 2002.

LANGFORD, Malcolm. Closing the gap? An introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, social and cultural rights. *Nordic Journal of Human Rights*. v. 27, n.1, p. 1-28, 2009.

LILLICH, Richard B. ‘The U.N. and Human Rights Complaints. *American Journal of International Law*, v. 64, 1970.

MACHADO, Isabel P. Em Cima do Muro: A Tortuosa “Justiciabilidade” dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, Belo Horizonte, v. 2, n. 21, p.72-91, jul. 2016.

MARQUES, Claudia Lima; SQUEFF, Tatiana Cardoso. ‘Fundamentos e alcances do Controle de Convencionalidade: do afastamento total do Código de defesa do Consumidor ao transporte internacional de passageiros no Brasil e o recurso à Corte Interamericana de Direitos Humanos’. In: LANA, Pablo Henrique. *Controle de convencionalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2019.

KOCH, Camila de Oliveira. *Critérios de judicialização de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

NIETO NAVIA, Rafael. La aplicación del principio Jura Novit Curia por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. In: REY CARO, Ernesto. *et al.* (coord.). *Estudios de Derecho Internacional en homenaje a la Dra.*

Zlata Drnas de Clément. Córdoba: Advocatus, 2014. p. 618-639. Disponível em: <https://rdu.unc.edu.ar/handle/11086/6636>. Acesso em: 20 mar. 2021.

OEA. *Conferências Especializadas*. s/d. Disponível em: https://www.oas.org/pt/sobre/conferencias_especializadas.asp. Acesso em: 20 mar. 2021.

OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969.

OEA. *Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado1 pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em: 27 mar. 2021.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ONU. *Carta das Nações Unidas*. 1945. Preâmbulo.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. *REDESG*, Santa Maria, v. 3, n. 1, p. 76-101, jan./jun. 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

REICHERT, Elisabeth. *Social work and human rights: a foundation for policy and practice*. Columbia University Press, 2011.

ROSA, Marina de Almeida; BEBER, Augusto Carlos. E se o ativismo chegar às Cortes Supranacionais? Um exame do caso Lagos del Campo vs. Peru a partir da

crítica hermenêutica do direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 47, n. 1, 2019.

SANTANO, Ana Claudia. Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 19, n. 77, p. 273-300, 2019.

SHELTON, Dinah. *An introduction to the history of international human rights law*. George Washington University Legal Studies Research Paper, v. 346, 2007.

SHELTON, Dinah. *Remedies in International Human Rights Law*. Oxford University Press, 2005.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. ‘Cross-Fertilization’ as a neocolonial tool? impressing deriving from the Artavia Murillo vs. Costa Rica before the Inter-American Court of Human Rights. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. esp., p. 107-131, 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. I. Porto Alegre: SAFE, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. II. Porto Alegre: SAFE, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos*. PGE/SP, 12 jun. 1996. Disponível em: <http://pge.sp.gov.br/centrodestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.