



INTERNATIONAL JOURNAL

REVISTA DO  
PROGRAMA DE  
PÓS GRADUAÇÃO  
EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE FEDERAL  
DA PARAÍBA (UFPB)

*SEÇÃO CORPUS*

50 ANOS DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA  
DE DIREITOS HUMANOS  
PACTO DE SAN JOSE DA COSTA RICA

Set-Dez, 2019

v.18, nº 39

CONSULTOR  
Sven Peterke  
(Universidade Federal da Paraíba, Brasil)

NEGO

## **Expediente**

A revista quadrimestral eletrônica Prim@Facie: Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, é um periódico da área de Direito com interfaces voltadas para os Direitos Humanos, Direito ao Desenvolvimento e História do Direito. Reconhece-se que a perspectiva jurídica está em constante diálogo com a dimensão temporal e política da vida em sociedade, assim, não é possível compreender o direito em separado dos interesses sociais e econômicos. Desta forma, a publicação visa propiciar debates atualizados sobre problemas do Brasil e do mundo contemporâneo com a participação de pesquisadores de diversas universidades nacionais e estrangeiras.

QUALIS B1 (Direito), QUALIS B2 (Filosofia), QUALIS B3 (Ciências da Religião e Teologia), QUALIS B4 (Ciências Ambientais) e QUALIS B5 (História).

Endereço: Prim@Facie – Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba - Campus I, Castelo Branco, CEP: 58.051-900 - João Pessoa, PB - Brasil. Telefone: (83) 32167627

URL da Homepage: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie>

### **EXPEDIENTE DESTE NÚMERO**

#### **Coordenadora do PPGCJ:**

Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges – UFPB, Brasil

#### **Editor Gerente:**

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – UFPB, Brasil

#### **Editores de área:**

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – UFPB, Brasil

Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia – UFPB, Brasil

Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista – UFPB, Brasil

Profa. Dra. Alana Ramos de Araújo – UFPB, Brasil

#### **Editores Assistentes:**

Rafael Câmara Norat

Maria Aurora Medeiros L. Costa

Jaqueline Rosário Santana

Danuza Farias Dantas Meneses

Bruna Agra de Medeiros

#### **Diagramação:**

Assistente Editorial: Matheus Victor Sousa Soares

#### **Consultor Especial:**

Prof. Dr. Sven Peterke

Edição em comemoração ao 50º Aniversário da Convenção Americana de Direitos Humanos.

**ISSN 1678-2593**

# **PRIM@ FACIE**

International Journal

**Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas**

SEÇÃO CORPUS

**50 Anos da Convenção Interamericana de Direitos  
Humanos - Pacto de San Jose, Costa Rica**

**Set. a Dez., 2019**

**v. 18, n. 39**

**Universidade Federal da Paraíba – PPGCJ**

Editores de área:

**Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – UFPB, Brasil**

**Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia – UFPB, Brasil**

**Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista – UFPB, Brasil**

**Profa. Dra. Alana Ramos de Araújo – UFPB, Brasil**

Coordenadora do PPGCJ:

**Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges – UFPB, Brasil**

Consultor Especial:

**Prof. Dr. Sven Peterke – UFPB, Brasil**

Catálogo na publicação  
Bibliotecária Vânia Maria Ramos da Silva – CRB15/0243  
Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB

P952 Prim@ facie [recurso eletrônico] : Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas / Universidade Federal da Paraíba. – V.1, n. 1 (2002)- . – João Pessoa : PPGCJ/CCJ/UFPB, 2002-

Quadrimestral.

Seção corpus: 50 anos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica.

Editor-gerente: Jailton Macena de Araújo; Consultor: Sven Peterke.

Modo de acesso: Internet.

<https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/issue/view/2436>

Descrição do fascículo v.18, n. 39 (set./dez. [2019](#)).

ISSN 1678-2593

1. Direito – Periódicos. 2. Convenção Interamericana de Direitos Humanos  
3. Pacto de San José da Costa Rica. 4. Direitos humanos. I. Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. II. Araújo, Jailton Macena de. III. Peterke, Sven.

BSCCJ/UFPB

CDU – 34(05)

## Sumário

### **Editorial, 5**

SVEN PETERKE

### **50 Anos Do Pacto De São José Da Costa Rica: Reflexões Sobre Justiça Social No Brasil, 17**

DENISE ALMEIDA DE ANDRADE, MONICA SAPUCAIA MACHADO , GRASIELLE BORGES  
VIEIRA DE CARVALHO

### **Prisões Cautelares: 50 Anos De Luta Na Efetivação Do Pacto De San Jose Da Costa Rica, 48**

MATHEUS ARCANGELO FEDATO, LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK

### **Proibição De Visitas Íntimas Em Estabelecimentos Prisionais Femininos: A Convenção Americana De Direitos Humanos Como Um Mecanismo De Preservação De Direitos Da Mulher Presa, 80**

VANESSA DE SOUSA SOARES, KLELIA CANABRAVA ALEIXO

### **Corte Interamericana De Direitos Humanos E O Encarceramento Em Massa: Uma Análise Dos Casos Do Complexo Penitenciário De Pedrinhas E Curado, 115**

MANOELA FLECK DE PAULA PESSOA, GUSTAVO RAPOSO PEREIRA FEITOSA

### **Artículo 22 de la Convención Americana de los Derechos Humanos a 50 Años de su Promulgación, Caso Mexicano, 149**

MARTHA VERANO

### **Caso Lagos del Campo vs. Peru e seu Duplo Papel Paradigmático na Evolução da Justiciabilidade de Direitos Sociais perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, 177**

LAURA FERNANDA MELO NASCIMENTO, IGO ZANY NUNES CORREA, ADRIANO  
FERNANDES FERREIRA

### **A Constitucionalidade Da Lei Da Anistia E As Implicações Do Julgamento Do Caso Gomes Lund, 207**

HENRIQUE BREDA CAVALCANTI, NELSON CERQUEIRA

### **Sistema Interamericano De Proteção Dos Direitos Humanos: Análise Da Efetividade No Brasil, 241**

MARIA DAS GRAÇAS MACENA DIAS DE OLIVEIRA, VALTER MOURA DO CARMO, BRUNO  
BASTOS DE OLIVEIRA

### **Slippery Slope, A Presunção De Inocência E Sua Evolução Na Visão Do Supremo Tribunal Federal: Uma Análise A Partir Dos Direitos Humanos, Fundamentais E De Personalidade, 274**

GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA, RAFAEL JUNIOR SOARES, LUIZ ANTONIO BORRI

### **Parâmetros Do Sistema Internacional De Direitos Humanos Em Casos De Aborto Legalizado, 299**

MARINA NOGUEIRA DE ALMEIDA, CARMEN HEIN DE CAMPOS

## Table of Contents

### **Editorial, 5**

SVEN PETERKE

### **50 Years Of Pact Of San Jose – Costa Rica: Reflexions About Social Justice In Brazil, 17**

DENISE ALMEIDA DE ANDRADE, MONICA SAPUCAIA MACHADO , GRASIELLE BORGES VIEIRA DE CARVALHO

### **Pretrial Detentions: 50 Years Of Fight On The Effectiveness Of The Pact Of San Jose Costa Rica, 48**

MATHEUS ARCANGELO FEDATO, LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK

### **Prohibition Of Conjugal Visits In Female Prisons: The American Convention On Human Rights As A Mechanism For The Preservation Of Prisoned Women, 80**

VANESSA DE SOUSA SOARES, KLELIA CANABRAVA ALEIXO

### **Inter-American Court Of Human Rights And The Mass Incarceration: An Analysis Of Cases Of Penitentiary Complex Of Pedrinhas And Curado, 115**

MANOELA FLECK DE PAULA PESSOA, GUSTAVO RAPOSO PEREIRA FEITOSA

### **Article 22 of the American Convention on Human Rights 50 Years Ago of its Promulgation, Mexican Case, 149**

MARTHA VERANO

### **Lagos Del Campo VS. Peru And Double Paradigmatic Role In The Evolution Of Justiciability Of Social Rights In The Inter-American Court Of Human Rights, 177**

LAURA FERNANDA MELO NASCIMENTO, IGO ZANY NUNES CORREA, ADRIANO FERNANDES FERREIRA

### **The Constitutionality Of The Brazilian Act Of Amnesty And The Implications Of The Gomes Lund Case, 207**

HENRIQUE BREDA CAVALCANTI, NELSON CERQUEIRA

### **Inter-American System For The Protection Of Human Rights: Analysis Of The Realization In Brazil, 241**

MARIA DAS GRAÇAS MACENA DIAS DE OLIVEIRA, VALTER MOURA DO CARMO, BRUNO BASTOS DE OLIVEIRA

### **Slippery Slope, The Presumption Of Innocence And Their Development In View Of The Supreme Federal Court: An Analysis From Human, Fundamental And Personality Rights, 274**

GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA, RAFAEL JUNIOR SOARES, LUIZ ANTONIO BORRI

### **Parameters Of The International Human Rights System In Cases Of Legalized Abortion, 299**

MARINA NOGUEIRA DE ALMEIDA, CARMEN HEIN DE CAMPOS

## EDITORIAL

**O 50º Aniversário da Convenção Americana de Direitos Humanos**

*“Quem controla o passado,  
controla o futuro.*

*Quem controla o presente,  
controla o passado”.*

*George Orwell*

Há vários motivos para comemorar o 50º aniversário da Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em uma Conferência Especializada em São José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Um motivo importante é o cumprimento integral da promessa de se tornar um sólido embasamento jurídico dos pronunciamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão criado pela própria Convenção e constituído logo após a sua entrada em vigor, em 18 de julho 1978. Desde então, suas sentenças, opiniões consultivas e medidas de urgência não somente deram esperança e satisfação às, infelizmente, numerosas vítimas de violações de direitos humanos no continente americano, mas, graças ao seu poder persuasivo, catalisaram e incentivaram uma série de processos de transformação tanto nos níveis universal e regional como nas esferas domésticas dos Estados.

Vários destes processos de natureza horizontal e vertical já estavam em andamento há algum tempo, pois, as raízes do sistema interamericano de direitos humanos datam da primeira metade do século XX. Foi nomeadamente na ocasião da IX Conferência Pan-americana, realizada em Bogotá no início de 1948, quando surgiu pela primeira vez a proposta de elaborar um tratado regional de direitos humanos, a ser vinculante para todos os Estados-membros da nova Organização dos Estados Americanos (OEA), fundada no mesmo evento. Naquele momento, ainda se negociava nas Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos, marco histórico do Direito Internacional dos Direitos Humanos, alcançado em 10 de dezembro de 1948.

Ocorreu que os Estados reunidos em Bogotá conseguiram aprovar, em 2 de maio de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Assim, queriam demonstrar ao mundo inteiro a existência de um consenso basilar concernente ao reconhecimento transfronteiriço dos direitos humanos no solo americano. Simultaneamente, aumentaram a pressão às Nações Unidas para avançar nas negociações sobre a Declaração Universal. As aprovações desses documentos foram mais do que, simplesmente, atos simbólicos-políticos: abrangeram também a promessa de logo iniciar o processo de codificação internacional por meio de convenções de direitos humanos compulsórios.

Só que os primeiros que conseguiram finalmente adotar e deixar entrar em vigor um tratado regional de direitos humanos foram os Estados europeus. A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, inaugurou o primeiro sistema de proteção aos direitos humanos, que mereceu essa designação, sobretudo, por ter como principais órgãos de monitoramento uma (hoje extinta) Comissão e uma Corte (desde 1959). Ambos foram dotados com a competência de processar queixas de indivíduos alegando violações dos seus direitos

fundamentais. Parecia ser também um modelo recomendável para o continente americano.

No entanto, por muito tempo, o tratado internacional que hoje se chama Convenção Americana de Direitos Humanos, não conseguiu sair da gaveta. Houve, primeiro, em 1959, a criação da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos como sub-órgão da OEA. No entanto, não demorou muito e a Comissão começou a expandir as suas atribuições. Já em 1966 foi autorizada pelos Estados-membros da OEA para receber petições de indivíduos que alegavam violações dos seus direitos fundamentais. Para analisá-las, a Comissão se beneficiou da Declaração Americana de Direitos Humanos como expressão de direito costumeiro regional. Até hoje, continua a aplicá-la a casos oriundos de Estados que ainda não ratificaram a Convenção de 1969. Já em 1967, a Comissão tornou-se órgão principal da OEA, o que aumentou seu prestígio e a sua influência como importante catalizador daquele processo que culminou na tarde aprovação do Pacto de São José.

\*

Atualmente, há, mais uma vez, um crescente número de vozes questionando ou até negando os valores universais nela consagrados e conquistados em lutas históricas e dolorosas, que, sob uma perspectiva global, demoravam séculos e exigiam tantos sacrifícios humanos. Nessa conjuntura desfavorável, é de grande importância recordar que a Convenção Americana de Direitos Humanos foi aprovada em uma época em que vários países centro e sul-americanos já tinham caído nas mãos brutas de juntas militares. Estes regimes autoritários abusaram, sem menores escrúpulos, o poder e a máquina do Estado para perseguirem aqueles considerados como seus inimigos. A juridicamente tão manipulável “doutrina de segurança nacional” serviu como ferramenta para (mal) justificar a censura e repressão de forças opositoras e vozes críticas, não desejadas. Assim, violaram, sistematicamente, os direitos humanos de milhares de pessoas. Entre

as vítimas, encontravam-se também centenas de docentes e discentes universitários. A maioria não podia contar, na hora em que precisava com a maior urgência, com a intervenção e proteção do judiciário, agora, alinhado ou, simplesmente, silenciado.

O contexto histórico-político explica, em parte, porque naquela Conferência Especializada de 1969 somente doze Estados americanos decidiram assinar o Pacto de São José – Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Uruguai e Venezuela. Como se sabe, a regra prevista nas Magnas Cartas e aceita pelo direito internacional é que assinaturas, por si mesmas, não criam nenhum dever de implementar o tratado “honrado”. Implicam, somente, a obrigação de não frustrar o objeto do tratado até o pronunciamento definitivo sobre a sua ratificação, como ato vinculante distinto da assinatura.

Alguns países signatários da Convenção Americana já eram ditaduras; outras ainda se tornariam nos próximos anos. Ao mesmo tempo, houve Estados democráticos de direito, como os Estados Unidos e o Canadá, ao lado desses regimes ilegítimos, que, por motivos bem diferentes, não queriam mexer a caneta para assim acelerar o processo da ratificação do documento. Enfim, passaram quase dez anos até a entrada em vigor do Pacto de São José, em 18 de julho de 1978, após o depósito do décimo-primeiro diploma de ratificação. Naquele momento, a Convenção Europeia de Direitos Humanos estava em vigor há mais de 25 anos.

Observa-se, portanto, que eram tempos difíceis e nada promissores em que a Convenção Americana de Direitos Humanos foi aprovada. Este fato, *prima facie* deprimente, é, ao mesmo tempo, encorajador e certificador: nos ajuda a entender a grandeza das ideias e dos valores que este tratado incorpora e que comprovaram uma enorme robusteza contra as mais diversas e severas tentativas de desacreditá-las desde o início. Podem ocorrer violações das garantias,

até as mais graves, mas tais atos são incapazes de privar o ser humano delas, pois são direitos naturais de todos e todas.

Embora nos tristes dias das ditaduras militares, marcados por tortura e outras crueldades horrorosas, muitos cidadãos americanos tenham começado a perder a crença neste grande projeto humanístico, este, mesmo assim, persistiu. Não foi sucateado, mas sobreviveu e renasceu com mais força. Com algum atraso, desdobrou efeitos muito práticos a favor de milhares de vítimas dos regimes ditatoriais. Passo importante se deu em 1986, quando a Comissão Interamericana, agora na sua atribuição como “filtro” da Corte, passou o primeiro caso para os sete juízes em São José. Era o caso do estudante de direito, *Angel Manfredo Velásquez Rodríguez*, na época da ditadura militar no seu país – Honduras –, sequestrado por uma espécie de milícia, torturado, executado e sepultado de forma clandestina. A sentença da Corte, de julho de 1988, se revelou outro marco histórico tanto no sistema interamericano como no sistema universal como inteiro.

Iniciou-se com este caso uma jurisprudência que deu força e esperança a uma região inteira, marcada pela coragem de dizer, com base em uma hermenêutica bastante sólida e persuasiva, o que a maioria das cortes e tribunais nacionais dos países em processo de redemocratização ainda temeram (ou até continuam a temer) de constatar e condenar: o sombrio legado deixado pelas ditaduras, muitas vezes, abafado por leis de (auto-)anistia e outras manobras jurídicas. Tanto pressionados por suas sociedades, como impressionados pela qualidade do trabalho feito pela Comissão e pela Corte, os novos governos democráticos decidiram apoiar e dar continuidade ao processo acima esboçado, interrompido por tanto tempo. Logo o número dos Estados-parte atingiu mais ou menos dois terços dos, ao todo, 35 Estados americanos.

Lamentavelmente, este dado reflete ainda a situação atual, pois a maioria dos países de língua inglesa continua a rejeitar a assinatura e ratificação do Pacto de José. Portanto, de certa forma, o sistema de

proteção aos direitos humanos, criado pela Convenção Americana, permaneceu, em essência, uma conquista latino-americana, enquanto os outros Estados americanos integram somente o sistema de direitos humanos da OEA *stricto sensu*, chefiado pela Comissão Interamericana como um dos seus órgãos principais. Ao mesmo tempo ocorreu que os Estados-partes da Convenção começaram a perder seu entusiasmo inicial. Ao invés de tomar as medidas necessárias para acompanhar a crescente aceitação do Comissão e da Corte por suas populações, refletida no fato de um considerável aumento de número de queixas individuais, espera-se, até hoje, por uma reforma do sistema criado, por exemplo, em reação à crescente morosidade dos processos.

Há diversos motivos para o paulatino distanciamento de vários Estados do sistema interamericano de direitos humanos. Um motivo parece ser a jurisprudência da Corte que se tornou alvo de certos desconfortos entre governantes e doutrinadores. Critica-se, por exemplo, uma suposta postura excessivamente progressista ou até intervencionista e *biased* do Tribunal em Costa Rica. Embora a qualidade dos argumentos feitos não possa ser examinada aqui com a devida seriedade acadêmica, vale a pena apreciar o fato de que a Corte levou simplesmente a sério a sua obrigação institucional de interpretar a Convenção *pro homine*, em diálogo aberto e dinâmico com outros instrumentos de direitos humanos. O próprio Artigo 29 exige que:

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.

Mas, quanto mais a Corte avançou em se debruçar sobre casos envolvendo projetos políticos atuais e, também, representantes de governos democraticamente eleitos e, ainda, no poder, tanto maior cresceu a resistência contra o sistema interamericano entre eles. Muitas vezes, nem precisava de uma sentença para observar essa nova conjuntura. O caso da construção da usina hidrelétrica de Belo Monte na bacia brasileira do Rio Xingu, em uma área indígena, é só um entre vários exemplos daqueles ventos que começaram a se transformar em uma tempestade maior.

O que começou com críticas até certo ponto pertinentes e desejáveis, seja por governos da “esquerda” ou da “direita” e as suas porta-vozes acadêmicas, se tornou cada vez mais uma perigosa volta à uma noção de soberania nacional, que reside, como tudo indica, em renacionalizar o domínio sobre a interpretação dos direitos humanos universais e, em particular, sua violação pelo Estado, como assuntos internos. Destarte, cresceu o risco de um retrocesso qualitativo no desafio de proteger e promover os direitos humanos com base na obrigação fundamental de garantir seu livre e pleno exercício “sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (Art. 1º (1) da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969)”.

Talvez o verdadeiro pecado tenha sido que essas tendências centrifugais, que, de certa forma, fazem parte de Estados democráticos de direito, por justamente aceitarem vozes críticas e dissidentes, não foram suficientemente freadas pelas justiças nacionais. Ao invés de afirmar a autoridade e a legitimidade do sistema interamericano de direitos humanos por praticar um controle de convencionalidade, que acompanha até aquelas decisões da Corte, que são politicamente delicadas ou até polêmicas, mas, juridicamente – mesmo assim – corretas, muitas “excelências” começaram a relativizar ou até ignorando decisões importantes dos juízes em São José,

possivelmente, sem entender ou prever as consequências de prazo médio ou longo dos seus atos.

Exemplo famoso: a postura do STF de considerar a Lei da Anistia, de 1979, em parte declarada incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos pela Corte Interamericana, como ato político que fugia da jurisdição da eminente Corte constitucional. Destarte, não só garantiram a contínua impunidade de criminosos, mas também prolongado obscurecimento de fatos históricos que influenciam a conjuntura política atual e impactam negativamente no processo democrático e no Estado de direito. Ao invés de desmascarar inimigos e perigos da democracia, do Estado de direito e de uma sociedade aberta e inclusiva com aquela autoridade que o judiciário geralmente possui, muitas vezes, deixou de mostrar uma postura firme como guardião nacional dos direitos humanos, que atua harmonicamente em conjunto como seu parceiro internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Portanto, a denúncia da Convenção Americana pela Venezuela, em 2012, ocorreu já em uma fase em que muitos Estados latino-americanos voltavam novamente as suas costas a um sistema de proteção que depende, em última análise, da boa-fé e do apoio deles, em particular, dos seus sistemas de justiça.

\*\*

O que nos leva ao papel da academia e sua responsabilidade pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Como vimos, o Pacto representa verdadeiro patrimônio comum dos povos americanos, assim como da humanidade como inteiro. Como tal, precisa ser tratado e preservado para que os ideais e valores nele incorporados sobrevivam também a tempos difíceis, se afirmem e evoluam no presente e no futuro. Pergunta-se: “A doutrina” contemporânea realmente propicia suficientemente aquela “unidade na diversidade” que os direitos humanos aspiram possibilitar na praxe cotidiana, garantindo um espaço aberto, que não nega, mas cultiva diferenças políticas, porém, partindo de um consenso mínimo sobre os

direitos, ideais e valores fundamentais para uma convivência civilizada? Ou são os acadêmicos, igualmente, cada vez mais reféns da atual conjuntura política que aspira desmontá-lo? Nas suas falas e publicações estão suficientemente cientes dos perigosos efeitos colaterais que suas críticas e reflexões podem causar, inclusive às institucionais nacionais e internacionais de proteção aos direitos humanos? A academia leva razoavelmente em consideração o importante fato de que a atual decepção nos direitos humanos reside, em boa parte, na continua ineficiência e, às vezes, até incompetência de certos órgãos nacionais de justiça (polícias, procuradorias, tribunais, etc.) de implementá-las adequadamente, sobretudo, para aqueles, que mais dependem da sua proteção: os pobres e marginalizados? Ela sai o suficiente das “nuvens teóricas” para tentar entender melhor os problemas da praxe, em esforço sério e competente de oferecer soluções viáveis, em diálogo construtivo com os “sujeitos passivos” das suas críticas?

A presente edição da nossa revista não dá uma, mas várias respostas a essas indagações, sob as mais diversas perspectivas. Mesmo assim, representa somente uma contribuição modesta para lembrar do fato que se trata de uma missão permanente, se conscientizar para a enorme importância do Pacto de São José para nosso presente e nosso.

Abre essa edição especial o artigo os “50 Anos do Pacto de São José da Costa Rica: reflexões sobre justiça social no Brasil”, das queridas colegas *Denise Almeida de Andrade*, *Monica Sapucaia Machado* e *Grasielle Borges Vieira de Carvalho*, que detalham a trajetória histórica da Convenção Americana sob essa perspectiva, apontando algumas das dificuldades do Estado brasileiro em se beneficiar dela para avançar na luta pela diminuição da desigualdade social.

Muitas vezes, injustiças sociais são reproduzidas e preservadas pelos sistemas de justiça penal. É notório que os sistemas

penitenciários se tornaram cada vez mais em instituições incapazes de cumprir as suas funções mais básicas. Embora haja gritantes violações de direitos humanos de milhares de presos, relativamente raras parecem ser as intervenções de magistrados a seu favor. Do importante papel do sistema interamericano, de ser uma lâmpada de aviso, lembram *Matheus Arcangelo Fedato* e *Luiz Fernando Kazmierczak* na sua análise “Prisões Cautelares: 50 Anos de luta na efetivação do Pacto de San Jose da Costa Rica”, apontando certas falhas quanto a aplicação dos princípios orientadores de prisões.

As deficiências do sistema penitenciário são abordadas também em outros artigos da presente edição. São, nomeadamente, *Vanessa de Sousa Soares* e *Klélia Canabrava Aleix*, que tratam da problemática da “Proibição de visitas íntimas em estabelecimentos prisionais femininos: a Convenção Americana de Direitos Humanos como um mecanismo de preservação de direitos da mulher presa”. Outro time de autores, composto por *Manoela Fleck de Paula Pessoa* e *Gustavo Raposo Pereira Feitosa*, debruça-se sobre “Corte Interamericana de Direitos Humanos e o encarceramento em massa: uma análise dos casos do complexo penitenciário de Pedrinhas e Curado.”

Enfim, é com grande alegria que a *Prima Facie* publica, mais uma vez, um artigo em espanhol, desta vez, da colega mexicana, *Martha Guadalupe Guerrero Verano*, professora na renomada UNAM. Seu foco é o direito de circulação e de residência como garantia de enorme relevância prática na “era das migrações”, marcado por conflitos complexos entre os Estados, dentre eles, entre México e os Estados Unidos. No seu artigo intitulado “Artículo 22 de la Convención Americana de los Derechos Humanos a 50 Años de su Promulgación, Caso Mexicano”, a estimada colega analisa como se deu a incorporação das respectivas diretrizes internacionais no seu país.

Migrando do México para Peru outra contribuição volta ao tema importante da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Questão-chave é sua justiciabilidade, razão pela qual *Laura*

*Fernanda Melo Nascimento, Igo Zany Nunes Correa e Adriano Fernandes Ferreira*, jogam alguma luz ao “Caso Lagos del Campo vs. Peru e seu duplo papel paradigmático na evolução da Justiciabilidade de direitos sociais perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos”.

Completam mais quatro artigos a presente edição, cuja leitura é recomendada.

Como já mencionado, um dos julgamentos mais polêmicos da Corte Interamericana foi aquele que declarou a Lei da Anistia em parte incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos. *Henrique Breda Cavalcanti e Nelson Cerqueira* explicam “A constitucionalidade da Lei da Anistia e as implicações do julgamento do caso Gomes Lund”.

Igualmente voltados a recepção dos direitos humanos internacionais na esfera doméstica do Brasil, são os artigos sobre o “Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos: análise da efetividade no Brasil”, de *Maria das Graças Macena Dias de Oliveira, Valter Moura do Carmo e Bruno Bastos de Oliveira*, e o “Slippery Slope, a presunção de inocência e sua evolução na visão do Supremo Tribunal Federal: uma análise a partir dos Direitos Humanos, fundamentais e de personalidade”, da caneta de *Gustavo Noronha de Ávila, Rafael Junior Soares e Luiz Antonio Borri*.

*Last but not least*, esta edição fecha com uma contribuição de *Marina Nogueira de Almeida e Carmen Hein de Campo* concernente aos “Parâmetros do Sistema Internacional de Direitos Humanos em casos de aborto legalizado”.

\*\*\*

É preciso lembrar do fato de que os supracitados artigos foram escolhidos pelos/as queridos/as colegas pareceristas do nosso *blind peer review*. Em nome da redação, gostaria de agradecer-lhes pelo trabalho feito. Agradecemos também aos autores e autoras dos artigos escolhidos pelos colegas assim como aos amigos da nossa revista que

fizeram submissões, porém, desta vez, sem êxito quanto a sua publicação. Muito obrigado pela confiança depositada neste periódico que, esperamos, ainda vai acompanhar por muito tempo o discurso acadêmico sobre Convenção Americana de Direitos Humanos.

Desejamos a todas e todos leitores uma instigante leitura e que gere novas reflexões!

***Prof. Dr. iur. Sven Peterke M.A.***  
Consultor especial *Prim@Facie*

## 50 Anos Do Pacto De São José Da Costa Rica: Reflexões Sobre Justiça Social No Brasil

### Denise Almeida de Andrade

Doutora em Direitos Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR.  
Professora do Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS. Professora da FGVLaw – FGV SP.  
E-mail: andradedenise@hotmail.com

### Monica Sapucaia Machado

Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora Permanente do Programa de Mestrado Profissional em Direito do Instituto Brasileiro de Direito Público-IDP e do Programa em Direito, Justiça e Desenvolvimento da Escola de Direito do Brasil-EDB.  
E-mail: msapucaia@yahoo.com

### Grasielle Borges Vieira de Carvalho

Doutora em Direito (Mackenzie/SP). Docente e pesquisadora do Mestrado em Direitos Humanos da UNIT/SE.  
E-mail: grasiellevieirac@gmail.com

**Resumo:** O Pacto de São José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, publicado no final da década de 60, em 1969, é apontado como marco político e normativo na proteção, no respeito e na promoção dos Direitos Humanos, especialmente, nas Américas. Em 2019, o Pacto comemora 50 anos de existência, momento em que o Brasil, como país signatário do documento, deve analisar os avanços alcançados e os desafios remanescentes, uma vez que se compreende que a concretização de direitos humanos demanda um contínuo processo de impor fissuras às estruturas de poder forjadas em relações desiguais e de subordinação. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental objetivamos conferir publicidade às contribuições do Pacto para a construção de um aporte teórico e jurídico de defesa dos Direitos Humanos no Brasil, apresentando o processo de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico nacional, ao mesmo tempo, em que buscamos averiguar se o conceito de Justiça Social, expresso no preâmbulo do Pacto, é uma premissa incorporada às relações sociais e econômicas estabelecidas no Brasil.

**Palavras-chave:** Justiça Social. Pacto de São José da Costa Rica. Direitos Humanos. Brasil.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

## **50 Anos Do Pacto De São José Da Costa Rica: Reflexões Sobre Justiça Social No Brasil**

Denise Almeida de Andrade

Monica Sapucaia Machado

Grasielle Borges Vieira de Carvalho

### **1 PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA: UMA PROPOSTA DE CONCILIAÇÃO**

O Pacto de São José da Costa Rica faz parte de uma série de tratados e acordos internacionais constituídos para instituir e garantir os direitos humanos no mundo (ocidental). Desde o final da segunda guerra mundial o ocidente se empenha em ampliar o espaço da comunidade internacional na formulação e solidificação de direitos mínimos para todos e todas na intenção de impedir ou mitigar que emerjam ou se fortaleçam horrores como os executados pelo nazifascismo.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi constituída em 1948, no mesmo momento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e desde então outros acordos foram incorporados para que fosse possível efetivar as intenções desenhadas no pós-guerra:

Em 1948, a CIDH foi instituída pela Carta da OEA e em 1966 sua competência foi ampliada para analisar denúncias contra os Estados-membros por violações de direitos humanos. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969) estabeleceu sua estrutura e procedimentos para atuar nesses casos. A CIDH é etapa processual no sistema de petições do SIPDH, que inclui, ainda, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte), o órgão

responsável pelo julgamento dos casos previamente admitidos pela CIDH. (MACIEL; FERREIRA; KOERNER, 2013, p. 273).

De início, o Pacto de São José da Costa Rica (Pacto), também conhecido por Convenção Americana de Direitos Humanos, aponta que os Estados Americanos signatários: “*RECONOCIENDO Su propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de la libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre[...]*”(PACTO DE SAN JOSÉ..., 1969, on line), oficializam e publicizam a compreensão de que eram necessários esforços conjuntos para garantir a implantação e o fortalecimento de práticas democráticas entre os Estados Americanos.

Referida compreensão diz muito sobre os paradigmas que o Pacto objetiva estabelecer. O mundo em 1969 vivia a guerra fria, as duas maiores potências mundiais, os Estados Unidos e a então União Soviética, travavam uma luta constante por espaços de poder que englobavam aspectos econômicos, militares e políticos e a grande arma dessa guerra era a disputa ideológica. Os ideais comunistas e capitalistas estavam em prova, suas qualidades e defeitos eram diuturnamente levantados, questionados e confrontados. Mais do que impor um regime político e econômico era necessário convencer o mundo de que o projeto que se defendia era inquestionavelmente melhor do que o outro, além de capaz de oferecer à sociedade ocidental, estarrecida com os horrores da segunda grande guerra, a sensação de segurança e de prosperidade idealizados pela declaração universal dos direitos humanos.

Três anos antes da promulgação do referido Pacto, as Nações Unidas celebraram dois importantes pactos: Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos. Ambos acordados em 1966 e intencionados para garantir mecanismos de controle e sanções às violações dos Direitos Humanos, consagrados em 1948.

Inicialmente pretendia-se construir um único documento, capaz de consolidar os compromissos de institucionalizar os Direitos Humanos nos países e fazer com que os mesmos respondessem perante à comunidade internacional em caso de descumprimento desses direitos. Contudo, por questões econômico-ideológicas não foi possível, como explica Comparato (2003, p. 168):

A elaboração de dois tratados e não de um só, compreendendo o conjunto dos direitos humanos segundo o modelo da Declaração Universal de 1948, foi o resultado de um compromisso diplomático. As potências ocidentais insistiam no reconhecimento, tão-só, das liberdades individuais clássicas, protetoras da pessoa humana contra os abusos e interferências dos órgãos estatais na vida privada. Já os países do bloco comunista e os jovens países africanos preferiam pôr em destaque os direitos sociais e econômicos, que têm por objeto políticas públicas de apoio aos grupos ou classes desfavorecidas, deixando na sombra as liberdades individuais. Decidiu-se, por isso, separar essas duas séries de direitos em tratados distintos, limitando-se a atuação fiscalizadora do Comitê de Direitos Humanos unicamente aos direitos civis e políticos, e declarando-se que os direitos que têm por objeto programas de ação estatal seriam realizados progressivamente, "até o máximo dos recursos disponíveis" de cada Estado (Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 22, alínea 1).

Fica demonstrado, a partir da questão acima narrada, como o ocidente, pós segunda guerra mundial, ainda confrontava os modelos (capitalista/comunista) e debatia que tipo de sociedade e consequentemente que tipos de direitos deveriam ser pulverizados e internalizados por todos os países. O *American Way of Life*<sup>1</sup> ainda estava se firmando como modelo de modernidade, ocidentalização e sucesso, por mais que as evidências econômicas demonstrassem que o modelo capitalista, exemplificado nos Estados Unidos, estivesse ganhando a “guerra” simbólica, ainda se exigia dos Americanos e seus aliados, a reafirmação das Nações Unidas de que o direito internacional se baseava em seus valores.

---

<sup>1</sup> Expressão cunhada no período da Guerra-Fria para falar do modo de vida dos Estado-Unidenses. Will Herberg, no seu livro *Protestant--Catholic--Jew: An Essay in American Religious Sociology*, de 1955 define *American Way of Life* como: “*the symbol by which American define themselves and establish their unity*” que em uma tradução livre seria: os símbolos pelos quais os americanos se definem e estabelecem sua unidade.

Portanto, quando observamos o artigo primeiro do Pacto de São José da Costa Rica podemos observar a escolha irrefutável por um dos lados: o capitalismo. O primeiro parágrafo do Pacto, ainda no preâmbulo, afirma como propósito: “consolidar neste Continente, dentro do quadro das **instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social**, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais” (PACTO DE SAN JOSÉ..., 1969, *on line* – grifo nosso), refutando a ideia dos projetos de comunismo real, existentes naquele momento histórico, e solidificando a Social Democracia como o sistema a ser implantado na América.

Contudo, o Pacto não refuta apenas os ideais comunistas, mas também todo e qualquer projeto de governo autoritário. O *pacto democrático* perpassa todo o texto, desde o preâmbulo que faz referência às instituições democráticas, passando por garantir direitos de reunião, de associação, de livre expressão até listar no artigo 23 os direitos políticos como o de votar e ser votado e participar das decisões públicas.

Interessante registrar, por outro lado, que no ano de “nascimento” do Pacto grande parte da América Latina vivia em ditaduras militares. Brasil (1964), Argentina (1962), Guatemala (1954), Paraguai (1954), Peru (1968) se encontravam sob a égide de governos autoritários e, nos anos seguintes, outros países do continente foram privados da democracia, a exemplo de Chile e Uruguai (1973).

Essa realidade política fez com que, em 1969, apenas doze países (OEA, *online*), dentre os trinta e quatro países americanos, assinassem o Pacto. Ademais, apenas a Costa Rica ratificou rapidamente o Pacto em 1970, os demais países demoraram anos até a internalização desses direitos em seus ordenamentos jurídicos, resistência que remanesce aos dias atuais para alguns países, a exemplo do Canadá.

Por outro lado, não foi apenas a existência de governos ditatoriais que impediu a ampla aceitação e implantação do Pacto

pelos países americanos no final dos anos 1960 e início da década de 1970. Estados Unidos da América (EUA) e Canadá, países democráticos e economicamente desenvolvidos, não assinaram de pronto. Os Estados Unidos, em 1977, assinaram, mas nunca ratificaram e o Canadá continua, em 2019, não sendo signatário do Pacto.

Diferentemente dos governos autoritários da América do Sul nos anos de 1960, 70 e 80, que foram retomando, paulatinamente, as estruturas de Estados democráticos, a realidade político-econômica dos países ricos do Norte, nominalmente os EUA e o Canadá, se mantiveram nesses últimos 40 anos. São duas nações politicamente democráticas, com alternância de poder, regras e leis eleitorais consolidadas, liberdade de expressão e sistema de justiça bem estabelecidos.

Referida situação política não foi suficiente para que esses países se submetessem à verificação dos Direitos Humanos por seus pares. Os dois países em tela, 40 anos depois da instalação desse acordo, ainda não se sentem obrigados a responder por sua conduta perante seus vizinhos, enfraquecendo assim o objetivo de ser ter um Continente fundado no “respeito aos direitos humanos essenciais” (PACTO DE SAN JOSÉ..., 1969, *on line*).

### **1.1 Os objetivos do Pacto e o controle externo: os desenvolvidos e os em desenvolvimento**

O cerne do Pacto é instituir meios de proteção aos Direitos Humanos por meio de uma jurisdição internacional. O Pacto designa a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos como órgãos competentes para “conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes” (art.33) e fazer

recomendações (art.50) aos Estados-membros, fixando prazo para a resolução da questão em voga.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos poderá ainda determinar que o Estado-membro indenize o violado, poderá tomar medidas provisórias em situações de extrema urgência (art.63.2) e poderá reportar o país violador as Nações Unidas (art.65).

O Pacto reafirma o compromisso central dos tratados e acordos internacionais: submeter os membros ao crivo internacional acerca de assuntos internos.

Importante apontar que esse crivo tem sofrido modificações, enquanto no início dos sistemas internacionais as temáticas tinham como norte o modelo eurocêntrico e norte-americano, com o passar dos anos as organizações internacionais foram compreendendo que não era possível traçar parâmetros e determinar medidas sem considerar a cultura, a historiografia, as condições econômicas de cada Estado, como explicam Mantelli e Badin (2018, p. 24) sobre a abordagem pós-colonial e descolonial do Direito Internacional: “o que se propõe, assim, é um olhar emancipatório que ofereça instrumentos para a articulação política de uma ordem internacional mais solidária, em que todos os Estados possam participar de modo igualitário”.

## **2 A INTERNALIZAÇÃO DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA: PERCEPÇÕES E LIMITES**

A Constituição Federal de 1988 - CF/88 afirma, desde sua promulgação, no artigo 5º, § 2º que a ordem jurídica constitucional brasileira reconhece a possibilidade de serem incorporados direitos estabelecidos em tratados internacionais: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados

internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, *on line*, 1988).

É uma decisão da CF/88 recepcionar em seu texto artigos e premissas que ultrapassam a mera organização do Estado, mantendo diálogo e estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, com os direitos humanos e com a efetivação dos direitos fundamentais.

*[...] la Constitución brasileña de 1988, al igual que muchas de las que fueron aprobadas em otros países a finales del siglo XX, introdujo una serie de normas que demuestran un importante cambio conceptual sobre lo que una constitución realmente debe ser. Así, se abandona la concepción de un documento netamente político de organización del Estado y de proclamación de derechos sin imperatividad, para pasar a ser un documento esencialmente jurídico que, aparte de organizar el Estado, establece metas como la concretización de la justicia y la eficacia de los derechos humanos. [...] La adopción de esa nueva concepción puede ser observada ya en el Preámbulo, donde se proclama la creación de un Estado democrático destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como “valores supremos de una sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]” (BRASIL, 1988) (LOPES, 2017, p. 10).*

Nesse passo, ressaltemos que o Brasil, antes mesmo da CF/88, reconhecia a relevância dos tratados internacionais na compreensão e consolidação de direitos, na medida em que era signatário de inúmeros tratados, a exemplo: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), a Convenção sobre a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984). A CF/88, por óbvio, ressaltou expressamente a relevância dos tratados internacionais.

O Pacto foi ratificado pelo Brasil, por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, sob a égide da compreensão de que tratados

internacionais de direitos humanos compunham o bloco constitucional de direitos a serem protegidos, respeitados e promovidos pelo Brasil. Todavia, o *status* dos referidos tratados sempre foi objeto de controvérsia.

Reconhecer que os tratados versavam sobre direitos humanos não garantia que tivessem *status* de norma constitucional, sequer supralegal. Até 2008, quando do julgamento do RE 466.343-SP, o Supremo Tribunal Federal – STF defendia a ideia de que os tratados internacionais de direitos humanos possuíam *status* de lei ordinária, sendo uma faculdade do julgador aplicar uma ou outra, em caso de conflito entre normas. Esse entendimento caracterizava a compreensão de que os tratados internacionais de direitos humanos não possuíam caráter peculiar por se referirem à proteção direta do ser humano, guardando estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Discordamos do referido posicionamento, da mesma forma que parte da doutrina brasileira.

O tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5.º, § 2.º, da Carta Constitucional de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. Este caráter especial passa a justificar, assim, o *status* constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos (PIOVESAN, 2012, p. 94).

Nesse passo, a EC 45/2004 acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da CF/88, segundo o qual: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 2004, *on line*), em um indicativo de que tratados que versem sobre direitos humanos demandam sim uma análise singular. Com essa alteração constitucional

[...] os tratados em matéria de direitos humanos passariam a integrar o bloco de constitucionalidade, que representa a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional, que atuam, em seu conjunto, como parâmetro do controle de constitucionalidade, o que configura um avanço em relação à posição mais restritiva do nosso Supremo Tribunal Federal na matéria, que, por exemplo, não outorga força normativa superior ao Preâmbulo da Constituição (SARLET, 2005, p. 17).

Destacamos que a EC 45/2004 parecia ter superado a controvérsia sobre o status dos tratados internacionais de direitos humanos, que tinham criado contornos mais complexos após o STF decidir pela equiparação dos referidos tratados às leis ordinárias:

*El STF, en la Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI-MC no 1.480 juzgada el 4 de setiembre de 1997 (STF, 1997), declaró que los tratados internacionales tenían, en Brasil, apenas rango de ley, provocando flertes críticas de grande parte de la doctrina (LOPES, 2017, p. 12).*

Todavía, a controvérsia permaneceu mesmo após a EC 45, haja vista alguns julgados do STF, nos quais ministros mantinham o entendimento que os tratados internacionais de direitos humanos deveriam ser equiparados às leis ordinárias. Para Ana Maria D'Ávila Lopes (2017, p. 13), essa situação justifica-se, em parte, pela lacuna que restou no que se refere aos tratados internalizados antes da promulgação da EC 45/2004.

*Esa discusión sólo fue enfrentada por el STF el 3 de diciembre de 2008, con el juzgamiento del Recurso Extraordinario RE no 466.343/SP sobre la legalidad de la prisión del depositario infiel. Así, con base en el art. 7.7. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, donde se establece que “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.” (OEA, 1969), el STF decidió “paralizar” los efectos de las normas infraconstitucionales brasileñas que regulaban la prisión del depositario infiel (STF, 2008). En ese mismo Recurso, el STF, consolidando su jurisprudencia, declaró el status supralegal de los tratados de derechos humanos aprobados sin seguir el procedimiento fijado en el art. 5º, § 3º (STF, 2008).*

Nas palavras de Antonio Maués (2013, p. 32-33)

[...] a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos, a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, os princípios do direito internacional sobre o cumprimento de obrigações internacionais não permitem mais a manutenção da tese da legalidade, servindo a suprallegalidade como uma solução que compatibilizaria a jurisprudência do STF com essas mudanças, sem os problemas que seriam decorrentes da tese da constitucionalidade. Assim, os tratados de direitos humanos passam a paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com eles conflitante.

Ainda sobre o julgamento do HC nº 87.585-8, uma vez que representou uma mudança no entendimento do STF acerca da hierarquia dos tratados internacionais, o que afeta, diretamente, o seu grau de eficácia interna de tais normas:

[...] Em suma: o entendimento segundo o qual existe relação de paridade normativa entre convenções internacionais e leis internas brasileiras há de ser considerado, unicamente, quanto aos tratados internacionais cujo conteúdo seja materialmente estranho ao tema dos direitos humanos. É que, como já referido, a superveniência, em dezembro de 2004, da EC nº 45 introduziu um dado juridicamente relevante, apto a viabilizar a reelaboração, por esta Suprema Corte, de sua visão em torno da posição jurídica que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos assumem no plano do ordenamento positivo doméstico do Brasil. Vale dizer, essa nova percepção crítica, legitimada pelo advento da EC nº 45/2004 - que introduziu um novo paradigma no cenário nacional - estimula novas reflexões, por parte do Supremo Tribunal Federal, em torno das relações da ordem jurídica interna brasileira com o direito internacional em matéria de direitos humanos. [...]. Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no § 2º do art. 5 da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o "iter" procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de emenda à Constituição, consoante prescreve o § 3º do art. 5º da Constituição, embora pessoalmente entenda superior a fórmula consagrada pelo Art. 75, n. 22, da Constituição argentina de 1853, na redação que lhe deu a Reforma de 1994. É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos

humanos celebradas antes do advento da EC nº 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade. [...]. (STF, 2008, p. 54, on line).

Percebemos avanços, mas confirmamos que ainda há dificuldades em utilizarmos os pactos internacionais de direitos humanos como supedâneo idôneo e legítimo para superar lacunas e discrepâncias no ordenamento jurídico nacional.

*En el caso brasileño, a pesar de los avances en materia de protección de los derechos humanos iniciado con la promulgación de la Constitución Federal de 1988, se verificó que aún existe cierta resistencia en dar la importancia debida a los tratados internacionales, provocando serias incoherencias, como la existencia de tratados con jerarquía constitucional (los aprobados según lo establecido en el art. 5º, § 3º) y jerarquía suprallegal (los restantes), lo que, por lo menos formalmente, implica la existencia de derechos humanos con status constitucional y status suprallegal. (LOPES, 2017, p. 18).*

E ainda:

*El creciente proceso de internacionalización de la protección de los derechos humanos de los últimos años ha potencializado los conflictos entre los ordenamientos jurídicos nacionales y el internacional, en función de las discrepancias sobre el ordenamiento llamado a prevalecer. Son conflictos que deberían haber quedado sellados con la aceptación del carácter universal del principio de la dignidad humana – en cuanto fundamento de los derechos humanos – y, con base en el cual, debería prevalecer el ordenamiento que mejor protegiese al ser humano. Sin embargo, no es eso lo que sucede en la práctica actual. La relación entre esos ordenamientos está aún lejos de ser armónica, demostrando la necesidad de mayores estudios direccionados a superar esas divergências (LOPES, 2017, p. 18).*

Neste sentido, é válido ainda acrescentar análise de Flávia Piovesan, ao tratar do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e seu impacto transformador no contexto latino-americano, expondo que, este papel transformador é fruto sobretudo do papel vital da

sociedade civil organizada em sua luta por justiça e por direitos – é fomentado e fortalecido pelo diálogo regional-local em um sistema multinível com abertura e permeabilidade mútuas. De um lado, o Sistema Interamericano se inspira no princípio pró ser humano, mediante regras convencionais interpretativas baseadas no princípio da norma mais protetiva e favorável à vítima, endossando contemplar parâmetros de proteção mínimos. Por outra perspectiva, as Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas de abertura constitucional a propiciar o diálogo em matéria de direitos humanos, concernentes à hierarquia, incorporação e impacto dos tratados de direitos humanos. (PIOVESAN, 2014, p.154)

A autora explica que, no Sistema Interamericano, este diálogo é ainda caracterizado pelo fenômeno do “controle da convencionalidade”, na sua forma difusa e concentrada. Verifica-se também a crescente abertura da Corte Interamericana ao incorporar em suas decisões a normatividade e a jurisprudência latino-americana em direitos humanos, com alusão a dispositivos de Constituições latino-americanas e à jurisprudência das Cortes Constitucionais latino-americanas. O diálogo jurisdicional se desenvolve se fortalece de duas formas: movido pelas cláusulas constitucionais abertas e pelo do princípio pró ser humano. Conclui a autora que, o Sistema Interamericano tem a potencialidade de exercer um extraordinário impacto na pavimentação de um *ius commune* latino-americano, contribuindo para o fortalecimento dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região mais desigual e violenta do mundo. (PIOVESAN, p.154).

Desta forma, o presente estudo se presta a contribuir para essas reflexões e consolidar os esforços que pugnam pela promoção da dignidade da pessoa humana, o que demanda, por vezes, que os Estados se submetam à normativos internacionais de direitos humanos. Nesse contexto, Clóvis Gorczewski e Felipe da Veiga Dias axiológica (2012, p. 269-270) destacam que há um novo pensamento na visão jurisdicional internacional, somada aos diversos tratados,

pactos e convenções advindas nesse novo período, trazendo o substrato ético-jurídico renovado aos direitos humanos, já que a orientação sob o viés da dignidade humana faz-se necessária nos rumos tomados na proteção internacional da humanidade e seus direitos. Os autores destacam o papel do plano internacional no direito pós-moderno, para concretizar a defesa dos direitos humanos, sendo que, dessa maneira, consolida-se um sistema singular, que, ao mesmo tempo, conjuga forças de cunho jurisdicional, político e moral, na busca de um objetivo comum, a proteção dos seres humanos em toda a sua essência e valia

Diante disso, iremos destacar a relevância da Justiça social como um parâmetro para se pensar sobre a importância do Pacto.

### **3 O CONCEITO DE JUSTIÇA SOCIAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO EXERCÍCIO DE DIREITOS NO BRASIL: UMA REFLEXÃO A PARTIR DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA<sup>2</sup>**

Justiça Social é um conceito amplo e que no decorrer da história moldou posições ético-morais do que seria justiça na sociedade. Porém, na contemporaneidade, a conceituação de justiça social está atrelada a respostas às demandas por uma sociedade mais igualitária e menos estratificada. A ideia se baseia em garantir condições para que todas as pessoas participem da sociedade de forma equânime e que tenham acesso a direitos e oportunidades para o pleno desenvolvimento de suas potencialidades individuais, a fim de que vivenciem suas escolhas e projetos e anseios pessoais de forma autônoma. Como pondera as Nações Unidas:

---

<sup>2</sup> A partir desse ponto utilizaremos a palavra Pacto para representar Pacto de São José da Costa Rica.

A justiça social é um princípio subjacente à coexistência pacífica e próspera dentro e entre nações. Defendemos os princípios da justiça social quando promovemos a igualdade de gênero ou os direitos dos povos indígenas e migrantes. Promovemos a justiça social quando removemos as barreiras que as pessoas enfrentam por causa de sexo, idade, raça, etnia, religião, cultura ou deficiência. Para as Nações Unidas, a busca da justiça social para todos está no centro de nossa missão global de promover o desenvolvimento e a dignidade humana (UN, [s/a], *online*)<sup>3</sup>

O Brasil, em que pese os posicionamentos do atual governo brasileiro<sup>4</sup>, está legalmente constituído sob a égide de um pacto democrático e de uma Constituição que tem a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos (art. 1º, III) e o respeito aos direitos humanos e fundamentais expressos no texto constitucional (art. 5º, § 2º e § 3º).

Como apontado acima, a partir de 2004, os tratados e convenções de Direitos Humanos passaram a ser equiparados a emendas constitucionais, reforçando assim a importância para o direito interno das legislações internacionais relativas aos Direitos Humanos.

Ademais, a Constituição brasileira, ao tratar da ordem econômica do país, aponta que por meio da “valorização do trabalho

---

<sup>3</sup> “Social justice is an underlying principle for peaceful and prosperous coexistence within and among nations. We uphold the principles of social justice when we promote gender equality or the rights of indigenous peoples and migrants. We advance social justice when we remove barriers that people face because of gender, age, race, ethnicity, religion, culture or disability. For the United Nations, the pursuit of social justice for all is at the core of our global mission to promote development and human dignity.”(tradução das autoras) Disponível em: <https://www.un.org/en/events/socialjusticeday/>. Acesso em: 03 nov. 2019.

<sup>4</sup> O Governo do Presidente Jair Bolsonaro tem tomado medidas e proferido discursos que vão na contramão de determinados direitos humanos, tais como o direito à vida e à segurança, com a flexibilização do acesso e porte de armas, a retirada dos direitos indígenas, excluindo as comunidades das políticas de saúde e educação, e, de forma mais explícita, com a tentativa de aprovação de legislação que excluiria a ilicitude em ação policial. Tais posturas fizeram com que a Anistia Internacional, em 21 de maio de 2019, protocolasse uma carta aberta ao Presidente da República apontando preocupações em relação aos Direitos Humanos no Brasil. Carta disponível em: <https://anistia.org.br/noticias/discurso-da-administracao-de-bolsonaro-contradireitos-humanos-comeca-se-concretizar-em-medidas-nos-primeiros-meses-de-governo/>. Acesso em: 02 de dez 2019.

humano e da livre iniciativa” a ordem econômica terá a função de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170).

Tal formulação demonstra que, assim como acontece no Pacto, o Estado brasileiro determina o modelo econômico que o país deverá adotar: a socialdemocracia, isto é, um sistema capitalista, defensor dos direitos humanos e garantidor de condições mínimas para todos e todas, contudo, sem desmontar a estrutura de acúmulo de capital. Dallari (1993, p. 432), quando avaliou o artigo sobre direitos econômicos da então nova Constituição (art.170) apontou:

Não há dúvida de que essa redação é bem expressiva e reflete uma posição teórica bastante avançada para uma sociedade capitalista. Mas é importante notar que se trata apenas de uma afirmação abstrata, que não foi complementada pela especificação de meios e garantias de caráter prático e objetivo. É bem verdade que foram expressos como princípios de ordem econômica a função social da propriedade e a redução das desigualdades sociais. Mas ao mesmo tempo a Constituição manteve integralmente e sem restrições o direito de herança, por força do qual haverá brasileiros nascendo muito ricos ao lado de outros que já nascerão miseráveis, porque só herdarão a miséria dos seus pais. Assim também a garantia de lucro ilimitado para os empresários e manipuladores de capital, mais a garantia absoluta da propriedade, tornando praticamente inviáveis a reforma urbana e a reforma agrária, tudo isso torna certo que para mais da metade da população brasileira a pobreza continuará sendo um obstáculo ao uso dos direitos.

A legislação brasileira oscila no desenvolvimento de um arcabouço jurídico efetivo para a promoção da justiça social e na garantia dos Direitos Humanos. Por um lado, a Constituição de 1988 explicita que irá construir uma sociedade livre, justa e solidária; por outro, o país tem a 3<sup>a</sup> maior população carcerária do mundo<sup>5</sup>, está

---

<sup>5</sup> Dados do *World Prison Brief* Disponível em: [https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=24](https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=24) Acesso em 02 dez 2019.

entre os países com maior índice de violência contra as mulheres e a comunidade LGBTI<sup>6</sup>, e é o nono país mais desigual do mundo<sup>7</sup>

Nesse passo, tratados internacionais de direitos humanos, aos quais o Brasil aderiu têm representado um relevante suporte para a efetivação de direitos no País. Os cenários são múltiplos, desta forma, entendemos relevante discutir o conceito de Justiça Social, para, em seguida, analisarmos em que medida o Pacto contribuiu ou pode contribuir não apenas para uma melhor compreensão deste conceito, mas também para a construção de parâmetros normativos e estruturais que garantam, ou ao menos, contribuam para uma realidade de Justiça Social.

#### Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

No artigo 2º do Pacto confirmamos a expectativa de que os Estados utilizem marcos normativos do documento para superar lacunas legislativas ou de outra espécie que impeçam o gozo de direitos e liberdades:

#### Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as

---

<sup>6</sup> O Atlas da Violência de 2019 (IPEA, 2019, p. 35) apontou que 13 mulheres são assassinadas por dia no Brasil e que em relação a população LGBT houve um aumento de 127% das denúncias de homicídio entre 2017 e 2018 (IPEA, 2019, p.58).

<sup>7</sup> Dado do Relatório País Estagnado, da Oxfam Brasil. Disponível em: <https://oxfam.org.br/publicacoes/>. Acesso em: 02 de dez 2019.

medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

No capítulo III, ao tratar de direitos econômicos, sociais e culturais, o Pacto traz no artigo 26:

Desenvolvimento progressivo

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

É neste cenário que apresentamos reflexões sobre o conceito e o significado de Justiça Social na perspectiva de promoção e proteção dos direitos humanos. Para tanto, utilizaremos como aporte teórico contribuições de Amartya Sen, quem vem debatendo sobre o conceito desenvolvimento, liberdade, igualdade e justiça social.

São apontadas como suas principais obras os livros *Desigualdade reexaminada*, *Desenvolvimento como Liberdade* e *A ideia de Justiça*. Amartya Sen tem contribuído ao longo de sua trajetória acadêmica para a defesa do papel dos Estados de garantir aos seus cidadãos a oportunidade de serem livres para fazer escolhas e viver a vida que considerem mais acertadas. O intento é a proteção e a promoção da efetiva liberdade das pessoas e dos direitos humanos, por meio do desenvolvimento de suas capacidades, a fim de que sejam autônomas.

Ao mesmo tempo, aos temas da desigualdade e da pobreza, dedicou contribuições de ordem conceitual e de mensuração. Entende que o desenvolvimento de um Estado deve ser aferido por meio da verificação do quão aptas estão as pessoas a elaborarem e implementarem seus planos de vida. Para Amartya Sen, a pobreza não se traduz apenas na carência de renda, mas, e principalmente, na

escassez de chances de as pessoas desenvolverem as capacidades necessárias para uma escolha consciente sobre a vida que querem viver (ANDRADE, 2017, p. 256).

Nesse sentido, em 1993, em parceria com Mahbud ul Haq, Amartya Sen desenvolveu o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, o qual é utilizado, desde então, como parâmetro nos relatórios anuais do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD (FUKUDA-PARR, 2002). O conjunto das referidas contribuições lhe renderam, em 1998, o Prêmio Nobel de Ciências Econômicas. Referido índice é uma medida comparativa que busca classificar os países pelo nível de desenvolvimento humano, e não mais, exclusivamente, pelo Produto Interno Bruto – PIB. (ANDRADE, 2017, p. 256).

Os criadores do IDH - o falecido economista paquistanês Mahbud ul-Haq e seu colaborador Amartya Sen, economista laureado com o Nobel, da Índia - planejaram o índice como uma avaliação de progresso facilmente compreensível baseada nas pessoas, que põe a saúde e a educação a par com o crescimento econômico. Desde 1990, os rankings anuais do IDH dos Relatórios de Desenvolvimento Humano do PNUD têm sido amplamente seguidos pelos governos, mídia, sociedade civil e especialistas em desenvolvimento ao redor do mundo (PNUD, *on line*).

É um desafio estabelecer parâmetros para aferir o desenvolvimento dos Estados, pois, por mais que se reconheça a relevância de se acompanhar o incremento do PIB (Produto Interno Bruto) e da renda *per capita*, é incontestável que esses critérios precisam se aliar a outros. Apenas dessa maneira, esses indicadores podem ser considerados instrumentos capazes de aferir a qualidade de vida da população, que é (ou deveria ser), *a priori*, a razão maior de se buscar o crescimento econômico dos países. (ANDRADE, 2017, p. 256).

É importante mensurar o que os Estados produzem, pois conhecer sua capacidade de investimento, seu poder de compra e seu

lastro para negociar são pontos de partida para uma série de medidas estatais que impactam a vida de todos; o PIB é um indicativo dessa natureza.

Por outro lado, especialmente, desde as últimas décadas do século XX, há o reconhecimento de que as análises subsidiadas, unicamente, pelo PIB eram limitadas, havendo a necessidade de se elaborar medidores que tivessem por objeto indicadores sociais. Referidos instrumentos se colocariam ao lado do PIB, pelo reconhecimento de que, para se mudar a realidade social de um Estado, é necessário muito mais do que analisar a renda *per capita* ou o seu acúmulo de riqueza. (ANDRADE, 2017, p. 256).

Em uma análise econômica clássica “o bem-estar de uma pessoa é avaliado pelo seu domínio sobre bens e serviços, o que leva à focalização das avaliações sobre a variável renda” (MAURIEL, 2008, p. 304). Amartya Sen dedica-se às questões relacionadas à justiça social, desde a década de 1970, e defende a ideia de que é preciso avaliar o índice de desenvolvimento humano da população e não o acúmulo de riqueza, buscando responder à seguinte pergunta: o que é uma sociedade justa? (ANDRADE, 2017, p. 256).

A questão central é a qualidade da vida que podemos levar. A necessidade de possuir mercadorias para que se alcance um determinado patamar de condições de vida varia grandemente segundo características fisiológicas, sociais e culturais, além de outras igualmente contingentes [...] O valor do padrão de vida repousa na vida, e não na posse de mercadorias, a qual tem relevância derivada e variável (SEN, 1990, p. 25).

Amartya Sen prioriza indicadores sociais, como saúde e educação, todavia, não desconsidera as limitações oriundas da privação de uma renda mínima adequada “a ideia de que pobreza é simplesmente escassez de renda [...] não é uma ideia tola, pois a renda – apropriadamente definida – tem enorme influência sobre o que podemos ou não podemos fazer” (SEN, 2010, p. 101).

[...] a renda baixa é claramente uma das causas principais da pobreza, pois a falta de renda pode ser uma razão primordial da privação de capacidades de uma pessoa. Uma renda inadequada é, com efeito, uma forte condição predisponente de uma vida pobre (SEN, 2010, p. 120).

Para Andrade (2017, p. 256) o autor ‘irrompeu com a certeza de que o desenvolvimento econômico e a alta renda são garantes inequívocos do bem-estar individual e coletivo. [...] tentou demonstrar que a carência (material e de condições paritárias de desenvolvimento de capacidades) condiciona as escolhas e ações das pessoas [...]’.

Os fracassados e os oprimidos acabam por perder a coragem de desejar coisas que outros, mais favoravelmente tratados pela sociedade, desejam confiantemente. A ausência de desejo por coisas além dos meios de que uma pessoa dispõe pode refletir não uma valoração deficiente por parte dela, mas apenas uma ausência de esperança, e o medo da inevitável frustração. O fracassado enfrenta as desigualdades sociais ajustando seus desejos às suas possibilidades (SEN, 1990, p.10-11).

É importante reconhecer a pluralidade de seres e de interesses, o que justifica a preocupação do autor com o respeito às decisões que cada pessoa reconhece como a mais acertada. Ao analisar as desigualdades sociais, com supedâneo no pensamento de Amartya Sen, Kerstenetzky (2010, p. 118) conclui: “o que tem valor para nós é constitutivamente plural, refletindo a pluralidade possível de seres e fazeres *em consonância com a diversidade das carências dos indivíduos*”.

Uma vez que as pessoas são diferentes, e seus anseios e projetos múltiplos, não há uma verdade inequívoca que se aplique a todos, indistintamente. Desta forma, é imprescindível que cada um seja capaz de decidir sobre a estruturação de sua vida, o que só é possível, em uma perspectiva de mínima igualdade de oportunidades, caso todos tenham as mesmas chances de desenvolver as habilidades que fundamentarão referidas escolhas. (ANDRADE, 2017, p. 256).

Pelo reconhecimento de que a medida da pobreza não se reduz à baixa renda, Amartya Sen propõe deslocar o foco da quantificação desses bens materiais (apropriação de riqueza) para a aferição da capacidade das pessoas de transformarem referidos bens em meios úteis a assegurar a vida que consideram mais adequada. (ANDRADE, 2017, p. 256).

Assim, justifica-se seu esforço teórico para compreender a pobreza, a partir da perspectiva da privação das *capabilities*/capacidades de função (em substituição ao enfoque tradicional): “*The focus of the capability approach is thus not just on what a person actually ends up doing, but also on what she is in fact able to do, whether or not she chooses to make use of that opportunity*” (SEN, 2009, p. 235).

A questão central é a qualidade da vida que podemos levar. A necessidade de possuir mercadorias para que se alcance um determinado patamar de condições de vida varia grandemente segundo características fisiológicas, sociais e culturais, além de outras igualmente contingentes [...] O valor do padrão de vida repousa na vida, e não na posse de mercadorias, a qual tem relevância derivada e variável (SEN, 1990, p. 25).

A pobreza que mais aprisiona não é a pobreza material<sup>8</sup>, mas aquela que priva as pessoas de suas capacidades de função, uma vez que tolhe as potencialidades e as competências do ser humano:

O que a perspectiva da capacidade faz na análise da pobreza é melhorar o entendimento da natureza e das causas da pobreza e privação desviando a atenção principal dos *meios* (e de um meio específico que geralmente recebe atenção exclusiva, ou seja, a renda) para os *fins* que as pessoas têm razão para buscar e, correspondentemente, para as *liberdades* de poder alcançar esses fins (SEN, 2010, p. 123).

---

<sup>8</sup> Amartya Sen, ao longo de várias de suas obras, exprime como caso paradigmático, a província de Kerala – Índia, onde se convive com bons índices de qualidade de vida e com uma renda *per capita* muito baixa (SEN, 2010).

Compreender a pobreza como uma diminuição no potencial de cada pessoa de se apropriar da realidade, de suas preferências e de suas habilidades provoca uma discussão mais complexa em busca da emancipação de cada um, a fim de garantir a genuína liberdade, que se traduz no direito que todos possuem de planejar e gozar a vida do modo como a valoriza e optou por priorizar (SEN, 2010, p. 120).

Nessas circunstâncias, assume relevância a discussão que Amartya Sen (2009, p. 228) trava sobre liberdade, por estar adstrita ao gozo das capacidades de função:

*Freedom is valuable for at least two different reasons. First, more freedom gives us more opportunity to pursue our objectives – those things that we value. [...] Second, we may attach importance to the process of choice itself. We may, for example, want to make sure that we are not being forced into some state because of constraints imposed by others.*

Amartya Sen ratifica, ao longo de suas obras, a ideia de que a defesa do desenvolvimento se arrima na busca pela remoção das principais fontes de privação da liberdade: “pobreza, tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência nos serviços públicos, intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos” (SEN, 2010, p. 18).

A liberdade efetiva de Sen pressupõe a função de ter (possuir bens), fazer (agir, empreender) e ser (habilidades, características). Algumas funcionalidades são prioritárias como: estar a salvo de epidemias e doenças, saber se comunicar adequadamente (ler, escrever, interpretar), ter acesso a digna nutrição e vestimenta, desenvolver senso de autorrespeito, ser capaz de participar da vida em comunidade etc. (ANDRADE, 2017, p. 256).

Ocorre que, transpostas essas funcionalidades “básicas” (das quais boa parte da população mundial está alijada), as quais estão associadas à função de ter e fazer, tem-se a função de ser, que se refere ao desenvolvimento de habilidades pessoais e aprimoramento de

características individuais. Esse tripé é que garante a efetiva liberdade dos indivíduos: “expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo” (SEN, 2010, p. 29).

Entendemos que as contribuições de Amartya Sen para o redimensionamento do conceito de justiça, adjetivando-a como *justiça social* guarda estreita relação com a promoção e a proteção dos direitos humanos que perpassa, obrigatoriamente, pela possibilidade de existência digna, com acesso à educação, saúde, alimentação, moradia e liberdade, ainda que em níveis diferenciados, mas assegurado o mínimo para que as pessoas possam se desenvolver adequada e livremente.

Ainda sobre as hodiernas reivindicações por uma Justiça Social, vale mencionar as contribuições da americana Nancy Fraser (2008), que aposta que não devemos nos ater a postular por políticas de redistribuição de riqueza, pois exigem, na mesma medida, políticas de reconhecimento e de representação das minorias. (ANDRADE, 2017, p. 256).

De efeito, as demandas estritamente econômicas não são mais suficientes na busca por Justiça Social, pugnando-se pela inserção de conteúdos relacionados à identidade das pessoas. Consolida-se, nesse passo, a necessidade de se alinhar tanto as políticas de redistribuição quanto as de reconhecimento (de diferentes identidades), uma vez que devem ser implementadas de forma coordenada, evitando-se sua dissociação ou dicotomização (ANDRADE, 2017, p. 256).

*Algunos proponentes de la redistribución igualitaria rechazan de plano la política de reconocimiento; citan el incremento global de la desigualdad, documentado recientemente por las Naciones Unidas, y consideran las reivindicaciones del reconocimiento de la diferencia como “falsa conciencia”, un obstáculo para la consecución de la justicia social. A la inversa, algunos proponentes del reconocimiento desdeñan la política de redistribución;*

*citan el fracaso del igualitarismo económico que prescinde de las diferencias para garantizar la justicia a las minorías y a las mujeres, y consideran la política distributiva como un materialismo pasado de moda que no puede articular ni cuestionar las experiencias clave de injusticia (FRASER, 2008, p. 84).*

Nancy Fraser entende que as teorias igualitaristas, a exemplo da desenvolvida por Amartya Sen, apesar de imprescindíveis à superação das desigualdades materiais, não alcançarão os objetivos pretendidos por não considerarem as desigualdades de cunho cultural ou simbólico:

[...] a injustiça se radica nos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação. Seus exemplos incluem a dominação cultural (ser submetido a padrões de interpretação e comunicação associados a outra cultura, alheios e/ou hostis à sua própria); o ocultamento (tornar-se invisível por efeito das práticas comunicativas, interpretativas e representacionais autorizadas da própria cultura); e o desrespeito (ser difamado ou desqualificado rotineiramente nas representações culturais públicas estereotipadas e/ou nas interações da vida cotidiana) (FRASER, 2006, p. 232).

Pensamos que os esforços dos autores não se excluem, mas apresentam momentos e lugares de partida diferentes. Amartya Sen trata de uma realidade mais voltada aos países do hemisfério sul, imbricados em sociedades promissoras, ricas e desiguais em sua essência; Nancy Fraser, ainda que conectada às singularidades dos Estados, parece se dirigir a Estados ao norte do hemisfério, os quais conseguem dialogar, atualmente, sobre temas como paridade de participação, representatividade e reconhecimento.

#### 4 CONCLUSÃO

Percebemos que o Pacto de São José da Costa Rica é um documento forjado no imbricamento de uma polarização de forças capitaneada pelos Estados Unidos e pela extinta União Soviética. É no marco dessa dicotomia, eminentemente, política, econômica e militar que as primeiras décadas após o fim da Segunda Guerra Mundial conferem contorno ímpar às relações internacionais.

Neste cenário, em 1969, o Pacto foi publicado e desde então há a busca pelo respeito e pela consolidação de suas premissas. Para tanto, demonstramos que o passo inicial é que referido documento seja internalizado e componha o ordenamento jurídico dos Estados, o que ainda não se tornou realidade nos Estados Unidos, pela não ratificação, e no Canadá pela não aderência ao Pacto por completo.

No caso do Brasil, passou pela controvertida discussão sobre o status conferido aos tratados internacionais de direitos humanos. A EC 45/2004 e o julgamento do RE 466.343-SP, oriundo de um Habeas Corpus que discutir a prisão de depositário infiel, foram essenciais para que atualmente se confira status de supralegalidade aos tratados de direito internacional incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o estabelecido pelo § 3º, art. 5º, da CF/88, introduzido ao texto constitucional pela EC 45.

O Pacto, compreendido como norma de direito interno com status supralegal, deve ser tomado como um parâmetro normativo de direitos humanos e, nesta medida, o conceito de Justiça Social, contido no seu preâmbulo, deve parametrizar as ações e medidas voltadas ao exercício de direitos, especialmente, aqueles considerados direitos humanos.

Nos valem das contribuições de Amartya Sen para compreender o alcance e o significado de Justiça Social, que nos aponta à obrigatoriedade de rever o *modus* como as relações sociais, econômicas e políticas vêm sendo dirigidas no Brasil, uma vez que não

se tem conseguido avançar em diminuição de desigualdade social, tampouco na consolidação de oportunidades materialmente iguais para o desenvolvimento das capacidades humanas.

Data de Submissão: 31/10/2019

Data de Aprovação: 13/12/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Bruna Agra de Medeiros

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Denise Almeida de. **Planejamento familiar:** igualdade de gênero e corresponsabilidade. São Paulo: Lumen Juris: 2017.

ANISTIA INTERNACIONAL Brasil. Discurso da administração de Bolsonaro contra direitos humanos começa a se concretizar em medidas nos primeiros meses de governo. Maio 2019. **Anistia.** Disponível em: <https://anistia.org.br/noticias/discursos-da-administracao-de-bolsonaro-contra-direitos-humanos-comeca-se-concretizar-em-medidas-nos-primeiros-meses-de-governo/>. Acesso em: 02 dez. 2019.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Os Direitos Fundamentais na Constituição brasileira**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 88, p. 421-437, 1 jan. 1993.

FRASER, Nancy. La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación. **Revista del Trabajo**, año 4, n. 6, ago.- dic., 2008.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça numa era “pós-socialista”. **Cadernos de Campo**, São Paulo, n. 14/15, p. 231-239, 2006.

GORCZEWSKI, Clóvis; DIAS, Felipe da Veiga. A imprescindível contribuição dos tratados e cortes internacionais para os direitos humanos e fundamentais. **Seqüência**, n. 65, p. 241-272, dez. 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2177-70552012000200011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000200011). Acesso em 09 dez 2019.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Atlas da violência 2019**. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019

KERSTENETZKY, Celia Lessa. Desigualdade e pobreza: lições de Sen. **Rev. Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 15, n. 42, fev., 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-6909200000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-6909200000100008&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 2 mar. 2016.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. La internalización de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Brasil. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (org.). **A internalização de tratados internacionais de direitos humanos na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 9 -20.

MACIEL, Débora Alves; FERREIRA, Marrielle Maia Alves; KOERNER, Andrei. Os Estados Unidos e os mecanismos regionais de proteção dos direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, n. 90, p. 271-295, Dec. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452013000300010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000300010&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 18 Sept. 2019.

MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira; BADIN, Michelle Ratton Sanchez. Repensando o Direito Internacional a Partir dos Estudos Pós-Coloniais e Decoloniais Gabriel Antonio Silveira Mantelli. **Prim@ Facie**. Revista do programa de pós-graduação em ciências jurídicas, João Pessoa, v. 17, n. 34, p.1-33, 18 jul. 2018. Quadrimensal. Disponível em:

<<https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/35667>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). **Eficácia nacional e internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 27-50.

MAURIEL, Ana Paula Ornellas. **Combate à pobreza e desenvolvimento humano: impasses teóricos na construção da política social na atualidade**. Tese. 341 f. Campinas: São Paulo, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 6(2):142-154. Disponível em>: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.62.03> Acesso em 10 dez. 2019

PRISON STUDIES. World Prison Brief. Highest to lowest – Prison Population Total. [s/a]. Disponível em: [https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=24](https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=24) Acesso em 02 dez 2019.

PROTESTANT, CATHOLIC--JEW: **An Essay in American Religious Sociology**. H. R. – 1956.

RAFAEL GEORGES. Oxfam Brasil. **País estagnado: um retrato das desigualdades brasileiras**. São Paulo: Oxfam, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. A reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: algumas notas sobre o novo § 30 do art. 50 da Constituição. **Revista Depoimentos**, Vitória, n. 9, p. 11-31, jan.-dez. 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. **The Idea of Justice**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

SEN, Amartya. **The standard of living** (The Tanner lectures). Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 25 out. 2019.

UNITED NATIONS. World Day of Social Justice  
20 February. [s/a]. Disponível em:  
<https://www.un.org/en/events/socialjusticeday/>. Acesso em: 03 nov.  
2019.

## **50 Years Of Pact Of San Jose – Costa Rica: Reflexions About Social Justice In Brazil**

Denise Almeida de Andrade

Monica Sapucaia Machado

Grasielle Borges Vieira de Carvalho

**Abstract:** The Pact of San Jose, also known as American Convention of Human Rights, it is named as a political and normative framework for the protection and promotion of Human Rights, especially in the Americas. In 2019 the Pact celebrates its 50th anniversary, when Brazil, as a signatory country to the document, must analyze the progress achieved and the remaining challenges, since it is understood that the realization of human rights demands a continuous process of resistance. . Through bibliographic and documentary research we aim to publicize the Pact's contributions to the construction of a theoretical and legal framework for the defense of human rights in Brazil, presenting the process of incorporation of the treaty into the national legal system, at the same time, seeking to assess whether the concept Justice System expressed in the preamble of the document finds space in the power structures established in Brazil.

**Keywords:** Social Justice. Pact of San Jose. Human Rights. Brazil.

## **Prisões Cautelares: 50 Anos De Luta Na Efetivação Do Pacto De San Jose Da Costa Rica**

### **Matheus Arcangelo Fedato**

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

E-mail: matheus.fedato@outlook.com

### **Luiz Fernando Kazmierczak**

Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

E-mail: lfkaz@uenp.edu.br

**Resumo:** O presente trabalho busca demonstrar que mesmo após 50 anos do Pacto de San Jose da Costa Rica ainda se busca resolver o problema do papel dos princípios orientadores das prisões cautelares. A hipótese elencada é de que os princípios orientadores das prisões cautelares devem possuir força vinculante quando da ocorrência de sua decretação ou manutenção, sempre no sentido de garantir a preservação de direitos fundamentais. Objetiva-se realizar uma análise crítica dos princípios orientadores das prisões cautelares intentando verificar seu conteúdo e abrangência, bem como seu nível de observância pela legislação. Para atingir o objetivo do estudo, foi empregado o método indutivo, além dos meios de pesquisa documental e bibliográfico. As pesquisas se deram por meio de doutrinas gerais e específicas sobre o assunto, bem como artigos científicos, tendo sido utilizado como base para a elaboração do trabalho o Pacto de San Jose da Costa Rica. Justifica-se a pesquisa pelas contribuições que pode proporcionar ao campo social a partir de uma análise teórica e prática. Toda prisão cautelar cerceia a liberdade do indivíduo, por isso a decisão que a decreta ou mantém exige observância a princípios. Conclui-se que os princípios orientadores das prisões são fundamentais à aplicação das mesmas. Os princípios devem possuir força normativa e, se necessário, sobrepor-se às disposições infraconstitucionais e às decisões inconstitucionais, que firam os direitos fundamentais de liberdade.

**Palavras-chave:** Prisão Cautelar. Princípios. Direitos Fundamentais. Presunção de Inocência. Pacto de San Jose da Costa Rica.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

## **Prisões Cautelares: 50 Anos De Luta Na Efetivação Do Pacto De San Jose Da Costa Rica**

Matheus Arcangelo Fedato

Luiz Fernando Kazmierczak

### **1 INTRODUÇÃO**

O Pacto de San Jose da Costa Rica, datado de 22 de novembro de 1969, teve sua incorporação na ordem jurídica interna apenas em 6 de novembro de 1992, por meio do Decreto nº 678/1992, assinado pelo então Presidente da República, Itamar Franco. De plano, verifica-se, em razão do período ditatorial atravessado pelo Brasil, um grande lapso entre a promulgação do Pacto e o seu reconhecimento na ordem interna.

O período de reconstrução democrática trouxe novos ares para a legislação interna, em especial, na previsão de direitos e garantias fundamentais do acusado. A Constituição Federal de 1988 nos brindou com um rol de postulados penais e processuais penais que tem por objetivo blindar qualquer ação abusiva do Estado em face do cidadão.

O ponto mais sensível do sistema jurídico-penal é a prisão do cidadão que ainda não foi definitivamente julgado. A necessidade do acautelamento provisório está no centro das discussões doutrinárias e jurisprudenciais do Brasil atual.

Assim, a indagação é inevitável: “como prender alguém que ainda não foi definitivamente condenado?” Talvez esse seja o principal

dilema que circunda as prisões cautelares. O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise crítica dos princípios orientadores das prisões cautelares tentando verificar seu conteúdo e abrangência, bem como seu nível de observância pela legislação. Os princípios analisados são: presunção de inocência; motivação das decisões judiciais; contraditório; provisionalidade; provisoriedade; excepcionalidade; e proporcionalidade. Tais princípios são aqueles entendidos como basilares à temática das prisões cautelares, não se excluindo a existência e importância de outros.

O trabalho procura demonstrar que, mesmo após 50 anos da promulgação da Convenção Americana de Direitos Humanos, a questão da efetivação dos princípios básicos relacionados as prisões cautelares continuam atual e necessário seu debate. O problema proposto é apontar qual deve ser o papel dos princípios orientadores das prisões cautelares quando da ocorrência de sua decretação ou manutenção? A hipótese levantada para resolvê-lo é a de que os princípios orientadores das prisões cautelares devem possuir força vinculante quando da ocorrência de sua decretação ou manutenção, sempre no sentido de garantir a preservação de direitos fundamentais.

Justifica-se a pesquisa pelas contribuições que pode proporcionar ao campo social a partir de uma análise teórica e prática. A análise crítica dos princípios informadores das prisões cautelares permite verificar quais os pontos que exigem alterações ou complementos, com a finalidade da preservação de direitos fundamentais. É possível, assim, observar como se dá e como se deve dar seu cumprimento, propondo-se determinações sobre como este deve ocorrer. Toda prisão cautelar cerceia a liberdade do indivíduo, por isso a decisão que a decreta ou mantém exige observância a princípios.

Para atingir o objetivo do estudo, foi empregado o método indutivo, além dos meios de pesquisa eletrônico, documental e bibliográficos. As pesquisas se deram por meio de doutrinas gerais e específicas sobre o assunto, bem como artigos científicos e leituras complementares.

## 2 PRINCIPIOLOGIA DAS PRISÕES CAUTELARES

As prisões cautelares, conhecidas também como prisões processuais, ocorrem antes de uma sentença penal transitar em julgado. São acessórias (accessoriedade) ao Processo Penal e seu provimento deve guiar-se pela satisfação da tutela jurisdicional. Por possuir essa característica, acaba contrariando a presunção de inocência, pois causa uma restrição à liberdade antes de eventual condenação. Isso leva a uma contraposição entre os objetivos das prisões cautelares (de modo geral, resguardar a segurança pública, e, de modo específico, assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal) e o direito à liberdade<sup>9</sup>.

Nessa linha, como toda prisão cautelar viola a presunção de inocência e cerceia, de alguma forma, a liberdade do indivíduo, a decisão que a decreta ou mantém exige fundamentação e observância a princípios. Para sua utilização são necessárias várias condições, que podem ser elencadas em pressupostos (*fumus commissi delicti/periculum in libertatis*) e requisitos (Arts. 312 e 313 do CPP para prisão preventiva / Art. 1º, incisos I, II e III da Lei nº 7.960/89 para prisão temporária).

Divide-se as prisões cautelares em prisões preventivas e prisões temporárias. Entende-se ser a prisão em flagrante uma medida pré-cautelar (LOPES JUNIOR, 2015, p. 607), motivo pelo qual não será objeto desse estudo. As prisões preventivas vêm regradas no Código de Processo Penal, notadamente no Título IX, Capítulo I, “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória” (Arts. 282

---

<sup>9</sup>Na lição de Odone Sanguiné (2014, p. 16): “O instituto da prisão provisória revela a irreduzível antinomia de duas ordens de legitimidade, dialeticamente em oposição e que historicamente oscilam de um polo a outro na busca de um difícil compromisso que satisfaça, ao mesmo tempo, as exigências as exigências da justiça individual e os imperativos da proteção social: o direito à liberdade e a presunção de inocência, de caráter individual, e o direito da sociedade de manter a ordem e a segurança para uma convivência pacífica”.

a 300), Capítulo III “Da Prisão Preventiva” (Arts. 311 a 316), Capítulo IV “Da Prisão Domiciliar” (Arts. 317 e 318), Capítulo V “Das outras Medidas Cautelares” (Arts. 319 e 320) e Capítulo VI “Da Liberdade Provisória, com ou sem fiança” (Arts. 321 a 350). A prisão temporária é regulada pela Lei nº 7.960/89 e é inerente às investigações realizadas no inquérito policial.

A Constituição de 1988, instituidora do Estado Democrático de Direito trouxe consigo, no artigo 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado sem sentença penal condenatória transitada em julgado. O que afirma a vigência da presunção de inocência no Brasil, incorrendo nisso a impossibilidade de se considerar alguém culpado, senão por meio de sentença transitada em julgado. Nessa linha, também prevê o Pacto de San Jose da Costa Rica que toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência (artigo 8.2) (OEA, 1969).

A disposição do artigo 5º, LVII, constitui, para Aury Lopes Junior (2013, p. 23), fundamento da civilidade, o qual advém da escolha de proteger o indivíduo mesmo que se tenha que pagar o preço da impunidade de alguém culpável”. Nos dizeres de Fauzi Hassan Choukr (2011, p. 34), no processo penal constitucional a prisão deve ser vista como exceção e a liberdade como regra, sendo condição imperativa para privação da liberdade anterior à sentença a fundamentação judicial e a finalidade cautelar”. O disposto no artigo 5º, LVII, é direito fundamental e sua observância é vital para que se atinja a dignidade da pessoa humana de forma mais ampla (PINTO; SANTIAGO, 2019, p. 6).

Emana o artigo 283 do Código de Processo Penal, refletindo o artigo 5º, LXI, da Constituição, que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Essa prescrição, além da necessidade de motivação, culmina na reserva jurisdicional, porque diferentemente do flagrante, que pode

ser conduzido por qualquer do povo e sem ordem escrita, sua conversão para prisão preventiva ou temporária requer ordem fundamentada de autoridade competente. “Além de escrita, a ordem há de ser fundamentada, isto é, justificada na motivação fática e jurídica, devidamente racionalizada, vinculativa do suporte fático ao motivo legal (conveniência da instrução criminal, por exemplo)” (GIACOMOLLI, 2013, p. 14). Assim, a adoção de prisão cautelar passa pela reserva de jurisdicionalidade, sendo considerada ilegal sua utilização sem esse requisito, também entendido como princípio.

No que se refere à principiologia das prisões cautelares, os princípios elencados são: a) presunção de inocência; b) motivação das decisões judiciais; c) contraditório; d) provisionalidade; e) provisoriedade; f) excepcionalidade; g) proporcionalidade.

### **3 50 ANOS DE LUTA NA CONCRETIZAÇÃO DA PRINCIPIOLOGIA DAS PRISÕES CAUTELARES**

Nesse ponto, serão abordados de forma específica os princípios anteriormente citados, expondo os contornos teóricos sobre cada um deles e os desafios na sua efetivação na ordem jurídica atual.

#### **3.1 Presunção de Inocência**

A presunção de inocência é garantia constitucionalmente prevista e se reveste de extrema importância não só para o Processo Penal, mas para o Estado Democrático de Direito. Está prevista no artigo 5º, LVII da Constituição, o qual prescreve que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Face a consagração da presunção de inocência expressa pela Constituição, pode-se extrair, segundo Gustavo Badaró (2016, p. 1000), algumas consequências, como: a) a presunção de inocência não

é incompatível com a prisão antes do trânsito em julgado, desde que a prisão tenha natureza cautelar; b) torna-se incompatível com a presunção de inocência qualquer forma de prisão antes do trânsito em julgado que se constitua como execução provisória ou antecipada de pena. Depreende-se, pois, que não se poderá considerar alguém culpado por um crime enquanto não houver trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É importante mencionar sobre a controvérsia existente sobre a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância. Depois de não a entender como possível no ano de 2009 pelo HC 84.078, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292, voltou atrás em seu posicionamento, passando a entender como permitida a prisão após condenação em segunda instância. Tal matéria foi novamente objeto de julgamento nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54, tendo o Supremo Tribunal Federal modificado sua posição mais uma vez, passando a entender, a partir de 2019, que a prisão em 2ª instância só é possível após esgotados todos os recursos, sendo assegurada a presunção de inocência e a impossibilidade de prisão-pena (prisões cautelares continuam sendo possíveis) até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Há controvérsias também no que diz respeito a competência jurisdicional para decretar a ordem de prisão, uma vez que a jurisdição da segunda instância já se esgotou, o Tribunal recorrido ainda não julgou o processo e o juiz da execução penal não tem poderes para determinar ordem de tal natureza, criando assim um vácuo onde não existem legitimados para decretação da prisão. Aqui é necessário observar pelo disposto na Constituição, a qual não permite que se considere alguém culpado até o trânsito em julgado. Assim, não se vislumbra como possível o encarceramento de condenados em segunda instância sem trânsito em julgado de sentença condenatória sob pena de violação do princípio de presunção de inocência.

Roberto Delmanto Junior (2001, p. 58) remonta as origens do princípio de presunção de inocência à Roma Antiga, mais

especificamente ao *Corpus Juris Civilis* (533 D.C) de Justiniano, sendo chamado à época de *favor libertatis* pelas decisões e pareceres dos juristas, como Décio, que disse: “É preferível absolver um culpado do que condenar um inocente”; e Ulpiano, para quem: “É preferível deixar impune o delito de um culpado do que condenar um inocente”. Sobre o assunto, Antonio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 9) aponta que, diferentemente do princípio *in dubio pro reo*, que possui origem no direito romano, o princípio da presunção de inocência tem suas raízes calcadas no sistema *common law*, inserido como postulado fundamental das revoluções liberais do século XVIII, como a Revolução Francesa, estando presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

No período inquisitório a presunção de inocência foi completamente deixada de lado, podendo a prisão preventiva ser decretada pelo juiz sob qualquer pretexto, o que culminava em uma antecipação de pena. Era tida na Idade Média como condição indispensável para tortura e confissão (GOMES FILHO, 1991, p. 58). No século XVII as práticas criminosas consideravam-se como ofensa ao próprio soberano, motivo pelo qual ele e a igreja detinham o direito de punir. Não se exigia a completa formação da culpa para o Processo Penal e execução da pena, sendo suficientes apenas sua admissão e a existência de indícios de autoria (FERNANDES, 2013, p. 34). Esse cenário só mudou após o surgimento do movimento iluminista. Autor clássico desse novo período foi Cesare Beccaria, que buscava, com seus escritos, expressar ideais de liberdade, dentre os quais está a presunção de inocência. Assim,

A um homem não se pode chamar de culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode negar-lhe a sua proteção pública, senão a partir do momento em que for decidido que ele violou os pactos por intermédio dos quais ela lhe foi concedida. Qual é, pois, o direito, se não o da força que dá poder ao juiz para impor uma pena a um cidadão enquanto há dúvidas se é réu inocente? (BECCARIA, 1999, p. 61)

A relação entre as prisões cautelares e a presunção de inocência é ampla. Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 48), é o estado, e não a presunção de inocência, que afasta a antecipação dos resultados do processo, proibindo a prisão quando não estiver fundada em na necessidade de tutelar a efetividade do processo. Entende-se haver não apenas a presunção de inocência (circunstância passageira, relativa ao caso), mas sim um estado de inocência, que é duradouro e absoluto (FERNANDES, 2013, p. 31).

Cuida, portanto, a presunção de inocência, nas palavras de Rogério Schietti Cruz (2006, p. 73), de garantir que não haverá tratamento de alguém já considerado culpado por decisão transitada em julgado a um acusado no Processo Penal. Para que esteja consolidada a culpa, é imperioso que exista prova cabalmente demonstrada em face do acusado, cabendo ao titular da ação penal, com fundamento no sistema acusatório, o ônus de provar a culpa, e com isso retirar a presunção de inocência. Nestes termos pode-se se asseverar que:

A garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica diversas consequências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena será por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença (LOPES JUNIOR, 1998).

A acusação deve estar calcada em uma prova para poder afastar a inocência do acusado em uma persecução penal. Tal característica reforça o caráter garantista que deve ser seguido pelo Processo Penal. Nessa linha, “o princípio do ônus da prova no processo penal tem forte influência garantista na medida em que reconhece o acusado como inocente até que transite em julgado a acusação imputada contra ele” (BENTO, 2013, p. 30). É garantida, dessa maneira, a inviolabilidade daquele que é acusado penalmente, o qual será considerado inocente e terá liberdade assegurada até prova em contrário e condenação transitada em julgado.

Pelo exposto, é estendido ao titular da ação penal, com fundamento no sistema acusatório, o ônus de provar a culpa daquele a quem acusa. A presunção de inocência, conforme Rogério Schietti Cruz (2006, p. 70), exige o ônus de comprovar a responsabilidade penal à acusação, de modo que, em havendo incerteza sobre o objeto de prova, deve-se decidir em favor da defesa (*in dubio pro reo*). Assegura, então, ao indivíduo, enquanto não houver prova apresentada pela acusação capaz de demonstrar sua culpa, todas as liberdades possíveis. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 128) entendem que:

[...] é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocar limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas.

O “estado de inocência” para Nereu Giacomolli (2014, p. 94) é caracterizado como um princípio de grande potencial político e jurídico, o qual indica as bases e ideologias de um modelo processual penal, modelo este que quando aplicado, deve observar os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Destaca-se a imprescindibilidade do respeito a inocência do acusado enquanto não caracterizada sua culpabilidade. Isso se deve ao respeito que se deve conceder a dignidade humana, a qual deve ser estendida aos acusados em um Processo Penal e aos reclusos do sistema carcerário. Para Antonio Scarance Fernandes (2013, p. 36), a evolução do direito fundamental ao estado de inocência precisa ser compreendida como fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

A presunção de inocência vem justamente para privilegiar os ideais inscritos no chamado princípio da dignidade da pessoa humana. “Tendo em vista a dignidade do direito fundamental à liberdade [...], bem com a intensidade com que a persecução e a sanção penal estão

aptas a atingi-la, o processo penal vem hoje encerrar notável arcabouço de garantias” (FLACH, 2000, p. 55). A Convenção Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), em seu artigo 11, versando sobre a presunção de inocência, determina que nenhuma pessoa deve ser considerada culpada até sua culpabilidade estar provada em um processo público com respeito a todas as garantias previstas para a defesa. A determinação é adotada por vários ordenamentos do mundo.

Em consonância com a Convenção Universal dos Direitos Humanos, a presunção de inocência também está inscrita na Convenção Americana de Direitos Humanos, que diz: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (OEA, 1969). Portanto, os documentos preveem que toda a pessoa tem o direito de que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

A Convenção Americana (Pacto de São Jose da Costa Rica) estabelece ainda várias garantias mínimas aos acusados em processo judicial (artigo 8), dentre as principais, podem-se citar o direito irrenunciável de ser assistido por defensor proporcionado pelo Estado, de não produzir provas contra si mesmo, de recorrer para um juiz ou tribunal superior (duplo grau de jurisdição) e a impossibilidade de confissão obtida por meio de coação e a necessidade da publicidade do processo (OEA, 1969). Nas palavras de César Barros Leal (1994, p. 65), a Convenção Americana de Direitos Humanos demonstra a preocupação em oferecer ao preso, tanto ao condenado quanto o provisório, um tratamento baseado no máximo respeito à sua integridade física e moral. No sentido de que deve haver uma presunção de não-culpabilidade, Ferrajoli (2002, p. 441) leciona que “a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa ao invés da de inocência, presumida desde o início que forma o objeto do juízo”. Nas palavras de Roberto Delmanto Junior (2001, p. 66), a presunção de inocência diz respeito a questões processuais a materiais, asseverando ainda que:

O direito à presunção de inocência afeta não só o mérito acerca da culpabilidade do acusado, mas, também, o modelo pelo qual ele é tratado durante o processo, como deve ser tutelada a sua liberdade, integridade física e psíquica, honra e imagem, vedando-se abusos, humilhações desnecessárias, constrangimentos gratuitos e incompatíveis com seu *status*, mesmo que presumido, de inocente

Quer dizer isso que a presunção de inocência visa frear a atividade punitiva do estado, garantindo o direito fundamental de liberdade do indivíduo. Na lição de Antonio Magalhes Gomes Filho (1991, p. 65), “à luz da presunção de inocência, não se concebem quaisquer formas de encarceramento ordenadas como antecipação de punição, ou que constituam corolário automático da imputação”. Dessa forma, a prisão cautelar não pode encerrar-se como uma antecipação de pena.

De toda forma, a utilização das prisões cautelares é prevista legalmente e poderá ocorrer, na lição de Odone Sanguiné (2014, p. 185), quando forem obedecidas as garantias e direitos fundamentais, devendo haver harmonização de tais prisões com a presunção de inocência, proporcionalidade e devido processo legal. Nesse sentido, a decretação ou a manutenção da prisão cautelar (preventiva ou temporária) precisa levar em conta os princípios que regem a matéria e os direitos fundamentais envolvidos, para que, a partir daí, se possa construir uma decisão baseada na proporcionalidade de forma argumentativa.

### **3.2 Motivação das decisões judiciais**

O princípio a ser trabalhado agora é o da motivação das decisões judiciais, pelo qual cabe mencionar o artigo 315 do CPP, que diz: “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”. Aliado a tal dispositivo está o artigo 93, IX da Constituição Federal que determina a fundamentação das decisões judiciais sob pena de nulidade, bem como o artigo 5º, LXI. Destaca-se,

ainda, a previsão do artigo 66 do Pacto de San Jose da Costa Rica, o qual determina que a sentença da Corte deve ser fundamentada (OEA, 1969).

Dessa forma, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 498), as prisões e medidas cautelares deve partir de ordem judicial escrita e fundamentada em razão das premissas constitucionais que orientam e vinculam a atuação estatal. Nada mais natural de que, em um Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais sejam, por exigência, fundamentadas. Se assim não fosse, aos julgadores seria dada uma carta em branco, liberando-se arbítrios e discricionariedades antidemocráticas.

Alguns dispositivos do CPP vinculam de certa forma a fundamentação das decisões judiciais. Assim, deve-se seguir os critérios estabelecidos pelos artigos 282 (necessidade e adequação), 283 (obrigatoriedade de fundamentação), 312 (requisitos abstratos) e 313 (requisitos especiais), para a decretação da prisão preventiva. Há ainda os artigos 317 e 413, que tratam da sobre a necessidade de motivação da prisão preventiva após decisão de pronúncia e de sentença condenatória, respectivamente.<sup>10</sup>

Destacando a importância da fundamentação e de sua distinção da motivação, Nereu Giacomolli (2014, p. 212) leciona que: “Fundamentar uma decisão é explicar e justificar, racionalmente, a motivação fática e jurídica do convencimento [...] a motivação se constitui na ação determinante da razão de ser da decisão [...] é o motivo que direciona a ação (decidir) num sentido ou no outro”. Portanto, motivar seria expor as bases de fato e de direito que vão ensejar a fundamentação. Fundamentar é a explicação racional dos motivos. Não pode o julgador apenas colacionar os motivos que ensejam a prisão sem demonstrar fundamentadamente sua aplicação

---

<sup>10</sup> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: § 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

Art. 413, § 3º. O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

no caso concreto. Há a necessidade de fundamentação específica e não genérica.

Apenas mencionar fórmulas indefinidas como garantia da ordem pública ou gravidade abstrata do crime não cumpre o dever constitucional de fundamentação. Para Rogério Schietti Cruz (2006, p. 90), o julgador tem o dever de explicitar seu convencimento sobre a necessidade de medida cautelar. Justamente por isso, “só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder” (LOPES JUNIOR, 1998), quer dizer, a exigência de expor a decisão publicamente possibilita absorver se esta possui legitimidade e fundamento (saber) ou se só apenas uma escolha do julgador (poder). Portanto, deve-se entender como inadmissível a motivação *per relationem*, genérica ou abstrata, fundada em argumentos *extra legem*, fundada na gravidade abstrata ou na hediondez do crime (SANGUINÉ, 2014, p. 452-462).

Além de se constituir com garantia para as partes dentro do processo, o dever de motivação atinge também toda a sociedade, que pode fiscalizar a atuação jurisdicional. Na lição de Antonio Scarance Fernandes (2012, p. 134), os destinatários da motivação das decisões são, além das partes e dos julgadores, a própria comunidade que, a partir da fundamentação, tem condições de verificar a atuação do magistrado e da realização da Justiça. Demonstra-se, assim, o caráter duplo da motivação, qual seja o processual e o democrático.

A fundamentação das decisões judiciais é um dever previsto pela Constituição Federal como garantia fundamental e seu não cumprimento enseja ofensa ao Estado Democrático de Direito (JORGE JUNIOR, 2008, p. 4-5). A motivação das decisões judiciais possui grande importância tanto para o “desenvolvimento da própria sociedade quanto ao respaldo do Estado na proteção dos direitos do cidadão. A motivação das decisões judiciais assume caráter de garantia da própria jurisdição”, servindo às partes, aos juízes e a comunidade (BERNARDES, 2013. p. 198). Em vista disso, assevera Scheid (2009, p. 61) que a motivação das decisões deve ser sempre destinada a proteger direitos fundamentais, tendo em vista que a sujeição do

julgador à Constituição é fundamento da jurisdição. Entendida a importância do dever de fundamentação, cumpre dizer que sua construção se dá pelo discurso argumentativo.

Para tanto, é preciso que a decisão parta de uma premissa válida e chegue a uma conclusão igualmente válida por meio de uma inferência adequadamente justificada. Além do raciocínio silogístico, deve-se levar em conta a correção material dos argumentos, bem como a edificação dialética da decisão. Aponta José Frederico Marques (1997, p. 49) que “a motivação revela como o juiz interpretou a lei e os fatos, pelo que deve vir exposta com clareza, lógica e precisão, a fim de que as partes tenham perfeito conhecimento da solução dada ao litígio e às controvérsias surgidas na discussão deste”. Importante, então, o uso da lógica, da semântica e da dialética no percurso do discurso.

Pode-se compreender que a motivação das decisões penais se constitui como “condição de legitimidade para a imposição de qualquer medida punitiva no Estado Democrático de Direito” (MAZON, 2012, p. 25), devendo uma decisão não fundamentada, ou não adequadamente fundamentada, padecer de nulidade, pois estará contrariando disposições constitucionais e infraconstitucionais.

### **3.3 Contraditório**

O contraditório está insculpido no artigo 5º, LV da Constituição de 1988 e assegura, aos acusados, o contraditório e a ampla defesa, bem como os meios e recursos a ela inerentes. Tal instituto “é uma nota característica do processo, uma exigência política, e mais do que isso, se confunde com a própria essência do processo” (LOPES JUNIOR, 2015, p. 370). Expressa a democratização do processo, no qual as partes podem atuar em igualdade de forças, propiciando a construção dialética da sentença. O Pacto de San Jose da Costa Rica, em seu artigo 8, determina que deve ser garantido ao acusado comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação

formulada, a concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa e o direito de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor (OEA, 1969).

Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 43-44) ressalta a relevância do contraditório no Processo Penal, considerando-o como um requisito de validade. Para o autor, trata-se de um dos mais importantes princípios do Processo Penal, caracterizando-se como requisito de validade do processo na medida em que sua inobservância pode gerar nulidade absoluta. Continua dizendo que juntamente com a ampla defesa, o contraditório institui-se como pedra fundamental de qualquer processo, principalmente do Processo Penal. Uma das bases de sustentação do Processo Penal é o contraditório, não havendo processo sem ele.

O instituto significa o dever de a parte contrária ter acesso e ser informada de todos os atos processuais, bem como o poder de interferir no processo, de ser ouvida. O princípio supõe igualdade entre acusação e defesa. O conhecimento do processo pelas partes deve ser considerado como fundamental. A possibilidade conhecer os elementos e contradizer a parte contrária constitui elemento fundamental do Processo Penal. A importância do contraditório pode ser observada na teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Está expresso no axioma “*nulla probatio sine defensione*” (FERRAJOLI, 2002, p. 74), que implica a nulidade da prova se não houver participação efetiva da defesa.

Atrelada ao contraditório está a ampla defesa, a qual reflete a possibilidade de atuar ativamente no processo, não apenas tendo a oportunidade de conhecer dos atos e peças processuais, mas de nele influir utilizando-se de todos os meios legais disponíveis. Esse é o pensamento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 75).

[...] defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício

da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.

O contraditório e a ampla defesa são pilares do Processo Penal e devem ser estudados em conjunto. A ampla defesa realiza-se quando permite demonstrar a inocência do acusado (OLIVEIRA, 2014, p. 47). Muito se questionou a possibilidade de contraditório em sede de medida cautelar, devido ao caráter de urgência da medida. Entretanto, é inegável a importância do instituto para a garantia dos direitos fundamentais do acusado.

Dispõe o artigo 282, §3º, que “ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária”. Assim, em casos de evidente risco de fuga por exemplo, o contraditório sofrerá restrição. Todavia, o dispositivo processual penal prevê a possibilidade de intimação da parte contrária. “Tal contraditório dependerá das circunstâncias do caso concreto, sendo delimitado pela urgência ou risco concreto de ineficácia da medida” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 35). A aferição da urgência deve ser realizada caso a caso, observando-se todos os elementos constantes no momento da decretação. A motivação para que o instituto seja diferido deve ser forte e conter os fatores determinantes para a adoção da medida.

### **3.4 Provisionalidade**

Quanto a provisionalidade da medida cautelar, tem-se que esta só deverá subsistir enquanto se manter a situação fática que a ensejou, não devendo permanecer após o desaparecimento de seu substrato decretador. Nessa linha está o artigo 282, §5º do CPP: “O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se

sobrevierem razões que a justifiquem”. De tal modo, não mais existindo o substrato fático que lhe deu origem, a prisão deve ser revogada.

Este princípio veda a manutenção da prisão sem causa. Sua existência está atrelada a uma condição provisória, que é a existência de motivos legais que a ensejem, aponta para a transitoriedade da medida cautelar utilizada, de modo que, não mais subsistindo as razões que a determinaram, deve ser revogada imediatamente (BRANCO JUNIOR, 2010, p. 124). Se neutralizado o perigo para a instrução criminal ou aplicação da lei penal, não há mais razões para a restrição cautelar da liberdade.

No sentido de ilegalidade da prisão por falta de fundamentos está Rogério Schietti Cruz (2006, p. 88), que diz que a prisão cautelar legítima pode se tornar ilegal desde o momento em que passe a não existir requisito imprescindível à sua validade. Nesse ponto, é importante observar as medidas cautelares diversas da prisão, que podem ter a mesma eficácia da prisão provisória, mas com menor restrição de liberdade. Por exemplo, a entrega do passaporte impossibilita a fuga do acusado, sendo medida menos gravosa do que a prisão. Existindo hipótese de cautelar diversa, falta motivo para que a cautelar subsista. Assim, “uma vez desaparecida a motivação fática que serviu de supedâneo à medida cautelar, essa perde a sua funcionalidade e o sujeito retoma o *status quo ante*, ou seja, o do gozo irrestrito da liberdade” (GIACOMOLLI, 2013, p. 32). Além disso, inexistindo necessidade cautelar, seja de prisão, seja de medida alternativa, deve-se conceder a liberdade.

### **3.5 Provisoriedade**

Ponto de extrema importância acerca das prisões preventivas é a provisoriedade das prisões cautelares. Distingue-se da provisionalidade porque se refere à questão do tempo, da duração da medida, que deve ser sempre temporária, não podendo assumir

características de prisão antecipada (LOPES JUNIOR, 2013, p. 37). É importante destacar que dentre as modalidades de prisões cautelares, a prisão preventiva diferencia-se da prisão temporária, pois aquela permanece enquanto o juízo entender a necessidade de sua manutenção, não possuindo previsão legal de duração máxima, como esta.

A Convenção Americana dos Direitos do Homem proíbe a prisão preventiva de duração indeterminada. A Comissão Interamericana declarou que o facto de não se fixar um prazo limite para a libertação de um detido que não tenha sido acusado ou para a comunicação do objecto da acusação, constitui uma violação dos direitos dos detidos. Por outro lado, se a duração da detenção de uma pessoa antes do julgamento ultrapassa a duração da pena que é susceptível de lhe ser aplicada na eventualidade de vir a ser considerada culpada e condenada, tal detenção constitui uma violação grave do direito a ser acusado e condenado com anterioridade à execução de uma pena (ONU, 1994, p. 28).

Conforme o artigo 7 do Pacto de San Jose da Costa Rica, ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários, bem como toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade (OEA, 1969). Esse ponto do Pacto nos remete à realização de audiências de custódia, as quais foram regulamentadas pela Resolução 213/2013 do Conselho Nacional de Justiça, após determinação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro (BRASIL, 2015).

A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura (PAIVA, 2015).

As audiências de custódia devem ser interpretadas junto com o artigo 310 do Código de Processo Penal, o qual determina que o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante deverá relaxar a prisão ilegal, convertê-la em preventiva ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. “A principal e mais elementar finalidade da implementação da audiência de custódia no Brasil é ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos” (PAIVA, 2015).

O artigo 1º da Resolução 213/2015 do CNJ determina que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão (BRASIL, 2015). Pode-se observar que a intenção estabelecida no Pacto de San Jose da Costa Rica e na implantação das audiências de custódia é dar cumprimento aos princípios da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do contraditório, da não autoincriminação e do devido processo legal, colocando a pessoa presa perante um juiz tão logo seja recolhida à prisão.

A mudança cultural é necessária para atender às exigências dos arts. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também para atender, por via reflexa, a garantia do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5.º, LXXVIII da CF), a garantia da defesa pessoal e técnica (art. 5.º, LV da CF) e também do próprio contraditório recentemente inserido no âmbito das medidas cautelares pessoais pelo art. 282, § 3.º, do CPP. Em relação a essa última garantia – contraditório – é de extrema utilidade no momento em que o juiz, tendo contato direto com o detido, poderá decidir qual a medida cautelar diversa mais adequada (art. 319) para atender a necessidade processual (LOPES JUNIOR; PAIVA, 2014, p. 16).

Os dados mostram a importância da realização das audiências de custódia no Brasil. Segundo o CNJ, até o ano de 2017 tinham sido realizadas 258.485 mil audiências, das quais 115.497 (44,68%) resultaram em liberdade. Ainda, dentro desse universo, em 12.665 mil

(4,90%), houve alegação de violência no ato da prisão e em 27.669 mil (10,70%) houve encaminhamento social/assistencial (CNJ, 2017).

A provisoriedade deve ser entendida como caracterizadora da prisão ou medida cautelar, pois essas não devem durar mais do que o imprescindível para a instrução processual. Caso tal princípio não seja respeitado, a prisão pode vir a tornar-se uma punição antecipada e acabar por violar os dispositivos constitucionais, nomeadamente a presunção de inocência.

Houve tentativa de limitação temporal da prisão preventiva pela inclusão do artigo 315-A no CPP por meio do Projeto de Lei 4.208/2001, o qual determinava o prazo máximo de 180 dias de prisão em cada grau de jurisdição, exceto se o acusado tivesse dado causa a demora. Referido dispositivo foi vetado e não integrou o rol de modificações trazidos pela Lei 12.403/2011. A jurisprudência tentou construir um critério temporal para as prisões preventivas, chegando a um prazo de 81 dias, contudo, a prática acabou não se consolidando (LOPES JUNIOR, 2013, p. 38). Existe ainda o Projeto de Lei 8.045/2010, que constitui o projeto do novo Código de Processo Penal e estabelece prazos para a duração da prisão preventiva<sup>11</sup>.

No sentido de que a prisão provisória, justamente por essa definição, não pode ser perene, está Gustavo Badaró (2016, p. 990),

---

<sup>11</sup> Art. 558. Quanto ao período máximo de duração da prisão preventiva, observar-se-ão, obrigatoriamente, os seguintes prazos: I – 180 (cento e oitenta) dias, se decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível, observado o disposto nos arts. 14, VIII e parágrafo único, e 31, §§ 3º e 4º. II – 360 (trezentos e sessenta) dias, se decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível, não se computando, no caso de prorrogação, o período anterior cumprido na forma do inciso I do capuz deste artigo. § 1º Não sendo decretada a prisão preventiva no momento da sentença condenatória recorrível de primeira instância, o tribunal poderá fazê-lo no exercício de sua competência recursal, hipótese em que deverá ser observado o prazo previsto no inciso II do capuz deste artigo. § 2º Acrescentam-se 180 (cento e oitenta) dias ao prazo previsto no inciso II do capuz deste artigo, incluindo a hipótese do § 1º, se houver interposição, pela defesa, dos recursos especial e/ou extraordinário. § 3º Acrescentam-se, ainda, 60 (sessenta) dias aos prazos previstos nos incisos I e II do capuz deste artigo, bem como nos §§ 1º e 2º, no caso de investigação ou processo de crimes cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou superior a 12 (doze) anos. § 4º Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o prazo a que se refere o inciso I do capuz deste artigo terá como termo final a decisão de pronúncia, contando-se, a partir daí, mais 180 (cento e oitenta) dias até a sentença condenatória recorrível proferida pelo juiz presidente. 5º Os prazos previstos neste artigo também se aplicam à investigação, processo e julgamento de crimes de competência originária dos tribunais.

para quem a provisoriedade deve ser considerada como o “antônimo de definitividade”, ou seja, que não deve ser uma solução definitiva, apta a durar para sempre. Para o autor, “toda medida cautelar deve guardar conexão com o provimento futuro que a irá substituir. [...] a medida cautelar sempre deve ter em vista uma medida satisfativa e definitiva, resultado do reconhecimento do direito debatido no processo principal” (BADARÓ, 2008, p. 392). A Convenção Americana (OEA, 1969) sobre direitos humanos, nos seus artigos 7º e 8º determina que toda pessoa tem o direito de ser julgada, com as devidas garantias, dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade.

A limitação temporal máxima da prisão cautelar tem como fundamento sua natureza de medida cautelar instrumental e excepcional em virtude da presunção de inocência, do princípio da proporcionalidade e do Estado de Direito e atual como um reforço efetivo para todas aquelas garantias concernentes à liberdade física da pessoa humana (SANGUINÉ, 2014, p. 463).

Portanto, é a observância de quanto a medida é importante para o processo, juntamente com o tempo de prisão provisória já passado que deve determinar sua conservação. “A palavra chave para o uso e a manutenção de qualquer prisão cautelar é a sua efetiva necessidade” (CRUZ, 2006, p. 108). Conforme Nereu Giacomolli (2013, p. 35), precisa-se levar em conta a complexidade da causa, as dificuldades da instrução (necessidade de realização de complexas diligências probatórias), a média de duração dos processos que envolvem o mesmo delito, a duração da pena privativa de liberdade para o crime imputado ao sujeito, bem como a previsão de provável pena em caso de condenação. Deve-se evitar que o acusado permaneça preso preventivamente, em regime fechado, por tempo aproximativo do cumprimento da pena total.

A indeterminação temporal da prisão preventiva prejudica muito aqueles afetados pela medida, porque ficam à mercê do juízo que a decretou, tendo que aguardar no cárcere por tempo indeterminado. Não parece razoável a inexistência de marcos temporais máximos para a prisão preventiva. A restrição da liberdade pode perpetrar por meses, resultando em uma pena antecipada. A ausência de sanção para o excesso de prazo também se mostra um

problema. A maior duração da prisão provisória do que a pena máxima cominada ao crime investigado constitui-se como grave ofensa aos direitos fundamentais, constituindo constrangimento ilegal.

### **3.6 Excepcionalidade**

A prisão preventiva deve ser decretada em caráter excepcional, apenas quando as outras medidas cautelares não se mostrarem suficientes. É o que determina o artigo 282, §6º do CPP: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Nesse sentido, diz o artigo 310, II que, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá convertê-la em preventiva, se presente os requisitos, ou se as medidas cautelares diversas da prisão se mostrarem inadequadas.

Seguindo o disposto pelo artigo, o magistrado pode: a) relaxar a prisão, quando esta for ilegal, restituindo a liberdade ao flagrado; b) conceder a liberdade provisória, sem fiança; c) conceder a liberdade provisória mediante termo de compromisso, quando o delito tiver ocorrido nas condições do art. 23 do CP; d) conceder a liberdade provisória mediante fiança; d) aplicar uma medida cautelar diversa da prisão, conforme o artigo 319 do CP; e) converter a prisão em flagrante em preventiva, nos termos dos artigos. 310, II, e 312 do CPP.

Para a decretação das medidas cautelares deve-se levar em conta o contido nos incisos artigo 282, I e II do CPP, que orientam a utilização da necessidade e da adequação na aplicação das medidas cautelares. Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 498) “toda e qualquer prisão deverá se pautar na necessidade ou na indispensabilidade da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade”. O artigo 282 do CPP é mais bem compreendido quando estudado junto com o princípio da proporcionalidade. Aury Lopes Junior (2013, p. 23) critica o disposto no inciso I do artigo 282,

que possibilita a utilização de medida cautelar para evitar a prática de infrações penais:

No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Além do mais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, e somente após, prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

As prisões preventivas não devem ser banalizadas em referência à presunção de inocência. Sua finalidade não deve ser invertida. Os abusos na decretação das prisões cautelares acabam por prejudicar ainda mais o sistema carcerário brasileiro, que já sofre com o excesso de detentos. A excepcionalidade da prisão se dá pela valorização da liberdade.

### **3.7 Proporcionalidade**

Tido como um dos principais princípios dentro das prisões cautelares e em vários ramos do Direito, o princípio da proporcionalidade é referencial quando existem interesses em conflito no caso concreto. É um dos princípios regentes das prisões cautelares, notadamente pela proibição do excesso. Conforme Gustavo Badaró (2008, p. 393), “há, pois, um princípio de proporcionalidade que governa as medidas cautelares e, em especial, a prisão cautelar”. Tal princípio busca controlar a atividade estatal para que esta não viole direitos fundamentais. Também deve ser observado sob o viés da proibição da proteção deficiente, pelo amparo a liberdade dos acusados no Processo Penal, que merecem assistência na afirmação de seus direitos.

Na concepção de Alexy (2012, p. 593), “[q]uanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá

que ser a importância da satisfação do outro”. Busca-se estabelecer limites entre os fins almejados e os meios escolhidos. A escolha da medida não deve ser mais grave do que a finalidade da norma. Basicamente, é preciso que haja proporção entre a provável pena a ser imposta em caso de condenação e a gravidade da medida cautelar a ser utilizada (BADARÓ, 2008, p. 397). Sobre a afinidade entre proporcionalidade e Processo Penal, Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. 133) discorre da seguinte maneira:

Em relação a um possível confronto entre o princípio da inocência (estado ou situação jurídica de inocência) e o da efetividade da jurisdição penal [...] pode ser que se apresente a possibilidade de uma ponderação feita nesses moldes, desde que a pressuposta fundamentação cautelar da prisão em determinado caso concreto. A ponderação, então, far-se-ia pelo exame da *adequação* da medida, quando a prisão deveria ser justificada com relação aos escopos do processo; de sua *necessidade*, pela apreciação da relação entre a prisão e sua motivação (risco de fuga, intimidação de testemunhas etc.), e de sua proporcionalidade em sentido estrito, isto é, pelo exame da gravidade da prisão cautelar em relação à pena abstratamente cominada ao tipo penal, bem como a viabilidade de sua aplicação no caso concreto (condições pessoais do agente, natureza da infração, análise da culpabilidade etc.).

Para orientar a decretação das prisões cautelares, o artigo 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal determina que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se: I) a *necessidade* para aplicação da lei penal, para investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais; II) a *adequação* da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do acusado ou investigado. Os referenciais de necessidade e adequação são entendidos como referenciais fundamentais na utilização de medidas cautelares no Processo Penal (OLIVEIRA, 2014, p. 504).

Nesse sentido, o artigo 282, §6º, do CPP determina que a prisão preventiva somente será utilizada quando sua substituição não for cabível por nenhuma outra medida cautelar. Portanto, para Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 504), a prisão preventiva deve ser deixada para os casos de maior gravidade, constituindo-se como regra

a imposição preferencial de medidas cautelares diversas de prisão. No caso das prisões cautelares, o princípio procura balizar a divergência que ocorre entre a garantia da segurança pública ou eficácia na repressão dos delitos e a liberdade dos indivíduos.

Tem previsão expressa no Código de Processo Penal Alemão (StPO § 112), que determina que a prisão não pode ser ordenada se resultar desproporcional em relação a sua causa ou a pena prevista a ser aplicada (ALEMANHA, 1950). Visando a busca da adequação e da necessidade das medidas adotadas, o princípio da proporcionalidade deve levar em conta as características pessoais dos indivíduos e o crime cometido no caso concreto. Busca um modo de realizar os interesses pretendidos da maneira menos gravosa, ou seja, a medida que menos prejudique o acusado, mas que cumpra a finalidade cautelar deve ser a utilizada.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Mesmo após 50 anos de sua promulgação e de 27 anos de incorporação na ordem jurídica interna, muitos dos preceitos esculpidos no Pacto de San Jose da Costa Rica ainda carecem de efetivação plena, efetiva e irrestrita por parte dos tribunais brasileiros.

Conforme se pode depreender, a Constituição faz prevalecer a presunção de inocência, não podendo ser considerado culpado aquele que ainda não tiver condenação penal transitada em julgado. Dispõe o Código de Processo Penal que as prisões preventivas serão medidas últimas a serem tomadas durante a instrução, sendo preciso ainda demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta.

É preciso, tanto para a decretação quanto para a manutenção das prisões preventivas o uso da proporcionalidade, notadamente a proibição do excesso, de modo a não tornar a medida imposta excessivamente penosa. Necessário, então, balizar os interesses postos

sempre com vistas a proporcionalidade da medida e à preservação dos direitos fundamentais.

A prisão preventiva deve ser decretada em caráter excepcional, apenas quando as outras medidas cautelares não se mostrarem suficientes, sempre em decisão fundamentada e precedida de contraditório. O Código de Processo Penal prevê alternativas ao binômio prisão-liberdade, com as medidas diversas da prisão.

É preciso pautar-se pela necessidade da medida para fins processuais e pela importância da adequação da medida às especificidades do caso concreto, como por exemplo à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado. As medidas alternativas à prisão trazidas pela lei se mostram de grande relevância, permitindo a adoção de meios mais brandos, mas que consigam realizar a finalidade pretendida com seu uso.

A indeterminação temporal da prisão preventiva prejudica muito aqueles afetados pela medida, posto que ficam à mercê do juízo que a decretou, tendo que aguardar no cárcere por tempo indeterminado. A restrição da liberdade pode perpetrar por meses a fio, culminando em uma pena antecipada. A ausência de sanção para o excesso de prazo e a própria falta de um prazo estabelecido acabam ferindo os direitos fundamentais previstos na Constituição.

Conclui-se que os princípios orientadores das prisões são fundamentais à aplicação das mesmas. As análises mostraram que é necessária a observação do disposto pelos princípios quando da decretação ou manutenção de prisões cautelares. Os princípios devem possuir força normativa e, se necessário, sobrepor-se às disposições infraconstitucionais e às decisões inconstitucionais, que firam os direitos fundamentais de liberdade.

Data de Submissão: 31/10/2019

Data de Aprovação: 06/02/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Alana Ramos Araújo

Assistente Editorial: Maria Aurora Medeiros Lucena Costa

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Código de Processo Penal de 12 de Setembro de 1950. *Strafprozeßordnung*. Disponível em: <https://www.juris.de/jportal/index.jsp> . Acesso em: 20 out. 2019.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PROPOSTA DE MUDANÇAS LEGISLATIVAS. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 103, p. 381 - 408, jan./dez. 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BENTO, Patricia Stucchi. *O garantismo como vetor humanista ao Processo Penal*. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação da PUC/SP. São Paulo: 2013.

BERNARDES, Marcelo Di Rezende. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. *FRAGMENTOS DE CULTURA – Revista Interdisciplinar de Ciências Humanas da PUC-GO*, Goiânia, v. 23, n. 2, p. 195-206, abr./jun. 2013. ISSN 1983-7828.

BRANCO JUNIOR, Luiz Carlos. *A liberdade e os fundamentos da prisão cautelar*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da

PUC-SP para obtenção do título de Mestre em Filosofia. São Paulo, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federal do Brasil*. Brasília, DF: Senado. 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689/41. *Código de Processo Penal*. Brasília, Distrito Federal: Senado. 1941.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão. DJ: 09/09/2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 29 out. 19.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015*. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 28 out. 19.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Mapa de Implantação das Audiências de Custódia*. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/mapa-audiencia-de-custodia/>. Acesso em: 31 out. 19.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: Comentários à lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Patrícia Vieira dos Santos. *A (I)legitimidade das prisões cautelares à luz do princípio do estado de inocência*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público. Uberlândia, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FLACH, Norberto. *Prisão Processual Penal: Discussão à Luz dos Princípios Constitucionais da Proporcionalidade e da Segurança Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GIACOMOLLI, Nereu. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e Prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

JORGE JUNIOR, Nelson. O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. *Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*. v.1, 2008.

LEAL, César Barros. A prisão em uma perspectiva histórica e o desafio atual dos direitos humanos dos presos. In: *O Alferes*, Belo Horizonte, 12(42), p. 49-66, jul/set 1994. ISSN: 0103-8125 Disponível em:  
<https://revista.policiamilitar.mg.gov.br/periodicos/index.php/alferes/article/view/637>. Acesso em: 31 jan. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. *O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista*. 1998. Disponível em:  
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10657-10657-1-PB.htm>. Acesso em: 11 out. 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Liberdades* - nº 17 – setembro/dezembro de 2014. Disponível em:  
[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=209](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209). Acesso em: 27 out. 19.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. V. III, 1. ed. São Paulo: Bookseller, 1997.

MAZON, Cassiano. *A Fundamentação das decisões judiciais e a Prisão Preventiva*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da PUC-SP para obtenção do título de Mestre em Direito. São Paulo, 2012.

OEA – Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_american a.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_american a.htm) . Acesso em: 07 out. 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

ONU – Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: [www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf) . Acesso em: 07 out. 2019.

ONU. *Direitos Humanos e Prisão Preventiva: Manual de normas internacionais sobre prisão preventiva*. Série de Formação Profissional n.º 03 [ACNUDH]. 1994.

PAIVA, Caio. *Na Série “Audiência de Custódia”*: conceito, previsão normativa e finalidades. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-decustodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/> . Acesso em: 31 out. 19.

PINTO, H. C.; DIAS, E. R.; SANTIAGO, N. E. A. Hermenêutica, Garantismo e Presunção do Estado de Inocência Relativizado: o Posicionamento do Supremo Tribunal Federal a partir do Habeas Corpus n. 126.292-sp. *Prim@ Facie* - Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, UFPB, v. 18, n. 37, p. 01-38, 23 maio 2019.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHEID, Carlos Eduardo. *A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

## **Pretrial Detentions: 50 Years Of Fight On The Effectiveness Of The Pact Of San Jose Costa Rica**

Matheus Arcangelo Fedato

Luiz Fernando Kazmierczak

**Abstract:** The present paper seeks to demonstrate that even after 50 years of the Pact of San Jose of Costa Rica, the problem of the role of the guiding principles of precautionary prisons is still being solved. The hypothesis is that the guiding principles of the pretrial detentions must have binding force when the occurrence of its decree or maintenance, always in the sense of guaranteeing the preservation of fundamental rights. The objective is to carry out a critical analysis of the guiding principles of the pretrial detentions, trying to verify their content and scope, as well as their level of compliance with the legislation. In order to reach the objective of the study, the inductive method was used, in addition to the documentary and bibliographic research resources. The researches were made through general and specific doctrines on the subject, as well as scientific articles, being used as the basis for the elaboration of the work the Pact of San Jose of Costa Rica. The research is justified by the contributions it can provide to the social field from a theoretical and practical analysis. Every pretrial detention restricts the freedom of the individual, so the decision that decrees or maintains it requires observance of principles. It is concluded that the guiding principles of pretrial detentions are fundamental to their application. Principles must have normative force and, if necessary, overlap with infra-constitutional provisions and unconstitutional decisions, which jeopardize the fundamental rights of freedom.

**Keywords:** Pretrial Detention. Principles. Fundamental Rights. Presumption of Innocence. Pact San Jose of Costa Rica.

## **Proibição De Visitas Íntimas Em Estabelecimentos Prisionais Femininos: A Convenção Americana De Direitos Humanos Como Um Mecanismo De Preservação De Direitos Da Mulher Presa**

**Vanessa de Sousa Soares**

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG).

Email: vsousasoares@gmail.com

**Klelia Canabrava Aleixo**

Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG).

Email: kleliaaleixo@gmail.com

**Resumo:** O presente trabalho propõe analisar como o Direito Penal, no âmbito da execução penal, lida com as demandas e as especificidades das mulheres encarceradas, tendo em vista que o sistema prisional, projetado e construído por homens e para homens, reproduz a dinâmica social inserida na sociedade brasileira. Nesse sentido, a mulher tem seu corpo, além de sua sexualidade, controlados de acordo com os padrões de gênero pré-existentes. A discussão gira em torno, assim, da (não) concessão de visitas íntimas às mulheres presas, pela administração penitenciária. Considerando que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, se efetivamente aplicados os preceitos que lá estão inseridos, ela pode ser um importante instrumento de preservação de direitos das mulheres presas. Serão usados como analisadores, jurisprudências dos Tribunais Superiores, dados oficiais fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional e doutrinas de estudiosos do tema. O método escolhido foi o histórico-dialético em uma perspectiva exploratória e descritiva quanto aos objetivos da pesquisa. Compreender a sexualidade das mulheres em situação de cárcere como um direito constitucional é fundamental para construir um modelo de execução penal mais humanitário.

**Palavras-chave:** Execução Penal. Mulheres Encarceradas. Visita Íntima. Convenção Americana de Direitos Humanos.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

## **Proibição De Visitas Íntimas Em Estabelecimentos Prisionais Femininos: A Convenção Americana De Direitos Humanos Como Um Mecanismo De Preservação De Direitos Da Mulher Presa<sup>12</sup>**

Vanessa de Sousa Soares

Klelia Canabrava Aleixo

### **1 INTRODUÇÃO**

O sistema carcerário brasileiro enfrenta diversos problemas, sendo que muitos deles estão relacionados à falta de estrutura adequada e à ausência de políticas públicas destinadas a compreender e solucionar as demandas existentes. Nesse sentido, são percebidas dificuldades em lidar com as peculiaridades e individualidades da pessoa presa. Sabendo que as mulheres encarceradas apresentam necessidades específicas se comparadas às dos homens, este trabalho propõe investigar como a execução penal lida com essas mulheres e trabalha com suas especificidades.

O objetivo desta pesquisa, então, é compreender as complexidades que cercam o cumprimento de pena das mulheres nos estabelecimentos prisionais, especialmente no que diz respeito ao direito de exercer a sua sexualidade. Um dos objetivos específicos é entender como o patriarcado e a manutenção de estereótipos de gênero influenciam na dinâmica carcerária. Além disso, será

---

<sup>12</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

necessário investigar como a execução penal lida com a diversidade e individualidade, sobretudo no que diz respeito à sexualidade da mulher presa.

O trabalho se justifica, pois está alinhado às discussões contemporâneas urgentes relacionadas à luta pelo reconhecimento de direitos e o respeito às individualidades. A preocupação gira em torno do tratamento empregado à população carcerária de mulheres, especialmente no âmbito das concessões de visitas íntimas por se tratar de um importante direito da pessoa presa. Nesse sentido, é importante que o aparato jurídico contribua para a manutenção de um modelo constitucional de execução penal e, para que isso aconteça, direitos e garantias fundamentais devem ser protegidos.

Assim, para melhor compreensão da discussão, em um primeiro momento será feita uma investigação da situação da mulher no cárcere, para entender como a manutenção dos estereótipos de gênero reforçados pela sociedade patriarcal atingem até mesmo as relações jurídicas. Isso será feito para demonstrar como as prisões podem ser utilizadas como uma forma de disciplinarização que se aplica também sobre o próprio corpo, estabelecendo uma relação de docilidade-utilidade e alertar para o descumprimento do Princípio da Individualização da Pena. Logo em seguida, se propõe um estudo sobre as visitas íntimas no ambiente prisional feminino e à análise de dados carcerários para vislumbrar qual tem sido o tratamento empregado pela administração penitenciária e pelo poder público nesses casos. No terceiro capítulo, a Convenção Americana de Direitos Humanos será apontada como principal instrumento de proteção dos Direitos Humanos no Brasil.

A ciência jurídica é essencialmente histórica e exige a interdisciplinaridade com outras áreas para ser mais bem entendida e, por isso, essa pesquisa consultará fontes de outras disciplinas e áreas do conhecimento. Para tanto, será realizada pesquisa bibliográfica de estudiosos do tema. Além disso, uma análise jurisprudencial é necessária para entender como o judiciário vem lidando com a temática da visitação íntima em estabelecimentos prisionais

femininos. E, por último, será feita uma consulta à base de dados oficiais para entender numericamente a dinâmica das visitas íntimas no cárcere feminino. Por fim, em razão da complexidade do tema, nota-se que o trabalho utilizará uma metodologia múltipla, construída pelo método histórico-dialético, considerando, quanto à abordagem, o seu caráter qualitativo e, quanto aos objetivos, uma roupagem descritivo-exploratória.

## **2 A MULHER E O CÁRCERE**

Historicamente, as prisões não foram espaços planejados para acolher mulheres e “no decorrer de sua existência, a prisão caracterizou-se por ser majoritariamente masculina [...] tal condição acentuou-se durante a segunda metade do século XIX e estendeu-se pelo século XX” (ESPINOZA, 2004, p. 79). Nesse sentido, por serem espaços ocupados em sua grande parte por homens ao longo dos anos, existe uma inadequação de políticas específicas para mulheres nas penitenciárias, não só em relação à estrutura física, mas também na aplicação da lei.

Em exame à legislação brasileira, percebe-se a falta de um olhar mais atento à mulher presa, sendo escassas as referências que dela se ocupam. O artigo 5º, inciso XLVIII, é um dos escopos para a aplicação do Princípio da Individualização da Pena ao prever que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, considerando suas necessidades individuais. No mesmo artigo, o inciso L busca regular a estrutura física das penitenciárias femininas e determina que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

Os dispositivos legais citados regulam de forma acertada a situação especial da mulher encarcerada, todavia, o fizeram de forma

frágil e sem abarcar a totalidade das suas necessidades. A maioria dos textos legislativos faz referência exclusiva ao homem, sendo percebida uma omissão em relação às demandas das mulheres encarceradas, uma vez que as normas contidas na Lei de Execuções Penais (LEP)<sup>13</sup> também “foram redigidas sob o prisma masculino, ou seja, com vistas a regulamentar as condições de encarceramento de um grupo pertencente tão só a esse gênero” (ESPINOZA, 2004, 107), sob a ótica de uma pretensa neutralidade.

Ademais, a inobservância da questão feminina nos presídios e a consequente ofensa ao Princípio da Individualização da Pena não reside somente na omissão legislativa em relação à concessão de visitas íntimas e a mitigação da sexualidade das mulheres presas, mas também pela falta de produtos básicos de higiene, pela violência e falta de preparo de agentes penitenciários e pela ausência de acompanhamento médico para as gestantes, por exemplo.

Visando a garantir maior segurança jurídica e com o intuito de tutelar direitos fundamentais ao indivíduo encarcerado, a Lei de Execuções Penais, norteadas pelos princípios contidos na Constituição Federal da República, foi instituída para proporcionar melhores condições ao cumprimento de pena daquele que foi condenado por uma sentença penal. Contendo uma série de princípios, a LEP, proíbe que outros direitos do preso, além da liberdade ambulatorial, sejam afetados na Execução Penal. Ademais, seus princípios limitam arbitrariedades emanadas na pretensão punitiva estatal.

Já em seu primeiro artigo<sup>14</sup>, a Lei de Execuções Penais estabelece a necessidade de garantir e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado. Levando em consideração a situação precária dos estabelecimentos prisionais brasileiros, alguns dos princípios norteadores da LEP não encontram espaço para a sua aplicabilidade de forma satisfatória. Como, por exemplo, o Princípio da Individualização da Pena.

---

<sup>13</sup> Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

<sup>14</sup>Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

O Princípio da Individualização da Pena garante ao indivíduo, no momento de sua condenação, que sua pena seja individualizada considerando as particularidades de cada caso. Nesse sentido, “as autoridades responsáveis pela execução penal possuem a obrigação de enxergar o preso como verdadeiro indivíduo, na acepção humana do termo, considerando suas reais necessidades como sujeito de direitos” (ROIG, 2014, p. 46).

Diante dessa perspectiva, faz-se necessário analisar a dinâmica da Execução Penal sob o ponto de vista das mulheres encarceradas, isso porque, sabendo que elas apresentam demandas específicas, é importante que o aparato jurídico penal esteja atento para que não incorra em ofensa aos princípios constitucionais, como, por exemplo, o já mencionado da Individualização da Pena, que prevê que a pena deve ser aplicada de acordo com as particularidades de cada caso.

Com o abandono dos castigos físicos e das mutilações, o cárcere foi eleito como instrumento disciplinar e de controle corporal. Michel Foucault, em sua obra “Vigiar e Punir” (2012), acredita que o corpo está imerso no campo político e nas relações de poder e dominação e, nesse sentido, ele é usado como meio de controle na produção de corpos dóceis e padronizados de acordo com a aceitação social. Essa manipulação do corpo como meio de atingir a normalização e a docilização é realizada por meio de instituições sociais e, uma importante delas, é a prisão. A essa sistemática, Foucault denomina de “tecnologia política do corpo”:

Essa tecnologia é difusa, claro, raramente formulada em discursos contínuos e sistemáticos; compõe-se muitas vezes de peças ou de pedaços; utiliza um material e processos sem relação entre si. O mais das vezes, apesar da coerência de seus resultados, ela não passa de uma instrumentação multiforme. Além disso, seria impossível localizá-la, quer num tipo definido de instituição, quer num aparelho do Estado. Estes recorrem a ela; utilizam-na, valorizam-na ou impõem algumas de suas maneiras de agir. Mas ela mesma, em seus mecanismos e efeitos, se situa num nível completamente diferente. **Trata-se de alguma maneira de uma microfísica do poder posta em jogo pelos aparelhos e instituições, mas cujo campo de validade se coloca de algum modo entre esses grandes funcionamentos e os próprios**

**corpos com sua materialidade e suas forças**  
(FOUCAULT, 2012, p.29, grifo nosso).

Foucault desenvolve, então, a ideia de que o corpo é disciplinado e utilizado como meio de controle na produção de corpos dóceis e padronizados de acordo com a aceitação social, sendo a prisão um dos fortes mecanismos que atuam nesse controle. Levando isso em consideração, é importante relacionar a prática da instrumentalização de corpos, proposta por Foucault, para pensar a estrutura do cárcere e sua função social, com a pauta de gênero que, como uma construção social, também recai sobre os corpos.

Olga Espinoza (2004) traz inovadora contribuição em relação aos estudos das perspectivas de gênero e o entendimento de que a prisão, muito longe de ser uma instituição neutra, reproduz valores patriarcais e dos papéis sociais estabelecidos para homens e mulheres. A finalidade das prisões, então, assume um caráter neutralizador e normatizador, reafirmando a perspectiva foucaultiana, ao invés de ressocializador.

O controle penal é “mais uma faceta do controle exercido sobre as mulheres, uma instância onde se reproduzem e intensificam suas condições de opressão via a imposição de um padrão de normalidade” (ESPINOZA, 2004, p. 38). Isso porque os estudos sobre a criminologia feminina foram historicamente construídos sobre as bases patriarcais e machistas, que fazem com que as mulheres se encontrem em posição de maior vulnerabilidade no sistema carcerário

Simone de Beauvoir (1970) explica em sua obra “O segundo sexo” que a sociedade é representada e estruturada pelo homem e para o homem, de forma que a mulher é compreendida a partir de um parâmetro masculino, tornando-se o “Outro”, não sendo vista como um ser autônomo. Nesse sentido, também as normas penais e de controle foram estruturadas sob uma perspectiva masculina que desconsidera as especificidades das mulheres.

Heleieth Saffioti conceitua o patriarcado como “um regime de dominação-exploração das mulheres pelos homens” (SAFFIOTI,

2004, p. 44). A autora explica que há um consenso ao afirmar que o gênero é uma construção social do masculino e do feminino e que os papéis sociais ressaltam somente o lado negativo de ser mulher. Nesse sentido, o controle é o ponto central da cultura gerada pela dominação-exploração patriarcal que perpassa todas as áreas de convivência social e impregna também o Estado.

O controle da sexualidade feminina é um dos elementos nucleares do patriarcado. Assim, em alguns países da África e da Ásia, por exemplo, as mutilações vaginais são práticas comuns e são realizadas com a intenção de diminuir o prazer proporcionado pelo sexo e tornar a relação sexual uma prática dolorosa (SAFFIOTI, 2004). Trazendo o tema para a discussão proposta no artigo, a proibição de visitas íntimas em estabelecimentos prisionais femininos pode ser considerada mais uma das formas de controle para mitigar a sexualidade das mulheres.

A filósofa feminista argentina María Lugones (2008), todavia, não acha suficiente o entendimento eurocentrado e global que define o conceito patriarcal e heterossexual de gênero. Isso porque ele não alcança as peculiaridades das mulheres que passaram pela colonização, uma vez que a forma de conhecimento europeia foi imposta como a única racionalidade válida e moderna. E, considerando que este artigo se propôs a analisar o encarceramento de mulheres no contexto brasileiro, torna-se necessário aqui reconhecer que a colonização e, conseqüentemente, a colonialidade advinda com a modernidade, impôs um processo binário, dicotômico e hierárquico de gênero e raça às mulheres colonizadas.

Lugones apresenta, assim, o conceito de colonialidade de gênero que para ela é a “opressão de mulheres subalternizadas através de processos combinados de racialização, colonização, exploração capitalista, e heterossexualismo” (LUGONES, 2014, p. 941). Nesse sentido, o gênero tornou-se uma ferramenta de dominação binária e hierárquica que subordina as mulheres em todos os âmbitos da vida, tornando-as uma categoria vazia.

A título de conhecimento, ademais, é importante aqui explicar que dentro dos estudos feministas decoloniais, existe uma divergência em determinado ponto. Apesar de concordarem no sentido de que é necessário fazer uma análise específica de gênero e do patriarcado em sociedades colonizadas, se afastando do conceito universal e homogêneo do feminismo eurocêntrico, algumas autoras como María Lugones (2014) acreditam que o gênero é uma imposição colonial e, portanto, inexistia antes da colonização. Por outro lado, outras autoras, como Rita Laura Segato (2012), acreditam na existência de um patriarcado de baixa intensidade no período pré-colonização.

Sobre o patriarcado de baixa intensidade, Rita Segato acredita que o gênero já existia antes da colonização, mas de uma forma diferente de como se apresenta na modernidade:

Dados documentais, históricos e etnográficos do mundo tribal, mostram a existência de estruturas reconhecíveis de diferença semelhantes ao que chamamos relações de gênero na modernidade, que incluem hierarquias claras de prestígio entre a masculinidade e a feminilidade, representados por figuras que podem ser entendidas como homens e mulheres. Apesar do caráter reconhecível das posições de gênero, nesse mundo são mais frequentes as aberturas ao trânsito e à circulação entre essas posições que se encontram interditas em seu equivalente moderno ocidental. Como é sabido, povos indígenas, como os Warao da Venezuela, Cuna do Panamá, Guayaquis do Paraguai, Trio do Suriname, Javaés do Brasil e o mundo inca pré-colombiano, entre outros, assim como vários povos nativos norte-americanos e das nações originárias canadenses, além de todos os grupos religiosos afro-americanos, incluem linguagens e contemplam práticas transgênicas estabilizadas, casamentos entre pessoas que o Ocidente entende como do mesmo sexo e outras transitividades de gênero bloqueadas pelo sistema de gênero absolutamente engessado da colonial / modernidade (SEGATO, 2012, p. 117).

Na colonização os homens foram eleitos como interlocutores e as mulheres foram domesticadas, controladas pelos interesses da empreitada colonial. Houve, então, a privatização do espaço doméstico e a sua despolitização, transformando a mulher no “outro”, à margem de tudo que era político (SEGATO, 2012).

No mundo moderno há, em verdade, binariedade e não dualidade. Portanto, qualquer manifestação de disparidade será vista como um problema. Os sujeitos então passam a ser equiparados e neutralizados de acordo com um equivalente universal colonial. É importante ressaltar que o esquema de gênero patriarcal perpassa todos os âmbitos da sociedade civil e passam a ser necessários os direitos de proteção às minorias e as políticas de promoção da igualdade e liberdade sexual e de gênero, como o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, situação que foi considerada proibida pela modernidade colonial.

Cumprido ressaltar que as relações de gênero trazem diversas consequências ao cárcere como, por exemplo, nas vivências das pessoas transexuais e travestis, existindo outros vieses de dominação, opressão e sofrimento, que ultrapassam as questões até aqui apresentadas. Todavia o trabalho fará o recorte das visitas íntimas, o que não possibilita uma discussão mais aprofundada das pessoas travestis e transexuais.

Apesar de reconhecermos a existência e as dificuldades enfrentadas por transexuais e travestis no cárcere, em alguns estados há uma separação no local de cumprimento de pena dessas pessoas como, por exemplo, a Ala Rosa que fica na Penitenciária de São Joaquim de Bicas em Minas Gerais destinada aos LGBTs+ encarcerados. Portanto, não foi possível fazer a análise das visitas íntimas, considerando também que não existem dados oficiais sobre essa população no cárcere. Além disso, somente no ano de 2019 o Supremo Tribunal Federal decidiu que mulheres transexuais e travestis deveriam ser transferidas para presídios femininos e o último Infopen Mulheres data de 2016, portanto, conta com dados desatualizados se comparados ao novo entendimento jurisprudencial.

O cárcere, portanto, feito por homens e para homens, nega as necessidades básicas das mulheres, não somente porque os seus corpos destoam (por serem consideradas o “Outro”), mas porque existe um aparato estrutural que negligencia suas demandas, tornando-se mais uma forma de controle, reproduzindo e

intensificando suas opressões. Até mesmo porque, atualmente, a discussão sobre mulheres encarceradas limita-se à maternidade, reduzindo-as ao papel de mãe. Não é a intenção, de nenhuma forma, negar a importância do assunto, mas questionar a identificação da mulher com um único papel, como se ela pudesse ser resumida às questões da maternidade.

Portanto, o que se percebe das redações normativas é que são elas pensadas sob a ótica masculina, de maneira que a LEP, reafirmando uma pretensa neutralidade, sequer menciona especificamente a mulher e reforça o discurso de que ela se restringe ao papel da maternidade. Isso porque, a omissão quanto ao reconhecimento das visitas íntimas das presas é o mesmo que negar a sua sexualidade, prática reforçada não só no cárcere, mas na sociedade patriarcal em sua totalidade.

O discurso moderno, portanto, é no sentido de repudiar o sexo como instrumento de obtenção de prazer para as mulheres, principalmente às homossexuais. Muitas vezes, as demandas das lésbicas nem são colocadas em pauta, incorrendo na violação massiva de direitos elementares deste grupo. Além do preconceito em razão de sua sexualidade, o relacionamento afetivo destas mulheres não é sequer reconhecido como legítimo. Isso porque, além de ir contra o padrão heterossexual colonial, as mulheres lésbicas fogem do estereótipo de mulher imposto pelo patriarcado. Nesse mesmo sentido discorre José Humberto de Góes Junior:

Embora expressada mais amplamente na contemporaneidade, após a luta das mulheres por liberdade, a homossexualidade feminina não foge às implicações e modos de pensar instaurados por ocasião da sociedade patriarcal. Sua existência é encarada como a negação da maternidade e da pureza feminina, neste aspecto, por relacionar o universo feminino com o prazer, direito que lhe foi usurpado no âmbito da repressão sexual proclamada pelo puritanismo (GOÉS JUNIOR, 2007, p. 98).

Propondo uma discussão sobre sexualidade, Roger Raupp Rios (2006), apresenta uma análise do termo “direitos sexuais”, que considera como um direito de todo indivíduo. Isso porque, princípios

fundamentais como o da Liberdade, o da Igualdade e o da Não-Discriminação, além da Proteção à Dignidade Humana, são os pilares de um direito democrático à sexualidade, compatível com a pluralidade e laicidade de uma sociedade democrática de direito.

### **3 DA RELATIVIZAÇÃO DAS VISITAS ÍNTIMAS**

Conforme indicado no capítulo anterior, a Lei de Execuções Penais, promulgada em julho de 1984, com o intuito de assegurar ao condenado a titularidade de todos os direitos que não foram atingidos pela sentença, buscou garantir, durante a execução da pena, a preservação da integridade física e moral enquanto preceito constitucional inviolável. Atendendo às regras da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1955, o artigo 41, *caput*, da referida lei, estabelece os direitos do preso. Em seu rol, está previsto o direito à visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados<sup>15</sup>.

Todavia, ao se referir ao direito à visita, a lei não fez qualquer distinção entre visita simples ou íntima. Nesse sentido, em razão da omissão legislativa, em muitos estabelecimentos prisionais a visita íntima passou a ser considerada uma regalia e não um direito do preso (e principalmente da presa).

Por esse motivo, em março de 1999, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), órgão máximo de execução penal, editou a resolução n. 01, com o intuito de assegurar o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos, recolhidos aos estabelecimentos prisionais<sup>16</sup>. Em 29 de julho de 2011, o CNPCCP editou

---

<sup>15</sup>Art. 41 - Constituem direitos do preso:

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

<sup>16</sup> Já em seu primeiro artigo, a resolução n. 01 prevê: “Art. 1º - A visita íntima é entendida como a recepção pelo preso, nacional ou estrangeiro, homem ou mulher, de cônjuge ou outro parceiro, no estabelecimento prisional em que estiver recolhido, em ambiente reservado, cuja privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas”.

a resolução n. 04, que revogou integralmente a resolução anterior, para garantir a visita íntima também à população LGBT+ (lésbicas, gays, bissexuais e travestis ou transgêneros) e, especificamente, à mulher encarcerada.

Como a resolução se trata de recomendação e não de uma lei, a tutela das visitas íntimas fica a cargo da direção dos estabelecimentos prisionais.

Para suprir a falta de legislação específica, foi apresentado Anteprojeto de Reforma da Lei de Execuções Penais<sup>17</sup>, com proposta de alteração do atual inciso X do artigo 41 da LEP, para acrescentar a expressão “visita íntima” e, então, garantir o direito da presa e do preso a visita íntima e periódica com o cônjuge ou companheiro, na forma disciplinada pela administração do estabelecimento.

Entretanto, se torna problemático deixar a cargo da direção dos estabelecimentos prisionais decidir sobre as visitas íntimas, que começam a ser, então, relativizadas. Nos estabelecimentos prisionais masculinos, o direito à visita íntima é mais normalizado e aceito, sob o argumento de que homens têm necessidade fisiológica de uma vida sexual mais ativa, discurso este que contribui para a obsoleta conclusão de que a mulher não necessita de relações sexuais. Assim, “enquanto no cárcere masculino tal direito é assegurado principalmente para diminuir a agressividade e a tensão, quando se trata da mulher presa, a administração penitenciária não faz tanta ‘concessão’” (GUIMARÃES, 2015, p. 71).

O Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (2014), organização que trabalha por erradicar a desigualdade de gênero, garantir direitos e combater o encarceramento, aponta que outro argumento utilizado pelos funcionários e diretores prisionais para proibir a visita íntima é que permitir o exercício da sexualidade feminina traria muitos riscos, como, por exemplo, uma gravidez indesejada. Distinto empecilho muito comum é a proibição de visitas íntimas entre parceiras do mesmo sexo biológico, além da imposição arbitrária de entraves burocráticos para a sua concessão.

---

<sup>17</sup>Projeto de Lei n. 5.075 de 2001.

Somadas às dificuldades já mencionadas, existem hoje ao menos 15 (quinze) projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que propõem restrições às visitas íntimas. O mais atual deles foi apresentado pelo deputado Junio Amaral (PSL/MG), em 20/08/2019, e pretende alterar a Lei de Execuções Penais para incluir o inciso X no art. 41 com a seguinte redação: “visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados, sendo vedado o contato íntimo”.

Para o deputado, “a permissão do contato íntimo entre visitantes e encarcerados configura privilégio inadmissível”. Além disso, para ele este direito do preso deve ser proibido em razão de que “em muitos dos estabelecimentos prisionais, não há local para visita íntima”. Por último, ele alega que “a permissão de contato íntimo fomenta outros tipos de delitos dentro dos estabelecimentos prisionais”<sup>18</sup>.

Atualmente a proposta foi apensada ao PL 10857/2018, apresentada pelo Delegado Waldir (PSL/GO), por tratar de matéria similar.

Cumprir dizer que os mencionados projetos de lei estão na contramão de um Estado Democrático de Direito. A proteção do direito à sexualidade é condição fundamental para o pleno exercício da dignidade da pessoa humana e “ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício desta pelo que passa, atualmente, a compreender tanto a liberdade sexual como a liberdade à orientação sexual” (ARAÚJO; MEDEIROS, 2009, p. 40).

### **3.1 Da dificuldade na coleta de dados jurisprudenciais**

---

<sup>18</sup> A justificação completa do projeto de lei pode ser lida em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=472CDE1B4E34D0A5B669F6BE54C8F2B4.proposicoesWebExterno2?codteor=1793425&filename=PL+4577/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=472CDE1B4E34D0A5B669F6BE54C8F2B4.proposicoesWebExterno2?codteor=1793425&filename=PL+4577/2019)

Continuando a discussão sobre a relativização da visita íntima, a jurisprudência ilustra como ela ainda é vista mais como regalia do que como direito da pessoa presa.

Nesse sentido, é apresentado para análise, Recurso Especial (n. 1.774.720 – TO), publicado em 05 de novembro de 2018 pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisão monocrática, apresentando como Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, em que se discute o direito à visita íntima no âmbito da Execução Penal:

Recurso Especial nº 1.774.720 - TO (2018/0278928-8)  
Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior  
Recorrente: Nara Núbia Jesus Nóbrega  
Advogado: defensoria pública do estado do Tocantins  
Recorrido: ministério público do estado do Tocantins  
Recurso especial. Direito penal. Lei de execução penal. Lei n.7.210/1984. Agravo em execução penal. Visitação por convivente. Excepcionalidade não demonstrada. Ausência de comprovação da formação de entidade familiar. Ausência de filhos em comum. Acórdão firmado em matéria fática.

Sobre o Recurso Especial, trata-se de pedido interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Tocantins, que negou pedido de visitas ao sentenciado pela sua companheira, aqui Recorrente. No acórdão, o pedido de visitas íntimas foi recusado sob o argumento de que a Recorrente e o sentenciado não são casados e, tampouco, comprovaram relação marital por meio de certidão declaratória de união estável.

A defesa, por sua vez, alegou que a decisão ofendeu diretamente o exposto no artigo 41, X, da LEP. Além disso, afirmou que para comprovar a união estável não são necessárias qualquer manifestação ou declaração de vontade para que os jurídicos efeitos sejam produzidos, bastando sua configuração fática para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica. Por fim, aduz que os documentos acostados aos autos são suficientemente capazes de comprovar a união estável e que a negativa à visitação íntima é um ato discriminatório que atenta contra o Princípio da Isonomia.

O Ministro Sebastião Reis Júnior negou provimento ao recurso, iniciando sua argumentação com a seguinte afirmativa: “o direito do preso à visitação não é absoluto, podendo ser negado em virtude de peculiaridades do caso concreto”. O Ministro ainda reconhece que este é um direito de suma importância para a ressocialização do apenado, todavia, reafirma que ele não é um direito absoluto, acrescentando, ainda, que ele poderá ser suspenso ou restringido pelo diretor do presídio.

O Recurso Especial aqui trazido reforça a ideia da relativização do direito à visita íntima.

Nesse momento, faz-se mister destacar a dificuldade percebida em encontrar estudos e discussões jurisprudenciais que abordem a questão do feminino e o cárcere e o direito à visita íntima. Por esse motivo, foi utilizado como exemplo um Recurso Especial em que figuravam como partes um homem encarcerado e sua parceira, como Recorrente. O que se vê, além da falta de debate referente à visita íntima em penitenciárias femininas é, também, a relativização desse direito para os homens presos.

A visita íntima, embora não prevista expressamente na Lei de Execuções Penais, é direito constitucionalmente conferido, principalmente considerando que a sexualidade é uma dimensão na vida das pessoas. Ademais, a manutenção das relações sexuais é um direito, inclusive das mulheres, que deve ser resguardado e facilitado, independentemente de qualquer vínculo de matrimônio ou união estável.

Além disso, o direito à visita íntima também é de suma importância para a sustentação da proximidade familiar e para o fortalecimento dos laços conjugais. Portanto, a não concessão do direito à visitação íntima afasta a pessoa presa ainda mais do seu convívio social desvirtuando, portanto, o propalado objetivo ressocializador da pena. A visita íntima deve ser considerada um importante instrumento de reintegração àquele foi afastado do convívio social.

### **3.2 Dos obstáculos para a efetivação das visitas íntimas em Penitenciárias Femininas**

Carmen Hein de Campos e Virginia Feix (2008), em seus estudos sobre mulheres encarceradas, alertam para as inúmeras dificuldades enfrentadas para que estas mulheres exerçam seu direito à visita íntima, como, por exemplo, a comprovação de união conjugal prévia, de casamento ou de união marital. Além disso, a necessidade de visitação continuada por um período mínimo de quatro ou seis meses e o uso obrigatório de contraceptivos. Nesse sentido, em razão da falta de estrutura dos presídios femininos, que são muito menores e precários e, muitas vezes, as “sobras” de antigas penitenciárias masculinas, a visita íntima acaba sendo proibida ou concedida em condições inapropriadas.

No ano de 2018, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) divulgou o 2º Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres. A partir de 2014 esse instrumento de mapeamento do sistema prisional começou a publicar uma versão específica sobre mulheres encarceradas.

Considerando que o sistema penal brasileiro foi construído para homens, a publicação do Infopen Mulheres é um marco muito importante para a aferição de problemas e os desafios enfrentados pela população carcerária feminina. Seus resultados são essenciais para entender as necessidades das mulheres encarceradas e contribuir para a produção de políticas públicas nesta área.

O Levantamento Nacional publicado em 2018 aponta interessantes dados sobre as visitas íntimas nos estabelecimentos prisionais femininos.

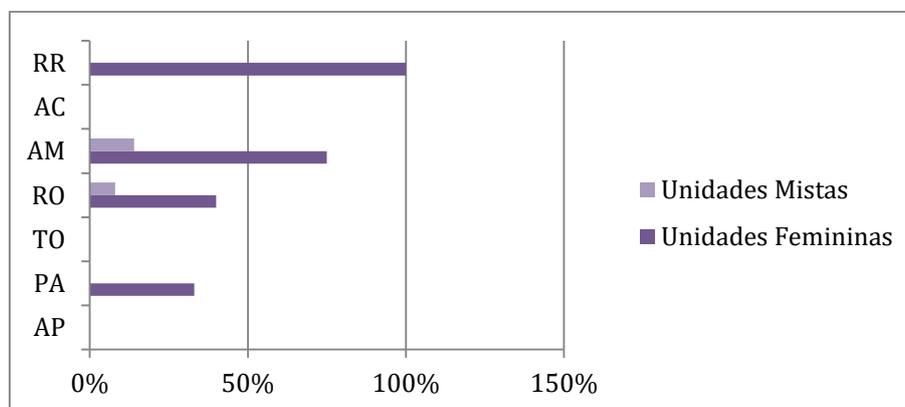
Como informação prévia, o Infopen Mulheres apresenta que uma em cada duas unidades femininas no Brasil não conta com espaços que tenham infraestrutura adequada nem mesmo ao direito à

visita social<sup>19</sup>. No caso das unidades mistas, apenas três em cada 10 estabelecimentos contam com espaços nessas condições. Em relação às unidades exclusivamente femininas, os estados do Pará, Mato Grosso, Pernambuco, Mato Grosso do Sul e Tocantins destacam-se negativamente pelo percentual de unidades que constam com espaços para visita.

No tocante às visitas íntimas, ainda que seja um direito formalmente garantido pela Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, de 2011, muitos estabelecimentos prisionais não oferecem espaço adequado para que as visitas aconteçam. Em análise dos dados, 41% das unidades femininas contam com local específico para a realização de visitas íntimas. Já em relação aos estabelecimentos mistos, apenas 34% oferecem esse espaço.

Os gráficos<sup>20</sup> apresentados a seguir, servirão para ilustrar a dinâmica atual das visitas íntimas de acordo com as regiões do Brasil.

Gráfico 1. Estabelecimentos prisionais que possuem local para visita íntima na Região Norte



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias, INFOPEN, Junho 2016

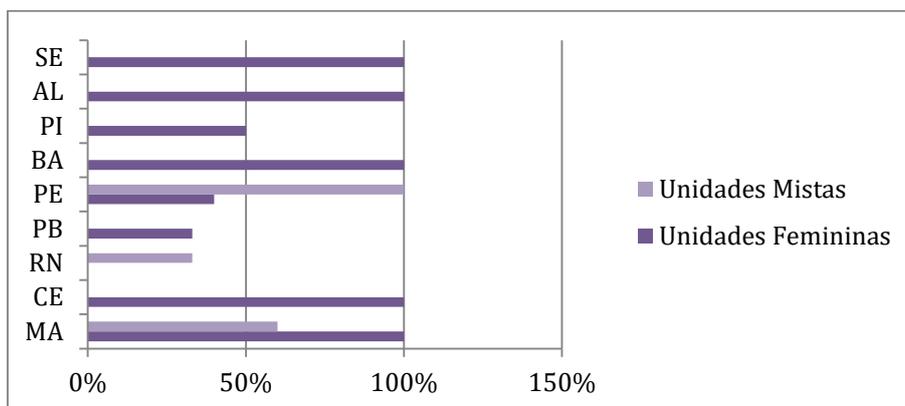
Primeiramente, é importante observar que na Região Norte somente os estados do Amazonas e Rondônia contam com espaço

<sup>19</sup> O art. 41 da Lei de Execuções Penais estabelece a visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos como um direito do preso. Como já ressaltado anteriormente, o artigo não diferenciou as visitas íntimas das sociais. Ademais, o direito à visita social tem o intuito de manter o convívio familiar do preso para auxiliar no seu processo de ressocialização.

<sup>20</sup> O gráfico completo pode ser consultado no Levantamento de Informações Penitenciárias de 2016.

adequado para visitação íntima nos estabelecimentos prisionais mistos, 14% e 8%, respectivamente. Em relação às unidades exclusivamente femininas, Roraima se destaca positivamente apresentando um percentual de 100%. Amazonas, Rondônia e Pará apresentam o percentual de 75%, 40% e 33%, na ordem. Os outros estados não apresentam estabelecimentos destinados à visita íntima.

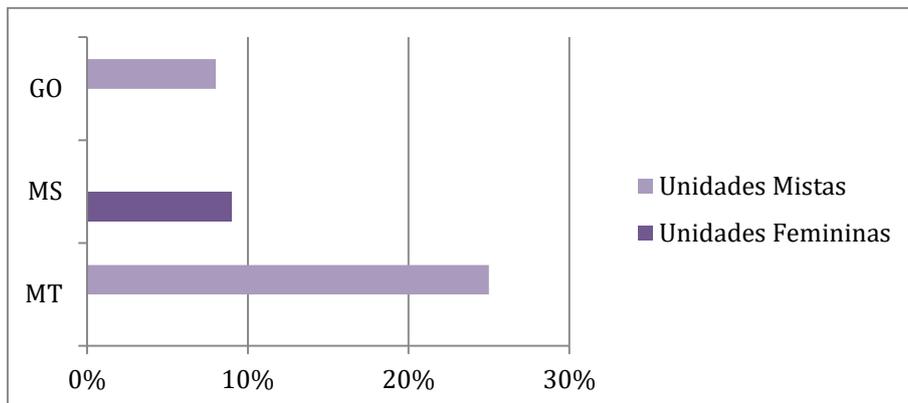
Gráfico 2. Estabelecimentos prisionais que possuem local para visita íntima na Região Nordeste



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias, INFOPEN, Junho 2016

Na Região Nordeste, também poucos estabelecimentos prisionais mistos contam com espaço adequado para a visitação íntima (Pernambuco, 100%; Rio Grande do Norte, 33%; Maranhão 60%). Por outro lado, o Nordeste se destaca por apresentar altos índices de unidades femininas que possuem local para visita íntima: Sergipe, 100%; Alagoas, 100%; Bahia, 100%; Ceará, 100%; Maranhão, 100%; Piauí, 50%; Pernambuco, 40%; Paraíba, 33%.

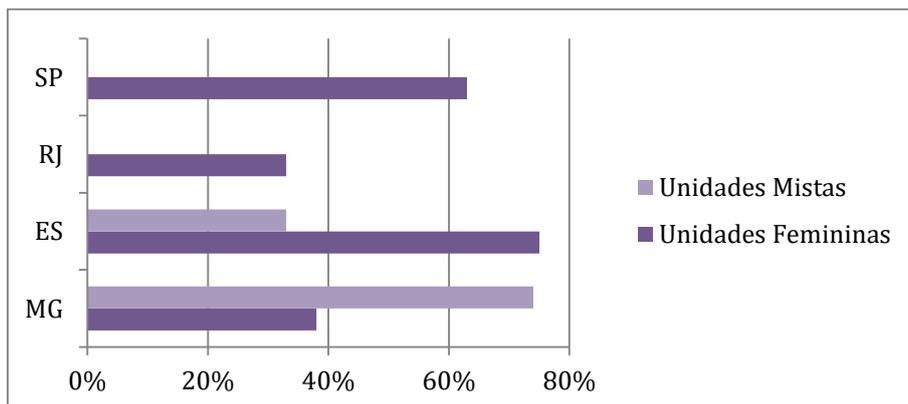
Gráfico 3. Estabelecimentos prisionais que possuem local para visita íntima na Região Centro-Oeste



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias, INFOPEN, Junho 2016

Na Região Centro-Oeste, todavia, a situação é um pouco diferente. Dentre os três Estados, somente Mato Grosso do Sul (9%) conta com espaço para visitas íntimas em estabelecimentos prisionais femininos. Enquanto Goiás e Mato Grosso apresentam espaço adequado em unidades mistas, 8% e 25%, respectivamente. De todo modo, o que se percebe é que o Centro-Oeste apresenta um déficit considerável em relação à adequação das visitas íntimas.

Gráfico 4. Estabelecimentos prisionais que possuem local para visita íntima na Região Sudeste

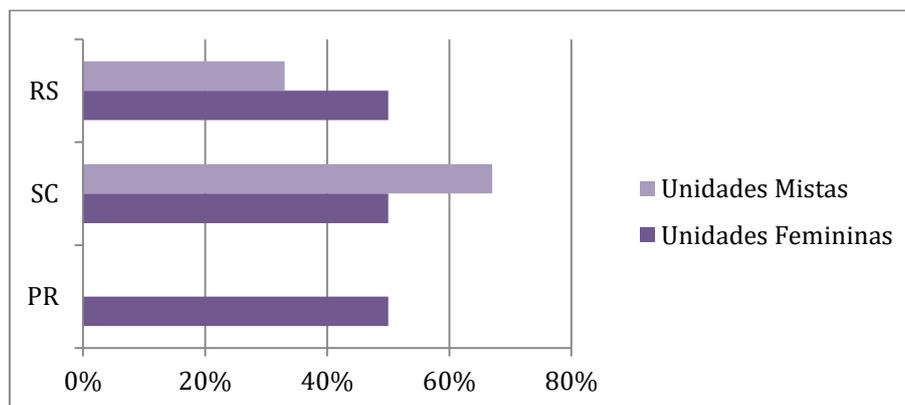


Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias, INFOPEN, Junho 2016

No Sudeste, metade dos Estados conta com espaços adequados para o acontecimento das visitas íntimas nas unidades mistas (Espírito Santo, 33%; Minas Gerais, 74%). Ademais, todos os Estados apresentam locais apropriados para que as visitas ocorram nas

penitenciárias femininas (São Paulo, 63%; Rio de Janeiro, 33%; Espírito Santo 75%; Minas Gerais, 38%).

Gráfico 5. Estabelecimentos prisionais que possuem local para visita íntima na Região Sul



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias, INFOPEN, Junho 2016

Em relação à Região Sul, todos os Estados contam com espaços adequados às visitas íntimas nas unidades femininas (Rio Grande do Sul, 50%; Santa Catarina, 50%; Paraná, 50%). Por outro lado, Paraná é o único que não apresenta espaço apropriado em suas unidades mistas. Rio Grande do Sul totaliza um percentual de 33% e Santa Catarina, 67%.

Ademais, a respeito da visitação social, apurou-se que nos estabelecimentos prisionais masculinos, em média foram realizadas 7,8 visitas por pessoa no primeiro semestre de 2016. Por outro lado, nos estabelecimentos femininos e mistos, essa média cai para 5,9 visitas por pessoa. Nos estados do Amazonas, Maranhão, Paraíba e Rio Grande do Norte, a média das visitas realizadas em estabelecimentos prisionais masculinos é cinco vezes maior que a média nos presídios femininos.

A frase de uma mulher presa transcrita do livro “Presos que menstruam” ilustra um pouco da dificuldade percebida em relação à visitação íntima nos presídios femininos: “— Não podia namorar, mas nós dava um jeitinho — e ri mais um pouco. — No feminino, aqui em São Paulo, só tem visita íntima é na Penitenciária da Capital e Tremembé. O restante não tem. Aí a gente tem que improvisar. Tem

que fugir pra um cantinho, porque se as guarda pegar, você vai de castigo” (QUEIROZ, 2015, p.131). A autora do livro, Nana Queiroz, visitou presídios para entender a dinâmica da mulher que cumpre pena nas penitenciárias femininas nacionais.

Nana Queiroz relata as dificuldades enfrentadas pelas mulheres encarceradas em relação ao direito à visita íntima:

A Penitenciária Feminina da Capital foi a primeira da cidade de São Paulo a construirum prédio para servir de “motelzinho”. Para usar o estabelecimento, o parceiro deve ser casado judicialmente com a detenta ou provar que tem um relacionamento sólido com ela— certificado por testemunhas ou filhos em comum. Quem não consegue provar a união estável fica sem visita. Depois, ele deve ir ao local e passar por uma revista profunda. Tem que tirar a roupa, agachar e, às vezes, abrir as pernas sobre um espelho para que vejam senão há drogas em seu orifício anal. A presa deve levar sua própria roupa de cama. Os dois recebem preservativos e, quando sobem para o lugar, todo mundo sabe o que estão indo fazer. Alguns casais se sentem constrangidos com isso. Na volta, a presa deve trazer os lençóis e lavá-los ela mesma. Alguns homens — raros, porém reais — visitam fielmente assuas companheiras e passam por essa rotina uma vez por mês — máximo autorizado no local. Gira em torno de 2% o número de presas que têm tamanha sorte.**A solução encontrada pelo resto dos presídios da capital paulista foi, em vez de autorizar a visita íntima oficialmente, fazer de conta que ela não existe e permitir que aconteça nas celas**, como fazia Safira. Heidi acha que o recurso é problemático (QUEIROZ, 2015, p. 132, grifo meu).

De forma velada, outro importante pretexto usado para dificultar ainda mais a concessão de visita íntima em estabelecimentos prisionais femininos, é o medo de a mulher em cumprimento de pena engravidar. A ativista americana Heidi Cerneka, que trabalha com a causa da mulher presa no Brasil há mais de 10 anos, acrescentou na obra de Queiroz (2015):

— A mulher pode visitar seu marido, engravidar dentro da cadeia e sair: o problema é dela. Se a mulher está presa, o homem a visita e ela engravida: o problema é do Estado — diz Heidi. — Tinha um delegado de Pinheiros que falava que ele ia deixar receber visita íntima na carceragem dele, mas quem tivesse visita íntima ia ter que tomar injeção anticoncepcional. E a gente falou: “Você não pode fazer isso. Não é muito prático nem sensato uma mulher

engravidar na cadeia, mas é opção dela, não sua — conta Heidi. (QUEIROZ, 2015, p. 132).

Ao observar a situação da mulher no sistema prisional, os estudos e dados revelam que o modelo penal brasileiro não prevê, historicamente, a questão do feminino, acarretando uma “fenda” no sistema prisional que gera iniquidade. Isso porque, é adotado um padrão de ser humano que é homem, assim, as necessidades e particularidades das mulheres presas são desconsideradas.

Samanta Buglione (2000) considera que as normas penais, sua execução e os meios de controle foram estruturados sob uma perspectiva masculina, deixando ainda mais evidente os problemas enfrentados pelas mulheres encarceradas. Assim, a opressão de gênero se acentua principalmente em relação à sexualidade. Isso porque, a partir do momento em que a mulher vai presa, quebra os paradigmas, se desvirtua dos padrões de gênero impostos e deixa de ser dócil, torna-se uma obrigação reinstalar a ela o sentimento de “pudor”.

Em resumo, o tratamento dispensado às mulheres em situação de cárcere, sob a ótica da visita íntima, ofende diversos princípios constitucionais fundamentais.

#### **4 A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO PRINCIPAL INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER PRESA NA AMÉRICA LATINA**

No mês de novembro de 2018, entre os dias 5 e 12, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) fez uma visita ao Brasil

com o intuito de avaliar as condições dos Direitos Humanos no país<sup>21</sup>. A CIDH, para tanto, manteve reuniões com as autoridades nacionais, analisou documentos, leis e projetos de leis, recolheu depoimentos das vítimas de violações de direitos e seus familiares e fez visitas em diversas instituições do Estado, para apurar os múltiplos abusos e denúncias comunicados.

Dentre os muitos pontos mencionados pelos representantes da CIDH, um deles se destaca por enfatizar a permanente situação de violações de direitos ao concluir que “desigualdade e discriminação são fatores decisivos e causas de um quadro geral crítico para os direitos humanos no país” (CIDH, 2018), uma vez que são problemas estruturais que se perpetuam até mesmo pelas instituições de poder local.

A Comissão aproveitou a vinda ao Brasil para chamar a atenção de algumas situações preocupantes que exigem intervenção urgente das autoridades nacionais, por serem consideradas violações de direitos reiteradas. As penitenciárias brasileiras foram, então, um ponto de destaque pela sua precariedade:

No Maranhão, o Complexo Penitenciário de Pedrinhas, monitorado por medidas provisórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ocorreu um número alarmante de mortes por violência. A partir dessa trágica experiência, as autoridades estaduais tomaram medidas decisivas. Saudamos que, dias após a visita da CIDH e seguindo sua recomendação, as autoridades penitenciárias tenham iniciado a demolição de uma galeria de isolamento que se encontrava em situação precária. No Rio de Janeiro, dentro do Complexo Penitenciário de Bangu - a situação do Instituto Plácido Carvalho, Nelson Hungria e Jorge Santanna merecem atenção. O presídio Jorge Santana está em condições extremas de operação. A Comissão Interamericana denuncia este lugar como uma das piores prisões de toda a América. Em Roraima, a Comissão encontrou dentro do Centro Penitenciário Agrícola Monte Cristo, detidos sem o direito mínimo à alimentação e sujeitos a doenças graves, há literalmente quatro dias. O Centro Socioeducativo Dom Bosco, no Rio de Janeiro, vive um desvio integral de sua finalidade institucional, face à ausência de atividades socioeducativas e características claras de um verdadeiro presídio (CIDH, 2018).

---

<sup>21</sup> O comunicado de imprensa pode ser lido, na íntegra, no site oficial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2018/238.asp>.

No tocante à crítica a situação carcerária brasileira, a Comissão citou especificamente a inadequação das visitas íntimas, alertando para a ocorrência de mitigação de direitos da “população carcerária, a quem o cerceamento da liberdade se soma à privação de direitos, como o acesso à saúde, a condições dignas de higiene, a receber visitas íntimas em situações adequadas”, contribuindo para a tese de que elas são consideradas uma regalia e não um direito do preso.

Sobre o assunto, é importante ressaltar que o Brasil assumiu um compromisso, de zelar pelos direitos e garantias dos cidadãos, com a CIDH, ao promulgar pelo Decreto nº 678 de 1992, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969. A Convenção Americana tornou-se o principal instrumento de proteção dos países latinos e se destaca por fortalecer a liberdade individual e a justiça social aos Estados que fazem parte do tratado interamericano.

A Convenção Americana foi idealizada a partir de dois importantes instrumentos de proteção de Direitos Humanos no sistema interamericano: a Carta da Organização dos Estados Americanos e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (GONÇALVES, 2011).

Nesse sentido, André de Carvalho Ramos destaca a importância da Convenção para a proteção dos direitos e garantias individuais:

Com efeito, a Convenção Americana de Direitos Humanos foi concebida para proteger os direitos fundamentais da pessoa humana, contra qualquer Estado (inclusive o de sua nacionalidade), sendo um instrumento multilateral que consiste no compromisso de cada contraente de respeitar os direitos humanos dos indivíduos sob sua jurisdição (RAMOS, 2004, p. 39).

Como signatário do Pacto de San José da Costa Rica, o Brasil deve preconizar por um sistema penal ressocializador e por um tratamento igualitário a todos perante a lei, em consonância com os preceitos de um autêntico Estado Democrático de Direito. Todavia, conforme demonstrado nos capítulos anteriores, e ressaltado ainda

pela própria CIDH quando da visita ao Estado, o país enfrenta hoje graves problemas carcerários e um deles diz respeito à inadequação e a não concessão de visitas íntimas às mulheres presas.

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli (2011) a “base da convenção está em seus dois primeiros artigos”, que prevêem a obrigação dos Estados signatários em respeitar o indivíduo independente de sua condição.

A importância das visitas íntimas encontra inteiro amparo nas disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, logo em seu primeiro artigo, que determina aos Estados signatários a obrigação de respeitar as garantias de todos os indivíduos, independente de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. A frase “para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”, conclui determinantemente o primeiro artigo. Ainda em seu texto, a Convenção protege, dentre outros, a integridade pessoal, a família e a igualdade perante a lei, que serão discutidos a seguir.

O capítulo segundo do Pacto de San José da Costa Rica trata dos direitos civis e políticos de todo cidadão. Previsto no art. 5º, o direito à integridade pessoal resguarda, no inciso II, que toda pessoa em privação de liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. Isso proíbe a aplicação de penas cruéis, desumanas, degradantes ou de tortura. O art. 38 do Código Penal determina, ademais, que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade. Portanto, a proibição de visitas íntimas em presídios femininos ou a falta de espaço adequado para que ocorram, configura a mitigação de outros direitos, como o da sexualidade, além de caracterizar uma pena degradante e cruel que fere a dignidade humana.

Ainda no art. 5º, o inciso III determina que a pena não deve passar da pessoa do delinquente. No entanto observa-se que, a partir do momento em que a administração penitenciária proíbe que o companheiro ou companheira da mulher encarcerada lhe faça visitas

íntimas, a pena ultrapassa sobremaneira a pessoa da condenada. Isso porque, ele ou ela também passam a sofrer os impactos da pena imposta a outrem. Da mesma forma, nesse caso, o Princípio da Pessoalidade da Pena previsto no art. 5º, XLV, da Constituição Federal, também é ferido. O inciso VI, do mesmo artigo, prevê ainda que a pena privativa de liberdade tem a finalidade de reforma e readaptação social dos condenados. Nesse sentido, proibir o direito de visita íntima da presa interfere diretamente na pretensa capacidade ressocializadora daquela que foi condenada, uma vez que esse é um importante elemento de reinserção social.

O art. 17 da Convenção Americana dos Direitos Humanos discorre sobre o direito de proteção da família e reconhece no inciso I, que ela “é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”. Em leitura do referido inciso, assume-se que o Estado tem papel primordial na proteção da família e, dessa forma, sabendo que a visita íntima é essencial para o fortalecimento dos laços conjugais, é dever estatal promover sua manutenção como um direito fundamental.

Ademais, o art. 24 da Convenção prevê a igualdade perante a lei nos seguintes dizeres: “todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei”. Infelizmente, da análise dos dados trazidos nesta pesquisa, constatou-se que nem metade dos estabelecimentos prisionais femininos do país conta com local específico adequado para que ocorram as visitas íntimas. Essa situação fere diretamente o direito à igualdade entre os indivíduos, previsto não só na Convenção, como também na Constituição Federal brasileira.

Ainda sobre o art. 24 da Convenção e fazendo uma análise do Caderno de Jurisprudência publicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2017, certo é que ela já se manifestou expressamente sobre a necessidade de conferir tratamento igualitário às mulheres presas, determinando que não deve haver qualquer tipo de discriminação baseada no sexo, ou seja, aquela dirigida à mulher somente por ela ser mulher. A Corte aponta diversas condutas que

devem ser seguidas pelos Estados membros para que se mantenham fieis à Convenção:

Elas não devem sofrer discriminação e devem ser protegidas de todas as formas de violência ou exploração. Da mesma forma, [...] as detidas devem ser supervisionadas e revistas por oficiais e às mulheres grávidas e lactantes devem ser fornecidas condições especiais durante a sua detenção. O Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres indicou que essa discriminação inclui a violência baseada no sexo, ou seja, a violência dirigida contra as mulheres porque ela é uma mulher ou que lhe afeta desproporcionalmente, e que abrange atos que causam dano ou sofrimento a natureza física, mental ou sexual, ameaças de cometer atos, coerção e outras formas de privação de liberdade (CIDH, p. 18, 2010, tradução nossa)

O Brasil é um dos países com a maior população carcerária e enfrenta diversos problemas como a superlotação e tratamento degradantes e cruéis. Acredita-se, todavia, que a Convenção Americana de Direitos Humanos pode ser um importante instrumento de combate à violência e preservação de direitos da pessoa presa, se respeitada. Isso porque, a partir do momento em que o Brasil tornou-se Estado membro ele comprometeu-se a salvaguardar o preso de qualquer tortura, tratamento cruel, desumano e degradante. O Pacto de San José determinou ao Estado brasileiro a responsabilidade e o dever de verificar se os instrumentos de leis estão sendo cumpridos e se estão de acordo com as normas internacionais de Direitos Humanos.

Além disso, no momento em que o país torna-se signatário do Pacto de San José da Costa Rica, ele torna-se passível de sofrer diversas consequências em caso de descumprimento dos seus preceitos. Somado a isso, fica o Estado proibido de fazer reformas no texto constitucional, caso elas diverjam de alguma disposição do tratado internacional (GOMES; MAZZUOLI, 2010). Percebe-se que ao ser signatário da Convenção, o Brasil vinculou-se ao movimento universal de proteção dos Direitos Humanos.

Portanto, cabe ao Estado membro reparar os danos em caso de descumprimento de uma obrigação internacional, tornando essa responsabilidade obrigatória. O Brasil, então, tem o compromisso de

respeitar, proteger e cumprir as normas da Convenção, elaborando instrumentos eficazes para a sua efetivação e reparação em caso de desobediência (GOMES; MAZZUOLI, 2010).

Nesse sentido, considerando que a Convenção é um tratado que busca evitar qualquer ofensa à pessoa em privação de liberdade, o respeito às suas normas trará maior segurança ao universo prisional. Assim, qualquer tratamento que viole a dignidade do ser humano, é contrário ao padrão internacional de Direitos Humanos e, conseqüentemente, ao Estado Democrático de Direito. Infelizmente, como visto, apesar de fazer parte do sistema interamericano de Direitos Humanos, a realidade prisional brasileira revela que há um abismo entre a norma e sua aplicabilidade.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho discutiu a problemática das visitas íntimas sob a ótica das mulheres encarceradas. É usado o termo “problemática” por diversas razões. Para apontar a inobservância, pelo poder público, das demandas específicas das mulheres presas, para observar como seus corpos são moldados por uma instituição que reproduz padrões sociais e de gênero e assinalar a relativização desse direito, principalmente, quando se tratam de mulheres.

Em primeiro lugar, discutiu-se sobre o patriarcado e controle dos corpos das mulheres, por meio de instituições sociais, como as prisões. Quando se trata da criminalidade feminina, a questão é permeada por estereótipos e noções de inferioridade da mulher que, por estar em um espaço historicamente compreendido como masculino, tem suas peculiaridades diminuídas e desconsideradas, ferindo diretamente o Princípio da Individualização da Pena, previsto na Lei de Execuções Penais. Além disso, a manutenção das relações tradicionais de gênero, majoradas no cárcere, atinge diretamente o direito ao exercício à sexualidade das mulheres.

O assunto sobre o direito à visita íntima em estabelecimentos prisionais femininos é tão pouco explorado que somente em 2011 a tutela desse tipo de visitação, especificamente no que diz respeito às mulheres, foi recomendada pela Resolução n. 04 do CNPCP. Todavia, como visto, a legislação foi omissa ao não prever esse direito de forma expressa na LEP, deixando a cargo da administração penitenciária decidir sobre sua concessão, de forma a ocasionar a sua relativização.

Ainda que não haja previsão expressa desse direito, certo é que ele se vincula aos próprios fundamentos da Constituição Federal, especialmente o da Dignidade da Pessoa Humana, além dos princípios basilares da execução penal, referentes à preservação de todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Assim sendo, conclui-se que a administração penitenciária não deve ter a autonomia para decidir se concede ou não a visita íntima às pessoas presas, vez que se trata de direito público subjetivo dela, insito à liberdade sexual do indivíduo.

Diante deste panorama, vê-se que a ausência de legislação específica favorece sobremaneira a violação dos direitos à sexualidade da mulher encarcerada, isso porque, se referida omissão não existisse, o gestor se veria obrigado a cumprir a norma positivada. E, sabendo que a prisão é uma importante instituição de docilização de corpos, os impactos e a sua função na vida da mulher em cumprimento de pena, é importante que o legislador garanta a ela maior segurança jurídica.

Por outro lado, além da mudança legislativa, é necessária a adoção de políticas públicas que cooperem para a implementação de medidas a serem pensadas sob a égide da realidade prisional feminina, em razão da adoção de um modelo penal carcerário masculinizado. Somente assim, os direitos fundamentais das mulheres presas deixarão de ser continuamente desrespeitados.

Por fim, além das alternativas mencionadas, sabe-se que o Brasil é signatário da importante Convenção dos Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, o que demonstra ainda mais a necessidade de cumprir os preceitos que lá estão inseridos, por serem de importância fundamental para a garantia e proteção dos direitos

dos presos. Assim, a aplicabilidade da Convenção como um instrumento fundamental, evitará a aplicação de penas cruéis, degradantes e severas que são incapazes de produzir quaisquer efeitos positivos na vida dos apenados e somente restringem seus direitos fundamentais.

Ademais, considerando que a Convenção prevê expressamente a proteção da integridade pessoal, a família e a igualdade perante a lei, a proibição de visitas íntimas em estabelecimentos prisionais femininos configura grave ofensa aos preceitos internacionais de tutela aos Direitos Humanos.

Data de Submissão: 31/10/2019

Data de Aprovação: 28/01/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Alana Ramos Araújo

Assistente Editorial: Danuza Farias Dantas Meneses

#### **REFERÊNCIAS**

AMERICANOS, Organização dos Estados. **PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

ARAÚJO, J. M. DE; DE MEDEIROS, R. A. O direito à orientação sexual como direito fundamental e sua proteção pelo poder judiciário brasileiro. **Prim@ Facie - Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, UFPB**, v. 8, n. 14, p. 37-56, 11.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo** – fatos e mitos. 4. ed. Tradução Sérgio Millet. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 11 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Decreto Executivo, 678, de 06 de novembro de 1.992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de

São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, Brasília, 06 nov. 1.992.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Infopen Mulheres**. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf)>. Acesso em 11 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Lei de Execuções Penais**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em 11 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Resolução nº 01 de 30 de março de 1999. Disponível em: <[https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/40/ato\\_normativo\\_federal\\_resol-01.pdf](https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/40/ato_normativo_federal_resol-01.pdf)>. Acesso em 11 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Resolução nº 04 de 29 de junho de 2011. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpcp/resolucoes/2011/resolucao04de29dejunhode2011.pdf>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.774.720 – TO.

BUGLIONE, Samantha. A mulher enquanto metáfora do Direito Penal. **Artigo jurídico**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11532-11532-1-PB.htm>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2019.

CAMPOS, Carmen Hein de; FEIX, Virgínia. Violência contra mulheres privadas de liberdade. **Jornal do Brasil**. Porto Alegre: Cladem, 28 jan. 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 9: personas privadas de libertad**, 2017.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo, IBCCRIM, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. De Raquel Ramallete. 35. Ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GÓES JUNIOR, J. H. DE. O que ofuscam as luzes da modernidade? O controle disciplinar e a formação de grupos vulneráveis no Brasil. **Prim@ Facie - Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, UFPB**, v. 6, n. 10, 11.

GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V, O. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2010.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Direitos humanos das mulheres e a comissão interamericana de direitos humanos**: uma análise de casos admitidos entre 1970 e 2008. 2011. Dissertação (Mestrado em Diretos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GUIMARÃES, Mariana Costa. A problemática da visita íntima no cárcere feminino. **Dissertação de mestrado**. Universidade Federal de Goiás, 2015.

LUGONES, María. Colonialidad y Género. In: **Tabula Rasa**. Bogotá, n. 9, p. 73-101, dez. 2008.

LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. In: **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 22, n. 3, p. 935-952, set. 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

QUESTÕES de gênero nos presídios do Brasil. **Instituto Terra, Trabalho e Cidadania**. São Paulo, abr. 2014. Disponível em: <<http://ittc.org.br/questoes-de-genero-nos-presidios-do-brasil/>>. Acesso em: 16 de jan. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. In: **Horizontes Antropológicos**. Porto Alegre, ano 12. n. 26, p. 71-100, jul/dez. 2006.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SEGATO, Rita Laura. Gênero e Colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. In: **Epistemologias feministas: ao encontro da crítica radical**, p. 106-131, 2012.

## **Prohibition Of Conjugal Visits In Female Prisons: The American Convention On Human Rights As A Mechanism For The Preservation Of Prisoned Women**

Vanessa de Sousa Soares

Klelia Canabrava Aleixo

**Abstract:** This paper proposes to analyze how criminal law deals with the demands and specificities of imprisoned women, in view of the fact that the prison system, designed and constructed by men and for men, reproduces the social dynamics inserted in the Brazilian society. In this sense, the woman has her body, besides her sexuality, controlled according to preexisting gender patterns. The discussion is about the (non) granting of conjugal visits to women prisoners, by the penitentiary administration. Considering that Brazil is a signatory to the American Convention on Human Rights, if effectively applied the precepts contained therein, it can be an important instrument for preserving the rights of women prisoners. For analysis jurisprudence of the Superior Courts, official data provided by the National Penitentiary Department and doctrines of scholars of the subject will be used. The method chosen was historical-dialectic in an exploratory and descriptive perspective regarding the objectives of the research. Understanding the sexuality of women in prison as a constitutional right is fundamental to building a model of criminal enforcement that is more humanitarian and socialist.

**Keywords:** Penal Execution; Imprisoned Women; Conjugal Visits, American Convention on Human Rights.

## **Corte Interamericana De Direitos Humanos E O Encarceramento Em Massa: Uma Análise Dos Casos Do Complexo Penitenciário De Pedrinhas E Curado**

**Manoela Fleck de Paula Pessoa**

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).  
Email: manoelafpp@gmail.com

**Gustavo Raposo Pereira Feitosa**

Doutor em Ciências Sociais pela Unicamp. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Unifor. Coordenador do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Unifor.  
Email: gfeitosa@unifor.br

**Resumo:** O presente trabalho tem o objetivo de estudar as violações aos direitos humanos decorrentes da política de encarceramento em massa em face da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, concentrando-se nos casos do Complexo Penitenciário de Pedrinhas e do Complexo Penitenciário de Curado, em que foram relatados superlotação, prática de tortura e rebeliões que culminaram na morte de dezenas de presos. Será também explorado como a atual política criminal brasileira traz impactos para a sociedade, marginalizando a parcela negra e pobre da população, e, além disso, influenciando na atual crise do sistema penitenciário. O método adotado para o desenvolvimento do trabalho foi o hermenêutico-dedutivo no levantamento dos dados bibliográficos, acrescido de pesquisa documental sobre os casos. A pesquisa utilizou, além da literatura, informações retiradas de legislações e da jurisprudência da Corte Interamericana. Por fim, busca-se examinar as alternativas à pena de prisão, com intuito de desafogar o sistema penitenciário e adequá-lo aos padrões mínimos consagrados nos tratados internacionais e na jurisprudência da Corte Interamericana.

**Palavras-chave:** Encarceramento em massa. Sistema Prisional Brasileiro. Prisão. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos Humanos.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

## **Corte Interamericana De Direitos Humanos E O Encarceramento Em Massa: Uma Análise Dos Casos Do Complexo Penitenciário De Pedrinhas E Curado**

Manoela Fleck de Paula Pessoa

Gustavo Raposo Pereira Feitosa

### **1 INTRODUÇÃO**

A pena privativa de liberdade começou a ser utilizada no Brasil como principal meio de punição às infrações penais a partir do século XIX. Entretanto, além de tal objetivo, a prisão era usada como forma de controle social dos indivíduos marginalizados, dentre eles a população negra e os homens brancos pobres, que eram considerados um perigo para a sociedade brasileira durante a época imperial e colonial.

A pena de privação de liberdade só fora instituída como principal modo de punição em 1830. Entretanto, os ambientes prisionais construídos eram considerados precários com poucas chances de reeducar os presos e reinseri-los na sociedade.

O atual sistema penitenciário brasileiro ainda possui dificuldades a serem enfrentadas no que concerne a garantia dos direitos humanos. As condições da maior parte dos presídios são degradantes, violando direitos relativos à saúde, assistência jurídica e integridade física dos presos. A pena privativa de liberdade, conforme os ditames legais internos e internacionais, tem como objetivo a reinserção do aprisionado na sociedade, e diante das constantes violações, tal função não é concretizada.

Ademais, os presídios brasileiros vêm enfrentado problemas relativos à superlotação, devido à atual política brasileira de repressão. O aumento da criminalidade acaba por provocar um desejo por punição, sendo a pena privativa de liberdade usada como forma de atender aos anseios da sociedade por segurança.

A punição é utilizada pelo Estado como principal forma de garantir a segurança aos cidadãos, todavia, esse fenômeno não traz resultados positivos para a sociedade brasileira, influenciando no colapso penitenciário.

Diante da superlotação presidiária e das péssimas condições fornecidas aos presos, diversos tratados de direitos humanos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, e a própria Constituição Federal são violados, podendo o Estado brasileiro responder perante os órgãos de monitoramento dos direitos humanos.

As violações relativas à integridade física, à vida e à saúde culminaram na intervenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção dos direitos relativos aos presos, tendo sido apresentadas demandas perante o tribunal e que resultaram na imposição de medidas a serem adotadas no Brasil.

O presente trabalho objetiva fazer um estudo dos casos do Complexo Penitenciário de Pedrinhas e de Curado que tramitaram na Corte IDH, sendo este órgão eficaz na garantia dos direitos humanos em relação ao aprisionados, expondo as principais violações a tais premissas devido ao sistema penitenciário brasileiro. Também será dedicada parte do trabalho para a análise dos dados sobre a atual situação de crise do sistema carcerário brasileiro, bem como as principais causas e consequências para a sociedade.

O método adotado foi o hermenêutico-dedutivo ao realizar o levantamento de dados bibliográficos sobre a pena privativa de liberdade, o encarceramento em massa e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A pesquisa utilizou de fontes bibliográficas e legislativas. Também se utilizou de estudos estatísticos previamente levantados sobre a situação carcerária do país. Ademais, a pesquisa de casos que tramitaram na Corte IDH também foi adotada para chegar a um resultado sobre as violações de direitos humanos diante da crise prisional.

## **2 PENA DE PRISÃO NO BRASIL**

Desde o Brasil colonial e imperial, a formação social fora caracterizada pela exclusão e segregação de uma parcela da população, dividindo-se em uma classe abastada e predominantemente de origem indo-europeia e outra formada por negros, mestiços e indígenas.

Durante o período colonial e mesmo depois da proclamação da independência, a prisão era utilizada como verdadeiro instrumento de controle social, sendo tal atividade feita pela própria polícia. Havia uma verdadeira perseguição à pobreza e à mendicância e aos escravos que andavam sem autorização pelas ruas (KOERNER, 1999, p. 31).

Com a independência política em 1822, o país organizou-se em uma monarquia constitucional, em que a centralização e a unidade territorial favoreceram a permanência da escravidão. A fragmentação da ex-colônia provocaria iniciativas abolicionistas entre as províncias, podendo formar uma separação entre “países escravistas” e ‘não-escravistas. Assim, a centralização fora essencial para a manutenção da escravidão no país. A unidade garantida pela monarquia constitucional fora meio eficaz em assegurar a ordem (CARVALHO, 2003, p. 18).

Entretanto, mesmo com a proclamação da independência e o desenvolvimento de uma constituição em 1824, que tinha bases iluministas, a cultura escravocrata, baseada na opressão aos indivíduos de origem africana, indígena e mestiça não se alterou. Com a libertação dos escravos, tal ordem não mudou o que houve foi uma mudança de uma sociedade escravocrata para uma sociedade de controle da população marginalizada.

Assim, as prisões do Império destinavam-se a punir os pobres e livres que estivessem fora dos laços de clientelismo e a escravos fugidos. Além disso, os encarcerados serviam de mão-de-obra para os trabalhos públicos e para a custódia de indivíduos considerados “perigosos” para a sociedade (KOERNER, 1999, p. 32).

A prisão era utilizada como forma de controle social. O principal objetivo da política criminal nesse momento era o controle

comportamental dos indivíduos negros e pobres e não somente a punição dos delinquentes. Esses sujeitos eram considerados um perigo para a sociedade brasileira na época imperial e colonial. As penas cruéis de castigos físicos ainda eram utilizadas. (HOLLOWAY, 1997, p. 52-53).

Até o século XIX, o edifício da prisão encontrava-se em conjunto com o edifício da câmara, onde eram exercidas as atividades administrativas e judiciárias. Tal edifício era chamado de Casa de Câmara e Cadeia. Geralmente, tais construções eram localizadas nas principais praças e mercados, caracterizando a evolução de um povoado à vila ou município. A relação entre os dois poderes era forte, tornando-se evidente já que ambos se encontravam no mesmo edifício. As Casas da Câmara e Cadeia tinham como objetivo garantir as principais atividades administrativas, judiciais e penitenciárias (JORGE, 2000, p. 227).

A prisão, diante da promulgação do novo Código Criminal em 1830, foi instituída como principal meio de punição às infrações penais, diante disso em 1850 fora inaugurada a Casa de Correção, que, embora tinha o objetivo de criar um ambiente favorável para o cumprimento das penas, a infraestrutura do local era precária, tendo, inclusive uma alta taxa de mortalidade dos presos que ali se encontravam (KOERNER, 1999, p. 36).

Apesar da edição do novo Código Penal em que trouxe bases para um direito punitivo democrático e liberal, sendo reformulado em 1984 e consolidando o sistema de cumprimento de penas, progressão de regimes e as penas alternativas, percebe-se que o modelo de aprisionamento não mudou desde o período colonial e imperial.

A pena de prisão formou-se de acordo com as modificações sociais que vinham ocorrendo com a evolução histórica do país. Todavia, percebe-se que o sistema carcerário brasileiro sempre foi falho, incapaz de cumprir o seu propósito ressocializador, continuando os mesmos moldes de controle social que era realizado sobre parcela marginalizada da população.

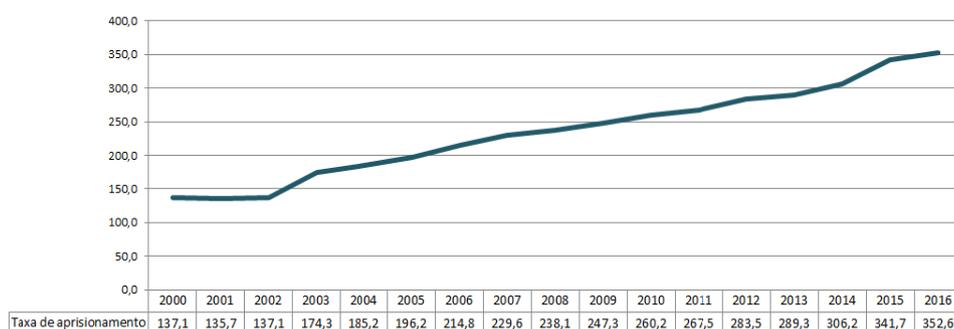
### **3 CRISE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Os dados sobre a população carcerária brasileira comprovam que o sistema prisional está em estado de superlotação. Em um levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública sobre informações penitenciárias (Infopen), constatou-se que a população carcerária no Brasil, no ano de 2016, atingiu o número de 726.712 pessoas, sendo que o número de vagas disponíveis era de 367.217, resultando em um déficit de vagas no total de 359.058 (DEPEN, 2017, p. 21).

Conforme é visto pela Figura 1, entre os anos de 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 119%. Em 2000, constatou-se que havia 137 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2016 esse número subiu para 352,6 pessoas. A pesquisa também revelou que, caso esse ritmo de encarceramento continue, em 2022, a população

carcerária ultrapassará um milhão de indivíduos (DEPEN, 2017, p. 12).

**Figura 1:** Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil entre 2000 e 2016



**Fonte:** DEPEN (2017)

As taxas de aprisionamento demonstradas pelo DEPEN refletem um crescimento do uso da prisão como meio de resolução dos conflitos sociais. Trata-se de uma política de segurança pública que tem a pena privativa de liberdade como principal instrumento de combate à criminalidade.

A população carcerária brasileira cresce a cada ano, sendo incompatível com o desenvolvimento de políticas públicas eficazes em garantir uma estrutura nas prisões capazes em assegurar condições favoráveis de regeneração e reeducação dos presos.

Conforme afirma Wacquant (2001, p. 7), o Estado minimiza sua atuação na função interventora nos campos econômicos e sociais, mas atua de maneira efetiva em sua atividade interventora punitiva, como forma de controlar todos os transtornos sociais de uma comunidade, tendo como exemplo, o próprio aumento da criminalidade.

Ao tirar do convívio social, os “delinquentes” são levados aos presídios, que, diante da falta de estruturas e políticas públicas de regeneração, faz com que depois do cumprimento de suas penas, fiquem estigmatizados e acabem reincidindo devido à ausência de oportunidades. Tal realidade acaba por aprofundar o problema da criminalidade.

O contexto político atual tem uma forte preocupação com a gestão da segurança pública, que direciona a política criminal ao uso da prisão como principal meio de garantir segurança aos cidadãos. O direito penal é utilizado como instrumento de controle da maior parte dos conflitos sociais, o que culmina em uma política de encarceramento em massa de indivíduos e, conseqüentemente, no aumento da população carcerária do país (ARBAGE; VASCONCELOS, 2017).

O aumento da criminalidade, ou o sentimento de insegurança reflete no anseio da sociedade pelo endurecimento das leis penais e no uso da política criminal repressiva para o combate aos conflitos sociais (AMBROSIA et al., 2017, p. 5).

O encarceramento em massa consiste num desvirtuamento do direito penal que tem por trás uma política estatal que usa as penas de privação de liberdade como meio de assegurar a segurança pública, resultando em um aumento desproporcional do número de aprisionamento. As questões sociais são colocadas como casos de polícia, devendo ser repreendidas criminalmente, contrariando a característica subsidiária do direito penal (WACQUANT, 2001, p. 7).

Ocorre que, a atual política de encarceramento em massa traz como consequência o fenômeno da seletividade penal, já que a política

de aprisionar como combate à criminalidade acaba por atingir um determinado grupo de pessoas (DANIN, 2019, p. 168).

Isso se reflete nas estatísticas estatais sobre a população carcerária. A maior parte dos presos são homens, jovens, pobres e de baixa escolaridade. Além disso, registrou-se que a etnia de 64% dos detentos é negra (DEPEN, 2017, p. 32). Isso é consequência do excesso da política criminal brasileira, que atua como uma verdadeira forma de controle social.

**Figura 2** – Raça, cor ou etnia das pessoas privadas de liberdade e da população total.



**Fonte:** DEPEN (2017)

O sistema punitivo forma um círculo vicioso, ao encarcerar um indivíduo já marginalizado por sua condição racial e social, ele dificilmente será reinserido no mercado de trabalho, incentivando a reincidência.

Para Nils Christie (2002, p. 93), são as decisões políticas-culturais que determinam a população carcerária de um Estado e não o aumento da criminalidade, o que demonstra que o encarceramento não tem relação com a melhora da segurança pública, mas sim com o aumento da população marginalizada, sendo esta composta em sua maioria por indivíduos negros e pobres. Essas pessoas são

consideradas perigosas, sendo excluídas do convívio social. Portanto, o atual paradigma punitivo acaba por segregar determinada classe social (SANTANA; SANTOS, 2018, p. 230).

O que ocorre é a construção de estereótipos que acabam sendo alvo da atual política criminal brasileira, “recaindo sobre os pobres, os negros, os jovens e os analfabetos a força e o rigor da lei” (WERMUTH, ASSIS, 2016, p. 14).

Conforme é observado na Figura 2, 64% da população carcerária é formada de negros, enquanto 35% corresponde a indivíduos brancos. Tais números não são proporcionais a porcentagem da população total do país.

A justiça penal atua como uma forma de controlar os impulsos transgressores, garantindo uma existência pacífica entre os membros de uma sociedade. No entanto, o excesso do exercício do poder punitivo estatal pode resultar em graves violações aos direitos fundamentais.

Ora, o aumento da atuação punitiva estatal traz como resultado um crescimento na população carcerária, o que, conseqüentemente, reflete nas condições dispostas aos presos nos presídios e em outros locais de detenção.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal internacional responsável pela aplicação dos ditames do Pacto de San José da Costa Rica no âmbito interno dos países membros, com intuito de preservar a vida e a integridade física dos detentos, já se manifestou sobre as violações aos direitos humanos que vêm ocorrendo nos presídios brasileiros. Diversas diligências foram impostas ao Brasil com o objetivo que fossem adotadas políticas públicas relacionadas ao sistema prisional. Um exemplo trata-se dos relatórios expedidos

relativos aos casos dos complexos penitenciários de Pedrinhas e Curado (CORTE IDH, 2014, 2017, 2018).

As prisões brasileiras devido a sua precariedade de condições e ao excessivo número de presos não é capaz de atingir o objetivo principal das penas. A pena privativa de liberdade então se encontra em falência, devido ao não cumprimento legal de reintegração do aprisionado à sociedade.

#### **4 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

O fenômeno do encarceramento em massa que vem ocorrendo no país agrava ainda mais as condições precárias nas prisões, tornando o sistema prisional incapaz de cumprir a função de reintegração dos detentos ao meio social, prevenindo a reincidência, conforme os ditames legais estabelecidos pela Lei de Execução Penal e os documentos internacionais sobre o assunto. Os problemas que assolam os presídios são inúmeros, tais como falta de assistência à saúde, uso de violência, riscos à integridade física e à vida dos presos, bem como a falta à assistência jurídica.

Cabe ao Estado brasileiro manter a dignidade humana dos seus presos, conforme previsto no art. 5º, XLIX da Constituição Federal, onde é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Um mandamento semelhante é aquele previsto no art. 38 do Código

Penal, que prevê também o respeito à integridade física, assim, como é previsto pela Lei de Execução Penal.

Ressalte-se que, a atual situação do sistema penitenciário brasileiro viola diversos tratados internacionais, tendo inclusive sido alvo de intervenção pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Conforme já exposto, nas prisões brasileiras, as circunstâncias são desumanas, possuindo condições precárias de saúde, higiene, além dos riscos à integridade física e à própria vida. Isso desrespeita o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, violando o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, além do artigo 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Diante da precariedade da garantia dos direitos mínimos dos presos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis é descumprida, já que este pacto proíbe veementemente o tratamento desumano dentro das prisões (PIOVESAN, 2012, p. 521). A própria superlotação faz com que um número absurdo de presos permaneça dentro de uma cela, demonstrando o total descaso pela ausência de comprometimento de adotar os dispositivos da convenção.

A superlotação também infringe o tratado de Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, conhecido como “Regras de Mandela”, sendo editado em 1955 pela Organização das Nações Unidas e atualizado em 2015 no âmbito da Comissão de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal (BASTOS; REBOUÇAS, 2018). Tal documento tem como foco assegurar a dignidade e respeito aos direitos não só dos aprisionados, mas também de seus familiares.

Através do documento, é determinado que os dormitórios dos detentos deverão satisfazer todas as exigências de higiene e saúde,

que as instalações sanitárias deverão ser adequadas e que os presos deverão ser separados por categorias.

Os artigos 4º e 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), onde expõe, respectivamente, o direito à vida e o direito à integridade física merecem real atenção, tendo vista que, mesmo com a proibição dos castigos físicos e a garantia à vida afirmado pela própria Constituição Federal e diversos tratados internacionais, tais premissas são violadas pelo Estado brasileiro, fazendo com que este responda internacionalmente por tais transgressões.

Nos últimos anos, vêm crescendo o número de demandas perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos em relação ao Brasil no que se refere à proteção dos indivíduos em que se encontram em situação de privação de liberdade. Tal aumento coincide com o crescimento da população carcerária brasileira, sem a adoção de políticas públicas capazes de promover condições ideais para a aplicação das penas de prisão e detenção.

Assim, as organizações da sociedade civil têm utilizado o sistema regional como mecanismo de intervenção na crise dos presídios brasileiros.

Adiante será feita uma análise da Corte IDH, com o objetivo de entender o seu papel na aplicação dos direitos humanos na América Latina, e depois serão estudados dois casos emblemáticos sobre o sistema prisional brasileiro em que a Corte IDH impôs medidas a serem adotadas pelo Brasil.

#### **4.1 Corte Interamericana de Direitos Humanos**

O ponto crucial em que se observou a ampliação dos sistemas de proteção dos direitos humanos foi após a Segunda Guerra Mundial. Durante o conflito, ocorreu uma ruptura do paradigma dos direitos humanos, tendo trazido trágicas consequências para a humanidade. Dessa forma, foi no pós-guerra que os direitos da pessoa humana ganharam extrema relevância, surgindo como resposta às imensas atrocidades cometidas durante o conflito (GUERRA, 2013, p. 2).

Os países envolvidos no conflito, bem como aqueles que somente acompanharam seus efeitos, construíram um sistema global de proteção que tivesse força suficiente para evitar novas violações aos direitos humanos, criando-se, assim, a Organização das Nações Unidas – ONU (1945). Após o surgimento do organismo, vários tratados e instrumentos de proteção aos direitos humanos foram sendo criados perante a comunidade internacional (PIOVESAN, 2012, p. 319).

Os direitos humanos previstos em tratados internacionais fizeram com que o Estado passasse da função de provedor de justiça para um ente passível de julgamento (GARAPON, 1999, p. 42). Assim, ao transgredir uma norma internacional em que assumiu o compromisso de cumpri-la, o Estado violador poderá ser responsabilizado perante a comunidade internacional.

Depois do surgimento do sistema global, diversos sistemas regionais foram sendo criados, com o objetivo de reforçar a proteção aos direitos humanos.

É o caso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos que surgiu com a criação da Organização dos Estados Americanos (OEA), por meio da Carta de Bogotá (Carta da OEA) em 1948. Tal sistema tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos, que traz um rol extenso de direitos e liberdades individuais, atuando, assim, como um verdadeiro código interamericano de direitos humanos.

A proteção prevista na CADH e de outros tratados internacionais é complementar à proteção dos direitos e garantias fundamentais no âmbito interno dos Estados-membros, sendo estes responsáveis pela proteção primária. Entretanto, em caso de violação a CADH ou a outro documento internacional pode o SIDH adotar as medidas cabíveis para impor os preceitos fundamentais não garantidos pelos países (GUERRA, 2013, p. 59).

Através da CADH fora criado um sistema de instrumentos de monitoramento e efetivação dos direitos da pessoa humana, formados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A CIDH tem a competência para receber denúncias ou queixas de violação da própria Convenção por um Estado membro. Poderá receber petições individuais de violação, bem como adotar medidas cautelares capazes de evitar maiores danos aos indivíduos em situação de risco (GUERRA, 2013, p. 65).

A Corte IDH consiste no órgão capaz de realizar a responsabilização internacional dos Estados-membros que aceitaram sua jurisdição, podendo ser julgados e condenados perante a comunidade internacional (PIOVESAN, 2012, p. 99).

Vale salientar que, a Corte poderá utilizar-se não apenas da Convenção, mas também outros tratados relacionados com a proteção dos direitos humanos (STEINER; ALSTON, 2000). Uma das maiores atuações da Corte IDH é na promoção e aplicação dos direitos fundamentais relativos aos indivíduos em que se encontram em situação de privação de liberdade por cometimento de algum crime.

A Corte IDH vem mostrando ser um importante órgão de proteção aos direitos humanos de pessoas privadas de liberdade, tendo se manifestado várias vezes contra as condições dos presídios brasileiros. Inúmeras providências foram impostas ao Estado brasileiro, evitando maiores danos aos indivíduos dos presídios discutidos no âmbito do tribunal.

Dentre os processos que tramitaram na Corte IDH relativos à violação dos direitos humanos nos presídios brasileiros, destacam-se os casos do Complexo Penitenciário de Pedrinhas e do Complexo Penitenciário do Curado. Ambos os casos são exemplos das constantes violações aos ditames internacionais e nacionais relativos aos indivíduos em situação de privação de liberdade.

Nesse sentido, com o objetivo de estudar as violações aos direitos humanos previstos tanto na CADH, como em outros tratados internacionais, analisaremos os casos citados separadamente.

#### **4.2 Complexo Penitenciário de Pedrinhas**

O Complexo Penitenciário de Pedrinhas localizado na cidade de São Luís/MA fora inaugurado em 1965, tendo, ao tempo das denúncias

enviadas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o total de 3.300 vagas. Entretanto, no ano de 2013 fora registrado que o presídio possuía cerca de 4.700 presos (CIDH, 2014, p. 2). O complexo penitenciário atuava em precárias condições, com uma notória superpopulação carcerária.

Outrossim, o presídio era palco de uma guerra entre facções que habitavam o edifício, o que culminou na ocorrência de diversas rebeliões e atos de violência extrema (SÁ, 2017, p. 12).

O Complexo de Pedrinhas é composto por 6 (seis) estabelecimentos penais: “Presídio Feminino, Centro de Custódia de Presos de Justiça (CCPJ), Casa de Detenção (Cadet), Presídio São Luís I e II, Triagem e o Centro de Detenção Provisória (CDP)” (DIAS; MOREIRA, 2014, p. 69).

Em 2010, foram emitidas pelo Conselho Nacional de Justiça recomendações com intuito de evitar mais casos de violência e maiores danos às vítimas. Além disso, dentre tais recomendações foram solicitadas medidas que melhorassem a estrutura do presídio, cumprindo os ditames legais. As recomendações emitidas foram reiteradas nos anos posteriores (DIAS; MOREIRA, 2014, p. 70).

Nos relatórios realizados pelo CNJ foram relatados, além da superlotação, brigas entre facções, instalações sanitárias precárias, celas sem grades e livre circulação de presos (DIAS; MOREIRA, 2014, p. 71-71).

No ano de 2013, apesar das recomendações emitidas pelo CNJ, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos emitiu medidas provisórias ao Estado Brasileiro para que adotassem ações efetivas que evitassem novas violações aos direitos humanos.

O estopim para a denúncia feita à CIDH, fora a morte de quarenta presos e dezenas de feridos em motins e lutas de facções que ocorreram durante o ano de 2013, culminando na decretação de estado de emergência pelo governo estadual do Maranhão (CIDH, 2013, p. 2).

A Seccional do Maranhão da Ordem dos Advogados do Brasil e a Sociedade Maranhense de Direitos Humanos apresentaram pedido de medida cautelar, perante a Comissão, com fito de proteger a vida e a integridade física dos presos.

A superlotação dos presídios é considerada um potencializador das violações de direitos humanos no interior dos presídios, dando ensejo a rebeliões e disputas entre facções criminosas, o que acaba ocasionando em centenas de mortes violentas, além de ocasionar outras formas de violência entre os presos.

Dessa forma, a situação em que o presídio se encontrava violava não só a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLIX, onde é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, mas também o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O caso de Pedrinhas, através da análise dos relatos, viola os artigos 4º e 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, relativos ao direito à vida e o direito à integridade física. Portanto, tendo em vista a proteção tanto no ordenamento jurídico interno como na Convenção Americana e em outros tratados internacionais, o Estado Brasileiro tem a obrigação de promover a proteção dos direitos inerentes aos presos.

Dessa forma, tendo em vista as violações aos direitos humanos dos condenados e aprisionados do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, fora requerida medida cautelar, perante a CIDH, com

intuito de evitar maiores danos às vítimas, conforme o artigo 63.2 da CADH.

A CIDH expediu medida cautelar, em 16 de dezembro de 2013, por meio da Resolução 11/2013, com recomendações ao Estado brasileiro para que fossem adotadas de medidas relativas ao resguardo do direito à vida e à integridade física a todas as pessoas que encontravam no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, bem como a redução imediata da população carcerária do presídio (CIDH, 2013, p. 4).

Entretanto, durante a vigência da medida cautelar, houve a continuidade de mortes e atos de extrema violência dentro do presídio. A Comissão, assim, intercedeu perante a Corte, solicitando medida provisória com o objetivo de evitar maiores danos aos aprisionados do Complexo Penitenciário de Pedrinhas (CORTE IDH, 2014, p. 11).

Como o Estado brasileiro falhou em promover os preceitos fundamentais previstos na CADH, bem como em seu direito interno, a Corte, diante de tais violações e da ameaça de maiores danos a tais vítimas editou a Resolução de 14 de novembro de 2014, outorgando medida provisória para assegurar a aplicação dos direitos humanos em âmbito interno em caráter urgente.

Tal resolução também ressaltou a que o Estado-membro tinha a responsabilidade primária em promover a proteção dos direitos humanos em âmbito interno, entretanto, diante de tal omissão, o Sistema Interamericano deveria intervir com intuito de que fosse garantido a adoção dos direitos previstos na CADH (CORTE IDH, 2014, p. 6-7).

### **4.3 Complexo Prisional de Curado**

O Complexo Penitenciário de Curado, sendo anteriormente conhecido como Presídio Professor Aníbal Bruno, foi considerado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) como o pior presídio do país em 2011. A penitenciária é localizada no bairro do Curado em Recife/PE e fora inaugurada em 1979, tendo sido construído diversos pavilhões com o objetivo de separar presos de acordo com critérios legais (CNJ, 2011)

O presídio possuía uma população carcerária de mais de seis mil presos, tendo capacidade para apenas mil e trezentos detentos, resultando em um problema de superlotação grave. Além disso, através do relatório elaborado pelo CNJ, dentro do presídio ocorriam constantes relatos de torturas, mortes, rebeliões e condições precárias de higiene. Também fora reportada a presença de chaveiros dentro da carcerária (CNJ, 2011).

Cabe salientar que o estado de Pernambuco, diante dos dados do Infopen, possui um dos maiores déficits de vagas para presidiários no regime fechado do país. Ademais, 83% da população carcerária é composta de negros (DEPEN, 2017, p. 25-33).

O atual Complexo Penitenciário do Curado surgiu a partir da divisão do Presídio Professor Aníbal Bruno, diante de uma medida cautelar instituída pela própria CIDH, que fora solicitada por várias entidades não-governamentais: “Pastoral Carcerária de Pernambuco, Pastoral Carcerária Nacional, Justiça Global, Serviço Ecumênico de Militância nas Prisões e Clínica Internacional de Direitos Humanos da Faculdade de Direito de Harvard” (NASCIMENTO, 2018, p. 59).

Durante as fiscalizações ocorridas no presídio, fora constatada problemas relativos à “superlotação grave, torturas, frequentes mortes e rebeliões, condições precárias de higiene e estruturais, presença massiva da figura dos celas-livres e chaveiros, além de armas dentro das carceragens” (FERREIRA, 2016, p. 14).

Tendo em vista as notórias violações aos direitos humanos, fora requerida perante a CIDH medida cautelar com o objetivo de proteger a vida e a integridade física dos presos e funcionários. A CIDH entendeu que o Estado brasileiro violou diversos dispositivos da CADH, bem como de outros tratados internacionais, como Convenção Interamericana contra a Tortura, tendo solicitado a adoção de medidas para que fossem evitadas novas violações (CIDH, 2011, p. 1-2).

Diante da ineficácia do Estado brasileiro em adotar medidas, em 31 de março de 2014, a CIDH submeteu à Corte o pedido de medidas provisórias em face do Estado brasileiro para a adoção de providências necessárias para proteger a vida e a integridade física das pessoas privadas de liberdade no Complexo Prisional de Curado, no Estado de Pernambuco. Esse pedido teve como base os artigos 1.1, 2 e 63 da CADH (CORTE IDH, 2018, p. 8).

A Corte emitiu a Resolução de 22 de maio de 2014, outorgando a medida provisória com o fim de preservar a vida e a integridade física dos presos do presídio. Em tal documento fora determinado que a situação do presídio fosse revertida, devendo ser adequado aos padrões mínimos definidos pela CADH (CORTE IDH, 2018, p. 17).

Na última resolução do tribunal sobre o assunto, fora ressaltado os esforços realizados pelo governo brasileiro, mas a Corte IDH repreendeu pela insistência das violações. Na resolução é disposto que o Estado deve tomar as medidas necessárias para que, conforme

disposto na Súmula Vinculante nº 56, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, a partir da notificação da resolução da Corte IDH, não ingressem novos presos no Complexo de Curado e nem se efetuem transferências dos que estejam ali alojados para outros estabelecimentos prisionais (CORTE IDH, 2018, p. 19).

Conforme a análise dos casos expostos, o cenário desumano em que se encontram os presídios brasileiros viola diversas normas fundamentais previstas tanto no âmbito interno, como no direito internacional.

Apesar das imposições expedidas pela Corte IDH com o objetivo de resguardar e melhorar a dignidade dos presos no Sistema Penitenciário Brasileiro, o Brasil continua sendo objeto de recomendações perante o Sistema Interamericano.

A Corte IDH, em decisão inédita, compilou em único caso a análise de quatro demandas sobre as precárias situações dos Complexos Penitenciários de Curado e Pedrinhas; do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro; e da Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS), no Espírito Santo (CORTE IDH, 2017, p. 2).

Na resolução da Corte IDH emitida em 13 de fevereiro de 2017, fora decidido pela realização de uma audiência pública conjunta sobre as medidas provisórias diante da situação de superlotação em que ainda se encontram os presídios e, conseqüentemente, as violações aos direitos humanos (CORTE IDH, 2017, p. 1).

Durante as supervisões realizadas pelos Sistema Interamericano, fora constatada que as citadas instituições carcerárias ainda não se encontravam dentro dos padrões mínimos definidos pela comunidade internacional para o tratamento de pessoas privadas de liberdade, violando a Convenção Americana. Foram formulados 52

quesitos a serem respondidos pelo Brasil, solicitando também a adoção de 11 medidas (CORTE IDH, 2017, p. 2-4).

Assim, comprova-se que o Sistema Penitenciário Brasileiro ainda se encontra em crise violando diversos tratados internacionais, dentre eles a CADH, o que justifica a tramitação de processos perante a Corte IDH.

## **5 ALTERNATIVAS À PENA DE PRISÃO COMO FORMA DE GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS**

O encarceramento em massa diante da política punitiva do Estado traz como consequência um aumento da população presidiária. Esse crescimento do número de pessoas privadas de liberdade causa uma superlotação nos presídios, culminando em um colapso carcerário.

Entretanto, a solução para o problema vai muito mais além do mero aumento do número de vagas para os presídios. Conforme é relatado por Zaffaroni (2007, p. 130), a solução para crise penitenciária não é a construção de mais cadeias, mas sim diminuir o número de presos. Para o autor, um país decide o número de presos que quer ter.

A ineficiência da pena da prisão no Brasil é sistêmica, tendo a ver com a política de justiça criminal adotada pelo país e não somente sobre as condições dos presídios.

O Brasil é um dos países com maiores taxas de população carcerária no mundo. Uma das causas dessa superlotação trata-se do elevado número de presos provisórios, isto é, indivíduos que ainda não foram condenados, mas que se encontram encarcerados. Isso é um reflexo da política criminal brasileira, que tem intuito de simplesmente tirar do convívio social pessoas consideradas perigosas, sendo, então, detidas sem julgamento. Entretanto, logo após a sentença, são soltas por terem cumprido a pena de maneira sumária. Ressalte-se que, muitas vezes, o preso não participa do processo em que ocorreu sua prisão.

As prisões provisórias podem ocorrer durante o inquérito policial, que não possui participação do acusado. Assim, o indivíduo é preso, permanecendo o encarcerado por um longo período a espera de julgamento, que pode demorar devido à morosidade do judiciário. Ora, o indivíduo cumpre a sua punição sem qualquer participação processual.

Nesse contexto, as audiências de custódia mostram-se como um importante instrumento para diminuir as prisões provisórias. O acusado deve ser apresentado ao juiz dentro do prazo de 24 horas em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, do advogado da parte ou da Defensoria Pública.

As audiências de custódias são consideradas um direito humano, sendo previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e nas “Regras de Mandela”, e são essenciais para a dignidade humana, tendo em vista que garante a participação do preso em momento prévio ao processo e cooperando na decisão de sua prisão (FEITOSA; SILVA NETO, 2016, p. 155).

A aplicação de penas alternativas à privação de liberdade também se trata de uma das opções para diminuir os números da população carcerária. Apesar de tal modalidade de pena ainda estar dentro do paradigma punitivo retributivo. Essa é uma das soluções trazidas pela Corte em ambas as Resoluções apresentadas nos Caso de Pedrinhas e de Curado.

Além disso, como resposta à falência do sistema punitivo, a justiça restaurativa surge como uma resposta ao modelo atual de justiça criminal. Tal modelo baseia-se na reintegração do agente agressor, afastando-o da pena de prisão e satisfazendo os danos das vítimas. Trata-se de uma devolução do poder de solução dos conflitos à vítima, ao ofensor e à comunidade buscando a resolução do conflito, a responsabilização do agente, a pacificação e a prevenção de reincidência (SANTANA; SANTOS, 2018, p. 230).

A justiça restaurativa reintroduz a vítima no processo de resolução do crime. Ressalte-se que o modelo restaurativo não se apresenta como um substituto à justiça punitiva. Ambos os sistemas devem coexistir e ter seus campos de atuação.

Conforme já discutido, de acordo com os dados do Infopen (2017, p. 43), grandes partes das prisões são devido ao tráfico, tendo em vista a política de combate às drogas adotada no Brasil, sendo uma tendência vinda dos Estados Unidos. A própria lei brasileira permitiu espaços aos subjetivismos para imputação do tipo penal entre tráfico e uso pessoal. Dessa forma, é necessária uma revisão sobre a política pública de tolerância zero adotada no Brasil em relação às drogas (FEITOSA; SOUZA, 2018, p. 454).

O combate indiscriminado não traz qualquer melhora na segurança pública. O que ocasiona é uma seletividade penal,

marginalizando parte da população – jovem, negra e pobre – e influenciando a reincidência no mundo dos crimes.

## **6 CONCLUSÃO**

A prisão fora estabelecida no Brasil como meio predominante de punição em 1830, com a promulgação do Código Criminal Brasileiro, sendo instituídas as Casas de Correção como estabelecimentos ideais para o cumprimento da pena.

A atividade policial na época baseava-se no controle social, que realizava a detenção de indivíduos considerados perigosos para sociedade, sendo estes os negros e homens pobres e livres. Assim, desde logo a política criminal era destinada ao controle do comportamento dos indivíduos marginalizados da sociedade, o que influenciava na superlotação das Casas de Correção.

Desde então, a legislação vem consolidando a pena como um instituto de ressocialização do delinquente, reeducando-o como forma de reinseri-lo no âmbito da comunidade. Porém, pouco melhorou no contexto do sistema carcerário brasileiro.

O atual sistema penitenciário encontra-se em colapso resultante de uma superlotação dos presídios e da falta de infraestrutura das casas de privação de liberdade. Esse aumento da população carcerária se dá principalmente diante da resposta estatal às exigências da sociedade, com o objetivo de que seja garantida a segurança pública. A pena de prisão perdeu sua subsidiariedade, intervindo de maneira intensa na resolução de conflitos. Além disso, o

combate ostensivo às drogas intensificou a política de encarceramento. Conforme visto, a lei de drogas abriu espaço para o subjetivismo na imputação do tipo penal entre tráfico e o uso pessoal.

Devido à superlotação carcerária e a falta de políticas públicas capazes de garantir uma infraestrutura mínima aos presídios, tais estabelecimentos não possuem condições de assegurar uma moradia digna ou cumprir a função de regeneração do preso. As violações à CADH e a outros tratados internacionais são constantes, tendo a Corte IDH intervindo em diversos complexos penitenciários como forma de evitar maiores danos aos prisioneiros.

Dentre as violações, vale ressaltar àquelas vinculadas ao direito à vida e à integridade física, direitos previstos na CADH, o que permite a intervenção da Corte IDH.

Diante das péssimas condições, diversas mortes ocorreram em presídios brasileiros, dentre os mais recentes podemos ressaltar o Complexo Penitenciário de Pedrinhas que, durante o ano de 2013, quarenta internos morreram por atos de violência.

A Corte IDH estabeleceu uma série de medidas ao Estado brasileiro para que desafogue os estabelecimentos prisionais, dentre elas está a instituição das audiências de custódia e a adoção de penas alternativas. Ademais, nos casos de Pedrinhas e de Curado, foram impostas medidas provisórias com o objetivo de evitar maiores danos à integridade física e à vida dos detentos.

Portanto, o encarceramento em massa é o grande causador da atual crise penitenciária brasileira, trazendo consequências devastadoras para sociedade, inclusive influenciando na marginalização de uma parcela da população. Observou-se que a simples construção de cadeias não é a solução para a diminuição da

superlotação carcerária. A pena de prisão deve ser utilizada somente em última hipótese. O Estado brasileiro deve adotar medidas legislativas e estruturais relativas à política criminal brasileira, com intuito de diminuir o número de prisões e detenções.

A adoção de penas alternativas, audiência de custódia, justiça restaurativa e uma revisão da política de combate às drogas são uma das possíveis soluções ao encarceramento em massa.

Data de Submissão: 1º/11/2019

Data de Aprovação: 14/02/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Gustavo Barbosa de Mesquista Batista

Assistente Editorial: Maria Aurora Medeiros

## **REFERÊNCIAS**

ADORNO, Sérgio; LAMIN, Cristiane. Medo, Violência e Insegurança.  
In: LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana (Org.). **Segurança**

**Pública e Violência:** o Estado está cumprindo o seu papel? 2ª edição. São Paulo: Contexto, pp. 151-171, 2006.

ARBAGE, L. A.; VASCONCELLOS, R. DA C. Educação de Jovens e Adultos privados de liberdade na América Latina: Uma alternativa de (Re)começo. **Prim@ Facie** - Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, UFPB, v. 16, n. 33, p. 01-45, 8 dez. 2017

BASTOS, P. B.; REBOUÇAS, G. M. Regras de Mandela: Um Estudo das Condições de Encarceramento no Brasil segundo a resolução da ONU. **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva**, v. 4, p. 146, 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº. 3689,1941.

BRASIL. **Constituição Federal da República do Brasil**. 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto Lei nº. 2848, 1940.

BRASIL. **Lei de execução penal**. Lei nº 7.210, 1984.

CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem:** A elite política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução 11/2013**, de 16 de dezembro de 2013.

CONVENÇÃO ADH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, 1979.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de novembro de 2014**.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de novembro de 2018**, 2018.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 13 de fevereiro de 2017**, 2017.

CHRISTIE, Nils. **Elementos de geografia penal**. Discursos sediciosos – Crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, 2002.

DANIN, Renata Almeida. Encarceramento em massa como política social nos Estados Unidos e Brasil. **Altre Modernità: Rivista di studi letterari e culturali**, ISSN-e 2035-7680, N<sup>o</sup>. Extra 1, Exemplar dedicado a: Di nuove e vecchie schiavitù: storie di dominio, lotte per la libertà), págs. 164-176, 2019.

DEPEN, Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça, **Infopen**, 2017.

Dias, Bruno & Moreira, Alexandre. A transnacionalidade como fundamento da Tutela dos Direitos Humanos: A Intervenção do Complexo de Pedrinhas. **Revista Onis Ciência**. 2. 56-82, 2014.

FEITOSA, G. R. P.; SOUZA, A. P. de. Justiça juvenil, guerra às drogas e direitos humanos: a efetividade do princípio da excepcionalidade da medida socioeducativa de internação. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, 19(2), 449-474, 2018.

FERREIRA, Natália Damazio Pinto. Cárcere, Sistema Interamericano e a Medida Provisória Complexo Curado vs. Brasil: Proteção ou Neocolonialismo. **Seminário da Pós-graduação 2016 – Diálogos de Pesquisa: Teoria, Direito e Estado em perspectiva crítica v. 1 n. 1**, 1-24, 2016.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: O Guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GONZALEZ, Felipe. As medidas de urgência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 7, n. 13, dez. 2010, p. 51-73.  
GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

HOLLOWAY, Thomas. **Polícia no Rio de Janeiro**. Repressão e resistência numa cidade do século XIX. Rio de Janeiro: FGV, 1997

JORGE, W. (2000). Brasil/São Paulo - 500 anos de prisões. Pós. **Revista Do Programa De Pós-Graduação Em Arquitetura E Urbanismo Da FAUUSP**, (8), 2000, 226-247

KOERNER, Andrei, **Habeas-Corpus, Prática Judicial e Controle Social no Brasil (1841-1920)**. São Paulo: IBCCrim, 1999.

NASCIMENTO, Marília Monteiro. **Os “chaveiros” e as violações aos direitos humanos no Complexo Prisional do Curado – Recife/PE**. 2018. 145 f Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Artes e Comunicação. Direitos Humanos, Recife, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direito Humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SÁ, Priscilla Placha. Questões político-criminais e processuais penais sobre a investigação criminal de chacinas protagonizadas por facções criminais nos presídios brasileiros. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 567-604, mai./ago. 2017.

SANTANA, S. P.; SANTOS, C. A. M. A justiça restaurativa como política alternativa ao encarceramento em massa. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v.8, nº 1, 2018.

SILVA NETO, A. M.; FEITOSA, G.R.P. Audiência de Custódia, Convenções Internacionais de Direitos Humanos e a Liberdade de Locomoção. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 36, nº 2, 2016.

STEINER, Henry; ALSTON, Philip. **International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals**. New York: Oxford University Press, 2000.

WACQUANT, Louic. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WERMUTH, M. A.D.; ASSIS, L. R. A Seletividade no Sistema Prisional Brasileiro e a Produção da Vida Nua (Homo Sacer). **Prim@Facie**, v. 15, p. 1-45, 2016.

ZAFFARONI, E. R.; LEMGRUBER, J. A esquerda tem medo, não tem política de segurança pública. Eugenio Zaffaroni entrevistado por Julita Lemgruber. In: **Revista Brasileira de Segurança Pública**, Ano 1, Edição I, p. 130-130, 2007.

## **Inter-American Court Of Human Rights And The Mass Incarceration: An Analysis Of Cases Of Penitentiary Complex Of Pedrinhas And Curado**

Manoela Fleck de Paula Pessoa

Gustavo Raposo Pereira Feitosa

**Abstract:** This paper aims to study the violations of human rights resulting from the mass incarceration policy in the light of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, focusing on the cases of the Pedrinhas Penitentiary Complex and the Curado Penitentiary Complex, where Overcrowding, torture and rebellions were reported, leading to the deaths of dozens of prisoners. It will also be explored how the current Brazilian criminal policy has impacts on society, marginalizing the black and poor portion of the population, and, in addition, influencing the current crisis of the penitentiary system. The method adopted for the development of the work was the hermeneutic-deductive survey of bibliographic data, plus documentary research on the cases. In addition to literature, the research used information drawn from legislation and jurisprudence of the Inter-American Court. Finally, we seek to examine alternatives to imprisonment in order to unburden the penitentiary system and adapt it to the minimum international standards enshrined in international treaties and the jurisprudence of the Inter-American Court.

**Keywords:** Mass Encarceration. Brazilian Prison System. Prison. Inter-American Court of Human Rights. Human rights.

## Artículo 22 de la Convención Americana de los Derechos Humanos a 50 Años de su Promulgación, Caso Mexicano

**Martha Guadalupe Guerrero Verano**

Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

E-mail: mgverano@derecho.unam.mx

**Resumen:** Este artículo analiza un derecho contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos, el que se refiere al Derecho de circulación y de residencia, que se encuentra establecido en el artículo 22 de la Convención, haciendo énfasis en el caso mexicano. Se estudia si es que el derecho interno mexicano contaba con estos derechos hace 50 años, cuando la Convención Americana de los Derechos Humanos fue promulgada; así como el Estado Mexicano incorporó en su ley las normas de Derecho Internacional contenidas en la Convención Americana y las adecuaciones que ha implementado para mantenerlas vigentes. Se hace también un recorrido a través de la legislación mexicana y se señala lo que ha ocurrido con este derecho, sobre todo en los últimos meses que han llegado a territorio mexicano una gran cantidad de migrantes procedentes de Centroamérica, con la intención de llegar a los Estados Unidos de América, a pesar de que no cuentan con documentación, y que ha hecho el Estado Mexicano al respecto.

**Palavras-chave:**

Convención Americana. Derecho de Circulación. Derecho de Residencia. Caso Mexicano.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

## **Artículo 22 de la Convención Americana de los Derechos Humanos a 50 Años de su Promulgación, Caso Mexicano**

Martha Guadalupe Guerrero Verano

“Pero sin duda la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* debe considerarse como el instrumento jurídico convencional de mayor importancia en el derecho sustantivo internacional americano.”

Héctor FIX-ZAMUDIO

### **1 INTRODUCCIÓN**

Han pasado 50 años desde que fue promulgada la Convención Americana de los Derechos Humanos, tiempo en que las circunstancias han cambiado y por ende las relaciones entre los Estados también, además, otros actores de la escena internacional han cobrado mayor relevancia, tal es el caso de las personas, quienes al paso de estos 50 años han visto incrementada su importancia así como la protección a sus derechos humanos.

En las últimas décadas los flujos migratorios se han incrementado considerablemente, y pese a que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos está bien delimitado el tipo de migración que se produce conforme a las causas que las generan, lo cierto es que en la actualidad, ese límite entre cada tipo de migración parece estarse diluyendo de tal forma, que ya es difícil distinguir entre

una causa u otra, debido, precisamente, a la interrelación que se presenta entre las personas.

Ante estas circunstancias resulta pertinente realizar un análisis de la vigencia de las prerrogativas y derechos señalados en el artículo 22 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, haciendo énfasis en el caso mexicano.

## **2 EL COMIENZO...**

Pese al interés general de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos en crear un sistema regional de protección de los derechos humanos, es hasta 1959, durante la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, efectuada en Santiago de Chile, cuando se retoma la idea de dicho proyecto, la “Resolución VIII, primero resucitó al mandato de elaboración de un proyecto de convención sobre Derechos Humanos, encomendando tal tarea al Consejo Interamericano de Jurisconsultos” (RODRÍGUEZ, 1994, p. 175), es decir, once años después de promulgada la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* que se vuelve a considerar la creación de un instrumento de protección de los Derechos Humanos; sin embargo, habrían de pasar otros diez años antes de que tal proyecto se consolidara.

## **3 50 AÑOS DE LA CONVENCION AMERICANA**

La Convención Americana de Derechos Humanos se llevó a cabo del 7 al 22 de noviembre de 1969, en San José, Costa Rica, abriéndose a firma y a ratificación “o adhesión de todo Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos” (Artículo 74

de la Convención Americana), el 22 de noviembre de dicho año; los Estados que la firmaron en esa fecha fueron Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, “instrumento en el que se consolidan los ideales que complementan lo expresado en la Declaración Americana” (Autor, 2012,) entró en vigor el 18 de julio de 1978, una vez que de acuerdo con el artículo 74.2 de la Convención se depositaron ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, once instrumentos de ratificación o de adhesión.

La Convención Americana está integrada por un preámbulo y 82 artículos divididos en 11 capítulos; el Capítulo I enumera en dos artículos los deberes de los Estados.

#### **Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos**

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

En este artículo 1º se establece la obligación y el compromiso de todo Estado Parte de la Convención Americana en respetar y garantizar los derechos de las personas que se encuentren en su territorio, sin discriminación alguna, de ninguna índole. Mientras que en el artículo 2 se hace referencia a que si los derechos y libertades de las personas no estuviesen ya garantizados en los ordenamientos jurídicos de los Estados, éstos tendrán el deber de adoptar las disposiciones pertinentes a fin de garantizar tales derechos en su ordenamiento interno. Sobre todo, como señala Fix-Zamudio (1993, p. 38) “Debido a la tendencia hacia el reconocimiento e incorporación de las normas de tratados internacionales en el derecho interno”.

**Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno**

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En efecto, como manifiesta Buergenthal (1990, p. 174) “Las convenciones sobre derechos humanos estipulan, en primer término el deber del Estado de suministrar recursos internos eficaces para la tutela de los derechos que ellas reconocen” y en este caso de la Convención Americana de los Derechos Humanos no podía ser la excepción, se enfatiza aún más en los dos primeros artículos.

No obstante, la Convención Americana de los Derechos Humanos establece un sistema de protección internacional de los derechos humanos “con fundamento en que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino de los atributos de la persona humana, sistema además de naturaleza coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.” (VENTURA 1999: 170) De tal forma que los Derechos Humanos en su carácter de universales es un atributo para la persona, independientemente del Estado del que sea nacional.

De unos años a la fecha, cada vez más los Estados ratifican los Tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, con el consecuente compromiso por parte del Estado de implementar en su derecho interno, principalmente en su Constitución, las normas contenidas en tales instrumentos internacionales, a fin de brindarle una mayor protección a las personas; como señala Cançado (1993, p. 60) “Os Estados Partes em tratados de direitos humanos encontram-se, em suma, obrigados a organizar o seu ordenamento jurídico interno...”

De tal manera que independientemente del sistema jurídico del Estado, deberá de hacerse la incorporación de las normas del Tratado

en el ordenamiento interno; como manifiesta Becerra (2006, p. 25) “el Estado tiene la capacidad de establecer la estructura jurídica que considere necesaria para la recepción del derecho internacional. Lo importante es el cumplimiento de las obligaciones que contrae.” En este sentido, en el artículo 2 se establece el compromiso del Estado Parte en adoptar en su propio ordenamiento jurídico las medidas necesarias para garantizar los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

“A convenção consagra duas grandes partes, ou seja, a primeira que trata dos conceitos relativos aos direitos humanos, e a segunda que corresponde aos mecanismos de proteção,” (GUERRA, 2013, p. 41), precisamente en la atención que se le brinda tanto al reconocimiento de los Derechos Humanos como a los mecanismos para su protección, es que al momento de depositar el instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier momento posterior, los Estados deben “declarar que reconoce la competencia de la Comisión” (Artículo 45), es decir, a través del instrumento de ratificación o adhesión se le da un reconocimiento particular a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Pero no se limita con solo el reconocimiento de la competencia de la Comisión, sino que va más allá, puesto que además, a través del Artículo 62 se reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el órgano contencioso de la Organización de Estados Americanos:

#### **Artículo 62**

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

En el Artículo 62.1 se establece que el Estado Parte de la Convención, al momento de ratificarla o con posterioridad, podrá reconocer la competencia de la Corte Interamericana en todos los casos relativos a la Convención Americana de Derechos Humanos, ya sea en lo relativo a la interpretación de la Convención o bien a la aplicación de las normas contenidas en la misma. En el Artículo 62.2 se señala que la declaración puede realizarse por un tiempo determinado o para casos específicos, así como hecha incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad; independientemente de estas condiciones, la declaración deberá presentarse al Secretario General de la Organización de Estados Americanos, quien a su vez lo informará a los demás Estados Parte, así como al Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como consecuencia del 62.1, al reconocer como obligatoria la competencia de la Corte, en el Artículo 62.3 se especifica que la Corte tiene competencia “para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención...” reiterando que será siempre y cuando los Estados Parte hayan reconocido tal competencia mediante la declaración.

Con lo cual, como señala Ventura (1999, p. 170) “la obligación de proteger los derechos humanos recae, en primer lugar, en el Estado y sólo subsidiariamente en los órganos de protección establecidos en la Convención: la Comisión y la Corte interamericanas de Derechos Humanos.”

Pero lo más importante para garantizar el respeto de los Derechos Humanos de las personas por parte de los Estados, es que en el Artículo 68.1 se establece que: “Los Estados Partes **se comprometen a cumplir la decisión** de la Corte en todo caso en

que sean partes.” Con lo cual se establece el compromiso del Estado en cumplir el fallo de la Corte, que como lo señala el artículo 67, “será definitivo e inapelable”, con lo cual, el Estado no se puede sustraer de su obligación de acatar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que redundará en beneficio de las personas.

Y aunque el fallo de la Corte es aplicable específicamente a las partes en litigio, no podemos omitir que pudieran ser aplicables a otros casos por analogía.

#### **4 MÉXICO Y LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

México depositó en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos el instrumento de adhesión el 24 de marzo de 1981, con la consecuente aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cumpliendo así con lo estipulado en el Artículo 62, siendo la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia de la Corte la siguiente:

1. Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.1 de la misma, **a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución** Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente será aplicable a los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito de esta declaración, por lo que no tendrá efectos retroactivos.
3. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace con

carácter general y continuará en vigor hasta un año después de la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos notifiquen que la han denunciado.

Por lo que hace a la Adhesión a la Convención Americana de Derechos Humanos, el gobierno mexicano realizó dos Declaraciones interpretativas y una Reserva, acorde con el artículo 75, que establece que: “Esta Convención solo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.” Conforme a esta Convención de Viena, en el artículo 2 se especifica:

d) se entiende por "**reserva**" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado;

No obstante, resulta importante señalar que en materia de Derechos Humanos, no se podrán realizar reservas al objeto del Tratado, únicamente se realizarán éstas respecto a determinadas disposiciones, sin que afecte la naturaleza del Tratado.

Según la *Guía de la práctica sobre las reservas a los Tratados* (2011) se entiende por **Declaración Interpretativa** “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional con objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones.”

La reserva y las declaraciones interpretativas hechas por el gobierno mexicano al momento de ratificar la Convención fueron las siguientes:

**Declaraciones Interpretativas:**

Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4, considera que la expresión "en general", usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida "a partir del momento de la concepción" ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

Por otra parte, es el concepto del Gobierno de México que la limitación que establece la Constitución Política de los

Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que todo acto público de culto religioso deberá celebrarse precisamente dentro de los templos, es de las comprendidas en el párrafo 3 del Artículo 12.

**Reserva:**

El Gobierno de México hace Reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del Artículo 23 ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 130, dispone que los Ministros de los cultos no tendrán voto activo, ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos.

Posteriormente, el 9 de abril de 2002, el gobierno de México notificó a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos su intención de retirar parcialmente las declaraciones interpretativas y reserva, quedando de la siguiente manera:

**Declaración interpretativa**

Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4 considera que la expresión "en general" usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida "a partir del momento de la concepción", ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

**Reserva**

El Gobierno de México hace Reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del Artículo 23, ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 130, dispone que los Ministros de los cultos no tendrán voto pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos.

El 11 de julio de 2014, el gobierno mexicano notifica a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos su decisión de retirar el enunciado final del numeral 1 de la Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que señalaba "... a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

## 5 DERECHO DE CIRCULACIÓN Y DE RESIDENCIA

El artículo 22 de la Convención Americana de los Derechos Humanos se refiere específicamente al Derecho de Circulación y de Residencia, analizaremos cada una de las partes de este artículo, mismo que se menciona a continuación de manera completa, y posteriormente se irá analizando párrafo por párrafo, haciendo énfasis en su aplicación en el Estado Mexicano.

### **Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia**

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación

a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

En el 22.1 se señala: “Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.” Por lo que se puede apreciar, el artículo inicia comentando que tendrá derecho a circular por el territorio de un Estado quien se encuentre legalmente en él, es decir, este derecho de la libre circulación podrá ser disfrutado por quienes se encuentren de manera **legal** en dicho Estado, con lo cual, se excluye de este derecho a la mayoría de los migrantes, dado que muchos ingresan de forma ilegal, sobre todo para quienes ingresan a territorio estadounidense cruzando la frontera con México.

Por lo que hace a residir en el territorio, sí lo tiene que realizar sujetándose a las disposiciones legales que se le establezcan.

El 22.2 “Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio”. De manera general, esta parte del artículo se respeta en la mayoría de los Estados, basta con tramitar el correspondiente pasaporte con las autoridades del país; aunque en los tiempos actuales, hay Estados que NO permiten a sus connacionales salir de su territorio, como es el caso de Venezuela, ya que desde hace algunos años no se les permite a los venezolanos que salgan de su país, lo tienen que hacer de manera ilegal, porque el actual gobierno se niega a expedir pasaportes e incluso ha cerrado las fronteras, de tal forma que los venezolanos se tienen que exponer para poder salir.

En el 22.3 “El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”, podemos apreciar que en la práctica algunos Estados (como por

ejemplo Venezuela) argumentan cuestiones de seguridad y de orden público para impedir que sus connacionales salgan del país.

En el 22.4 “El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.” En este apartado se le está concediendo al Estado la prerrogativa de restringir el derecho a la libre circulación, así como de elegir donde vivir; con lo cual estos derechos quedan al libre albedrío del Estado.

Por lo que hace al 22.5 “Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.” En el caso mexicano se da cumplimiento a los puntos 22.2 y 22.5, dado que como mexicanos podemos salir y regresar a México en el momento que deseemos, y por la vía que nos sea más pertinente, por supuesto acreditándonos con el pasaporte mexicano; y hasta el momento no se han presentado casos en los que un mexicano haya sido expulsado.

No así para el caso de los extranjeros, quienes a pesar de lo establecido en el punto 22.6 “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley” ya que durante muchos años, conforme al artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Ejecutivo Federal tenía la facultad exclusiva de expulsar al extranjero sin necesidad de que hubiese un juicio. Debido a esto, México presentó la reserva analizada anteriormente: “**a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33** de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

Sin embargo, con la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos llevada a cabo en junio de 2011, se reformó el artículo 33, adicionándole “**con juicio previo**”, es decir, el Ejecutivo Federal continúa teniendo la facultad de expulsar a un extranjero, pero ahora debe de tener un juicio antes de que sea expulsado.

Una vez habiendo sido subsanada esta acción de expulsar a los extranjeros del territorio nacional, el 11 de julio de 2014 el gobierno mexicano retiró ese enunciado final de la reserva.

Con respecto al 22.7. “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.” Dado que en el sistema interamericano está muy bien delimitadas las figuras de asilado y refugiado, atendiendo las causas que las conforman, es por ello que no existe mayor problema para las autoridades migratorias mexicanas al momento de proporcionar la característica de asilado o bien de refugiado.

Sin embargo, no se puede olvidar que el otorgamiento de la condición de asilo que hace cualquier Estado, incluyendo el Estado Mexicano, está en razón de su propia legislación, así como de la ratificación de los instrumentos internacionales en la materia, en muchas de las ocasiones las políticas migratorias van en contra de otorgar asilo a las personas, o lo restringen demasiado.

En el caso de México, es el Instituto Nacional de Migración (INM) en conjunto con la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR) quienes se encargan del otorgamiento de esta calidad migratoria.

Con la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos del 2011 también se adicionó al artículo 11 Constitucional lo siguiente: “[...] En caso de **persecución, por motivos de orden político**, toda persona tiene derecho de solicitar **asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio**. La ley regulará sus procedencias y excepciones.” Quedando dicho artículo de la siguiente manera:

**Artículo 11.** Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la

autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la república, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

**En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones.**

En este artículo se contienen prácticamente la mayoría de los preceptos del artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el 22.1, el 22.1, el 22.3, el 22.4 y el 22.7; y de manera indirecta el 22.5 y el 22.6.

Respecto al 22.8. “En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.” El Estado Mexicano ha cumplido con esta situación incluyendo la figura de “protección complementaria” en su ordenamiento jurídico.

Por último, 22.9. “Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.” En el caso de México la práctica demuestra que por el contrario, es un país que a lo largo del tiempo recibe más extranjeros de manera colectiva. No obstante, en el sistema interamericano ya se han presentado casos de expulsión colectiva, por ejemplo Caso Nadege Dorzama y otros vs. República Dominicana, en el que además de incumplir con este precepto, también se afectó el derecho a la libre circulación.

## 6 LEGISLACIÓN MEXICANA ENTORNO A LA CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA

En la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos se estipulan los derechos que tenemos todas las personas que nos encontremos en territorio nacional, independientemente de si somos mexicanos o extranjeros, o si se ingresó de manera legal o no.

Artículo 10. En los Estados Unidos Mexicanos **todas las personas** gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. [...]

A lo largo de los artículos de la Constitución Mexicana se establece el reconocimiento a los Derechos Humanos de todas las personas, e incluso hay artículos que refieren a que tendrán derechos aún si su ingreso al país no fue de manera legal.

En el año de 1969 que fue promulgada la Convención Americana de los Derechos Humanos, la Ley que regulaba la cuestión de la entrada, permanencia y salida de extranjeros a territorio mexicano era la Ley General de Población de 1947. Pese a que anteriormente habían sido promulgadas la Ley General de Población de 1936.

El artículo 31 de la Ley General de Población de 1947 se establecía que: “**Las personas** que pretendan **entrar** al territorio nacional o salir de él, **deberán llenar los requisitos** exigidos por la presente Ley y sus reglamentos.” Es decir, para poder ingresar a territorio mexicano, las personas deberían reunir previamente con los requisitos solicitados en la propia Ley y en los reglamentos.

La **Ley General de Población de 1974**, fue publicada el día lunes 7 de enero de 1974, en el Diario Oficial de la Federación, número 4, tomo CCCXXII, pp. 1-10 (DOF 1974), y en el artículo 7 se establecen los asuntos que le compete realizar a la Secretaría de Gobernación, entre los que destaca el apartado II.

## MIGRACIÓN

ARTÍCULO 7.- Por lo que se refiere a los asuntos de orden migratorio **a la Secretaría de Gobernación corresponde:**

I. Organizar y coordinar los distintos servicios migratorios;

**II. Vigilar la entrada y salida de los nacionales y extranjeros, y revisar la documentación de los mismos;**

III. Aplicar esta Ley y su Reglamento; y

IV. Las demás facultades que le confieran esta Ley y su Reglamento así como otras disposiciones legales o reglamentarias.

En el ejercicio de estas facultades, la Secretaría de Gobernación **velará por el respeto a los derechos humanos** y, especialmente, por la integridad familiar de los sujetos a esta ley.

Respecto a la internación de los extranjeros a México en el artículo 32 se establece que la Secretaría de Gobernación “fijará” el número de extranjeros que podrán ingresar al país; mientras que en el artículo 34 se señala que la propia Secretaría podrá fijar el lugar de residencia a los extranjeros que se internen al país.

**ARTÍCULO 32.-** La Secretaría de Gobernación **fijará**, previos los estudios demográficos correspondientes, **el número de extranjeros cuya internación podrá permitirse al país**, ya sea por actividades o por zonas de residencia, y sujetará a las modalidades que juzgue pertinentes, la inmigración de extranjeros, según sean sus posibilidades de contribuir al progreso nacional.

[...]

**ARTÍCULO 34.-** La Secretaría de Gobernación podrá **fijar** a los extranjeros que se internen en el país las condiciones que estime convenientes respecto a las actividades a que habrán de dedicarse **y al lugar o lugares de su residencia**. Cuidará asimismo de que los inmigrantes sean elementos útiles para el país **y de que cuenten con los ingresos necesarios para su subsistencia** y en su caso, la de las personas que estén bajo su dependencia económica.

Como se puede apreciar, mediante estos dos artículos se establece que será la autoridad mexicana, la Secretaría de Gobernación, la que fijará el número de extranjeros que ingresarán al

país, así como la posibilidad de fijarles su lugar de residencia, lo cual iría en contra de la libertad de circulación y residencia señalados en el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En la Ley General de Población de 1974, al igual que en las Leyes anteriores, se establecía el otorgamiento de la característica de *asilado político* a toda persona perseguida por motivos políticos, en este caso, sin importar su lugar de origen. Y es debido a la gran afluencia de personas que llegaron a México en busca de auxilio, que la característica de *refugiado* fue incluida en la *Ley General de Población* mediante modificación al artículo 42, fracción VI; publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de julio de 1990; entró en vigor al día siguiente, ya que anteriormente no se reconocía dicha categoría en nuestra legislación. Bajo este contexto, el *refugiado* es el extranjero que se interna en territorio nacional para proteger su vida, seguridad o libertad cuando hayan sido amenazadas por diversas circunstancias originadas principalmente por conflictos armados que hayan perturbado gravemente el orden público en su país de origen.

El gobierno mexicano depositó el instrumento de adhesión a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 casi 50 años después, el 7 de junio del 2000, al igual que el Protocolo de 1967. “Con lo cual, queda de manifiesto el interés del gobierno mexicano en actualizar su política migratoria y en integrar a su normatividad instrumentos internacionales.” (Autor 2017)

Durante mucho tiempo la única ley en materia de migración que existió en México fue la Ley General de población de 1974, hasta que fue publicada la *Ley de Migración* el 25 de mayo de 2011. Con la entrada en vigor del *Reglamento de la Ley de Migración* se derogaron en la Ley General de Población los artículos relacionados con la inmigración de los extranjeros, según lo señalado en el artículo segundo transitorio del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011. No obstante, lo relacionado con la inmigración entró en vigor hasta que el Reglamento de la misma Ley

estuvo vigente, mientras tanto, se aplicó lo dispuesto en la Ley General de Población y su Reglamento.

El *Reglamento de la Ley de Migración* se expide mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de septiembre de 2012, y entró en vigor, conforme lo establece el artículo primero transitorio: “a los treinta días hábiles siguientes al día de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.”

En el artículo 3 fracción XVII de la *Ley de Migración* se señala que se entenderá por: “Migrante: al individuo que sale, transita o llega al territorio de un Estado distinto al de su residencia por cualquier tipo de motivación.” (2011). En esta fracción no se hace referencia a si es nacional o extranjero, solo que migrante es la persona que circula por territorio nacional.

En el artículo 7 de esta Ley se establece:

Artículo 7. La libertad de toda persona para ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional tendrá las limitaciones establecidas en la Constitución, los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables.

El libre tránsito es un derecho de toda persona y es deber de cualquier autoridad promoverlo y respetarlo. Ninguna persona será requerida de comprobar su nacionalidad y situación migratoria en el territorio nacional, más que por la autoridad competente en los casos y bajo las circunstancias establecidos en la presente Ley.

Nuevamente se hace referencia de la libertad de las personas para “ingresar, permanecer, transitar y salir”, es decir, para circular por el territorio nacional, pero a pesar de que reconoce que la libre circulación es un derecho, tendrá limitaciones, con lo cual, no se podría ejercer a plenitud lo estipulado en el artículo 22 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

## 7 EL CASO MEXICANO

México no solo es un país de origen de migrantes que en busca del sueño americano salen del territorio nacional tratando de llegar a Estados Unidos, sino que también es país de tránsito de todos los centroamericanos y sudamericanos que pretenden llegar a Estados Unidos, por lo que su paso por el país es prácticamente obligado.

Artículo 34. Los mexicanos y extranjeros sólo pueden entrar y salir del territorio nacional por los lugares destinados al tránsito internacional de personas por tierra, mar y aire. La internación regular al país se efectuará en el momento en que la persona pasa por los filtros de revisión migratoria ubicados en los lugares destinados al tránsito internacional de personas por tierra, mar y aire, dentro de los horarios establecidos para tal efecto y con intervención de las autoridades migratorias.

Artículo 35. Para entrar y salir del país, los mexicanos y extranjeros deben cumplir con los requisitos exigidos por la presente Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables.

Corresponde de forma exclusiva al personal del Instituto vigilar la entrada y salida de los nacionales y extranjeros y revisar la documentación de los mismos.

Esta migración es constante, sin embargo, en el último año, desde octubre de 2018, han entrado a territorio mexicano varias caravanas integradas por centroamericanos, en su mayoría hondureños, que quieren llegar a Estados Unidos sin contar con la visa estadounidense correspondiente.

Conforme al artículo 37 de la Ley de Migración, los extranjeros para internarse al territorio nacional deberán presentar el pasaporte, y la visa si les ha sido solicitada, que en el caso de los migrantes centroamericanos, se les pide visa a la mayoría de los nacionales de esos Estados.

Artículo 37. **Para internarse** al país, los extranjeros **deberán:**

I. Presentar en el filtro de revisión migratoria ante el Instituto, **los documentos** siguientes:

a) **Pasaporte** o documento de identidad y viaje que sea válido de conformidad con el derecho internacional vigente, y

b) Cuando así se requiera, **visa** válidamente expedida y en vigor, en términos del artículo 40 de esta Ley; o

c) Tarjeta de residencia o autorización en la condición de estancia de visitante regional, visitante trabajador fronterizo o visitante por razones humanitarias.

II. Proporcionar **la información** y los datos personales que las autoridades competentes soliciten en el ámbito de sus atribuciones.

III. No necesitan visa los extranjeros que se ubiquen en alguno de los siguientes supuestos: [...]

Sin embargo, la entrada de la mayoría de las caravanas no ha sido amigable, ni se ha cumplido con la normativa mexicana, de hecho las primeras caravanas han ingresado al país con lujo de violencia.



Foto Reuters/Ueslei Marcelino

Asimismo, la posición del gobierno estadounidense respecto a los migrantes que han ingresado a Estados Unidos y su pretensión unilateral de que sea el gobierno mexicano quien los atienda en tanto se determina su situación legal.

CARAVANAS	FECHA	NÚMERO
• Primera	18/10/2018	7,233
• Segunda	28/10/2018	1,895
• Tercera	30/10/2018	300
• Cuarta	02/11/2018	2,000
• Quinta	05/11/2018	240
• Sexta	18/01/2019	2,000
• Séptima	17/02/2019	200

Y muchas otras caravanas hasta llegar a un aproximado de 50,000 personas el año pasado que han ingresado a territorio mexicano con la intención de llegar a los Estados Unidos de América. Otras fuentes señalan que el flujo migratorio a México este año 2019 supera en más de 200% la cifra del año anterior, y que “460,000 migrantes que han ingresado a México” (INEGI 2019).

Estos migrantes se han internado en territorio mexicano sin alcanzar a cruzar la frontera con Estados Unidos; los pocos que lo han conseguido han sido regresados a México para que aquí esperen en tanto se les da una respuesta a su solicitud de ingreso, aún cuando dicho trámite pueda durar meses.



Las condiciones de los migrantes no son las adecuadas, como no hay espacios, hay hacinamiento.



Una gran problemática se manifiesta entre la población mexicana, ya que muchos de esos migrantes que están en las ciudades mexicanas fronterizas, no acatan las indicaciones de los lugares en donde se deben establecer en tanto se les da una respuesta, lo cual

genera una reacción negativa de la población de los lugares en donde se han asentado los migrantes centroamericanos.



En diversas ciudades de México se han llevado a cabo marchas en contra de los migrantes, porque la situación que se vive en esas ciudades es de zozobra.

También se presentó la problemática de que las ciudades fronterizas a las que llegaron los migrantes, tuvieron que destinar los recursos económicos que originalmente era para el municipio, en atender a los migrantes, y en muchos de los municipios los recursos se acabaron, lo que incrementó aún más el descontento de la población, sobre todo, porque se han dejado de abastecer medicamentos para los niños enfermos de cáncer porque “no hay dinero”, ya han fallecido niñas enfermas de cáncer, a las que no se les suministraban los medicamentos.

Por otra parte, el gobierno mexicano también implementó programas en atención a los migrantes, como el “Plan emergente de emisión de tarjetas de visitante por razones humanitarias”. Que con el objetivo de tener una migración ordenada, segura y regular, la

Secretaría de gobernación a través del Instituto Nacional de Migración, que hasta febrero de 2019 entregó 13 mil 270 tarjetas de visitante por razones humanitarias en Chiapas, Ciudad de México y Coahuila. (INM)



## 8 CONCLUSIONES

Cuando el Presidente de los Estados Unidos de América puso como condición para no imponer aranceles a productos mexicanos que se frenara el flujo migratorio hacia Estados Unidos, y dio un tiempo de prueba para ello, el Gobierno Mexicano entonces sí realizó lo que debía haber hecho desde un primer momento: aplicar la ley mexicana en la materia, es decir, aplicar la Ley de Migración y su Reglamento.

En México mucho se habló de que se le estaba haciendo “la chamba” al presidente de los Estados Unidos al enviar más personal a vigilar las fronteras, incluso él decía que México era su muro, y agradecía al Presidente de México el apoyo, lo cual causó la molestia de muchos mexicanos, que no sabían que el gobierno mexicano no le estaba haciendo su “chamba” al Presidente de los Estados Unidos, sino que simplemente las autoridades mexicanas estaban haciendo SU PROPIO TRABAJO, hacer respetar la Ley.

No se trata de ofender ni lastimar a quienes salen de su lugar de origen en busca de mejores oportunidades de vida y un mayor satisfactor económico; se trata de aplicar la Ley y que ese ingreso sea regulado, respetando la normativa del país y sus instituciones.

Es deber del gobierno el proveer a sus gobernados de condiciones dignas, pero cuando un gobierno desatiende a su población por atender requerimientos de personas que de manera ilegal y con lujo de la fuerza ingresan al país, se comienza a cuestionar el Estado de Derecho que paulatinamente parece como si se fuese desapareciendo.

Considero que deben continuar atendiéndose como prioridad los grupos vulnerables en México, como lo son los niños enfermos de cáncer.

Los derechos a la circulación y a la residencia señalados en el artículo 22 de la Convención Americana de los Derechos Humanos han sido llevados a cabo de una manera adecuada durante estos 50 años.

La armonización de las normas de Derecho Internacional, como lo es en este caso la Convención Americana, con el derecho interno mexicano, se ha visto bien encausada, a partir de su promulgación y en especial, los derechos contenidos en el artículo 22.

Data de Submissão: 01/11/2019

Data de Aprovação: 13/12/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

## BIBLIOGRAFÍA

BECERRA, Manuel. (2006) *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. UNAM, México.

BUERGENTHAL, Tomas *et al.* *Manual internacional de derechos humanos*, IIDH, Caracas/San José 1990

CANÇADO, Antônio. “A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interna na Proteção dos Direitos Humanos” en BOLETIM DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL Ano XLV-XLVI Dezembro 1992/Maio 1993 N°s 84/86

FIX-ZAMUDIO, Héctor. “La Corte Iinteramericana de Derechos Humanos”  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1978/19.pdf>

FIX-ZAMUDIO, Héctor. “La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas”, BOLETIM DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL Ano XLV-XLVI Dezembro 1992/Maio 1993 N°s 84/86

GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*, Editora Atlas, São Paulo 2013

RODRÍGUEZ, Jesús. *Instrumentos Internacionales Básicos de Derechos Humanos*. CNDH, México 1994

VENTURA, Manuel. “La Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Fix-Zamudio, Héctor, *México y las Declaraciones de Derechos Humanos*. UNAM, México 1999.

## **Article 22 of the American Convention on Human Rights 50 Years Ago of its Promulgation, Mexican Case**

Martha Guadalupe Guerrero Verano

**Abstract:** This article analyzes a right contained in the American Convention on Human Rights, which refers to the right of movement and residence, established in the article 22 of the Convention, with special emphasis in the Mexican case. It is studied if the Mexican domestic law had these rights, 50 years ago, when the American Convention on Human Rights was promulgated; as well as the Mexican State incorporated in its law the norms of International Law contained in the American Convention and the adjustments that it has implemented to keep them in vigor. It also takes a trip through Mexican legislation and indicates what has happened with these rights, especially in recent months that a great number of migrants from Central America have arrived in a Mexican territory, with the intention of reaching the United States of America, although they do not have documentation, and what the Mexican State has done about it.

**Keywords:** American Convention. Circulation Right. Residence Right. Mexican Case.

## **Caso Lagos del Campo vs. Peru e seu Duplo Papel Paradigmático na Evolução da Justiciabilidade de Direitos Sociais perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos**

**Laura Fernanda Melo Nascimento**

Mestranda em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas  
E-mail: laura.fernanda.f@gmail.com

**Igo Zany Nunes Correa**

Mestrando em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas.  
E-mail: zanyigo@gmail.com

**Adriano Fernandes Ferreira**

Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidad Castilla la Mancha, na Espanha e Professor do Núcleo Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da UFAM - Constitucionalismo e Direitos na Amazônia.  
E-mail: adrianofernandes3@hotmail.com

**Resumo:** A efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais em relação a direitos civis e políticos por muito tempo foi negligenciada pelos Estados, rebaixando-os à mera retórica programática. Isso se deu, sobretudo nos países de cultura latino-americana, cujo histórico revela a passagem por longos períodos ditatoriais e de transição que careciam afirmação e consolidação democrática. Tomando isso em conta, o presente artigo visa demonstrar como houve uma sensível evolução jurisprudencial acerca do conteúdo, matriz e densidade normativa de tais direitos dentro da Corte Interamericana de Direitos Humanos após o julgamento do caso Lagos del Campo vs Peru em 2017. Utilizando o método dedutivo, fundamentação teórica e a abordagem histórica e comparativa com o sistema europeu de direitos humanos, demonstrou-se que esse precedente representou duplo caráter paradigmático, inaugurando não só a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais para além do viés coletivo ou suplementar (com o reconhecimento da autonomia da proteção ao direito do trabalho, através de novos interpretação e alcance normativo do conceito de progressividade), como contribuindo, a partir de então, com a pavimentação do ius commune latino-americano e um novo momento do sistema interamericano no diálogo de Cortes a nível internacional.

**Palavras-chave:** Direitos econômicos, sociais e culturais. Justiciabilidade. Jurisprudência. Corte Interamericana de Direitos Humanos. ius commune latino-americano.



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA**

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

## **Caso Lagos del Campo vs. Peru e seu Duplo Papel Paradigmático na Evolução da Justiciabilidade de Direitos Sociais perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos**

Laura Fernanda Melo Nascimento

Igo Zany Nunes Correa

Adriano Fernandes Ferreira

### **1 INTRODUÇÃO**

A partir do julgamento do caso Lagos do Campo *vs.* Peru, em 31 de agosto de 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos - Corte IDH, teve uma virada jurisprudencial com a firmação de um precedente sobre a judicialização direta de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais<sup>22</sup> - DESCAs, atribuindo novo conteúdo normativo ao artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH.

O caso em si se tornou um marco de efetividade dos direitos sociais, como balizador das prestações que deveriam ser paulatinamente garantidas pelos Estados e que, dentro do modelo social, serviriam para que os indivíduos pudessem exercer plenamente os direitos de primeira dimensão oriundos do liberalismo clássico (CECATO; OLIVEIRA, 2016).

---

<sup>22</sup> No âmbito interamericano, os direitos ambientais passaram a ser considerados partes integrantes dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), criando-se para assim lhes referir a nova sigla DESCAs. Houve sua adoção pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em diálogo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, em sua estrutura, possui atualmente a denominada Relatoria Especial de Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA).

Em muitos estudos sobre o referido precedente, pode-se aprofundar a questão dos fundamentos utilizados pela Corte IDH no julgamento, como a interdependência dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, e a interpretação evolutiva das normas de direitos humanos.

Todavia, a nosso ver, o precedente tem outro papel fundamental paradigmático. Além do processo evolutivo de sua jurisprudência, é importante destacar também o papel evolutivo em si da Corte IDH como tribunal protetivo de direitos humanos, culminando na sua inserção no cenário internacional dentro do diálogo de cortes sobre a matéria.

Historicamente, a Corte IDH foi criada num contexto que lhe permitiu desenvolver, especificamente para os países da América Latina que reconheceram sua competência jurisdicional e consultiva, toda uma normativa de proteção de direitos civis e políticos e de justiça de transição democrática em períodos posteriores a regimes ditatoriais.

Com o passar dos anos, e diante de seu amadurecimento, a Corte IDH passou a ser considerada referência nessa temática, sendo utilizada como parâmetro pela Corte Europeia de Direitos Humanos - Corte EDH, desde que houve a abertura daquele sistema aos países do leste europeu.

Na atual conjuntura latino-americana, passadas as décadas mais pungentes dos regimes militares e da redemocratização, surge um novo contexto social, econômico e político que impõe uma atenção para novas demandas, que exigem a adoção de providências para a concretização das normas programáticas do desenvolvimento progressivo.

Sob esse enfoque, o presente artigo tem como objetivo principal demonstrar como o caso Lagos do Campo *vs.* Peru é duplamente representativo dessa nova fase de amadurecimento da Corte IDH, contemporânea e contextualizada à nova problemática interamericana após meio século de existência da CADH, tanto por prever a judicialização e a autonomia dos direitos previsto no artigo 26 desse

instrumento, como por permitir a pavimentação do *ius commune* latino-americano, com maior participação do sistema interamericano de direitos humanos à luz do diálogo de cortes internacionais.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo e os métodos de procedimento o histórico e o comparativo, mediante pesquisa bibliográfica que permitisse coletar as informações necessárias para demonstrar a evolução da jurisprudência e do papel da Corte IDH perante o sistema interamericano e sua contribuição no diálogo de cortes, especificamente com a Corte EDH.

A partir desses dados, pretendeu-se demonstrar que o julgamento do caso Lagos do Campo *vs.* Peru constitui-se em momento histórico de amadurecimento da Corte que lhe atribui duplo papel fundamental na proteção de direitos humanos perante as novas demandas do sistema interamericano e, junto a isso, lhe permite tornar-se parâmetro internacional na temática de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

## **2 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E O PAPEL DA CORTE IDH NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO**

A Corte IDH surgiu como resposta em âmbito interamericano para a necessidade de proteção de direitos humanos no contexto específico das Américas, considerando, sobretudo, as nuances coloniais que lhe dão identidade. Por muito tempo a Corte se debruçou sobre assuntos relacionados à Democracia da América Latina, levando em consideração as diversas violações a direitos humanos vivenciadas em períodos de ditadura, mantendo-se nas discussões sobre direitos civis e políticos.

Dois períodos demarcam a América Latina no contexto do sistema interamericano: um referente aos regimes ditatoriais e o outro ao período da transição política para os regimes democráticos (PIOVESAN, 2014, p. 78; RAMÍREZ, 2018, p. 72).

Em 1978, ano em que a CADH entrou em vigor, os Estados latino-americanos ainda eram governados por ditaduras. Dos onze primeiros Estados-partes que a ratificaram originalmente, menos da metade possuía governantes eleitos democraticamente (PIOVESAN, 2014, p. 78).

Naquele cenário, justificava-se a redação da CADH, de 1969 (que pretendia se tornar o principal instrumento para a proteção dos direitos humanos no sistema interamericano), assegurar um rol amplo de direitos civis e políticos e prever somente um artigo a respeito dos direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 26), sem, contudo, enunciá-los de forma específica.

Essa realidade sócio-política latino-americana obrigava o sistema interamericano, regionalmente, enfrentar o paradoxo de surgir para promoção de direitos humanos num contexto de regime autoritário, visando a impor o respeito de direitos fundamentais contra Estados.

Piovesan (2014, p. 78-79) destaca que essa base fundante do sistema regional interamericano é diversa daquela que estruturava o sistema regional europeu, cuja fonte inspiradora era a “tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos” e já se constituía em termos de bloco regional de integração, realidade que não era presente no sistema interamericano.

Sob esse aspecto, o sistema interamericano de direitos humanos foi essencial para permitir a desestabilização dos regimes ditatoriais; o fim da impunidade nos regimes de transições; fortalecer as instituições sob bases democráticas, com a proteção de grupos vulneráveis (PIOVESAN, 2014, p. 79); e consolidar um regime de liberdade pessoal e justiça social no continente americano (RAMÍREZ, 2018, p. 85).

O papel da Corte IDH nessa transformação sociopolítica pode ser identificado por meio de seis categorias evolutivas da jurisprudência (PIOVESAN, 2014, p. 79-89), referentes: i) ao legado do regime autoritário ditatorial; ii) à justiça de transição; iii) ao fortalecimento de instituições e da consolidação do Estado de Direito;

iv) ao direito de grupos vulneráveis; v) aos direitos sociais; e vi) a novos direitos da agenda contemporânea, como o direito à saúde sexual e reprodutiva.

A primeira categoria de jurisprudência da Corte IDH refere-se à tipologia “violações que refletem o legado do regime autoritário ditatorial”, decorrente de decisões que pretendiam prevenir arbitrariedades e controlar o uso da força por agentes estatais.

Aqui, destaca-se que o primeiro caso contencioso da Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), tinha como questão fática o sequestro e desaparecimento da vítima, Sr. Manfredo Rodríguez, por pessoas vinculadas ou sob direção das Forças Armadas, durante os anos de 1981 a 1984, época em que o desaparecimento de pessoas com amparo ou tolerância do poder público era prática sistemática naquele país (CORTE IDH, 1988, p. 24).

A segunda categoria trata de “violações que refletem questões de justiça de transição”, marcada principalmente pelas declarações de inconveniência das leis de anistia, pelo estímulo ao direito à verdade e pela condenação dos Estados diante da ausência de investigação e impunidade dos crimes cometidos e anistiados referentes aos períodos ditatoriais, a exemplo dos julgamentos dos casos *Barrios Altos vs. Peru*, *Almonacid Arellano vs. Chile*, *Gomes Lund vs. Brasil* e *Gelman vs. Uruguai*.

Em relação à categoria de fortalecimento das instituições democráticas, foram apreciados casos que vão além da transição política, tecendo as bases que constituem a nova fase democrática dos Estados, *v.g.*, o caso do *Tribunal Constitucional vs. Peru* (2001), tratava da condenação do Estado peruano pela destituição de três juízes do Tribunal Constitucional mediante juízo político e sem as garantias do devido processo legal ou da imparcialidade do julgador (CORTE IDH, 2001, p. 44).

No mesmo sentido, a decisão no caso *Tribunal Constitucional vs. Equador* (2013). Em geral, as decisões proferidas pela Corte IDH nesta categoria, referem-se às garantias judiciais e à proteção judicial, previstas nos artigos 8 e 25 da CADH, das quais advém, por exemplo,

o respeito às garantias processuais mínimas nas instâncias civil, criminal, laboral ou administrativa (caso Baena Ricardo *vs.* Panamá) e às garantias penais mínimas e ao prazo razoável (caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros *vs.* Trindade e Tobago).

Em relação à quarta categoria, a Corte IDH tem decisões reconhecendo a necessidade de maior proteção de grupos sociais mais vulneráveis a riscos de violações de direitos, cuja exemplificação - não exaustiva - nos remete a crianças e adolescentes (Villagrán Morales e outros *vs.* Guatemala - 1999), mulheres (Campo de Algodão *vs.* México - 2009; Yarce e outras *vs.* Colômbia - 2016), povos indígenas, tribais e comunidades tradicionais (Povo Saramaká *vs.* Suriname - 2007), pessoas com deficiência (Ximenes Lopes *vs.* Brasil - 2006), comunidade LGBTI (Atala Riffo e crianças *vs.* Chile - 2012), pessoas privadas de liberdade (Martínez Coronado *vs.* Guatemala - 2019), pessoas em situação de pobreza e sem acesso a serviços de saúde (Poblete Vilches e outros *vs.* Chile - 2018), migrantes não documentados (Vélez Loor *vs.* Panamá - 2010), dentre outros.

Em 2015, no caso Gonzales Lluy e outros *vs.* Equador, a Corte IDH adotou, pela primeira vez, o conceito da “interseccionalidade” para análise de discriminação, num contexto de intersecção de múltiplos fatores de vulnerabilidades da vítima, que era, ao mesmo tempo, criança, mulher, pessoa em situação de pobreza e com HIV (CORTE IDH, 2015, p. 87).

No que se refere aos direitos sociais, Piovesan (2014, p. 85) menciona que foram reconhecidos, pela primeira vez, na sentença do caso Villagrán Morales e outros *vs.* Guatemala (1999), mas como uma dimensão positiva de um direito de natureza civil e política que, naquele julgamento, concernia à adoção de medidas positivas para proteção do direito à vida. Considerando a temática do presente artigo, a evolução da jurisprudência da Corte IDH em matéria de direitos sociais será analisada em tópico específico mais adiante.

Por fim, a última categoria destacada por Piovesan (2014, p. 87) refere-se aos direitos da contemporaneidade, tais como os direitos reprodutivos de que tratou o caso Artavia Murillo e outros *vs.* Costa

Rica, em que se condenou o Estado pela proibição geral e absoluta da fertilização *in vitro*.

Do cenário acima delineado, nota-se que a evolução jurisprudencial da Corte IDH vem se consolidando ao longo do tempo, e há quem diga que ela adotou uma postura de ativismo judicial prejudicial à concretização de direitos humanos. Em relação ao caso Artavia Murillo, supracitado, por exemplo, Da Silva e Echeverria (2015, p. 405-6) defendem que houve um ativismo judicial que prejudica a efetividade do sistema de proteção de direitos e os mecanismos de não repetição de violações, a partir de uma criticada extensão interpretativa do texto da Convenção.

A partir do caso Lagos del Campo *vs.* Peru, em 2017, a Corte IDH novamente adota postura ativista, dessa vez em matéria de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, podendo gerar uma nova tipologia jurisprudencial que vai além da acima destaca por Piovesan como relativa aos direitos sociais. O ativismo realizado nesse caso também é identificado por Magda Garza (2019, p. 136), a qual define que a Corte adotou, nos últimos dois anos, uma postura de superação da autorrestrrição judicial e de interpretação restritiva que vinha adotando sobre o tema.

Nesse contexto de postura ativa, filiamo-nos à ideia de que o caso Lagos del Campo *vs.* Peru (2017) foi um divisor de águas na interpretação evolutiva da Corte IDH, lhe atribuindo o mesmo papel fundamental que lhe permitiu revelar “as peculiaridades e especificidades das lutas emancipatórias por direitos e por justiça na região latino-americana” referentes ao período de transição democrática (PIOVESAN, 2014, p. 89).

Agora, adstrito à concretização dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais na América Latina, o precedente também contribui para a “pavimentação de um *ius commune* latino-americano em direitos humanos” (PIOVESAN, 2014, p. 95), inserindo o sistema interamericano num cenário internacional que contribua no diálogo entre as esferas dos sistemas global, regional e local, o que será a seguir explanado.

### **3 O IUS COMMUNE LATINO-AMERICANO, O DIÁLOGO DE CORTES E A CORTE IDH COMO PARÂMETRO INTERNACIONAL**

A fim de desenvolver a ideia de “*ius commune* latino-americano”, Piovesan primeiramente insere a América Latina em seu contexto de sociedade pós-colonial, “caracterizada por elevado grau de exclusão e violência ao qual se somam democracias em fase de consolidação” (2017, p. 1.359).

Nesse contexto, emergem problemas e situações específicas que permitem à América Latina buscar soluções próprias e, dessa forma, contribuir no diálogo com os demais sistemas protetivos de direitos humanos.

O *ius commune* se insere nessa temática por possuir natureza “dinâmica e progressiva” que pretende adaptar o direito à nova realidade latino-americana (ACOSTA, P., 2018, p. 383). Atendidas as especificações regionais, os Estados possam se desenvolver de forma comum e passam a adquirir igualdade para discutir assuntos pertinentes a toda sociedade, germinando daí o intercâmbio livre e espontâneo entre os sistemas regionais cuja base jurídica é a proteção a direitos humanos (PIOVESAN; BORGES, 2019).

E a jurisprudência da Corte Interamericana toma destaque por se constituir um “bloco normativo comum” protetivo no âmbito dos Estados do sistema interamericano (GARZA, J., 2018, p. 214).

Não se trata aqui de considerar o *ius commune* constitucional latino-americano como algo revolucionário dentro dos sistemas legais, mas por seu viés incremental para harmonizar e compatibilizar ordenamentos jurídicos, e buscar condições materiais elementares para efetivação de direitos humanos, respeitando-se a diversidade e o pluralismo (Olsen e Kozicki, 2019).

Vale ressaltar, como asseveraram Olsen e Kozicki (2019), que a ideia de um intercâmbio entre sistemas na América Latina não significa uma padronização ou unificação de todos os Estados, mas sim a criação de *standards* mínimos comuns a direitos humanos, sem que se olvide a harmonização com a diversidade própria de cada país.

Para desenvolver o *ius commune latino-americano*, Piovesan destaca que existem três desafios centrais a serem enfrentados (2014, p. 96-100), quais sejam, i) fomentar uma cultura jurídica dialógica multinível, inspirada em novos paradigmas jurídicos que adotem interpretação evolutiva e emancipatória com base na prevalência da dignidade humana; ii) fortalecer o sistema interamericano de proteção de direitos humanos (por meio de medidas que, por exemplo, permitam o aumento do número de Estados-partes, de recursos financeiros, da autonomia e independência dos membros da CIDH e da Corte IDH e a supervisão de suas decisões); e iii) avançar na proteção dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região.

Importante destacar que esse último fator impõe um avanço na tríade de direitos humanos, democracia e Estado de Direito, aproximando a América Latina dos valores iniciais do sistema regional europeu, o qual havia servido como principal modelo para a redação da Convenção Americana (GROPPI; COCCO-ORTU, 2014, p. 94).

Isso lhe permite avançar para um próximo estágio que quebre com o paradoxo de sua origem vinculado aos regimes autoritários (PIOVESAN, 2014, p. 99), sobretudo se considerado que a vontade do sistema interamericano sempre foi de diferenciar-se para responder às exigências específicas de seu continente (GROPPI; COCCO-ORTU, 2014, p. 94).

O desafio acima indicado como item ii) tem natureza eminentemente executiva, ficando adstrito ao âmbito mais amplo da Organização dos Estados Americanos e da CIDH. A Corte IDH, no entanto, pode contribuir na superação dos desafios elencados nos itens i) e iii).

Em relação ao diálogo evolutivo multinível (i), segundo estudo realizado por Groppi e Cocco-Ortu (2014, p. 99), no período de 1987 a 2012, a Corte IDH havia emitido 246 sentenças, das quais 59,8% citava entendimento da Corte EDH ou de sua Comissão, enquanto a Corte EDH havia emitido 15.778 decisões, mas somente em 48 delas, equivalente a 0,3%, remetia à Corte IDH ou à CIDH.

Segundo Wermuth e Gomes (2016, p. 542), no período de 1959 a 2009, quase metade das violações analisadas pela Corte EDH referiam-se a julgamentos fora do prazo razoável (28,07%) ou que não observavam um julgamento justo (21,49%). Esse cenário somente foi se alterando com a abertura do sistema europeu aos países do leste europeu, em que “as ações passaram a abarcar maior diversidade e heterogeneidade, o que culminou no desafio do sistema em enfrentar graves situações de violações aos direitos humanos” (WERMUTH; GOMES, 2016, p. 542). Em consequência, observou-se uma maior abertura do sistema europeu à jurisprudência interamericana. Sobre o fenômeno, assim explica Piovesan (2014, p. 90):

A inclusão dos países do Leste Europeu no sistema europeu, com sua agenda própria de violações, está a deflagrar a crescente abertura da Corte Europeia à jurisprudência interamericana relativa a graves violações de direitos perpetradas por regimes autoritários, envolvendo a prática de tortura, execução sumária e desaparecimento forçado de pessoas. Como demonstra relatório produzido pelo Conselho da Europa, ao analisar 25 (vinte e cinco) sentenças proferidas pela Corte Europeia, há expressiva referência à jurisprudência da Corte Interamericana, sobretudo em matéria de desaparecimento forçado, combate à impunidade e justiça de transição [...].

Em relação ao item (iii), cabe ressaltar que o fortalecimento do novo estágio de desenvolvimento latino-americano entre democracia, direitos humanos e Estado de Direito importa na atenção a que será dada não só para direitos civis e políticos, mas também para os de natureza econômica, social, cultural e ambiental, antes considerados apenas no seio do desenvolvimento progressivo.

Isso porque a América Latina, no contexto de redemocratização, agora precisa enfrentar novos desafios relacionados ao combate à pobreza, com a promoção da igualdade e da

inclusão social (D'AMICO, 2013, p. 22), ao giro decolonial e os processos emancipatórios (ACOSTA, 2016, p. 144), bem como à promoção dos direitos humanos sob uma perspectiva multicultural contra-hegemônica (SANTOS, 1997, p. 19, 2018, p. 452).

Com base nos fatores (i) e (iii) acima, a seguir serão apresentados a evolução jurisprudencial da Corte IDH acerca da judicialização dos direitos sociais e os motivos porquê se defende que o caso Lagos del Campo *vs.* Peru (2017) tem dupla natureza paradigmática, considerando que não só inovou na questão da judicialização direta de direitos sociais, mas tornou-se precedente que contribui na pavimentação da *ius commune* latino-americana e na inserção do sistema interamericano em nova perspectiva do diálogo entre sistemas de proteção de direitos humanos.

#### **4 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DA CORTE IDH EM MATÉRIA DE DESCA, O CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERU E SEU DUPLO CARÁTER PARADIGMÁTICO**

Embora manifestados como universais e indivisíveis, os direitos econômicos, sociais e culturais sempre esbarraram em critérios de relativização de sua efetivação fora das Constituições e Tratados Internacionais de Direitos Humanos, culminando numa programaticidade por conveniência.

André de Carvalho Ramos (2016, p. 14), ao discorrer sobre o conceito de progressividade, trouxe dois sentidos a ele, um como imposição de progresso garantido pelo Estado, e outro como gradualidade de efetividade dos direitos, a fim de que haja progresso e que seja sentido pelos indivíduos.

Ou seja, não há como compatibilizar desenvolvimento progressivo sem desconsiderar o contexto social em que se encontra o Estado, permitindo-se medir efetividade e graduação dos direitos por ele fornecidos com avanços econômicos e distribuição de riquezas.

Os obstáculos são reais para efetivação dos direitos sociais que não representam apenas má vontade ou descumprimento deliberado. Para Ramos (2016, p. 270), a postergação de efetivação dos direitos sociais é tida como consequência de uma disponibilidade limitada, porém temporária de recursos. O autor vê como certa cautela tal inclinação por entender serem as políticas públicas que cumpririam direitos sociais resultados de escolhas estatais.

Já Lins (2013) afirma que ideologicamente o principal “problema” dos direitos sociais, reside justamente no fato de serem “sociais”, pois a prevalência da cotitularidade de direitos como aperfeiçoamento do antigo modelo, acaba por romper de forma radical o sistema individualista, liberal e positivista de direitos humanos até então vigente.

Antes disso, reconhecia que a exigibilidade das normas de direitos fundamentais também possui claramente três óbices de efetividade, denominados de “tripé denegatório” que são: baixa densidade normativa, reserva da possível e reserva do legislador/administrador (LINS, 2009). A baixa densidade normativa se justificaria pelos outros dois obstáculos, ou seja, é interessante para o Estado que os direitos sociais sejam enquadrados como *soft law* para que se possam avaliar o impacto financeiro da ampliação de cobertura e a efetivação de prestações em comparação com os custos públicos necessários e possíveis para tanto.

Não são outras as dificuldades do sistema interamericano em prever as obrigações dos Estados nessa matéria. Tanto é que o artigo 26 da CADH expressamente adota a ideia de progressividade para a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, só vindo a ser complementada mediante o Protocolo Adicional de San Salvador, o qual entrou em vigor apenas no ano de 1999, mais de 20 (vinte) anos depois de vigência do seu instrumento principal.

Nesse cenário de penumbra sobre a efetividade dos direitos dessa natureza, bem como das medidas que deveriam ser adotadas progressivamente pelos Estados, a Corte IDH começou a reconhecer

que estavam por vezes relacionados aos direitos mais básicos do ser humanos.

Essa constatação foi realizada, pela primeira vez, no caso *Villagrán Morales e outros vs. Guatemala* (1999), no qual a Corte IDH declarou que ao Estado não basta deixar de privar um indivíduo de perder a sua vida, também não pode se furtar a prestar condições que garantam uma vida com existência digna (CORTE IDH, 1999, p. 40).

Em 2001, no caso *Baena Ricardo vs. Panamá*, a Corte IDH declarou sua competência para analisar violações de direitos previstos no Protocolo de San Salvador (CORTE IDH, 2001, p. 81).

No julgamento do caso *Cinco Pensionistas vs. Peru* (2003), a Corte IDH asseverou a importância dos direitos econômicos, sociais e culturais dentro da universalidade de direitos humanos. Destacou que a medida de efetivação desses se dava pela crescente cobertura de direitos prestados pelo Estado como previdência e aposentadoria, avaliado no conjunto da população, presentes imperativos de equidade social (CORTE IDH, 2003, p. 64).

Ainda que de forma modesta para real avaliação de efetividade de tal direito, no caso trazido contra o Estado do Peru, a Corte IDH não negou a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas assinalou que a violação apreciável não era individualizada e sim verificada no espectro coletivo.

No caso *Acevedo Buendía e outros (Demitidos e Aposentados da Controladoria) vs. Peru* (2009), a Corte fez constar de sua sentença algumas considerações acerca da previsão do artigo 26 da CADH, tomando em conta as reuniões da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos.

No contexto de definição da redação do Pacto de San José da Costa Rica, o artigo 26 foi objeto de intenso debate, nascido do interesse dos Estados em ter não só uma menção direta aos direitos econômicos, sociais e culturais, mas também uma previsão de certa obrigatoriedade, com mecanismos de promoção e proteção, afastando-se da ideia original do anteprojeto da Convenção formulado pela CIDH que fazia referência a esses direitos como um texto meramente

declarativo, abrindo, inclusive, à possibilidade de execução de direitos mediante ação dos tribunais (CORTE IDH, 2009, p. 32).

No mesmo julgamento, a Corte também ressaltou a interdependência e a inexistência de hierarquia entre direitos econômicos sociais, e culturais e direitos civis e políticos (CORTE IDH, 2009, p. 32-3), estabelecendo, ainda, que havia certa flexibilidade quanto ao prazo e modalidades de seu cumprimento; que o Estado tinha uma obrigação de adotar providências e meios necessários para dar efetividade à medida dos recursos econômicos e financeiros; e que haveria possibilidade de judicialização àquele tribunal, por violação do artigo 26 da CADH, se o Estado adotasse novas medidas que descumprissem o dever de proibição de retrocesso (CORTE IDH, 2009, p. 34)

Apesar disso, no caso em questão, considerou-se que o artigo 26 tinha natureza diversa e complementar aos artigos 21 e 25, por referir-se à progressividade de medidas, tendo esses teriam aplicabilidade direta no caso concreto.

Em *Suárez Peralta vs. Equador* (2013), a Corte declarou a existência não só da interdependência dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas também a sua indivisibilidade<sup>23</sup> com os direitos civis e políticos (CORTE IDH, 2013, p. 37). Apesar disso, e mesmo analisando providências executivas de promoção da saúde (regulação, supervisão e fiscalização de serviços de saúde e os serviços médicos oferecidos), reconheceu a violação de direito associado ao artigo 5º da CADH, que se refere ao direito à integridade pessoal.

No caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala* (2016), o juiz Roberto Caldas fez um alerta, em seu voto separado, sobre a desvirtuação da natureza do direito à saúde, por perder seu *status* de direito e se converter em pressuposto fático para a aplicação e investigação de violação dos artigos 4.1 e 5.1 (direito à vida e à

---

<sup>23</sup> Segundo o atual vice-presidente da Corte IDH, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, em seu voto concorrente no caso *Yarce e outras vs. Colômbia*, a interdependência refere-se à dependência recíproca, ou seja, o gozo de uns direitos depende da realização de outros, enquanto a indivisibilidade nega qualquer separação (CORTE IDH, 2016, p. 4).

integridade pessoal) (CORTE IDH, 2016, p. 2-3). Na oportunidade, defendeu que o direito à saúde teria caráter autônomo, com respaldo o artigo 26 da CADH.

Naquele mesmo ano, apesar de o julgamento Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil (2016) versar sobre violações de direitos de trabalhadores em situações análogas a de escravos, bem como ter sido constatado que a pobreza era o principal fator da escravidão contemporânea no Brasil (CORTE IDH, 2016, p. 340), a condenação do Estado brasileiro teve como fundamento o artigo 6 da CADH (proibição da escravidão e da servidão), nada versando sobre o artigo 26 do mesmo instrumento.

Desse julgado, também se mostra importante extrair a lição constante do voto fundamentado do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, o qual destacou que mesmo a Carta de Banjul – um dos instrumentos mais progressistas e que prevê o direito ao desenvolvimento de forma expressa, a qual também instituiu o Sistema Africano de Direitos Humanos - não conta com grandes avanços jurisprudenciais, ante o contexto social do continente africano (CORTE IDH, 2016, p. 5).

Perante o julgamento de Yarce e outras *vs.* Colômbia (2016), o direito à moradia foi analisado à luz do artigo 21.1 da CADH, que trata do direito à propriedade privada. Novamente o juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot elaborou voto fundamentado em separado para defender avanços quanto aos direitos previstos no artigo 26 da CADH, defendendo que era fundamento suficiente para uma abordagem autônoma do direito à moradia.

Além disso, acrescentou que faltava ao tribunal interamericano um exercício interpretativo, evolutivo e dinâmico para permitir a judicialização direta e reconhecimento autônomo de violação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (CORTE IDH, 2016, p. 14):

Lo expuesto hace evidente que se requiere un ejercicio interpretativo evolutivo y bscurid por parte del Tribunal Interamericano y que si bien, bscuridad, existendi facultades interpretativas por el modo próprio que la

Convención Americana próprio bscuridade los derechos económicos, sociales y culturales plasmados en ella, no constituye próprio dificultad para que la labor bscuridade e interpretativa sea realizada. Precisamente, es la función propia de la Corte IDH llevar a cabo la interpretación de la Convención Americana, sin que pueda excusarse en la bscuridade, vaguedad o ambigüedad de los términos del tratado y teniendo em consideración el principio pro persona contenido próprio el artículo 29 del próprio Pacto de San José.

Essa conduta ativa defendida pelo juiz Eduardo Poiset não era, como se pode pensar, algo inovador na postura do tribunal. A Corte IDH já havia se manifestado, por exemplo, no Parecer Consultivo n.º 16 de 1999 (Direito à Informação sobre a Assistência Consular no marco das Garantias do Devido Processo Legal), que os tratados internacionais de direitos humanos são instrumentos vivos e a evolução deve acompanhar a passagem do tempo e a dinâmica histórica (CORTE IDH, 1999, p. 58), o que permeia não só os arts. 3º e 26 da CADH, mas todos contidos na Convenção Americana.

Como se nota, por muitos anos houve avanços pontuais, mas também estagnações jurisprudenciais quanto à judicialização do artigo 26 da CADH. Somente em 2017 o cenário veio a se modificar, por meio do julgamento do caso Lagos Del Campo *vs.* Peru.

Esse caso inaugura dentro da jurisdição da Corte IDH a possibilidade trazer a juízo casos de efetivação de direitos sociais em sentido estrito, dando significado a eles, como nunca se havia interpretado o art. 26 da CADH como direito subjetivo.

Em que pese o resultado do julgamento não tenha sido por unanimidade, mas por cinco votos favoráveis e dois dissidentes, foi a primeira vez que a Corte IDH declarou que os direitos derivados do artigo 26 da CADH são ajuizáveis.

Na situação, de forma paradigmática, a Corte analisou o caso no qual o Sr. Alfredo Lagos Del Campo, representante eleitos de trabalhadores e Presidente da Comissão Eleitoral da Comunidade Industrial da empresa Ceper-Pirelli, fora demitido num contexto de intervenção de empregadores nas atividades de representatividade de trabalhadores, violando direito de liberdade de expressão tanto dos

membros diretos das organizações (Comunidades Industriais), quanto daqueles trabalhadores nas questões atinentes aos conflitos sociais.

Para o Tribunal Interamericano dentro do art. 26 da CADH a efetividade de direitos sociais esbarra na proteção ao trabalho como um direito e um dever social, com base na interpretação conjunta dos arts. 45.b e c, 46 e 34.g da Carta da OEA.

Daí, a primeira importância do Caso Lagos Del Campo, pois superando a necessidade de análise apenas do viés coletivo ou associado a algum dos demais direitos protegidos pela CADH, reconheceu-se a garantia de emprego da vítima, de forma individualizada.

Houve atribuição de um novo conteúdo normativo ao artigo 26, superando sua própria jurisprudência que lhe atribuía, antes, um caráter de norma programática, para declarar, autonomamente, a judicialização referente ao direito ao trabalho, à estabilidade no trabalho e ao direito de associação no trabalho, que fora considerado diverso do direito de associação sindical.

A notoriedade do caso pode ser constatada não só pelos fundamentos da sentença proferida, mas também da leitura dos votos individuais concorrentes dos, hoje, então presidente e vice-presidente da Corte, respectivamente, Roberto F. Caldas e Eduardo Ferrer MacGregor Poisot, que, como visto, ao longo dos anos travaram intenso debate de sustentação da necessidade de evolução jurisprudencial nessa matéria.

No voto fundamentado de Roberto Caldas, há explicação direta sobre esse avanço de entendimento da Corte na proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais que se tentou demonstrar ao longo desse tópico de estudo (CORTE IDH, 2017, p. 2):

Que fique claro que a Corte Interamericana há muito tempo protege os DESCAs. O Tribunal o vinha fazendo como direito secundário ou indireto de um direito civil ou político, quando em muitos casos, em verdade, era o principal direito reivindicado. Por isso, até os nossos dias, muitos consideram, mesmo juristas, que não cabia acatar uma petição direta sobre DESCAs no Sistema Interamericano. Sem prejuízo de outras considerações descritas mais adiante, destaco que com esta Sentença se

reconhece como autônomo o Direito do Trabalho, e especialmente a estabilidade no trabalho, sendo então a primeira ocasião em que a Corte IDH declara que o artigo 26 da Convenção Americana e os direitos dela derivados são ajuizáveis.

Eduardo Poisot, por sua vez, após fazer um transcurso histórico sobre o conteúdo normativo do artigo 26 da CADH, demonstra que apesar de as partes terem-no considerado diretamente violado em seis ocasiões, a CIDH assim o reconheceu apenas por duas vezes e a Corte IDH nenhuma vez ao longo dos seus quase quarenta anos de história. Isso possibilitaria que, a partir do precedente, os direitos dessa natureza passassem a ter maior visibilidade e deixassem de ser considerados “direitos de boas intenções” (CORTE IDH, 2017, p. 17-8).

A importância do precedente é tanta, que Eduardo Poisot a ele se refere como possibilidade de judicialização de direitos não contemplados no artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador<sup>24</sup>, pois estariam, a partir de então, protegidos sob o novo conteúdo normativo dado ao artigo 26 da CADH (CORTE IDH, 2017, p. 17).

O segundo aspecto da natureza paradigmática do caso, e a que também se defende no presente artigo, extrai-se da leitura conjunta dos dois votos supracitados. Nas razões fundamentadas do voto do presidente Roberto Caldas, nota-se que o caso se tornou um paradigma também por inserir a Corte IDH no cenário internacional de proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, a qual passa a ser considerada no âmbito do diálogo de cortes (CORTE IDH, 2017, p. 02):

É fundamental destacar a importância deste precedente, uma vez que se estende para além do Sistema Interamericano; é um excelente exemplo de diálogo judicial em que se somam decisões judiciais em nível interno que reconheceram o ajuizamento dos DESCAs com aqueles realizados em âmbito internacional. Ao fazê-lo, a Corte Interamericana demonstra observar as jurisdições constitucionais e nacionais e eleva esse necessário

---

<sup>24</sup> Segundo o artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador, é cabível apresentar petição à CIDH ou à Corte IDH em caso de violação dos artigos 8.a e 13 do mesmo protocolo, referentes, respectivamente, aos direitos de organização e associação sindicais e de educação.

reconhecimento ao âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Quanto a isso, o vice-presidente Eduardo Poisot ressalta que já havia um “*corpo iuris* nacional e internacional” que protegia o “direito ao trabalho como direito autônomo” (CORTE IDH, 2017, p. 06), o qual fora tomado em consideração pela Corte IDH para sua decisão.

A partir do precedente, a jurisprudência da Corte IDH abriu à possibilidade de abordar novas e diversas temáticas que se apresentarem relacionadas aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, o que se torna de grande valia para o contexto latino-americano que se mantém com “altos índices de iniquidade, desigualdade, pobreza e exclusão social” (CORTE IDH, 2017, p. 19).

Após o julgamento analisado, a Corte IDH divulgou a Opinião Consultiva n.º 23/2017 (sobre meio ambiente e direitos humanos, solicitado pela República da Colômbia), em que consignou ser o meio ambiente saudável um direito autônomo (CORTE IDH, 2017, p. 28-9).

Também naquele ano, e novamente por cinco votos a dois, reiterou o precedente de Lagos del Campo vs. Peru (2017), reconhecendo o direito autônomo ao trabalho, com base no artigo 26 da CADH, no julgamento de Caso Trabalhadores Dispensados do Petroperú e outros vs. Peru (2017).

No ano seguinte, reconheceu, dessa vez por unanimidade, a violação do direito autônomo à saúde em Poblete Vilches e outros vs. Chile (2018) e em 2019, por quatro votos a dois, em Muelle Flores vs. Peru (2019), o direito autônomo à seguridade social, ambos com base no artigo 26 da CADH.

Diante disso, constata-se que há uma tendência evolutiva na jurisprudência da Corte IDH em manter o precedente de judicialização direta e autonomia dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, inaugurado a partir de Lagos del Campo vs. Peru, a qual dificilmente será modificada a fim de que não haja contraditoriedade do próprio tribunal em vedar o retrocesso nos avanços realizados em direitos humanos.

Em relação ao cenário europeu, Mestre i Mestre (2016, p. 129) demonstra que a Corte EDH também pode vir a aceitar a judicialização direta de direitos sociais num futuro próximo. No sistema regional europeu, há ainda mais dificuldade para esse avanço, porque a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) não possui um artigo como o 26 da CADH que tutele direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Apesar disso, a Corte EDH desenvolveu, ao longo dos anos, da mesma forma que a Corte IDH, uma jurisprudência de reconhecimento desses direitos vinculados aos de natureza civil e política previstos na Convenção Europeia.

Mestre i Mestre cita como exemplos os seguintes casos: *Larioshinaus. Rússia* (2002) e *R.R. vs. Polônia* (2011), em que se reconheceu, respectivamente, que a ausência de recursos para uma vida digna e a falta de acesso a exames médicos por uma mulher grávida violava o direito à proibição de trato degradante (2016, p. 116); *McCann vs. Reino Unido* (2009), em que a Corte EDH reconheceu a interdependência dos direitos da CEDH e os direitos sociais (2016, p. 116); *Wallowa y Wallaus. República Checa* (2007), na qual o direito aos pais de custódia e educação dos filhos foi analisado à luz do direito de respeito à vida privada e familiar (2016, p. 120).

Em relação ao direito do trabalho, Angelika Nussberger (2014, p. 11), cita os avanços da Corte EDH no caso *Demir e Baykaraus. Turquia* (2008). Nele, a Corte EDH entendeu que o direito à negociação e à convenção coletiva estavam inseridos no conteúdo da liberdade de associação (sindical) e que este direito, previsto no artigo 11 da CEDH, não tinha uma lista exaustiva ou finita de hipóteses de proteção, mas que devia ser sujeita à evolução das relações de trabalho, do direito internacional e das exigências dos direitos humanos (CORTE EDH, 2008, p. 36).

Nesse cenário, é possível defender que a Corte IDH passa, então, a inaugurar novas possibilidades de diálogos com a Corte EDH no âmbito internacional, dessa vez não mais sob a temática de profundas violações de direitos humanos em contexto de governos não

democráticos e justiça de transição, mas também em matéria de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, acompanhando a alta demanda de emancipação social e desenvolvimento econômico do cenário latino-americano e permitindo que, cronologicamente, ambos os sistemas estejam caminhando juntos na evolução jurisprudencial para o avanço em matéria de direitos humanos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo, pretendeu-se demonstrar o duplo caráter paradigmático do caso Lagos del Campo *vs.* Peru (2017), em que a Corte IDH deu autonomia ao direito ao trabalho e, indo além, reconheceu a judicialização direta dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, dando novo conteúdo normativo ao artigo 26 da CADH.

Inicialmente, apresentou-se o surgimento da Corte IDH no contexto histórico, social e político da América Latina, quando ainda era majoritariamente governado por regimes ditatoriais e a necessidade de desenvolvimento da agenda democrática na região.

Com essa finalidade, houve avanço jurisprudencial da Corte IDH na temática de profundas violações de direitos humanos advindas de regimes autoritários, justiça de transição, consolidação de instituições democráticas, proteção de grupos vulneráveis e, com menos volume, nas matérias de direitos sociais e direitos da agenda contemporânea como os direitos reprodutivos.

Em seguida, apresentou-se a pavimentação de um *ius commune* latino-americano, referente à firmação de direitos perante o sistema interamericano, num contexto que dialogue, no âmbito internacional e nacional, com outras Cortes, e possibilite a emancipação da sociedade, o desenvolvimento da região e análise evolutiva de direitos humanos.

Foram tomados em consideração três fatores fundamentais para essa pavimentação do *ius commune*, quais sejam, (i) fomentar uma cultura dialógica multinível e evolutiva em matéria de direitos humanos, (ii) adoção de medidas executivas para fortalecer o sistema interamericano e (iii) avançar na proteção dos direitos humanos, democracia e Estado de Direito na América Latina.

Em relação aos fatores (i) e (iii), que se inserem no âmbito de atuação da Corte IDH, demonstrou-se que o caso Lagos del Campo *vs.* Peru contribui tanto para fomentar esse diálogo evolutivo na proteção de direitos humanos, quanto para o fortalecimento do novo estágio democrático da América Latina.

No que diz respeito ao primeiro, fez-se um levantamento sobre o diálogo de jurisdicional da Corte IDH com a Corte EDH, demonstrando que esta adotou a primeira como parâmetro para os casos de violações no contexto de regimes autoritários, ou seja, na área de maior consolidação jurisprudencial do sistema interamericano.

Em seguida, demonstrou-se como o caso Lagos del Campo *vs.* Peru veio romper com a jurisprudência restritiva da Corte IDH no contexto de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais e como permitiu a abertura e consolidação de nova jurisprudência nessa área, inclusive ampliando o diálogo com a Corte EDH sobre direitos dessa natureza e indo além, permitindo a sua judicialização direta e autônoma com amparo na Convenção Americana.

Em relação ao fator (iii), foram apresentadas as novas demandas sociais do contexto latino-americano e como o caso Lagos del Campo *vs.* Peru se insere para permitir a luta por emancipação e desenvolvimento mínimos que permitam quebrar com as consequências da colonialidade.

Dito isso, o presente artigo alcançou seu objetivo, tendo como resultado a comprovação de que o caso Lagos del Campo *vs.* Peru possui duplo caráter paradigmático se analisado sob o novo estágio democrático dos Estados latinos do sistema interamericano, em especial diante da pavimentação do seu *ius commune* latinoamericano e a sua inserção, com novo grau de importância, num diálogo de cortes

internacional em matéria de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Data de Submissão: 31/10/2019

Data de Aprovação: 22/01/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Maria Aurora Medeiros

## REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Tradução Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária: Elefante, 2016. 264 p. ISBN 978-85-69536-02-4.

ACOSTA, Paola Andrea. *Ius Commune interamericano*. Brevíssimas notas sobre el concepto de diálogo. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: Textos básicos para su comprensión. 1. ed. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 371-384.

BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flavia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. **Revista direitos fundamentais & democracia**, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i31328>. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1328>. Acesso em: 03 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto 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. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/do678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/do678.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

CECATO, Maria Aurea Baroni; OLIVEIRA, Armando Albuquerque. Direitos Sociais: do Estado Liberal ao Estado Social. **Prim@ Facie - Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, UFPB**, João Pessoa, v. 15, n. 29, p. 01-25, 2017. Acesso em: 5 jan. 2020.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Court (Grand Chamber). **Judgement Case of Demir and Baykara v. Turkey**. Application n. 34503/97. 12 November 2008. Disponível em:  
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89558>. Acesso em: 12 out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opini3n Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999 solicitada por Los Estados Unidos Mexicanos**. “El derecho a la informaci3n sobre la asistencia consular en el marco de las garant3as del debido proceso legal”. Disponível em:  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_16\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf). Acesso em: 19 out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opini3n Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la Rep3blica de Colombia**. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relaci3n con el medio ambiente en el marco de la protecci3n y garant3a de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretaci3n y alcance de los art3culos 4.1 y 5.1, en relaci3n con los art3culos 1.1 y 2 de la convenci3n americana sobre derechos humanos). Disponível em:  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf). Acesso em: 19 out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Senten3a Caso Trabajadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil** (Exce33es Preliminares, M3rito, Reparaci3es e Custas). 20 de outubro de 2016. Disponível em:  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf). Acesso em: 10 out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentencia Caso “Cinco Pensionistas” vs. Per3** (Fondo, Reparaciones y Costas). 28 de febrero de 2003. Disponível em:  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_98\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf). Acesso em: 10 out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentencia Caso Acevedo Buendia y otros (“Cesantes y Jubilados de la**

**Contraloría”) vs. Perú** (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). 1 de julio de 2009. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_198\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf). Acesso em: 12 out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Sentencia Caso Baena Ricardo vs. Panamá** (Fondo, Reparaciones y Costas). 2 de febrero de 2001. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_72\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf). Acesso em: 11 out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Sentencia Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala** (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas). 29 de febrero de 2016. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_312\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf). Acesso em: 20 out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Sentencia Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala** (Fondo). 19 de noviembre de 1999. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf). Acesso em: 10 out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Sentencia Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú** (Fondo, Reparaciones y Costas). 31 de enero de 2001. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_71\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf). Acesso em: 23 out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Sentencia Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador** (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 1 de septiembre de 2015. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_298\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf). Acesso em: 09 out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Sentencia Caso Lagos Del Campo vs. Perú** (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 31 de agosto de 2017. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_340\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf). Acesso em: 30 out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Sentencia Caso Suárez Peralta vs. Ecuador** (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 21 de mayo de 2013. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_261\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_ing.pdf). Acesso em: 17 out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Sentencia Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras** (Fondo). 29 de julio

de 1988. Disponível em:  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf).  
Acesso em: 17 out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Sentencia Caso Yarce y otras vs. Colombia** (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). 22 de noviembre de 2016. Disponível em:  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_325\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_325_esp.pdf).  
Acesso em: 17 out. 2019.

DA SILVA, Alice Rocha; ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. Tentativas de contenção do ativismo judicial da Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**: Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 5, n. 2, p. 302-408, ago. 2019. ISSN 2236-1677.

GARZA, José María Serna. El concepto del *Ius Commune* Latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: Textos básicos para su comprensión. 1. ed. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 193-214.

GARZA, Magda Yadira Robles. Atividade Judicial e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais: as frases do Tribunal Interamericano de Derechos Humanos. In: Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino, II., 2018, Rio de Janeiro. **Anais** [...]. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2019, p. 133-149. ISBN: 978-85-5505-764-9 Disponível em:  
<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/kshuec3y/c3cu6k8g>.  
Acesso em: 12 out. 2019.

GROPPI, Tania; COCCO-ORTU, Anna Maria Lecis. Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo? **Revista de Derecho Político**, Madrid, n. 91, p. 183-230, sep./dic. 2014. DOI:  
<https://doi.org/10.5944/rdp.91.2014.13676>. Disponível em:  
<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/13676/12370>. Acesso em: 12 out. 2019.

LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, p. 51-74, abr./jun. 2009. Disponível em:  
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194915>. Acesso em: 15 out. 2019.

LINS, Liana Cirne. Da titularidade à co-titularidade dos direitos fundamentais sociais: pressuposto à adequação procedimental da sua tutela. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza. v. 33, p. 147-164, 2013. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/872>. Acesso em: 05 jan. 2020.

NUSSBERGER, Angélica. A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos em Direito do Trabalho. *In: Palestra na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT*, 2014, Brasília. **Palestra** [...], apresentada em 20 ago. 2014, às 16h00. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT. Disponível em: <http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2014/09/Palestra-Angelika-Nussberger.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2 p.302-363, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v9i2.6005>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6005>. Acesso em: 03 jan. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Iusconstitutionale commune* latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. **Revista Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017. DOI: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.28029>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/28029/20617>. Acesso em: 28 out. 2019.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **REDESG - Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**: Vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria, [Santa Maria], v.3, n.1, p. 76-101, jan./jun. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/2316305416282>. Disponível em: <http://periodicos.ufsm.br/index.php/redesg/article/view/16282#.xbphyohkjiiv>. Acesso em: 20 out. 2019.

RAMÍREZ, Sergio García. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*. *In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*. 1. ed. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 55-107.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIBEIRO, Daniela Menengoti Ribeiro; VINCE, Fernando Navarro. Direitos Sociais e a indivisibilidade dos direitos humanos: o caso Lagos Del Campo vs. Peru julgado pela Corte Interamericana. **Revista Eletrônica Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [Bebedouro], v. 6, n. 2, p. 67-92, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i2.488>. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/488>. Acesso em: 22 out. 2019.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Construindo as Epistemologias do Sul**: Antologia Essencial. Volume I: Para um pensamento alternativo de alternativas. 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, [Coimbra], n. 48, p. 11-32, jun. 1997. Disponível em: <https://ces.uc.pt/rccs/index.php?id=628>. Acesso em: 30 set. 2019.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; GOMES, Aline Antunes. O impacto da incorporação dos países do leste da Europa ao sistema regional europeu de proteção de direitos humanos. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 68, p. 531-554, jan./jun. 2016. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2016p531. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1774/1688>. Acesso em: 23 out. 2019.

## **Lagos Del Campo VS. Peru And Double Paradigmatic Role In The Evolution Of Justiciability Of Social Rights In The Inter-American Court Of Human Rights**

Laura Fernanda Melo Nascimento

Igo Zany Nunes Correa

Adriano Fernandes Ferreira

### **Abstract:**

The effectiveness of economic, social, and cultural rights over civil and political rights has long been neglected by states, downgrading them to mere programmatic rhetoric. That happened was especially true in countries of Latin American culture, whose history reveals the passage through long dictatorial and transactional periods that required democratic affirmation and consolidation. Taking this into account, this article aims to demonstrate how there has been a significant jurisprudential evolution regarding the content, matrix and normative density of such rights within the Inter-American Court of Human Rights following the judgment of the *Lagos del Campo v. Peru* case in 2017. Using the method deductive, theoretical foundation and historical and comparative approach with the European human rights system, it was demonstrated that this precedent represented a double paradigmatic character, inaugurating not only the justiciability of economic, social and cultural rights beyond the collective or supplementary bias (with the recognition of autonomy, protection of labor law, through new interpretation and normative scope of the concept of progressivity), as it contributing, from then on, to paving the Latin American *ius commune* and at a new moment in the inter-American system in the international Courts' dialogue.

### **Keywords:**

Economics, social and cultural rights. Justiciability. Jurisprudence. Inter-American Court of Human Rights. Latin American *ius commune*.

## A Constitucionalidade Da Lei Da Anistia E As Implicações Do Julgamento Do Caso Gomes Lund

**Henrique Breda Cavalcanti**

Mestrando em Direito na Universidade Federal da Bahia.

Email: henriquebreda10@hotmail.com

**Nelson Cerqueira**

Doutor em Literatura Comparada - Indiana University. Professor Adjunto da Faculdade Helio Rocha e professor colaborador do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFBA.

Email: nelsoncerqueira1@gmail.com

**Resumo:** O presente trabalho visa analisar a constitucionalidade da Lei da Anistia (Lei 6.683/1979) e as potenciais repercussões do julgamento do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Promulgada quando da transição do Regime Militar brasileiro para a Nova República, a referida lei anistiou graves violações de direitos humanos cometidas contra militares e civis durante o período ditatorial. O STF confirmou em 2010 a validade dessa lei em face da Constituição Federal de 1988, mas naquele mesmo ano a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) julgou-a incompatível com o Pacto de San José da Costa Rica. O estudo deste tema visa, através do método hipotético-dedutivo, analisar os argumentos apresentados pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) contra a Lei da Anistia para constatar ou não sua validade e, em seguida, refletir sobre as possíveis implicações da decisão da Corte IDH no que tange especificamente ao ordenamento jurídico interno brasileiro. Conclui-se que a Lei da Anistia é constitucional e que invalidá-la com base na jurisprudência superveniente da Corte IDH violaria o princípio da segurança jurídica, razão pela qual o veredito internacional não pode ter repercussões jurídicas internas no Brasil.

**Palavras-chave:** Anistia. Constitucionalidade. Convencionalidade. Ditadura. Direitos humanos. Justiça de transição. Jurisdição internacional.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

## **A Constitucionalidade Da Lei Da Anistia E As Implicações Do Julgamento Do Caso Gomes Lund**

Henrique Breda Cavalcanti

Nelson Cerqueira

### **1 INTRODUÇÃO**

Em abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento da Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) 153 (Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 29/04/2010, DJe 05/08/2010), na qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) questionava a validade da Lei da Anistia (Lei 6.683/1979) em face da Constituição Federal de 1988.

Promulgada em 1979, no contexto da transição do Regime Militar para o atual período democrático, essa lei fora responsável por conceder a anistia a todos os que haviam praticado “crimes políticos” ou com estes conexos no período entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Tal anistia caracterizou-se como “ampla, geral e irrestrita”, incluindo tanto os agentes da repressão estatal como os militantes de esquerda que pegaram em armas contra o regime; e abrangeu todas as formas de delitos políticos ou praticados com motivação política, incluindo-se aí graves violações de direitos humanos como tortura, estupro e homicídio qualificado.

O STF julgou improcedente a ação por folgada maioria de votos, entendendo não haver incompatibilidade entre a anistia promulgada em 1979 e a nova ordem constitucional representada pela CF/88. No

entanto, apenas sete meses depois, em novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o Tribunal internacional da Organização dos Estados Americanos (OEA), decidiu por unanimidade que a referida lei é incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica – um tratado internacional do qual o Brasil é signatário. O país foi condenado pela Corte no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, no qual se entendeu que a interpretação dada à Lei da Anistia viola direitos humanos das vítimas da ditadura militar e vai de encontro a obrigações internacionais assumidas pelo Brasil:

A OAB, então, interpôs embargos de declaração em face do julgamento da ADPF 153, dando ao STF a oportunidade de pronunciar-se novamente acerca do caso e do aparente estranhamento entre sua decisão positiva sobre a constitucionalidade da Lei da Anistia e a decisão negativa da Corte IDH sobre a convencionalidade da mesma.

O trabalho busca primeiramente analisar, um a um, os argumentos inicialmente levantados pela OAB em prol da inconstitucionalidade da Lei da Anistia, para constatar ou não a sua procedência. Em seguida, busca-se averiguar se a decisão condenatória da Corte IDH pode ou não produzir efeitos no âmbito interno do ordenamento jurídico brasileiro.

O método empregado, assim, é o hipotético-dedutivo, estabelecendo-se hipóteses para então submetê-las a testes de validação, visando concluir-se pela sua veracidade ou falsidade aos olhos do ordenamento jurídico. Para se atingir tal objetivo, foram utilizados como fontes de pesquisa o texto literal da Lei da Anistia, as considerações dos ministros do STF no julgamento da ADPF 153 e os ensinamentos das doutrinas constitucionalista e internacionalista sobre a matéria.

## **2 A ADPF 153 E A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DA ANISTIA**

A ADPF 153 foi proposta pelo Conselho Federal da OAB, a qual, por ironia, havia sido uma das entidades a encampar a aprovação do projeto de lei que deu origem à anistia no final da década de 70.

Em sua peça vestibular, a OAB atacava a Lei da Anistia por duas linhas argumentativas. Inicialmente, questionava-se o sentido atribuído à expressão “crimes conexos”, denominação que, segundo a autora, não poderia ser estendida aos crimes comuns praticados por agentes do Estado contra os opositores do regime:

**Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes**, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.  
**§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política** (BRASIL, 1979, grifo nosso).

Argumentava-se que políticos seriam os crimes praticados contra a ordem política, a segurança nacional ou o Estado e suas instituições, ao passo que os delitos perpetrados pelos militares seriam justamente o contrário disso: eram crimes praticados a serviço do Estado, com o propósito de defender a ordem política vigente contra aqueles acusados de subvertê-la.

Dessa forma, impossível seria reconhecer uma “conexão” material entre os delitos dos guerrilheiros e os dos militares, pela ausência de uma comunhão de propósitos e objetivos entre eles. De um lado, os guerrilheiros teriam praticado crimes políticos contra o regime castrense visando derrubá-lo, crimes estes que, por serem políticos, estariam cobertos pela anistia; do outro lado, os agentes do

regime teriam incorrido em crimes comuns no combate a seus opositores, crimes estes que não seriam conexos em relação aos delitos dos guerrilheiros e que por isso não teriam sido abarcados pela anistia.

Ainda nessa linha de raciocínio, também apontava a OAB que os atos praticados pelos militares no contexto da repressão equivaleriam a um “terrorismo de Estado”, e que, portanto, poderiam ser enquadrados na exceção do art. 1º, § 2º da lei: “Excetua-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal” (BRASIL, 1979).

A segunda linha argumentativa da autora, por sua vez, salientava que, ainda que pudesse ser reconhecida uma conexão entre os crimes praticados pelos dois lados, a extensão da anistia às atrocidades executadas pelos agentes da repressão estatal violaria diversos preceitos constitucionais.

Primeiramente, a ideia de se conceder anistia tanto a crimes políticos (sendo estes bem definidos em lei), quanto a crimes conexos a estes (que não são descritos pela lei ou pela doutrina) representaria uma afronta à isonomia em matéria de segurança (art. 5º, *caput* da CF), uma vez que “nem todos seriam iguais em matéria de anistia criminal”, pois no que tange aos crimes conexos caberia a cada julgador, no caso concreto, quem iria ou não beneficiar-se da anistia, a depender do enquadramento ou não de sua conduta como sendo conexa a algum crime político.

A interpretação questionada da lei também seria uma ameaça ao preceito da transparência (art. 5º, XXXIII da CF), por permitir que o Estado, ao sorrateiramente conceder anistia a pessoas indeterminadas sob o manto da expressão indefinida “crimes políticos ou com estes conexos”, ocultasse dos cidadãos interessados as identidades dos algozes das vítimas do regime militar.

Também teriam sido feridos os princípios democrático e republicano consubstanciados no art. 1º da CF, segundo o qual “a República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado democrático de direito.” (BRASIL, 1988), pois estar-se-iam anistiando agentes do Estado que, remunerados com dinheiro público, teriam

atentado contra a pessoa de opositores políticos. Ademais, a Lei da Anistia teria sido aprovada por um Congresso ilegítimo, com um terço de seus senadores tendo sido indicados pelo governo militar (os chamados senadores “biônicos”) e sancionada por um Presidente eleito não pelo povo, mas sim por seus colegas de farda, motivo pelo qual careceria de legitimidade. Em consequência, a anistia só teria validade se viesse a ser legitimada, após o advento da CF/88, por um Congresso eleito pelo povo ou mesmo diretamente por este último, mediante referendo, o que, contudo, não veio a acontecer.

O acordo político que conduziu à aprovação da lei também teria violado a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF) e do povo brasileiro, utilizada como “moeda de troca” na transição negociada para o regime democrático, que teria sido costurada por militares e parlamentares com a participação da sociedade civil, mas não das vítimas sobreviventes ou dos familiares dos mortos. Ou seja, não foram ouvidos aqueles que detinham a “titularidade” para transacionar o perdão pelos crimes praticados.

Além disso, a anistia também esbarraria no óbice expresso do art. 5º, XLIII da CF (BRASIL, 1988), o qual declara serem insuscetíveis de graça ou anistia a tortura e os crimes hediondos. Ainda que o crime de tortura só tenha sido tipificado no Brasil em 1997 pela Lei 9.455 (BRASIL, 1997), tal prática sempre teria sido reprovada por diplomas normativos internacionais e constituiria uma afronta à dignidade da pessoa humana, fundamento de todo o sistema internacional de direitos humanos e do ordenamento constitucional brasileiro surgido a partir de 1988.

Isso dito, cumpre agora analisar, um a um, os argumentos formulados pela OAB para pleitear a não-extensão da anistia aos agentes do Estado que tivessem praticado crimes comuns contra opositores políticos durante o Regime Militar.

### **3 “CRIMES POLÍTICOS E COM ELES CONEXOS”**

O primeiro argumento, de ordem não exatamente constitucional, mas sim meramente interpretativa do texto da lei, foi acatado pelo min. Ricardo Lewandovski (BRASIL, 2010). Em seu voto, Lewandovski relata que o sistema processual penal brasileiro admite seis hipóteses de conexão: I – concurso formal, material ou crime continuado; II – conexão intersubjetiva por simultaneidade (duas ou mais infrações praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, sem acordo mútuo de vontades); III – conexão intersubjetiva por concurso (duas ou mais infrações praticadas por várias pessoas em concurso, mediante acordo mútuo, embora diverso o tempo e o local); IV – conexão objetiva (duas ou mais infrações praticadas, quando uma delas busca facilitar ou ocultar a prática da outra); V – conexão probatória (quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influírem na prova de outra infração); e VI – conexão intersubjetiva por reciprocidade (duas ou mais infrações praticadas, por várias pessoas, umas contra as outras).

Lewandovski (BRASIL, 2010) corretamente aponta que, dessas hipóteses, somente as duas últimas seriam compatíveis com o conceito de conexão trazido pela Lei da Anistia, visto que as demais pressupõem uma unidade de propósitos ou condutas entre os agentes. No entanto, a conexão probatória e a conexão por reciprocidade seriam igualmente inaplicáveis à espécie por serem normas de cunho meramente processual, as quais, muito embora possibilitem que crimes distintos sejam reunidos em um mesmo juízo, visando facilitar a instrução processual e evitar decisões conflitantes, são incapazes de criar um liame material entre tais crimes.

Tais entraves técnicos, segundo o ministro, implicariam na conclusão de que o legislador de 1979 fracassou em sua tentativa de “estabelecer um vínculo material entre os crimes políticos cometidos pelos opositores do regime e os delitos comuns atribuídos aos agentes do Estado”, visando dar-lhes o mesmo tratamento jurídico. Dessa forma, descartada a hipótese de conexão entre eles, caberia ao

Judiciário avaliar caso a caso se os crimes praticados por cada agente do Estado seriam políticos ou se, sendo comuns, teriam sido absorvidos por crimes políticos, devendo a anistia ser reconhecida apenas em caso positivo, afastando-se sua incidência em relação aos delitos que não se enquadrassem nesses parâmetros.

O voto de Lewandovski (BRASIL, 2010) mostra-se equivocado por dois motivos. Em primeiro lugar, porque o legislador não “fracassa” ao elaborar a lei, a menos que o faça de modo formalmente ou materialmente vedado pela Constituição, ou de modo que não exprima sua verdadeira intenção em relação à matéria a ser regulada.

A lei é a materialização da vontade do legislador, de modo que, se for constatado que o legislador quis conferir um certo tratamento jurídico a uma determinada situação, então aquele tratamento jurídico é o que deve ser dado àquela situação, ainda que o legislador tenha se expressado de forma incorreta do ponto de vista técnico, como pode ter ocorrido no caso em tela, onde o termo “conexão” foi usado com um sentido distinto daquele que possui no Código Penal e no Código de Processo Penal. Sendo assim, a alegada atecnia do legislador ao utilizar de forma equivocada o termo “conexão” não impede que seja reconhecido e respeitado o seu intento de estender os benefícios da anistia aos agentes do Estado que cometeram crimes comuns contra opositores políticos durante o Regime Militar.

Ainda que essa opção política possa embrulhar o estômago de muitos, ao assegurar a impunidade dos que cometeram tantas barbaridades, não pode o Judiciário desfazê-la simplesmente por considerá-la absurda ou mesmo desumana, conforme assentado no voto da min. Carmen Lúcia:

[...] por mais abjeto, grave e cruciante tenha sido a opção do Conselho Federal da Ordem dos Advogados de 31 anos atrás, teve aquela escolha consequências políticas e jurídicas não passíveis de singelo desfazimento pela via de interpretação judicial. Nem de longe alguém desconhece toda a carga de ferocidade das torturas, dos homicídios, dos desaparecimentos de pessoas, das lesões gravíssimas praticadas, que precisam ser conhecidas e reconhecidas e, principalmente, responsabilizadas, para que não se repitam. Mas o desfazimento de anistia por lei cujos efeitos se produziram e exauriram num determinado momento

histórico não se pode dar pela via judicial pretendida (BRASIL, 2010).

Em segundo lugar, importa ainda ressaltar que o legislador se preocupou em explicitar, logo no § 1º do art. 1º da Lei da Anistia, o conceito de conexão para os fins daquela lei: “Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”. E é esse o conceito que deve ser aplicado à espécie, devido ao critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*). Sendo o CP e o CPP leis genéricas destinadas aos crimes em geral, e sendo a Lei da Anistia um diploma legal específico para os delitos praticados no contexto da repressão política da ditadura militar, não restam dúvidas de que o conceito definido nesta última é que deve prevalecer.

Nesse sentido, é seguro também afirmar que os delitos praticados contra as vítimas tinham motivação política, e, portanto, devem ser incluídos no escopo da anistia. Ora, os dissidentes políticos não foram alvo de torturas, estupros, homicídios e desaparecimentos forçados por razões pessoais, senão porque foram identificados como detratores, reais ou imaginários, do regime de exceção que governou o país entre 1964 e 1985. Inegável, portanto, a motivação política por trás de tais atrocidades.

Além disso, como bem salientado no voto do min. relator Eros Grau (BRASIL, 2010), a expressão “crimes conexos a crimes políticos” não era exatamente uma novidade no Brasil, tendo aparecido em ao menos seis anistias ocorridas em nossa história ao longo do século XX, incluindo-se aí em eventos notórios como a Revolução de 30 e a Revolução Constitucionalista de 1932 em São Paulo.

Nessa esteira, o critério para se determinar o alcance dessa expressão em cada caso, ou seja, se a anistia concedida aos crimes conexos beneficiaria somente os revoltosos ou também as forças do Estado que os reprimiram, reside na interpretação histórica de cada momento. Isso porque, como apontado no voto do min. Eros Grau (BRASIL, 2010), a Lei da Anistia é uma lei-medida. Ao contrário das

leis-norma, dotadas de generalidade e abstração, as leis-medida apresentam-se imediatas e concretas, disciplinando diretamente determinados interesses, e, portanto, devem ser interpretadas conforme o contexto da época em que foram editadas, não conforme o contexto atual.

Dessa forma, a pergunta a ser feita é a seguinte: o que desejou o legislador em 1979? Essa pergunta já foi respondida nos parágrafos acima, e a conclusão não poderia ser outra ao ponderar-se que a anistia resultou de um acordo negociado entre ambos os lados do conflito, cada qual com seus próprios interesses a serem resguardados.

Tivesse o regime militar sido derrubado por uma revolução armada – como inclusive desejavam muitos dos que sofreram nos porões da ditadura –, seria plausível alegar que a anistia concedida poderia não abranger aqueles que haviam praticado crimes a seu serviço, já que o novo regime seria tendente a adotar perante estes uma postura revanchista. Não foi, contudo, o que aconteceu. Em se tratando de um Congresso com parte de seus senadores escolhida a dedo pelos militares e ainda sob a presidência de um general, como apontado pela própria exordial da OAB, é inimaginável que a *voluntas legislatoris* daquele momento pudesse ser interpretada no sentido de restringir os benefícios da anistia aos subversivos, deixando de fora os agentes do Estado.

Improcede, portanto, o argumento de que a expressão “crimes conexos a crimes políticos” não pode ser estendida aos delitos comuns praticados pelas forças da repressão estatal durante a ditadura.

No que tange à alegação de que tais atos teriam caracterizado um terrorismo de Estado, mais uma vez é útil recorrer à interpretação histórica para se observar que seria igualmente ilógico pensar que o legislador pudesse ter redigido o texto legal com a ideia de que os crimes executados pelo aparato de repressão estatal seriam, também, uma forma de terrorismo.

Mas ainda que se dê a esse argumento o benefício da dúvida e se entenda que a vontade da lei pode vir a se desgarrar da vontade do legislador e adquirir um caráter autônomo, como apontado em seu

voto pelo min. Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2010), tal constatação teria pouco ou nenhum efeito prático no caso em tela. Isso porque o texto da lei, que é bem claro nesse sentido, exclui do escopo da anistia os que haviam sido condenados por terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Leia-se novamente: condenados, não “acusados” ou “denunciados”.

Essa exceção não pode ser aplicada aos agentes do Estado, justamente porque, devido à impunidade penal de que gozavam durante a ditadura, não poderiam ter sido sequer denunciados, quem dirá condenados. E nem poderiam sê-lo após o julgamento da ADPF, vez que naquela data todos os crimes já se encontravam prescritos, conforme apontado no voto do min. Cezar Peluso (BRASIL, 2010).

Também não se pode opor a isso o óbice referente aos tratados internacionais assinados pelo Brasil sobre a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade, pois esses tratados foram subscritos após o cometimento dos aludidos crimes e o STF possui jurisprudência consolidada no sentido de que tais diplomas não são aplicáveis a atos praticados antes da sua entrada em vigor no ordenamento jurídico nacional.

Assim, também não se sustenta o argumento baseado na ideia de terrorismo de Estado. Antes de proceder à segunda linha argumentativa da OAB, qual seja, a de contrapor a Lei da Anistia em face da CF, faz-se necessário uma explicação sobre a relação entre esses dois diplomas normativos em termos hierárquicos e cronológicos.

#### **4 O STATUS CONSTITUCIONAL DA LEI DA ANISTIA**

A Lei da Anistia, como já dito acima, foi promulgada em 1979, sob a vigência da Constituição de 1969. Esta, por sua vez, não era oficialmente uma Constituição, mas sim uma emenda à Constituição anterior, de 1967, conforme se verá logo abaixo. Seis anos depois,

ainda sob aquela mesma vigência, houve a aprovação da Emenda Constitucional (EC) 26/85.

É importante ressaltar que, conforme assentado no voto do min. relator Eros Grau (BRASIL, 2010), a anistia concedida pela lei de 1979 veio a ser substituída por uma nova anistia prevista na EC 26/85, anistia essa inclusive mais abrangente que a anterior, já que também abarcava os condenados por terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal – constituindo, diga-se de passagem, mais um óbice ao argumento da exceção do terrorismo formulado na peça vestibular.

Isso posto, tem-se ainda que, segundo a doutrina majoritária, a EC 26/85 foi uma manifestação do poder constituinte originário, haja vista ter pavimentado o caminho para a revogação da Constituição de 1969 pela Constituição de 1988, que vigora até os dias atuais.

Como assevera Luís Virgílio Afonso da Silva (2001, p. 18-19), uma ordem constitucional encontra seu fim no momento em que é praticado um ato que oficialmente prepara o terreno para o surgimento de um novo texto constitucional, pois, se toda autoridade constituída tem sua autoridade outorgada pela norma fundamental que sustenta uma Constituição, então o ato que se destina a providenciar uma nova Constituição é um ato que extrapola a competência conferida à autoridade em questão pela mesma Constituição que se deseja enterrar. Tal ato é, portanto, um ato de usurpação; um ato político e não jurídico, inescapavelmente inconstitucional em relação à Constituição e à norma fundamental então vigentes, e sua consumação, se obtiver sucesso, necessariamente inaugura uma nova norma fundamental que sustentará a nova Constituição a ser formulada.

O ato de usurpação é, aos olhos da Constituição em voga, um ato de rebeldia e traição; mas, se o usurpador é vitorioso em sua insurreição, a sua ordem torna-se a ordem normativa vigente, e aqueles que se opuserem a ela é que serão considerados traidores.

Voltando-se agora à Constituição de 1967, tem-se que a mesma, em termos fáticos, não chegou a durar três anos. Em 1969, quando um derrame cerebral acometeu o presidente Costa e Silva e impediu-o de

continuar o mandato, o cargo deveria ter sido entregue a seu vice-presidente, o civil Pedro Aleixo. Mas este foi impedido de tomar posse pelo Ato Institucional nº 12, decretado por uma junta militar formada pelos ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, que tomou o poder para si e continuou a exercê-lo enquanto era preparado um novo texto constitucional, promulgado naquele mesmo ano sob o título de “Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967” (SILVA, 2017, p. 89).

Perceba-se que o ato praticado pelos ministros militares fora flagrantemente inconstitucional em relação à Carta de 1967, cujo art. 79 assegurava a Aleixo o direito de assumir a presidência no lugar do titular do cargo: “Art. 79 - Substitui o Presidente, em caso de impedimento, e sucede-lhe, no de vaga, o Vice-Presidente” (BRASIL, 1967).

A “emenda” de 1969 nasce, portanto, de uma ruptura com a ordem então vigente, ruptura essa que inaugura uma nova ordem constitucional. Nos dizeres de José Afonso da Silva (2017, p. 89):

Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de uma nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*.

É o ato de usurpação que planta o gérmen do poder constituinte originário. Se esse ato é praticado com o objetivo de sepultar a Constituição vigente, então ele por óbvio não se sujeita às limitações por ela impostas. E a equação se completa com o *animus* de fundar uma nova ordem constitucional, configurando-se assim todos os elementos que qualificam o poder constituinte originário:

O *poder constituinte originário* é aquele que faz a constituição, organizando, juridicamente, o Estado. Ao romper, em definitivo, com o ordenamento antecessor para criar o novo Estado, o poder constituinte originário estabelece uma nova constituição [...]. Por isso, é também chamado de *fundacional, inaugural, genuíno, primário, primogênito* ou de *primeiro grau* (BULOS, 2017, p. 115).

Isso posto, da mesma forma como o Ato Institucional nº 12 fora o ato de usurpação que deu origem à ordem constitucional de 1969, a EC 26/85 é o ato de usurpação que rompe com essa ordem para convocar a Assembleia Nacional Constituinte que daria origem à CF/88.

Aqui, cabe fazer uma distinção entre Constituição e ordem constitucional; esta última surge já a partir do ato de usurpação, enquanto a primeira surge com sua própria promulgação. No interregno entre esses dois marcos ainda não há uma nova Constituição, mas já existe uma nova ordem constitucional, visto que a norma fundamental anterior foi superada por uma nova norma fundamental. Uma vez promulgada a nova Constituição, esta passará a se confundir com a nova ordem constitucional.

Assim, tem-se que a anistia de 1979 foi abraçada e até ampliada pela nova ordem constitucional surgida com a EC 26/85. Dessa forma, doravante neste artigo não se falará mais da Lei da Anistia como uma norma legislativa ordinária, mas sim como uma norma constitucional de autoria do mesmo poder constituinte originário responsável pela criação da CF/88.

Walter Claudius Rothenburg (2013, p. 16) entende que a EC 26/85 na verdade estaria subordinada à Constituição de 1969, e portanto teria sido não recepcionada, mas sim revogada pela CF/88. No entanto, apesar de formalmente vinculada à Carta de 1969, a EC 26/85 veio para romper com esta última, como se demonstrou acima; destarte, pertence ela substancialmente à égide da Constituição de 1988, e não de sua antecessora. Como observado pelo min. relator Eros Grau em seu voto, “[...] a nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição Nova, mas também a norma origem” (BRASIL, 2010).

Isso, por si só, já fulmina alguns dos argumentos levantados em prol da incompatibilidade entre a anistia de 1979 e os preceitos da CF/88; pois, em se tratando de normas de mesma hierarquia, deve prevalecer a Lei da Anistia em decorrência do já mencionado critério da especialidade. Mais especificamente, restam fulminados os

argumentos referentes aos princípios democrático e republicano e à impossibilidade de anistia para tortura e crimes hediondos, sendo cediço que são normas de cunho genérico, que não resistem ao embate com a especificidade da Lei da Anistia.

Também cai por terra o argumento concernente à incompatibilidade entre a Lei da Anistia e os tratados internacionais aos quais o Brasil aderiu e que reprovam a tortura e outras violações de direitos humanos. Algumas dessas normas na verdade não eram vigentes no Brasil à época da prática dos crimes ou da aprovação da Lei da Anistia, e sua aplicação retroativa consequentemente ofenderia a segurança jurídica.

No entanto, Rothenburg (2013, p. 12-13) alerta para a incidência da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, que já havia sido aprovada pela Assembleia da ONU em 1968 e cuja força se impunha ao Brasil na forma de *jus cogens* desde então, inobstante o país nunca a ter ratificado.

É de se reconhecer que o costume seja uma das fontes mais preponderantes do direito internacional, e que, em se tratando de direitos humanos, pode até ser capaz de vincular Estados independentemente do seu consentimento. Rothenburg (2013, p. 12) acrescenta que a jurisprudência do STF reconhece essa força vinculante do costume internacional e inclusive lhe confere prevalência sobre o direito interno, citando como exemplo o descabimento de reclamação trabalhista em face de representação diplomática no país.

Contudo, como também escreve o referido autor, o STF apresentou mais de um motivo para afastar a incidência da imprescritibilidade:

[...] a questão da prescrição somente teria relevância se fosse afirmada a existência de crimes, por força do afastamento da aplicação da Lei n. 6.683/1979, e que, ademais, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade (ONU, 1968) não tem vigência no Brasil, que a ela não aderiu. O Min. Gilmar Mendes lembrou que a jurisprudência brasileira considera que a superveniência

da instituição da imprescritibilidade “não se aplica aos crimes já praticados” (ROTHENBURG, 2013, p. 19).

O STF cometeu um equívoco técnico ao dar a entender que a anistia teria implicado na “inexistência” de crimes. A anistia consiste em um perdão político. Não equivale a absolvição e nem apaga a existência do crime; ela apenas impede que o agente quando o pratica seja penalizado por isso.

No entanto, os fundamentos apontados pela Suprema Corte estão corretos. A Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade não tem aplicabilidade nesse caso. E ainda que tivesse, sua aplicação restaria prejudicada em decorrência do preceito constitucional da segurança jurídica. A Constituição é, afinal de contas, a norma jurídica suprema, não podendo quaisquer normas nacionais ou internacionais sobrepor-se a ela. Ao menos no plano interno, que é o que aqui se discute:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos dela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal (SILVA, 2017, p. 48).

Além disso, a tentativa de se impugnar a Lei da Anistia em face de costumes ou tratados internacionais, ainda que porventura vigentes à época dos fatos, esbarra em outro óbice material: segundo o entendimento firmado pelo STF no Recurso Extraordinário nº 466.433 (Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 03/12/2008, DJ 05/06/2009) (BRASIL, 2008), que versava justamente sobre a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, este e outros tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil anteriormente à EC 45/04 possuem *status* supralegal, ou seja, estão acima das leis e abaixo da Constituição. Dessa forma, se mostram

materialmente inferiores a uma norma de envergadura constitucional como a Lei da Anistia.

No entanto, alguns dos argumentos formulados pela OAB subsistem ao critério da especialidade, a saber: a afronta à isonomia, pois esta última existe justamente para ser contrastada com normas específicas que estabeleçam tratamento desigual entre cidadãos; a falta de legitimidade do Congresso que aprovou a Lei da Anistia, por ser um argumento que ataca a própria origem e validade da norma; e a violação à dignidade da pessoa humana, em virtude do imenso peso e dimensão que lhe são conferidos pela doutrina e jurisprudência nacionais.

Passa-se, agora, à análise do alegado conflito entre a interpretação questionada da Lei da Anistia em face desses preceitos fundamentais subsistentes da CF/88.

## 5 A LEI DA ANISTIA E OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

O primeiro princípio fundamental violado pela Lei da Anistia seria o da isonomia em matéria de segurança (art. 5º, *caput* da CF), devido a potenciais efeitos deletérios a serem causados pela imprecisão da expressão “crimes conexos a crimes políticos”:

Em suma, a admitir-se a interpretação questionada da Lei no 6.683, de 1979, **nem todos são iguais perante a lei em matéria de anistia criminal**. Há os que praticaram crimes políticos, necessariamente definidos em lei, e foram processados e condenados. Mas há, também, os que cometeram delitos, cuja classificação e reconhecimento não foram feitos pelo legislador, e sim deixados à discricção do Poder Judiciário, conforme a orientação política de cada magistrado. Esses últimos criminosos não foram jamais condenados nem processados. Eles já contavam

com a imunidade penal durante todo o regime de exceção. O que se quer, agora, é perpetuar essa imunidade, sem que se saiba ao certo quem são os beneficiados (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Dessa forma, a falta de uma definição legal sobre quais exatamente seriam os crimes conexos aos crimes políticos poderia fazer com que criminosos que não fariam jus a uma anistia (leia-se: os agentes do Estado) fossem contemplados com ela, de forma sub-reptícia, a depender da ideologia política de cada juiz, o que levaria tais criminosos a receberem o mesmo tratamento jurídico dado aos opositores do regime, estes sim merecedores do perdão político.

Esse argumento foi adequadamente refutado pelo voto do min. Cezar Peluso (BRASIL, 2008), o qual salientou que não se estava tratando de crimes totalmente distintos, uma vez que a motivação política se apresentava como um elemento comum entre eles, autorizando que recebessem o mesmo tratamento. A motivação política dos crimes, afinal, era a própria razão de estarem sendo anistiados.

No fundo, a OAB parecia insurgir-se contra a própria opção política do legislador, como que se recusando a acreditar que este a tivesse feito de modo a perdoar os agentes do Estado na mesma extensão em que perdoou aqueles que se bateram contra o Estado. Essa constatação também foi feita pelo min. Cezar Peluso em seu voto na ADPF 153:

Diz-se que talvez a lei não seja clara ao propósito, mas o Ministro Sepúlveda Pertence, no parecer, e não apenas no parecer, mas também na entrevista, afirma-o claro: “este foi o significado inequívoco da lei: estender a anistia aos chamados crimes comuns”. Mas o que me parece interessante é que o que, no fundo, inspira esta ação é exatamente a percepção da clareza da lei [...]. Se a lei fosse obscura, se a lei fosse pouco clara, seria incompreensível que (a autora) pedisse à Corte declarar-lhe algum sentido contrário. Isto é, só um sentido reconhecido pressupostamente como claro seria incompatível com a Constituição. Noutras palavras, é a própria autora que reconhece ser esse o sentido da lei, não obstante pretenda que o Tribunal declare tal sentido incompatível com a Constituição. Com o devido respeito, a pretensão realmente não poderia ser acolhida [...] (BRASIL, 2010).

Ocorre que esse inconformismo, por si só, frise-se novamente, não se mostra apto a invalidar tal opção. Para tanto, é necessário que se demonstre um conflito entre a Lei da Anistia e os dispositivos constitucionais da CF/88, o que até aqui não se conseguiu demonstrar. Ao Judiciário, afinal, não cabe legislar.

De igual forma, não se verifica ofensa ao princípio da transparência, pois, como observado pelo STF, a Lei da Anistia nunca consistiu num obstáculo à busca pela verdade dos fatos ocorridos no regime castrense. Ela impede tão somente a persecução penal relativa a tais fatos.

No que tange à alegada ilegitimidade do Congresso Nacional, Rothenburg (2013, p. 15-17) faz críticas ao fato de a anistia ter sido aprovada em 1979 e supostamente constitucionalizada em 1985 por um Congresso que não pudera manifestar livremente a vontade dos parlamentares que o compunham, os quais por sua vez eram incapazes de representar “minimamente” os anseios da sociedade brasileira. Há de se ressaltar, por exemplo, que em ambas as ocasiões um terço do Senado Federal era composto pelos chamados senadores “biônicos”, ou seja, escolhidos pelo governo militar e não pelo voto popular, figuras políticas que perdurariam até 1987.

A questão foi abordada no voto do min. Eros Grau (BRASIL, 2010), para quem a ideia de se considerar a anistia ilegítima por ter sido aprovada por um Congresso deficiente em termos de legitimidade conduziria a um resultado esdrúxulo: o de considerar-se como inconstitucional toda a legislação anterior à CF/88, apenas e tão somente por força desta última, exigindo que todas essas normas fossem legitimadas após 1988, pelo Poder Legislativo ou pelo povo, mediante referendo.

Vale acrescentar que o STF (T2, REx 223.075-1/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23/06/98, DJ 06/11/98) (BRASIL, 1998), em decisão contestada por alguns, já entendeu que os decretos-lei, ou seja, leis editadas diretamente pelo Poder Executivo sem participação ou controle do Legislativo durante períodos ditatoriais da história do Brasil, não podem ser automaticamente tidos como inconstitucionais,

devendo-se fazer uma análise caso a caso para verificar-se a compatibilidade de cada decreto-lei com os preceitos da CF/88. O CP (Decretos-Lei 2.848/1940), o CPP (Decreto-Lei 3.689/1941) e a CLT (Decreto-Lei 5.452/1943) são exemplos de decretos-lei que vigoram até hoje.

Tais dispositivos, note-se, apresentam um vício de ilegitimidade evidentemente maior do que aquele que poderia ser carregado pela Lei da Anistia, pois esta última ao menos foi aprovada por um Congresso, ainda que com alguns parlamentares não eleitos, e não por simples canetadas do Executivo. Logo, se mesmo os decretos-lei são passíveis de recepção pela CF/88 inobstante sua origem autoritária, por que a Lei da Anistia também não o seria?

A min. Carmen Lúcia por sua vez advertiu que, fosse seguido o raciocínio da exordial, chegar-se-ia a questionar a própria validade da CF/88, uma vez que, quando da instalação da Assembleia Nacional Constituinte em 1987, ainda havia parlamentares biônicos no Congresso Nacional.

Rothenburg (2013, p. 15) impugna essa tese dos ministros ao fazer uma distinção entre as leis que disciplinam aspectos comuns do cotidiano e as que guardavam uma relação direta com a sustentação do regime militar. Enquanto as primeiras poderiam ser mantidas incólumes, já que provavelmente não teriam sido diferentes caso editadas sob um regime democrático, as segundas padeceriam de um vício insanável de ilegitimidade.

O problema desse último raciocínio é que, a partir do momento em que se reconhece a legitimidade de um parlamentar para votar apenas algumas leis, e não para votar outras, torna-se necessário, no caso destas últimas, demonstrar por que motivo essa legitimidade estaria viciada. O fato de alguns senadores terem sido indicados pelo governo militar não os torna *per se* ilegítimos, assim como os ministros do STF não são necessariamente suspeitos, ao menos juridicamente falando, para julgar questões que envolvam interesses diretos dos governos que os tenham indicado ao Tribunal ou dos

senadores que os tenham aprovado na sabatina (art. 101, parágrafo único da CF) (BRASIL, 1988).

Dessa forma, infirmar a legitimidade da Lei da Anistia sob esse fundamento demandaria uma imersão na esfera subjetiva dos parlamentares biônicos, como que de modo a “comprovar” sua falta de isenção para legislar sobre uma questão delicada para o regime que os havia indicado para o Congresso, o que é simplesmente impossível.

Mas ainda que se acolhesse a tese de Rothenburg nesse aspecto, um outro apontamento feito pelo min. Eros Grau (BRASIL, 2010) em seu voto permite afastar a ideia de ilegitimidade da Lei da Anistia. Tal observação em verdade foi veiculada em resposta a outro argumento da exordial da ADPF 153, este referente à dignidade da pessoa humana; que não se confunde com o argumento que agora se discute, qual seja, o que versa sobre a ilegitimidade do Congresso para aprovar a anistia.

Assim, resta analisar somente o último fundamento trazido pela exordial da ADPF 153, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Teoricamente esse argumento também poderia ser afastado *prima facie* em função do critério da especialidade, que favorece a Lei da Anistia em detrimento de normas de caráter geral; no entanto, isso conduziria a uma conclusão desarrazoada: a de que qualquer norma-regra de caráter especial produzida pelo poder constituinte reformador sempre sobrepor-se-ia a quaisquer princípios constitucionais, tanto pelo critério da especialidade como pelo critério cronológico.

Não é correto sustentar esse raciocínio diante da dignidade humana, um princípio ao qual é atualmente conferido um enorme peso pela doutrina e jurisprudência nacionais. É possível que aqui, na verdade, não se esteja falando de duas normas constitucionais de mesma hierarquia, e que a validade material da Lei da Anistia deva sucumbir ante o esplendor da dignidade. É necessário, portanto, primeiro determinar se há de fato um confronto entre elas.

A Lei da Anistia, segundo a autora, seria contrária a este princípio por ter sido fruto de uma barganha política na qual a

dignidade do povo e das pessoas teria sido vendida em prol do arranjo que favoreceu a transição para a democracia e a preservação da estabilidade política do país. Um arranjo que, contudo, não contou com a participação direta das vítimas sobreviventes ou dos familiares dos mortos – justamente os únicos que, por sua condição pessoal, poderiam reclamar a “titularidade” para transacionar o direito à persecução penal dos criminosos que haviam atuado durante o regime castrense:

Admitamos, porém, como mero exercício de argumentação, que tal acordo existiu e que dele extraímos o benefício da reconstitucionalização do País. Se assim foi, força é reconhecer que o Estado instituído com a liquidação do regime militar nasceu em condições de grave desrespeito à pessoa humana, contrariamente ao texto expresso da nova Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] a dignidade da pessoa humana”. (art. 1º, III) (BRASIL, 2010).

O min. Eros Grau (BRASIL, 2010) afastou esse argumento por meio de suas aqui já mencionadas considerações segundo as quais a anistia teria sido apoiada por diversas personalidades que haviam lutado em prol da democracia e das vítimas do regime militar, e que, portanto, atacá-la em nome da dignidade da pessoa humana equivaleria a “tripudiar” sobre todos os esforços empreendidos por essas pessoas para a construção do Brasil democrático que se tem hoje. Além disso, aduziu que ninguém pode avocar-se a autoridade para decidir o que está ou não inserido em um valor (no caso, a dignidade), sob pena de esse valor dominar a pessoa e fazê-la investir contra outros valores igualmente caros.

O min. Cezar Peluso (BRASIL, 2010), acompanhando o relator, afirmou que a anistia “nasceu de um acordo costurado por quem tinha legitimidade social e política para, naquele momento histórico, celebrar um pacto nacional”.

O min. Celso de Mello, por sua vez, após citar precedentes firmados pela Corte IDH no sentido de não serem admissíveis anistias a violações sistemáticas de direitos humanos, arguiu a existência de

um *distinguishing* em relação ao caso brasileiro. Para ele, devido ao seu caráter bilateral, a Lei da Anistia nacional se diferenciaria de suas contrapartes latino-americanas que haviam concedido anistia somente a agentes do Estado, as chamadas “autoanistias”, o que tornaria inaplicáveis à espécie dos julgados da Corte Interamericana sobre o assunto. Nesse sentido, aduzem Everton Santos e Tamires Castiglioni (2018, p. 241) que a referida bilateralidade apontou para uma justiça de transição “precária e fundada no esquecimento”.

As razões dos ministros, no entanto, não se mostram aptas a impugnar aquele argumento da inicial. Isso porque íntinseca à noção de dignidade da pessoa humana é a ideia de que o ser humano tem valor e não preço (RAMOS, 2017, p. 77), e, portanto, não poderia ser tratado como mercadoria de um acordo político.

Isto posto, analisando-se as circunstâncias que envolveram a aprovação da Lei da Anistia, dificilmente se poderia chegar a outra conclusão senão a de que, em troca de uma transição estável e pacífica para a democracia, o acordo costurado pelas forças políticas daquele momento “rifou” (ROTHENBURG, 2013, p. 17) a dignidade das vítimas que tiveram seus direitos humanos violados durante o Regime Militar.

Tal arranjo, percebe-se, afrontou patentemente o baluarte do valor intrínseco da pessoa humana, à medida que: I - foram perdoados aqueles que atentaram contra a integridade física de suas vítimas, inclusive com uso de tortura; II - a renúncia à retribuição penal por tais crimes foi supostamente o “preço” pago pela transição democrática, sacrificando-se no processo a pretensão das vítimas em ver seus algozes punidos na forma da lei.

As alegações dos ministros em seus votos se mostram incapazes de contornar essa realidade. O fato de entre os defensores da aprovação da anistia ter havido pessoas comprometidas com a liberdade e a democracia não lhes confere a prerrogativa de transacionar os direitos daqueles que haviam sido vítimas de um regime autoritário que suprimira esses dois valores durante sua vigência.

O Congresso Nacional não era ilegítimo, mas tampouco tinha legitimidade para negociar o perdão a tão graves abusos praticados contra os direitos humanos:

O suposto acordo entre atores sociais que teria propiciado a Lei de Anistia brasileira não contou com uma ampla participação da população ou sequer de muitas das pessoas diretamente interessadas e implicadas (refiro-me a tantas vítimas da repressão e seus familiares, por exemplo). Tal acordo (duvidoso) não se sustenta, pois, em termos de democracia deliberativa (ROTHENBURG, 2013, p. 15).

O fato de a anistia concedida ter sido bilateral, por sua vez, também não faz diferença alguma nesse sentido, afinal de contas o que aqui se aponta é que as forças que a costuraram não detinham a titularidade para tanto. E essa constatação não pode ser alterada tão somente por ter a anistia beneficiado a ambos os lados do conflito.

Também não se sustenta a alegação segundo a qual ninguém poderia colocar-se na posição de interpretar o que está ou não contido em um valor, já que esta é justamente a função do Judiciário: interpretar razões, princípios e valores referentes às leis. Alguém poderia imaginar um juiz declarando improcedente uma ação sob o fundamento de que “não cabe a ninguém” interpretar os princípios ou valores mencionados na peça inicial?

Assim, evidenciado o choque entre a Lei da Anistia e o preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, resta determinar qual das normas deve prevalecer sobre a outra nesse caso concreto.

O critério da hierarquia precede o critério da especialidade, de modo que um raciocínio primário poderia concluir que a Lei da Anistia teria sido revogada pela superveniência do princípio da dignidade humana caso este seja considerado superior àquela. O jurista alemão Otto Bachof, citado por Emerson Garcia (2008, p. 262), escreve sobre a possibilidade de existência de “normas constitucionais inconstitucionais”, ou seja, normas de índole constitucional que podem ser enquadradas como inválidas por se chocarem com outras normas constitucionais de índole superior ou com um direito natural suprapositivo que a toda a Constituição se sobrepõe.

A primeira hipótese poderia ser a que aqui se discute, devido ao embate da Lei da Anistia contra a dignidade da pessoa humana. No entanto, como esclarece Emerson Garcia (2008, p. 263), não há que se falar em inconstitucionalidade de uma norma constitucional originária em face de outra norma constitucional originária, ainda que esta última resguarde valores mais importantes e relevantes do que a primeira, pois não há de fato uma hierarquia entre elas. O legislador constituinte, ao elaborar tais normas, tem liberdade para estabelecer regras e exceções, de modo que, se uma norma aparentemente contradiz outra, uma delas deve ser tomada como exceção à regra da outra.

O STF já debateu a questão na ADIn 815, onde não foi conhecido o pedido de declaração da inconstitucionalidade do §1º e do §2º do art. 45 da CF (que permitem a existência de um *déficit* de representatividade para alguns Estados e Territórios da federação em relação a outros, quando levada em conta a população de cada um) em face de uma miríade de preceitos isonômicos e democráticos da Constituição. Na ocasião, o Tribunal assinalou que não lhe compete ser “fiscal” do Poder Constituinte originário, sendo a tese da hierarquia entre normas constitucionais incompatível com o sistema de Constituição rígida nacional. A menos que a própria Constituição estabelecesse distinções qualitativas entre suas normas, que formalmente são idênticas (GARCIA, 2008, p. 269).

Uma exceção, aduziu o relator Moreira Alves, está prevista na obra de Otto Bachof, qual seja, a possibilidade de uma norma constitucional afrontar outra norma constitucional que por sua vez é positivadora do direito suprapositivo. Porém, nessa hipótese não se trata de inconstitucionalidade, mas sim de ilegitimidade da primeira norma, por violação ao direito suprapositivo que deveria vincular toda a Constituição, e para desfazer tal erro falece competência ao Judiciário, como reconhece o próprio autor mencionado, ainda que se reconheça a existência daquele direito.

Como aponta Emerson Garcia (2008, p. 280), “[...] a norma constitucional que cria o Tribunal Constitucional e eventualmente

define suas competências não pode legitimar uma decisão que pode ser considerada de natureza ‘constituída’, em detrimento de normas de natureza ‘constituente’”. E não se trata de uma norma constituinte qualquer, mas uma norma concernente à própria viabilização política de surgimento da CF/88, conforme o voto do min. Gilmar Mendes.

Dessa forma, conclui-se que não é possível inquinar a validade da Lei da Anistia em face da dignidade da pessoa humana, ainda que o conteúdo desta seja frontalmente contrário àquela. Poder-se-ia no máximo discutir uma revogação tácita da anistia pela superveniência da CF/88, revogação essa que, contudo, careceria de efeitos práticos, já que, como esclarecido por Rothenburg (2013, p. 19), o STF entendeu que “[...] a invocação de tais normas em face de uma lei de efeitos instantâneos (‘lei-medida’), como é a Lei n. 6.683/1979, configura aplicação retroativa de lei mais gravosa, o que é vedado pela Constituição.”.

Decisão acertada da Suprema Corte, afinal, sendo concomitantes os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, devem estes ser aplicados ponderadamente em relação um ao outro.

Ao contrário do que entenderam alguns de seus próprios colegas, o min. Celso de Mello corretamente ponderou que nem mesmo o Poder Legislativo, se assim o desejasse, poderia rever a Lei da Anistia, pois a sua carga eficaz se exaure no mesmo instante do início de sua vigência. Uma vez validamente concedida, constitui a anistia um caminho sem volta, um perdão que nunca pode ser desfeito.

No entanto, entender o conflito entre a Lei da Anistia e a dignidade da pessoa humana faz-se necessário para constatar uma implicação decorrente desse choque: a impossibilidade de que seja concedida, desde o advento da CF/88, outra anistia nos moldes daquela de 1979, mesmo que por emenda constitucional.

Se, conforme o min. Eros Grau (BRASIL, 2010), a Constituição não poderia ter sido afrontada em seu art. 1º, III antes mesmo de sua vigência, e se, consoante o min. Cezar Peluso, “àquela época, não havia, como hoje há, nenhum obstáculo de ordem constitucional nem legal

para que o legislador estendesse a anistia aos crimes de qualquer natureza”, o contexto atual é notadamente distinto.

Ao contrário da EC 26/85 e da CF/88, ambas obras do poder constituinte originário, uma nova anistia a ser implementada hoje teria como autor o poder constituinte reformador, o qual, diferentemente daquele anterior, se sujeita a alguns limites materiais explícitos e outros implícitos, conforme a doutrina (SILVA, 2017, p. 68). Nessa seara, o art. 5º, XLIII da CF é um limite explícito que veda a concessão de anistia a tortura e crimes hediondos ou equiparados.

Por sua vez, a dignidade da pessoa humana consubstanciada no art. 1º, III impede a negociação de uma anistia sem a participação e consentimento das vítimas no processo, afinal, como já visto acima, pessoas não podem servir de moeda de troca em acordos políticos.

Dessa forma, sendo a dignidade humana um preceito que se pode extrair diretamente do Texto Constitucional, e considerando-se a sua posição de destaque no mesmo (ora, está no art. 1º), este princípio é, repise-se, um limite implícito ao poder de reforma. Constatando-se a contradição entre tal princípio e a anistia de 1979, é cediço que hoje não se poderia admitir uma PEC no sentido de se conceder uma anistia em termos e circunstâncias similares às da Lei 6.683/79.

E quanto ao critério da especialidade? Aqui não se aplicará, pois o recurso aos critérios de solução de antinomias tem como pressuposto que ambas as normas conflitantes sejam válidas. Uma norma criada através do trespasse de uma limitação constitucional é, por definição, inválida. E tais limitações não evidenciam propriamente uma hierarquia entre umas normas constitucionais e outras, como assinalado pelo min. Moreira Alves na ADIn 815, mas sim entre o poder constituinte originário e o derivado, hierarquia essa que é notória, porquanto o segundo é subordinado ao primeiro.

Destarte, conclui-se que a Lei da Anistia é compatível com a CF/88, porque, inobstante não tenha sido criada, foi, contudo, abraçada pelo mesmo poder constituinte originário responsável pela criação da Carta Magna.

## 6 CONCLUSÕES

Como já exposto acima, a Corte IDH em seu veredito julgou que a Lei da Anistia viola a Convenção Interamericana ao perpetuar a impunidade daqueles que atentaram tão gravemente contra os direitos humanos de suas vítimas durante o Regime Militar.

O primeiro aspecto a se observar é que em verdade não existe um “conflito” entre as decisões do STF e da Corte IDH, como aponta Rothenburg (2013, p. 1) e ao contrário do que entendem Luis Renato Verdevato e Amanda de Souza Camargo (2018, p. 233), pois trata-se de juízos distintos. Ao STF incumbe a guarda da Constituição; à Corte Interamericana compete a guarda da Convenção Interamericana. É perfeitamente possível que uma lei ou ato jurídico seja compatível com a CF e incompatível com a Convenção, ou vice-versa.

Sendo assim, resta determinar se o entendimento da Corte IDH é vinculante em relação ao Poder Judiciário no âmbito interno, especialmente por ocasião dos embargos de declaração ainda a serem apreciados pelo STF na ADPF 153.

Para Flávia Piovesan (2017, p. 386), os vereditos internacionais referentes a direitos humanos devem produzir efeitos “imediatos e obrigatórios” no ordenamento jurídico interno. De outro lado, Felipe Klein Gussoli (2019, p. 11) entende que a recepção interna de precedentes da Corte IDH deve guiar-se não por um modelo de vinculação absoluta, mas antes por um modelo de persuasão no qual estabelecem-se critérios cujo preenchimento condiciona a aceitabilidade interna do quanto decidido pelo Tribunal internacional, sendo um desses critérios a compatibilidade da *ratio decidendi* da decisão internacional com a ordem constitucional. Aqui assiste razão ao autor, devido à já mencionada noção de hegemonia da Constituição como a suprema *law of the land* no território nacional (SILVA, 2017, p. 48).

Segundo Alberto Mendonça Filho e Clara Jaborandy (2018, p. 124), um ato jurídico atualmente só pode ser tido como válido caso esteja em conformidade tanto com o direito interno quanto com o direito internacional. Nathália Santos Veras (2017, p. 91) se baseia nessa premissa para defender a negação de eficácia jurídica à Lei da Anistia ao sustentar que a mesma, mormente possa ser compatível com a CF, é irremediavelmente contrária à Convenção Interamericana, tendo em vista o decidido pela Corte IDH.

Contudo, a conclusão de Veras é inconciliável com sua própria premissa. Isso porque, se é verdade que a impunidade dos agentes do Estado afronta a Convenção, igualmente é verdade que aplicar esta última de forma retroativa para punir os anistiados violaria a segurança jurídica consagrada pela CF. Eis aqui o óbice para o cumprimento da decisão da Corte IDH no Brasil: a *ratio decidendi* do veredito internacional vai de encontro a um preceito basilar da ordem constitucional brasileira, o que inviabiliza sua eficácia jurídica interna nos termos do modelo de persuasão de Gussoli (2019, p. 11). Por essa razão é que **não** deve o STF dar cumprimento à essa decisão internacional no território brasileiro, já que tal medida estaria em descompasso para com o direito interno, como inclusive admitem Vedovato e Camargo (2017, p. 228 e 232), ainda que discordem da conclusão aqui esposada.

Sendo assim, o destino a ser dado à Lei da Anistia necessariamente sacrificará um desses dois diplomas normativos, e a escolha deverá se concentrar na Convenção Interamericana. Pois a Constituição, por toda a sua magnitude, jamais poderá ceder ante qualquer outra norma, como já visto acima, ou Constituição não é. Se ao STF incumbe a guarda da Constituição, então cabe a ele guardá-la inclusive contra a Convenção, ainda que isso venha a ensejar um ilícito internacional pelo qual possa o Estado brasileiro ser responsabilizado na esfera dos organismos multilaterais (VEDOVATO; CAMARGO, 2017, p. 240).

Dessa forma, a decisão da Corte Interamericana não enseja reflexos no âmbito interno, pois a interconexão do direito pátrio com

o direito internacional tem limites. A jurisprudência da Corte IDH e outros Tribunais internacionais pode e deve ser acolhida no Brasil como *soft law*, mas nunca de modo a sobrepor-se à Lei Fundamental.

Data de Submissão: 30/10/2019

Data de Aprovação: 22/01/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

Assistente Editorial: Jaqueline Rosário Santana

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF, 24 jan. 1967.

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988.

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF, 17 out. 1969. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985**. Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências. Brasília, DF, 27 nov. 1985. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc26-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm). Acesso em: 26 dez. 2019.

**BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF, 30 dez. 2004.

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm). Acesso em: 26 dez. 2019.

**BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.**

Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 27 dez. 2019.

**BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.**

Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 3 out. 1941. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 27 dez. 2019.

**BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943.** Aprova a

Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ, 1 maio 1943.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 27 dez. 2019.

**BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.** Concede anistia

e dá outras providências. Brasília, DF, 28 ago. 1979. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm). Acesso em: 26 dez. 2019.

**BRASIL. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997.** Define os crimes de

tortura e dá outras providências. Brasília, DF, 7 abr. 1997. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm). Acesso em: 26 dez. 2019.

**BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF.**

Tribunal Pleno. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos

Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso

Nacional. Relator: Min. Eros Grau, DJe 05/08/2010. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 5 out. 2019.

**BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso**

**Extraordinário nº 223.075-1/DF.** 2ª Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão, DJ 06/11/1998. Brasília, DF, 23 de junho de 1998.

**BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso**

**Extraordinário nº 466.343-1/SP.** Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso, j. 03/12/2008, DJ 05/06/2009. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao Alcance de Todos.** São Paulo: Saraiva, 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Gomes Lund e outros vs Brasil.** Washington, DC, 24 de novembro de 2010. Disponível em:  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em: 5 out. 2019.

GARCIA, Emerson. **Conflito Entre Normas Constitucionais:** Esboço de uma Teoria Geral. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GUSSOLI, Felipe Klein. Critérios para vinculação aos precedentes de cortes internacionais de direitos humanos: um modelo de persuasão. **Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2019. Disponível em:  
<https://revistas.ufrj.br/index.php/inter/article/viewFile/30249/17623>. Acesso em: 2 fev. 2020.

MENDONÇA FILHO, Alberto Hora. JABORANDY, Clara Cardoso Machado. O caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil: diálogo das cortes?. In: LEAL, Maria Lúcia Pinto. ZIMMERMANN, Clovis (Org.). **Direitos humanos na democracia contemporânea: velhos e novos embates.** Rio de Janeiro: Bonecker, 2018. v. 1. Disponível em:  
[https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=B12HDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA110&dq=caso+gomes+lund&ots=KLoj8NB5eT&sig=eMN7v99m6Gusf8mJoO\\_\\_m2ckKNo#v=onepage&q=caso%20gomes%20lund&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=B12HDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA110&dq=caso+gomes+lund&ots=KLoj8NB5eT&sig=eMN7v99m6Gusf8mJoO__m2ckKNo#v=onepage&q=caso%20gomes%20lund&f=false). Acesso em: 31 jan. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 17. ed., rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 681-706, jul-dez 2013. Disponível em:  
<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n2/a13v9n2.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

SANTOS, Everton Silva. CASTIGLIONI, Tamires Gomes da Silva. A

Guerrilha do Araguaia: uma visão acerca da justiça de transição no caso Gomes Lund e outros e a busca da verdade para o direito de memória. **Revista Saberes da Amazônia – ciências jurídicas, humanas e sociais**, v. 3, n. 7, jul./dez. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 11-32, out./dez. 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47233/44644>. Acesso em: 07 set. 2018.

VEDOVATO, Luis Renato. CAMARGO, Amanda de Souza. A interpretação nacionalista dos direitos humanos: um obstáculo ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana no caso Gomes Lund. **Revista Culturas Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, jan./abr. 2017.

VERAS, Nathália Santos. Lei da Anistia: eficácia da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. **RELEA – Revista Latino-Americana de Estudos Avançados**, Foz do Iguaçu, v. 2, n. 1, p. 84-95, ago./dez. 2017. Disponível em: <https://revistas.unila.edu.br/relea/article/view/746/1386>. Acesso em: 01 fev. 2020.

## **The Constitutionality Of The Brazilian Act Of Amnesty And The Implications Of The *Gomes Lund* Case**

Henrique Breda Cavalcanti

Nelson Cerqueira

**Abstract:** The present essay aims to verify the constitutionality of the Brazilian Act of Amnesty (Act 6.683 of 1979) and the potential consequences of the *Gomes Lund et al vs. Brazil* ruling by the Interamerican Court of Human Rights. Issued during the transition between the Brazilian Military Regime and the present-day New Republic, the mentioned act granted amnesty to serious human rights violations committed against military and civilians over that dictatorial period. In 2010 the Brazilian Supreme Court (*Supremo Tribunal Federal – STF*) ruled that the act was constitutional, but in that same year the Interamerican Court of Human Rights (ICHR) held that it was incompatible with the Pact of San José. Through the deductive hypothetical method, the study of this topic intends to analyse the arguments presented by the Brazilian Bar Association (*Ordem dos Advogados do Brasil – OAB*) against the Act of Amnesty to verify its validity and then reflect on the possible consequences of the ICHR ruling, specifically in relation to internal Brazilian law. We conclude that the Act of Amnesty is constitutional and that invalidating it because of the late ICHR verdict would violate the principle of legal certainty. Therefore, the ICHR ruling may not have internal legal consequences in Brazil.

**Keywords:** Amnesty. Constitutionality. Conventionality. Dictatorship. Human rights. Transitional justice. International jurisdiction.

## Sistema Interamericano De Proteção Dos Diretos Humanos: Análise Da Efetividade No Brasil

**Maria das Graças Macena Dias de Oliveira**

Mestranda em Direito na Universidade de Marília – UNIMAR. Bolsista CAPES.  
E-mail: mariamacenaadv@gmail.com

**Valter Moura do Carmo**

Doutor em Direito pela UFSC. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIMAR. Diretor de relações institucionais do CONPEDI. Membro da Comissão de Estudo de Identificação e Descrição da ABNT.  
E-mail: vmcarmo86@gmail.com

**Bruno Bastos de Oliveira**

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIMAR. Doutor em Ciências Jurídicas pela UFPB.  
E-mail: bbastos.adv@gmail.com

**Resumo:** O presente artigo científico foi desenvolvido a partir de pesquisa destinada à análise de medidas administrativas ou jurídicas promovidas pelos órgãos do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. A metodologia consubstanciou-se em pesquisa descritiva e exploratória, por meio de fontes bibliográficas, documentais, bem como de dados estatísticos de domínio público. O problema de pesquisa deste trabalho esteve calcado na aparente remissão dos Direitos Humanos a um arcabouço jurídico muito abstrato, cuja efetividade, seja nacional ou internacional, padece de praticidade, além do ideário sobre a desvirtuação em favor de malfeitores em detrimento da esperada proteção à sociedade. Ao longo deste artigo traz-se à baila o desenvolvimento global, regional e nacional dos direitos humanos, sua positivação na CRFB/88, enquadramento jurídico, além da análise de decisões da Corte IDH e recomendações da Comissão IDH impactantes na seara nacional, tudo com o objetivo de delinear a almejada efetividade. Conclui-se que, embora o sistema careça de uma adequada estrutura para receber demandas, fica claro que ocorreram avanços e conquistas no sentido da almejada efetividade dos direitos humanos no Brasil e em outros países que compõem o sistema interamericano.

**Palavras-chave:** Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica. Direito Internacional.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

## **Sistema Interamericano De Proteção Dos Direitos Humanos: Análise Da Efetividade No Brasil**

Maria das Graças Macena Dias de Oliveira

Valter Moura do Carmo

Bruno Bastos de Oliveira

### **1 INTRODUÇÃO**

Ao iniciar os estudos sobre Direitos Humanos, depara-se com arcabouço jurídico destinado a tutelar questões extremamente caras à humanidade, valendo-se precipuamente de visão antropocêntrica, *pro homine*, alicerçada em uma construção retórica baseada na dignidade da pessoa humana.

Ao tempo que tais estudos se apresentam como delineamentos na esfera do *dever-ser*, há natural convite ao questionamento quanto à praticidade da aplicação de tais direitos nas esferas executiva, legislativa e judiciária, tanto em âmbito nacional quanto internacional, levando-se a pensar se todo o discurso dessa matéria não é senão utopia, consubstanciada em mero ideal, e nada mais.

Conquanto advenha de longa construção histórica, os Direitos Humanos foram evidenciados após as catastróficas consequências da segunda guerra mundial, cujo propósito transcendeu a conquista de mercados, territórios, poder ou riquezas, mas almejou precipuamente

a sobreposição de uma raça em face das demais, ocasião em que importantes organismos e instrumentos jurídicos de proteção aos direitos humanos foram criados, com proeminência do sistema global, bem como dos regionais.

Desta feita, o presente trabalho foi desenvolvido a partir de um problema de pesquisa calcado na efetiva atuação do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH) no âmbito brasileiro, porquanto ter sido criado justamente para dar efetividade aos direitos humanos no continente americano, avaliando-se qualitativa e quantitativamente o impacto desse sistema no Brasil, sem olvidar-se de importantes fenômenos vivenciados no mundo contemporâneo a exemplo do diálogo entre cortes, transconstitucionalismo e controle de convencionalidade.

Nessa direção, tornou-se mister a análise da inserção dos direitos humanos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), manifestada nos direitos fundamentais e em importantes avanços como o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, o caráter supralegal ou constitucional atribuído aos tratados internacionais sobre direitos humanos, pormenorizando-se ainda a absorção do controle de convencionalidade e do diálogo entre cortes nacionais e internacionais junto ao Poder Judiciário brasileiro.

Assim, para se alcançar o objetivo proposto, perpassou-se inicialmente por conceitos básicos acerca do desenvolvimento histórico, natureza jurídica e conceituação dos direitos humanos, ressaltando-se a importância dos sistemas regionais, mormente os órgãos que compõem o SIPDH, os quais, em conjunto, são responsáveis pela promoção, proteção e respeito aos direitos humanos, elaborando recomendações e relatórios, além do julgamento de petições contendo denúncias ou queixas de violação dos direitos humanos promovidas por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, após, é claro, o devido atendimento aos requisitos de admissibilidade e a capacidade postulatória pertencente à Comissão IDH e aos Estados-membros.

Enfatizou-se a implementação dos direitos humanos no cenário nacional, com destaque aos direitos fundamentais constitucionalmente positivados, a incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos, notadamente ocupantes de hierarquia supralegal ou constitucional, conforme detalhado na respectiva seção, além do controle de convencionalidade realizado para averiguação do direito nacional frente aos tratados incorporados, com a possibilidade de diálogo entre cortes nacionais e internacionais.

Delineou-se a atuação do SIPDH no escopo nacional por meio de dados estatísticos que demonstram, numa abordagem quantitativa, as demandas brasileiras oferecidas à Comissão IDH, contabilizando ainda para as demandas posteriormente ajuizadas na Corte IDH. Em seguida, foram esmiuçadas algumas recomendações e julgados, ocasião em que se passou a uma análise qualitativa, com observância à amplitude das decisões. Foram tecidas considerações sobre o importante conflito entre as decisões proferidas pelo STF e pela Corte IDH no âmbito da aplicação da Lei de Anistia, criada na época da ditadura militar, uma vez que há divergências, muito frequentes no bojo do Direito Internacional, acerca da delegação de parte da soberania estatal para entes internacionais.

Utilizando-se de pesquisa descritiva e exploratória, por meio de fontes bibliográficas, documentais, bem como de dados estatísticos de domínio público e, compilando os estudos desenvolvidos, aborda-se os resultados concernentes à análise da atuação do SIPDH no Brasil, demonstrando-se os avanços obtidos em relevantes medidas administrativas e legislativas, ambas em atenção às recomendações, além do cumprimento de decisões judiciais proferidas pela Corte IDH, mas, sopesando os avanços, não se olvidou da análise acerca das dificuldades e deficiências ainda encontradas.

## **2 SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

No presente tópico, importante tratar de forma pormenorizada sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), de forma a ser corretamente entendido o contexto de desenvolvimento do mesmo e os impactos que atualmente podem ser verificados quanto à sua efetividade.

### **2.1 Breves Considerações sobre Direitos Humanos**

A terminologia “Direitos Humanos” aduz a arcabouço normativo gravitacionado em torno do gênero humano com o fim de tutelar questões extremamente caras à humanidade e que, na esteira do que leciona Piovesan (2013, p. 181), estão “em constante processo de construção e reconstrução”, dinâmica essa também apontada por Portela (2014, p. 823) ao afirmar que “a formação do rol de normas de direitos humanos confunde-se com a história da humanidade e é produto de várias origens, que podem ser localizadas em diferentes civilizações e que se apoiam nos mais variados fundamentos.”.

Nessa mesma direção, Ramos (2014, p. 27), após conceituar direitos humanos como um conjunto de direitos essenciais e indispensáveis à vida digna, leciona que “não há um rol predeterminado desse conjunto mínimo de direitos essenciais a uma vida digna” e que “as necessidades humanas variam e, de acordo com o contexto histórico de uma época, novas demandas sociais são traduzidas juridicamente e inseridas na lista dos direitos humanos”, demonstrando assim o longo e árduo processo histórico que delineou aquilo que atualmente se conhece por direitos humanos, cujos episódios históricos foram muitas vezes marcados por derramamento de sangue.

Conforme defendem Cristiani Gonzales e Maria Creusa Borges, atualmente, ao lado do reconhecimento dos direitos humanos, verifica-se nítido aumento de violações contra eles, “o que torna imprescindíveis práticas de direitos humanos que garantam condições aos sujeitos para que lutem pela dignidade humana de si mesmos e/ou de outrem” (BORGES, 2019, p. 316).

O intenso debate sobre o dinamismo dos direitos humanos é incrementado por Piovesan (2013, p. 181) ao evidenciar a ausência de consenso doutrinário quanto à natureza jurídica do termo, porquanto diverge se “são direitos naturais e inatos, direitos positivos, direitos históricos ou, ainda, direitos que derivam de determinado sistema moral”.

Embora haja certa imprecisão na terminologia “direitos humanos”, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), proclamada em 1948, instrumento de caráter não-vinculante, principiológico, propositivo e, por que não admitir, com saliente viés político, trouxe um rol de relevantes direitos fundamentais, conquanto a esperada força vinculante e coercitiva só viessem a surgir em 1966, durante a guerra fria, ocasião em que foram celebrados dois tratados distintos, um deles sendo o Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos, promovido pelos EUA e Europa Ocidental, e o outro, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com maior afinidade aos anseios socialistas (PORTELA, 2014).

Devido a essa construção histórica, marcada por sua constante evolução, a doutrina, a depender do período de descoberta e incremento do rol de direitos humanos, classificou-os inicialmente em gerações. Todavia, Beltramelli Neto (2016, p. 90), na esteira do majoritário entendimento doutrinário, demonstra que essa classificação é atécnica, haja vista que não haveria “sobreposição”, “hierarquia” ou “compartimentação” dos direitos humanos, mas tão somente complementação e coexistência de direitos, preferindo-se, portanto, a nomenclatura dimensões.

A inacabada construção conceitual do que seja vida digna evidenciou-se emblematicamente nos julgamentos históricos

pertinentes ao reconhecimento da unidade familiar homoafetiva<sup>25</sup> e reconhecimento de constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos<sup>26</sup>, ocasiões em que o STF inovou ao incorporar o direito à felicidade como direito fundamental atrelado à dignidade humana.

Mesmo inexistindo conceituação definitiva, entende-se, pacificamente, que os direitos humanos emanam de um princípio proeminente, consubstanciado na dignidade da pessoa humana, razão pela qual, a despeito dessa indesejável indefinição filosófica e conceitual, BOBBIO (2004, p. 17) esclarece a importância de não se destinar atenção especial à mera fundamentação dos direitos humanos, a qual já possui um rol bastante extenso, mas, ao contrário, deve-se depositar atenção especial na proteção de tais direitos, porquanto à necessidade de sua real efetivação, de modo a argumentar que “o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.

Enfrentar a questão sobre direitos humanos é difícil tarefa. Como menciona Thula Pires, “é preciso ter coragem para confrontar um modelo ilusório de proteção dos direitos humanos, que pensa a violência de forma abstrata e eventual, para que possamos construir

---

25 De acordo com a decisão do STF: “O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.”. RE 477554 AgR/MG, Relator Min. CELSO DE MELLO, j. 16/08/2011, Segunda Turma, DJe-164 25-08-2011.

26 O STF entendeu pela: “Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade”. ADI 3510/DF, Relator Min. AYRES BRITTO, j. 29/05/2008, Tribunal Pleno, DJe-096 27-05-2010.

categorias jurídicas que sejam capazes de responder a violências concretas e permanentes” (2018, p. 68).

Conforme menciona Maria Luiza Pereira Alencar Mayer Feitosa (2006, p. 36), é dos poderes públicos que devem ser cobradas, por exemplo, as novas propostas de cidadania social e a garantia efetiva dos direitos dos cidadãos, ou seja, dos direitos humanos. Nesse ponto a DUDH assume papel importante.

Embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 não tenha delineado, autêntica e literalmente, definição do que seja dignidade da pessoa humana, não se furtou, no bojo de seu texto, a estabelecer que a dignidade da pessoa humana é formada por valores fundamentais como a vida, igualdade, proibição de tortura, escravidão, servidão, direito de propriedade, bem como de liberdades atinentes à expressão, locomoção, consciência e profissão, razão pela qual não há como se olvidar da análise de instrumentos jurídicos capazes de tornar esse arcabouço de direitos fundamentais acessíveis.

## **2.2 Criação de Sistemas Regionais para Efetivação do Respeito, Proteção e Promoção dos Direitos Humanos**

Após as atrocidades perpetradas durante a segunda guerra mundial, culminada com mais de 50 milhões de mortes, o mundo, em especial a Europa, deparou-se com problemáticas de cunho político, econômico e social, vendo-se diante de cerca de 4 milhões de refugiados, cujas consequências desastrosas apontaram para a necessidade de proteção dos direitos humanos, razão pela qual instituiu-se a ONU em 1945, a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e os sistemas regionais europeu, interamericano e africano de promoção e proteção dos direitos humanos (COMPARATO, 2010).

De fato, a consciência coletiva se abriu para a necessidade da comunhão de esforços de todos os povos para se evitar a repetição dos

resultados catastróficos trazidos pela segunda guerra mundial, a qual, não obstante aos conhecidos males advindos das guerras, apresentou novas preocupações, uma vez que os motivos torpes trazidos pelos ideais nazistas não eram alicerçados em meras disputas territoriais ou de cunho meramente econômico, mas eram essencialmente alicerçados na crença de haver seres humanos superiores uns aos outros.

Extraí-se de Fábio Konder Comparato (2010, p. 226) que a guerra se desenvolveu “em proclamados projetos de subjugação de povos considerados inferiores”, além de que o poderio bélico da bomba atômica “soou como um prenúncio de apocalipse”, contexto esse que ensejou, em 26 de junho de 1945, a elaboração da Carta das Nações Unidas, documento que reafirmou, em seu preâmbulo, a “fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres”.

De fato, o intuito era se tornar uma carta de intenções políticas de abrangência mundial, irradiando paz, cooperação entre os povos e que servisse de contraponto à ideologia nazista, fundamentada na existência de uma raça superior, apregoando-se, outrossim, em seu art. 55, alínea “c”, que todos os povos são iguais, com atenção ao “respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.

Assim, entrementes ao cenário pós-guerra, a ONU aprova, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos, mas, em que pese trazer avanços principiológicos, a declaração viu-se com dificuldades de inserção mundial em virtude da ausência de força vinculante<sup>27</sup>, dicotomia ideológica protagonizada pela guerra fria entre Estados Unidos e União Soviética, bem como pela notória diversidade cultural, social e econômica dos povos.

---

<sup>27</sup> Aqui é possível atentar-se à ideia de *soft law*, que no âmbito do direito internacional se caracteriza como norma com alto grau de flexibilidade e dependência de governança local para ter efetividade.

Esse cenário dificultoso foi sendo contornado com o surgimento dos sistemas regionais de proteção e promoção aos direitos humanos na medida em que se conseguia customizar os instrumentos jurídicos à realidade de cada região, razão pela qual os sistemas regionais buscavam, nas palavras de Piovesan (2013, p. 325), “internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, América e África”.

Esses sistemas regionais valeram-se da mesma técnica utilizada pela Declaração Universal de Direitos Humanos uma vez que não definiam restritivamente o conceito de dignidade da pessoa humana, não obstante elenquem em seus artigos os direitos que a compõem, de modo a dar azo à possibilidade de ampliação desses direitos por meio do denominado princípio da primazia da norma mais favorável, permitindo que o critério de interpretação baseie-se no chamado princípio *pro homine*, devendo-se escolher aquela norma que se revele mais benéfica ao indivíduo.

Vê-se, portanto, segundo a doutrina, que embora os direitos humanos sejam apresentados como universais, transnacionais, indivisíveis, irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis, a adoção de um sistema global encontrou resistências em função das especificidades culturais, políticas, religiosas e econômicas dos mais diversos países, gerando assim dificuldades em se conseguir um consenso global, mormente quanto à elaboração de um tratado ou pacto que se revestisse de força vinculante.

Justamente para transpor com maior facilidade a diversidade socioeconômica existente no âmbito global, as nações, em especial os países europeus, convenceram-se das vantagens dos sistemas regionais, possibilitando uma maior penetração dos aclamados deveres de respeito, proteção e promoção aos direitos humanos, notadamente pelo consenso político ser facilitado com um menor número de Estados, tornando o monitoramento mais eficaz e adequado a cada realidade, sem agredir em demasia a soberania de cada país, cujas vantagens são ratificadas por Portela (2014, p. 927) ao lecionar que “o objetivo dos sistemas regionais é reforçar a estrutura

internacional para a proteção dos direitos humanos, por meio da associação entre entes estatais que reúnem maiores afinidades entre si, o que facilitaria o consenso ao redor de interesses comuns e a aplicação das normas que esses mesmos Estados elaboram, bem como fortaleceria a tutela de valores importantes apenas em algumas regiões do mundo”.

Compulsando os registros históricos, constata-se que a Europa, continente duramente combalido pelas duas guerras mundiais, foi a primeira a instituir um pacto vinculante de direitos humanos a partir da criação do Conselho da Europa no ano de 1949, tendo como propósitos a tutela dos direitos humanos, o desenvolvimento democrático pluralista e a estabilidade político-social na Europa (BELTRAMELLI NETO, 2016).

O último sistema regional a ser criado no mundo foi o sistema africano, estabelecendo-se em 1981 por meio da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, também conhecida por “Carta de Banjul”. Apesar da influência sofrida pelos sistemas regionais europeu e interamericano, o sistema africano assumiu suas próprias feições e enfatizou os direitos econômicos, sociais e culturais, reafirmando, sobretudo, a diversidade cultural e a autodeterminação dos povos (BELTRAMELLI NETO, 2016).

Detalhes da estrutura orgânica do sistema interamericano de direitos humanos, com suas respectivas funções e competências serão abordados na próxima seção.

### **2.3 Órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**

A Organização dos Estados Americanos (OEA) é um organismo fundado em 1948 a partir da assinatura da Carta da OEA, assinada na cidade de Bogotá, Colômbia, entrando em vigor em dezembro de 1951, possuindo atualmente 35 membros e perfazendo-se no principal fórum de discussão político, jurídico e social dos

governos do continente americano, sempre à luz dos pilares da democracia, dos direitos humanos, da segurança e do desenvolvimento (OAS.ORG, 2016).

Também em 1948, na cidade de Bogotá, a OEA aprovou Resolução cujo conteúdo foi denominado de Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de caráter não vinculante, sendo considerada, de acordo com Portela (2014, p. 928), “o marco inicial da construção do sistema interamericano”, sendo agregado posteriormente, ao longo história da OEA, por um conjunto de organismos que atua de forma integrada, o qual se tornaria o atual Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos – SIPDH.

De fato, o SIPDH sofreu grandes alterações na sua composição inicial, o que pode ser constatado pela tardia criação da Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois somente nasceram formalmente em 1969, durante conferência ocorrida na cidade de San José, capital da Costa Rica, ocasião da elaboração da Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, a qual entrou em vigor em 1978, sendo esse pacto específico à tutela dos direitos humanos e vinculante aos países que o ratifiquem (OAS.ORG, 2016).

Ao se verificar a estrutura interna do SIDH, encontra-se a Comissão IDH, composta por 7 (sete) membros eleitos a título pessoal, cujos mandatos são de 4 (quatro) anos, prorrogáveis uma única vez, possuindo sede na cidade de Washington, Estados Unidos. Compete-lhe, como principal função, promover a observância e a defesa dos direitos humanos, expedir recomendações, elaborar relatórios e receber petições com denúncias ou queixas de violação dos direitos humanos promovidas por qualquer pessoa ou grupo de pessoas para, em se vislumbrando admissibilidade, peticionar junto à Corte (SAN JOSÉ, 1969).

Por sua vez, a Corte, formada por 7 (sete) juízes eleitos a título pessoal, cujos mandatos são de 6 (seis) anos, prorrogáveis uma única vez, possuindo sede na cidade de San José, Costa Rica, recebe petições promovidas pelos Estados Partes ou pela Comissão com fito em

realizar julgamentos que assegurem ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados, pagamento de indenização justa à parte lesada, também podendo determinar medidas provisórias de urgência para evitar danos irreparáveis às pessoas (SAN JOSÉ, 1969).

A estrutura proposta pela Convenção Americana de Direitos Humanos prestigia a separação entre quem acusa (Estados Partes ou Comissão) e quem julga (Corte), com distância geográfica entre a Comissão, sediada nos Estados Unidos, e a Corte, sediada na Costa Rica, ambos com autonomia administrativa e financeira, almejando-se assim a mitigação do risco da ocorrência de uma indesejável influência entre acusador e julgador, provendo, desse modo, maior credibilidade às instituições e, conseqüentemente, aos sistemas de proteção aos direitos humanos.

Afirmam Christiane de Holanda Camilo e David de Sousa Oliveira (2018, p. 50) que as opiniões consultivas, recomendações e sentenças proferidas pela CIDH, são responsáveis por atestarem as formas legítimas e efetivas para que os países possam se conduzir internamente sobre questões de diversas ordens que visam à proteção da pessoa.

Com efeito, a Comissão é essencial à função jurisdicional do sistema interamericano com a missão de defesa da ordem jurídica estabelecida pela Declaração Americana de Direitos Humanos, assumindo o papel de legítimo representante do indivíduo, contemplando funções como a fiscalização do devido cumprimento dos direitos humanos.

### **3 DIREITOS HUMANOS NO CENÁRIO BRASILEIRO**

A partir do entendimento sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mostra-se relevante pormenorizar a forma como

esses direitos vem sendo trabalhados no âmbito do ordenamento jurídico interno.

### **3.1 Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**

Embora Silva (2015, p. 177) afirme que “a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso”, aduz, em contrapartida, que a expressão “direitos fundamentais do homem” é mais adequada a ser usada, uma vez que faz referência a direitos basilares positivados no ordenamento jurídico com o fim de garantir uma convivência digna, livre e igual a todas as pessoas.

Por sua vez, Ramos (2014, p. 53) conceitua direitos humanos como “matriz internacional, sem maior força vinculante” e direitos fundamentais como “matriz constitucional, com força vinculante”, mas, o próprio autor admite a ultrapassada divisão de tais conceitos, tendo em vista a possibilidade de incorporação de tratados com equivalência às emendas constitucionais, além da força vinculante dos direitos humanos pelo reconhecimento de jurisdições internacionais e da complementariedade entre os direitos fundamentais positivados na constituição e os direitos humanos de âmbito internacional.

Impende ressaltar que os direitos humanos possuem natureza jurídica principiológica, conforme bem colocado por Vale (2009, p. 129) ao afirmar que “o forte conteúdo axiológico das normas de direitos fundamentais e sua elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico fazem com que, na maioria das vezes, elas sejam interpretadas como princípios”, porquanto os princípios, conforme Silva (2015), são verdadeiras normas jurídicas, ora servindo como conteúdo de organização estatal, ora programático, além de funcionar como critério de interpretação e integração.

Ainda na esteira de Silva (2015, p. 186), pode-se classificar os direitos fundamentais como direitos individuais (art. 5º), direitos à nacionalidade (art. 12), direitos políticos (arts. 14 a 17), direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss.), direitos coletivos (art. 5º) e direitos solidários

(arts. 3º e 225), embora existam outros direitos fundamentais espalhados pela Constituição Federal, como, por exemplo, os arts. 170 a 192 destinados ao regramento da ordem econômica e financeira.

Possíveis colisões entre direitos fundamentais são solucionadas a partir da ponderação entre tais direitos, não existindo, segundo Barroso (2009), hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto, regra essa válida para aplicação do controle de convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo Brasil, o qual será abordado nas próximas seções.

### **3.2 Incorporação de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos**

A partir da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, de modo que os demais tratados sobre direitos humanos não aprovados com esse procedimento terão, à luz do posicionamento jurisprudencial do STF, nos termos da decisão no RE 466.343 de 2008, *status* de supralegalidade, ou seja, com hierarquia inferior à Constituição, mas superior às demais normas infraconstitucionais (NETO BELTRAMELLI, 2016).

Impende observar que, até o presente momento, o *quórum* qualificado para incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos foi aplicado à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova Iorque) e o seu respectivo Protocolo Facultativo, revestindo-se, assim, da condição de norma constitucional, havendo, ainda, o Tratado de Marraquexe, instituído para facilitar o acesso às obras publicadas às

peças cegas, o qual também foi aprovado segundo a EC nº 45, e promulgada pelo Decreto nº 9.522, de 8 de outubro de 2018.

Ainda segundo Beltramelli Neto (2016, p. 260), “a decisão havida no RE nº 466.343 fundamentou a aprovação, em 16 de dezembro de 2009, pelo STF da Súmula Vinculante nº 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”, indo ao encontro do determinado no Pacto de San José da Costa Rica, que goza do status de norma supralegal.

Consoante o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, Ramos (2014, p. 398) afirma que há “aplicabilidade imediata das normas contidas em tratados internacionais de direitos humanos ratificados no Brasil”, haja vista ter o art. 5º, § 1º, da CF/88, o qual versa sobre a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, alcance junto aos tratados internacionais de direitos humanos.

Ademais, outro efeito da internalização dos direitos humanos no ordenamento brasileiro pode ser constatado na chamada cláusula federativa, porquanto é possível, segundo o art. 109, § 5º, da CF/88, trazido também pela EC nº 45/2004, a possibilidade de Incidente de Deslocamento de Competência (IDC) para a Justiça Federal nas hipóteses de grave violação de direitos humanos.

O STJ foi submetido a alguns julgamentos de IDC promovidos pelo Procurador Geral da República, (i) havendo negativa em 2005 no caso “Dorothy Stang”, (ii) total procedência no caso conhecido como “Manoel Mattos” em 2010, (iii) parcial procedência concernente ao caso relacionado a grupos de extermínios no Estado de Goiás em 2013 e, (iv) aguardando julgamento desde 2014, o caso relacionado à morte do promotor de Justiça estadual Thiago Faria Soares, assassinado por grupos de extermínio em área conhecida como “Triângulo da Pistolagem” (NETO BELTRAMELLI, 2016).

O Pacto de San José da Costa Rica fez-se em uma das grandes razões para a instituição do IDC no bojo do texto constitucional, porquanto a condenação recai sobre o país e não sobre estados, municípios e demais instituições de direito público, cabendo,

desse modo, a União, representante da República Federativa do Brasil nas relações internacionais, a responsabilização perante as cortes internacionais.

Essa medida coaduna de certo modo com a desigualdade existente de competências constitucionais atribuídas aos entes da federação, pois há evidente prestígio da União em face dos Estados e Municípios, com repartição de competências administrativas e legislativas que destinam à União grande importância, além da repartição de recursos advindos de tributos prover-lhe maior poderio orçamentário, razão pela qual há no senso comum a impressão de que serviços promovidos pela União são, em geral, de melhor qualidade do que aqueles promovidos pelos Estados e Municípios.

### **3.3 Controle de Convencionalidade e o Diálogo entre Cortes**

Um importante instrumento jurídico para salvaguardar as disposições concernentes aos direitos humanos consubstancia-se no controle de convencionalidade, o qual, consoante Ramos (2014), é realizado no âmbito do direito interno, de forma difusa, onde os juízes e tribunais podem declarar a (in)compatibilidade de leis e atos comissivos ou omissos em face de normas internacionais, cujo amparo encontra guarida na supralegalidade das normas de direitos humanos, de forma que as normas infralegais devem observância a tais instrumentos internacionais e esses, por sua vez, aos ditames constitucionais.

Acerca da importância de utilização do controle de convencionalidade no âmbito do direito interno para salvaguardar a força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, Lima Sobrinho (2017, p. 147) esclarece que “em diversas oportunidades, proclamou-se que os Estados devem exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas nacionais aplicadas a casos concretos e as normas internacionais definidoras de direitos e liberdades fundamentais. Exige-se, assim, o exercício

obrigatório de um mecanismo de controle da adequação ou conformidade das normas de direito interno para com as normas de conteúdo humanístico que obrigam os Estados perante a comunidade internacional. Entende-se que a conformidade resultante do controle de constitucionalidade é insuficiente à consolidação da proteção dos direitos humanos no âmbito nacional. Dessa forma, o controle de convencionalidade presta-se a compatibilizar as normas domésticas em relação às normas internacionais de direitos humanos, em uma tentativa de ampliar o diálogo interjurisdicional”.

Ainda à luz de Lima Sobrinho (2017, p. 148), constata-se a aplicação do princípio *pro homine* “como critério hermenêutico que visa à mais ampla proteção normativa ou à interpretação mais favorável enquanto garantia material”, tudo para não se neutralizar ou limitar a efetividade da aplicação dos tratados de direitos humanos, havendo, inclusive, ainda na esteira de Lima Sobrinho (2017), a viabilização de um controle concentrado de convencionalidade na hipótese das cortes constitucionais proferirem decisões com eficácia *erga omnes*, ocasião em que se utilizam os tratados internacionais de direitos humanos como parâmetro de controle das normas internas.

Outrossim, quando os tratados internacionais de direitos humanos são incorporados com observância ao art. 5º da CRFB/88, o tratado internacional que serve como parâmetro de controle acarreta no de constitucionalidade em vez do de convencionalidade, haja vista aqueles serem equivalentes às emendas constitucionais quando aprovados por tal procedimento, restando aos demais tratados internacionais de direitos humanos a condição de parâmetro do controle de convencionalidade, ou seja, um mesmo tratado não pode servir ao mesmo tempo para controle de convencionalidade e constitucionalidade em virtude da natureza jurídica que assume ao ser incorporado no ordenamento jurídico pátrio.

O controle de convencionalidade interamericano já é uma realidade, havendo, conforme encontra-se em Lima Sobrinho (2017), diversos *leading cases* evidenciando as várias condenações submetidas aos Estados-Partes do SIPDH em virtude da verificação de

incompatibilidade entre normas internas e internacionais de proteção dos direitos humanos, tornando verdadeiramente os ditames da Convenção Americana de Direitos Humanos como mecanismo subsidiário e complementar aos controles de direito interno.

Além do controle de convencionalidade interno, há também o de matriz internacional, cuja competência atribui-se aos tribunais internacionais como a Corte Europeia, Interamericana e Africana, havendo, outrossim, a precípua preocupação em homogeneizar a interpretação dessas normas no âmbito de aplicação do direito doméstico daqueles países por tais cortes albergadas, sendo tal procedimento análogo ao controle de constitucionalidade concentrado realizado na via abstrata pelo Supremo Tribunal Federal, em âmbito federal, e pelos Tribunais de Justiça, em âmbito estadual.

Nessa perspectiva, conforme abordado por Beltramelli Neto (2016) e Ramos (2014), verifica-se a possibilidade de juízes e tribunais levarem em consideração julgamentos proferidos por cortes internacionais, possibilitando o chamado Diálogo entre as Cortes, Transconstitucionalismo ou Teoria do Duplo Controle, na medida em que os julgamentos internos façam menção à existência de dispositivos internacionais vinculantes ao Brasil, observância de casos internacionais análogos e de jurisprudência internacional, além da possibilidade de revisão de decisões pelas cortes internacionais quando houver má aplicação ou interpretação das convenções internacionais.

#### **4 ANÁLISE DE EFETIVIDADE DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL**

Analisados os aspectos gerais sobre o SIDH e sobre o contexto de proteção e regulamentação sobre os direitos humanos no Brasil, é

preciso proceder a análise específica acerca da efetividade desse sistema na ordem jurídica interna.

#### **4.1 Atuação da Comissão Interamericana no Brasil**

A partir de informações extraídas do sítio eletrônico da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, CIDH (2016), compilaram-se alguns dados estatísticos com o intuito de delinear a efetiva atuação daquele importante órgão intercontinental no âmbito do cenário brasileiro, produzindo-se um direcionamento a uma análise quantitativa e, quando possível, a uma análise qualitativa da efetiva atuação da CIDH.

De acordo com os dados em comento, a atuação da Comissão como postulante junto à Corte é tímida, uma vez que, de 2006 até 2012, apenas 7 (sete) petições foram submetidas à julgamento, conquanto tenha recebido, em contrapartida, 943 (novecentos e quarenta e três) novas petições brasileiras para análise.

Em que pese o quantitativo de petições apresentadas à Corte não configurar, *de per se*, índice qualitativo, nota-se claramente que o congestionamento existente no Poder Judiciário brasileiro é mal que acomete o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, averiguando-se, do mesmo modo, grande discrepância do quantitativo de cautelares solicitadas e deferidas, pois, embora também não se revista de dado qualitativo, causa estranheza, pela realidade socioeconômica do povo brasileiro, que no ínterim de 11 (onze) anos, apenas 15 cautelares, de um total de 189, tenham sido deferidas.

Com efeito, ainda que numa análise inicial desprovida de metodologia técnico-científica, permeia ao senso comum que órgãos da envergadura do SIPDH necessitam de estrutura adequada, demandando, para isso, investimentos financeiros capazes de possibilitar a consecução dos objetivos estratégicos e institucionais, bem como da real necessidade de autossustentação, consolidadora de autonomia, isenção e efetividade.

Todavia, de acordo com OAS1 (2016), encontram-se notícias desanimadoras alardeadas à grave crise financeira enfrentada pelo SIPDH, havendo, devido à crise, a necessidade de se suspender períodos ordinários de sessões, previstas para julho e outubro de 2016, além de ensejar aparente insatisfação quanto à distribuição do total de recursos recebidos pela OEA, conforme demonstrado em números pela notícia OAS2 (2016) que menciona: “não obstante, o orçamento ordinário da CIDH de menos de 5 milhões de dólares anuais, que representa 6% do orçamento ordinário da Organização dos Estados Americanos (OEA), continua sendo insuficiente para cumprir o mandato atribuído pelos Estados membros”.

Apesar das más notícias relativas à seara financeira, também há notícias que aludem ao recebimento de doações providas por alguns países integrantes da OEA e externos a ela, de modo que a Comissão tem conseguido superar as dificuldades, mantendo suas atividades, embora haja notória pressão para que a OEA altere a distribuição orçamentária, havendo, devido à ajuda recebida, agradecimentos à contribuição de países como Argentina, México, Estados Unidos e Panamá, inexistindo qualquer menção de contribuição brasileira, ainda que de pequeno vulto como foi a singela contribuição de Antígua e Barbuda com US\$ 1,800 (OAS3, 2016).

A ausência de doação brasileira parece estar relacionada a abalos nas relações diplomáticas na medida em que a Comissão manifesta-se preocupada com o impedimento de Dilma Rousseff (OAS4, 2016), externando duras críticas ao então governo de Michel Temer, como se vê na notícia de número 67/16 (OAS5, 2016), de 18 de maio de 2016, que expõe que “a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) expressa sua profunda preocupação com as decisões tomadas pelo presidente interino do Brasil, Michel Temer, que representam um passo atrás e terão impacto negativo sobre a proteção e promoção dos direitos humanos no país. A nomeação de um gabinete de ministros que não inclui nenhuma mulher ou qualquer pessoa afrodescendente, deixa excluída dos mais altos cargos do governo mais

de metade da população do país. A última vez que o Brasil tinha um gabinete sem mulheres ministras foi durante a ditadura militar”.

Em que pese verificar-se históricas divergências de ordem política entre a CIDH e os governos brasileiros, divergências essas que já se desenharam, com outros contornos, em países como Bolívia e Venezuela, a verdade contumaz evidencia que o Brasil, ao ratificar o Pacto de San José da Costa Rica, submeteu-se ao SIPDH, inclusive à jurisdição da Corte IDH, razão pela qual há de cumprir as decisões daquela Corte e também a recomendações da Comissão.

O cumprimento dos pactos internacionais celebrados, em especial aqueles concernentes aos direitos humanos, demonstram o respeito do país à dignidade da pessoa humana, bem como ao Estado Democrático de Direito, à segurança jurídica e ao princípio da prevalência dos direitos humanos, de modo a sobrepujar questões de cunho político.

#### **4.2 Importantes Julgamentos da Corte Interamericana**

Para uma adequada análise da atuação do SIPDH no Brasil, faz-se relevante o levantamento de julgamentos até então realizados, analisando-os com atenção ao seu quantitativo numérico, mas sem se olvidar de questões de cunho mais qualitativo como a verificação do cumprimento dessas decisões, abarcando a repercussão na sociedade civil e nos três poderes da república.

À luz de Beltramelli Neto (2016), o Brasil recebeu, em 2001, recomendação da Comissão IDH para a edição de lei com o objetivo de reprimir a violência doméstica contra a mulher, tendo em vista decisão da Comissão IDH no bojo do famoso caso “Maria da Penha”, mulher que ficou paraplégica em virtude de agressões de seu companheiro. Em cumprimento desta recomendação, o Brasil editou posteriormente a Lei nº. 11.340/06.

Em 2006, o Brasil recebeu a primeira condenação da Corte IDH no caso “Damião Ximenes Lopes”, internado em hospital psiquiátrico do Sistema Único de Saúde, sediado no Município de Sobral/CE, dando conta da denúncia para as condições desumanas e degradantes de sua hospitalização, inclusive com notícias de agressões físicas por funcionários. O Estado brasileiro foi condenado a realizar uma investigação eficaz e isenta, além de capacitar os profissionais que trabalham em hospitais psiquiátricos.

O Brasil foi novamente condenado em 2009 em acusação de interceptação e monitoramento ilegal de linhas telefônicas realizadas entre abril e junho de 1999 pela Polícia Militar do Estado do Paraná. A condenação determinou pagamento de indenização e a realização de eficaz e isenta investigação.

Ainda em 2009, o Brasil foi condenado por não investigar e punir o homicídio de Sétimo Garibaldi, ocorrido em 27.11.1998, durante operação extrajudicial de despejo das famílias de trabalhadores sem terra que ocupavam a “Fazenda São Francisco”, no Município de Querência do Norte/PB. A condenação determinou pagamento de indenização e a realização de eficaz e isenta investigação.

Por sua vez, em 2010, o Brasil teve outra importante condenação no caso “Gomes Lund e outros vs. Brasil”, em que se noticiou a tortura e desaparecimento forçado de cerca de 70 pessoas entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região do Araguaia, tudo no contexto da ditadura militar, em região atualmente pertencente ao estado do Tocantins. A condenação ensejou, em indenização às famílias, realização de eficaz e isenta investigação (que viria a dar azo à Comissão da Verdade) e repúdio aos efeitos da Lei de Anistia.

Outro importante caso, dessa vez em cautelar da Comissão IDH, versa sobre recomendação ao Brasil, em abril de 2011, para a suspensão da construção da usina hidroelétrica de Belo Monte, tendo em vista a necessidade de um adequado Estudo de Impacto Social e Ambiental e também estudos relacionados às populações indígenas

daquela localidade, inclusive atinentes a questões de saúde pública. Em julho de 2011, a CIDH avaliou a MC 382/10 e modificou o objeto da medida, solicitando ao Estado que:

1) Adote medidas para proteger a vida, a saúde e integridade pessoal dos membros das comunidades indígenas em situação de isolamento voluntário da bacia do Xingu, e da integridade cultural de mencionadas comunidades, que incluam ações efetivas de implementação e execução das medidas jurídico-formais já existentes, assim como o desenho e implementação de medidas específicas de mitigação dos efeitos que terá a construção da represa Belo Monte sobre o território e a vida destas comunidades em isolamento; 2) Adote medidas para proteger a saúde dos membros das comunidades indígenas da bacia do Xingu afetadas pelo projeto Belo Monte, que incluam (a) a finalização e implementação aceleradas do Programa Integrado de Saúde Indígena para a região da UHE Belo Monte, e (b) o desenho e implementação efetivos dos planos e programas especificamente requeridos pela FUNAI no Parecer Técnico 21/09, recém enunciados; e 3) Garantissem a rápida finalização dos processos de regularização das terras ancestrais dos povos indígenas na bacia do Xingu que estão pendentes, e adote medidas efetivas para a proteção de mencionados territórios ancestrais ante apropriação ilegítima e ocupação por não-indígenas, e frente a exploração ou o deterioramento de seus recursos naturais. Adicionalmente, a CIDH decidiu que o debate entre as partes no que se refere a consulta prévia e ao consentimento informado em relação ao projeto Belo Monte se transformou em uma discussão sobre o mérito do assunto que transcende o âmbito do procedimento de medidas cautelares. (CIDH, 2011)

Ainda no âmbito da Comissão IDH, o Brasil recebeu recomendações em 2011 no caso “Favela Nova Brasília”, pertencente ao Complexo do Alemão, no Rio de Janeiro, para investigar a notícia de que policiais fortemente armados teriam, no bojo de operação contra o tráfico de drogas, violentado moradores, inclusive estuprado mulheres, ao passo que, em 2013, no caso “Complexo Penitenciário de

Pedrinhas”, no Maranhão, a recomendação foi destinada à proteção da integridade física das pessoas privadas de liberdade daquele presídio.

Em recente decisão, a Corte IDH condenou o Brasil pela não prevenção da prática de trabalho escravo e de tráfico de pessoas na Fazenda Brasil Verde, localizada na região sul do estado do Pará. De acordo com a sentença, o país deverá indenizar 128 vítimas resgatadas nos anos de 1997 até 2000, e deverá reabrir as investigações para apurar os crimes cometidos, inclusive denúncia dando conta do desaparecimento de dois adolescentes após tentativa de fuga. (CortIDH, 2016).

Outras recomendações foram emitidas pela Comissão IDH, sempre no intuito de requisitar das autoridades brasileiras medidas muitas vezes simples, como investigar determinados casos ou proteger a integridade e a liberdade de determinadas pessoas ou grupos de pessoas.

#### **4.3 Controvérsia entre Cortes na Aplicação da Lei de Anistia**

Embora o Brasil tenha ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos, destinando parcela de sua jurisdição a Corte IDH, o Supremo Tribunal Federal, órgão judicial revestido da incumbência de proteção à CRFB/88, assume excelsa função no constitucionalismo nacional, muitas vezes manifestado por meio de decisões com efeitos *erga omnes* e vinculantes a todo o Poder Judiciário e à Administração Pública.

Nesse cenário, o STF, ao ser demandado para julgamento da ADPF 153, entendeu que a Lei de Anistia, cujo propósito foi conceder anistia aos crimes políticos e conexos cometidos entre 02.09.1961 e 15.08.1979, foi editada num momento de transição entre a ditadura e a democracia, ocasião em que o povo brasileiro preferiu uma transição pacífica em detrimento de uma guerra civil capaz de ocasionar intenso derramamento de sangue.

A decisão também teve embasamento na natureza jurídica daquela lei, uma vez que, por ser decisão política assumida naquele

momento, cuja finalidade repousou em transição conciliatória, o ato normativo teve natureza jurídica de lei-medida, não se tratando de regra dirigida para o futuro, diferenciando-se, assim, das normas regulares que possuem abstração e generalidade.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que tramitava a ADPF 153 no STF, julgava-se na Corte IDH um caso conhecido como “Guerra do Araguaia” ou “Gomes Lund contra o Brasil, de 2010”, sendo essa uma guerrilha incitada pelo partido Partido Comunista do Brasil em face da ditadura, ocasião em que várias pessoas foram mortas, mas jamais seus corpos foram devolvidos aos familiares, tampouco os responsáveis identificados e julgados.

De acordo com a Corte IDH, o Brasil não envidou os esforços necessários à solução daquele caso, tendo as autoridades brasileiras apontado como justificativa à proteção dada pela Lei de Anistia, gerando assim condenação ao Brasil para indenizar civilmente as famílias, a criar grupos para busca dos corpos desaparecidos e, sobretudo, a fornecer a verdade do que teria ocorrido, afastando-se, desse modo, a aplicação da Lei de Anistia, ocasião em que a controvérsia com o STF evidenciou verdadeiro choque entre as cortes.

Embora tal divergência tenha de fato ocorrido, o governo brasileiro, ao receber a decisão da Corte, encontrou solução intermediária, pois, embora ninguém tenha sido julgado, muito menos punido, criou-se, finalmente, a Comissão da Verdade para que o povo tivesse conhecimento das atrocidades perpetradas pelos militares no período da ditadura, além da devida indenização civil e dos esforços em busca dos corpos, até hoje jamais encontrados.

Em caso recente, Herzog e outros vs. Brasil, a Corte entendeu que o Estado brasileiro é responsável pela violação do direito de conhecer a verdade dos familiares de Vladimir Herzog, em virtude de não haver esclarecido judicialmente os fatos violatórios do presente caso e não ter apurado as responsabilidades individuais respectivas, em relação à tortura e assassinato do jornalista, por meio da investigação e do julgamento desses fatos na jurisdição ordinária, por conta da existência da Lei de Anistia (CortIDH, 2018).

## 5 CONCLUSÃO

Embora inegavelmente a disciplina Direitos Humanos revista-se de conceitos, princípios e regramentos muito amplos, porquanto são inerentes à complexa natureza humana, calcada no princípio da dignidade da pessoa humana, versátil e mutável sob a perspectiva cultural, social e temporal, o SIPDH foi criado para possibilitar maior concretude prática ao respeito, proteção e promoção dos direitos humanos no bojo do continente americano.

Assim, ao se analisar a atuação do SIPDH, identificou-se como resultado positivo a prolação de importantes julgamentos e recomendações ao Brasil, figurando como exemplos práticos os casos Damião Ximenes Lopes, Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), Favela Nova Brasília, Maria da Penha, Usina Belo Monte, Complexo Penitenciário de Pedrinhas, dentre outros.

Ainda no conjunto de resultados positivos, constatou-se a força vinculante da Convenção Americana de Direitos Humanos no âmbito brasileiro, com plena integração ao ordenamento jurídico, possibilitando seu uso pelos operadores do direito tal qual leis elaboradas pelo Poder Legislativo, com possibilidade de controle de convencionalidade, além da execução de sentenças da Corte IDH diretamente em face da Fazenda Pública no juízo federal, sem a necessidade de passagem pelo processo de conhecimento ou prévio crivo do Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, figurando entre os resultados negativos, identificou-se o pouco uso dos tratados internacionais sobre direitos humanos por parte dos operadores do direito, pois, em que pese o caráter subsidiário do SIPDH, percebe-se que as 131 ações levadas à Comissão IDH em 2016, com apenas 2 casos enviados à Corte IDH, evidenciam o pequeno uso do sistema em comparação com as

demandas ajuizadas no Poder Judiciário pátrio, conquanto pudesse ser melhor aproveitado como mais uma porta do sistema multiportas de solução de conflitos, pesando-se também certa indefinição sobre de quem é a prevalência de julgamentos divergentes entre a Corte e o STF.

Outros resultados negativos dão conta de uma preocupante crise financeira no SIPDH, agravado pelo questionável fatiamento de recursos por parte da OEA, bem como o atual distanciamento do governo brasileiro após o impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff e uma nítida fragilidade de inserção e manutenção do sistema frente a governos ditatoriais como ocorre na Venezuela.

Cabe ainda ressaltar que as recomendações proferidas pelo SIPDH para elaboração de leis não ingressam diretamente no Poder Legislativo, pois órgãos internacionais não se enquadram no rol de legitimados arrolados na CRFB/88 para propositura de leis, havendo assim a necessidade de esperar a iniciativa de qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, do Presidente da República, ou dos cidadãos, valendo, para aumentar a efetividade dessas recomendações, um estudo sobre a legitimação de organismos internacionais de direitos humanos na iniciativa de projeto de leis.

Assim, embora nitidamente o sistema careça de maior utilização e também, ele próprio, de maior estrutura e recursos para atender a demanda não apenas do Brasil, mas de todos os países pertencentes ao sistema interamericano, a maioria com graves violações aos direitos humanos, é evidente que vários foram os avanços, com conquistas importantes, havendo muito espaço para se ampliar a crescente e almejada efetividade dos direitos humanos no Brasil e demais países do sistema interamericano.

Data de Submissão: 06/11/2019

Data de Aprovação: 06/12/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Direitos Humanos**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 29 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 09 jul. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 DF**. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df#>. Acesso em: 09 jul. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 477554 MG**. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22926636/recurso-extraordinario-re-477554-mg-stf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

CIDH. **Estadísticas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre peticiones, caos y medidas cautelares**. Disponível em:

<http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html>. Acesso em: 29 jun. 2019.

CIDH. **Medidas cautelares outorgadas pela CIDH no ano 2011** (Ordem cronológica, começando pela última medida adotada). Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CortIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Herzog e outros vs. Brasil**. Sentença de 15 de março de 2018. (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf). Acesso em: 25 out. 2019.

CortIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016. (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf). Acesso em: 29 out. 2019.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Direitos humanos, econômicos, sociais e culturais. **Revista Prima Facie**, v. 5, n. 8, p. 36-46, jan./jun. 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/6780/4216>. Acesso em: 20 jul. 2019.

GONZALES, Cristiani Pereira de Moraes; BORGES, Maria Creusa. A EDH na educação básica segundo o PMEDH e o PNEDH: direito universal e prática que resguarda a diversidade. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 24, n. 2, p. 315-337, maio/ago. 2019. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1493>. Acesso em 10 jul. 2019.

GROTE, Rainer. Democracia, Estado de Direito e Desenvolvimento. *In*: BOGDANDY, Armin von. *et al.* (coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HOLANDA CAMILO, Christiane de; SOUSA OLIVEIRA, David. Compliance da opinião consultiva no. 24/2017 da corte interamericana de direitos humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l.], n. 17/18, p. 43-64, dez. 2018. Disponível em:

<https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/374>. Acesso em: 30 jul. 2019.

LIMA SOBRINHO, Luis Carlos dos Santos. **Controle de Convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos**. 2017. 248 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2017.

OAS1. **Press Releases 2016: 69/16, 74/16, 104/16, 124/16, 129/16, 145/16, 146/16 and 159/16**. Disponível em: [http://www.oas.org/en/iachr/media\\_center/press\\_releases.asp](http://www.oas.org/en/iachr/media_center/press_releases.asp). Acesso em 29 jun. 2019.

OAS2. **IACHR Thanks Contributions to Overcome Financial Crisis**. Disponível em: [http://www.oas.org/en/iachr/media\\_center/PReleases/2016/129.asp](http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2016/129.asp). Acesso em 03 jul. 2019.

OAS3. **CIDH supera la aguda crisis financiera de 2016 y agradece a países y donantes que lo hicieron posible**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/145.asp>. Acesso em 29 jun. 2019.

OAS4. **A CIDH expressa preocupação pela destituição da Presidente do Brasil**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2016/126.asp>. Acesso em 15 jun. 2019.

OAS5. **CIDH manifesta a sua profunda preocupação com retrocessos em matéria de direitos humanos no Brasil**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2016/067.asp>. Acesso em 30 de jun. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2013.

PIRES, Thula. Racionalizando o debate sobre Direitos Humanos: limites e possibilidades da criminalização do racismo no Brasil. **Revista SUR 28**, v. 15, n. 28, p. 65-75, 2018. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2019/05/sur-28-portugues-thula-pires.pdf>. Acesso em: 29 de jul. 2019.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.

WASHINGTON. *OEA*: **Quem Somos**. Disponível em: [http://www.oas.org/pt/sobre/quem\\_somos.asp](http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp). Acesso em 30 de jun. 2019.

## **Inter-American System For The Protection Of Human Rights: Analysis Of The Realization In Brazil**

Maria das Graças Macena Dias de Oliveira

Valter Moura do Carmo

Bruno Bastos de Oliveira

**Abstract:** The present scientific article was developed with research destined to the analysis of administrative or juridical measures promoted by the organs of the Inter-American System for the Protection of Human Rights. The methodology was consolidated in a descriptive research obtained through bibliographical sources, documents, as well as of statistical data by public domain. The research problem of this work was based on the apparent remission of the Human Rights to a high abstract juridical skeleton, whose effectivity, whether national or international, suffers from practicality, in addition to the idea about the distortion in favor of evildoers in detriment of the expected protection to society. Throughout this article, the global, regional and national development of human rights, its consignment on the CRFB/88, legal typification, as well as the analysis of decisions of the Inter-American Court and recommendations of the Inter-American Commission impactful in the scope nacional, with the purpose to delineate the desired effectiveness. It is concluded that, although the system lacks the most adequate structure to receive demands from the countries belonging to them, it is clear that advances and achievements have been made towards the desired effectiveness of human rights in Brazil and other countries that make up the inter-American system.

**Keywords:** American Convention on Human Rights. Pact of San Jose, Costa Rica. International Law.

## **Slippery Slope, A Presunção De Inocência E Sua Evolução Na Visão Do Supremo Tribunal Federal: Uma Análise A Partir Dos Direitos Humanos, Fundamentais E De Personalidade**

**Gustavo Noronha de Ávila**

Doutorado em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, em Ciência Jurídica do Centro Universitário de Maringá.  
E-mail: gusnavila@gmail.com

**Rafael Junior Soares**

Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Professor de Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR - Campus Londrina-PR.  
E-mail: rafael@advocaciabittar.adv.br

**Luiz Antonio Borri**

Mestrando em Ciências Jurídicas pelo CESUMAR. Professor de Direito Penal da Unicesumar (Londrina).  
E-mail: luiz@advocaciabittar.adv.br

**Resumo:** O presente artigo tem o objetivo de examinar a evolução da presunção de inocência no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em especial quando se observa que a partir do HC 84.078/MG, no ano de 2009, conferiu-se concretude ao disposto no art. 5º, LVII da Constituição Federal e à Convenção Americana de Direitos Humanos, impedindo a execução provisória da condenação. Não obstante, no ano de 2012, a Suprema Corte julgou constitucional a Lei Complementar 131 de 2010, cognominada “Lei da Ficha Limpa”, e restringiu o alcance da presunção de inocência utilizando, dentre outros argumentos, a necessidade de separar o âmbito eleitoral e o penal no tocante à extensão da garantia constitucional. Por conseguinte, busca-se examinar se essa posição contribuiu para a mitigação ainda maior ocorrida no julgamento do HC 126.292/SP, em 2016, quando se autorizou a execução antecipada da pena privativa de liberdade. Assim, a partir do método hipotético-dedutivo, valendo-se da técnica de revisão bibliográfica, propõe-se a hipótese de que o julgamento ocorrido no ano de 2012 conduziu a um processo de Slippery Slope na presunção de inocência, implicando nas consequências interpretativas levadas a cabo em 2016, ferindo determinadamente os direitos fundamentais e de personalidade dos acusados. Infelizmente, em que pese sinalizações recentes, a tendência é de relativização de garantias em nome da eficiência do processo penal.

**Palavras-chave:** Presunção de inocência. Slippery Slope. Execução antecipada da pena. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Direitos da Personalidade.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

## **Slippery Slope, A Presunção De Inocência E Sua Evolução Na Visão Do Supremo Tribunal Federal: Uma Análise A Partir Dos Direitos Humanos, Fundamentais E De Personalidade**

Gustavo Noronha de Ávila

Rafael Junior Soares

Luiz Antonio Borri

### **1 INTRODUÇÃO**

O princípio da presunção da inocência disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal constitui uma das bases essenciais do ordenamento jurídico brasileiro, por se tratar de garantia constitucional que traz uma série de reflexos em prol do cidadão, seja como regra política, probatória ou de tratamento.

É necessário examinar a matéria também à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, em especial seu art. 8º, item 2, notadamente para identificar se a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal afronta aludida garantia judicial. Diante disso, o presente artigo pretende realizar a abordagem da presunção de inocência a partir da sua evolução na visão do Supremo Tribunal Federal. O exame é importante na medida é percebida a oscilação do princípio a partir de posições polêmicas adotadas pela Suprema Corte.

Dessa forma, o ensaio examinará, inicialmente, o conceito da presunção de inocência de acordo com a leitura constitucional. Na sequência, será feita a análise de determinados pontos estudados à luz da presunção de inocência, como, por exemplo, execução provisória da

pena e a lei da ficha limpa, a fim de verificar se existem contradições nas posturas tomadas no âmbito da maior Corte do país.

Também é realizada aproximação com o argumento do *slippery slope* (ladeira escorregadia). Em um contexto de fragilidade democrática, onde uma série de garantias individuais são colocadas em xeque em nome da supremacia do coletivo, é necessário compreender as possíveis repercussão da relativização da presunção de inocência aos direitos humanos, fundamentais e de personalidade dos acusados.

O tema ganha relevância em função das constantes mudanças, ora ampliando ora restringindo, de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o que tem gerado insegurança jurídica em relação à aplicação da garantia constitucional.

Assim, a partir do método hipotético-dedutivo, através da técnica de revisão bibliográfica, é proposta a hipótese de que o julgamento ocorrido no ano de 2012 conduziu a um processo de *Slippery Slope* na presunção de inocência, implicando nas consequências interpretativas levadas a cabo em 2016, ferindo determinadamente os direitos fundamentais e de personalidade dos acusados.

Por conseguinte, é apontado como problema de pesquisa: a relativização da presunção de inocência em 2012 no julgamento da Lei da Ficha Limpa conduziu a um processo de *Slippery Slope* com a amplificação de efeitos para a esfera penal no ano de 2016?

Apesar de recentes decisão da Suprema Corte brasileira, o quadro de (re)afirmação das garantias constitucionais do processo penal não é nada promissor. Há notória tendência a aplicação de medidas eficientistas e que significam, em última análise, inaceitáveis retrocessos civilizatórios.

## **2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

A Constituição Federal de 1988 prevê no seu art. 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, contudo, a discussão sobre a presunção de inocência precede o texto constitucional, podendo-se citar debate iniciado no Tribunal Superior Eleitoral, sob a égide da Constituição de 1967/1969.<sup>28</sup>

Naquela oportunidade, discutiu-se a existência de cláusula aberta de direitos e garantias previstos na Constituição permitindo o reconhecimento da inconstitucionalidade de dispositivo infraconstitucional, que tornava inelegível o cidadão que estivesse respondendo processo crime, concluindo a Corte eleitoral pela inconstitucionalidade do dispositivo. A despeito disso, em julgamento do dia 17 de novembro de 1976, o Supremo Tribunal Federal reconheceu como legítima a restrição imposta para candidatar-se, sem, contudo, afastar a possibilidade de o princípio<sup>29</sup> da presunção de inocência<sup>30</sup> encontrar espaço na legislação brasileira (MENDES; BRANCO, 2013, p. 520).

Não bastasse, acresça-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos (CAHD)<sup>31</sup>, no art. 8º, item 2, regulamenta a

---

<sup>28</sup> Traçando pontos de contato entre a doutrina brasileira e a doutrina italiana de período anterior ao descrito acima, aponta-se como se buscou expulsar do Código de Processo Penal de 1941 a presunção de inocência, fortalecendo uma perspectiva de presunção de culpabilidade (cf. GLOECKNER, 2018, p. 423-430).

<sup>29</sup> Embora a doutrina e a jurisprudência frequentemente tratem a presunção de inocência como princípio, na realidade sua densidade normativa corresponde a uma regra, já que não admite a flexibilidade atribuída aos comandos normativos principiológicos. (DAVID; BONATO, 2018, p. 1150-1151).

<sup>30</sup> Há quem prefira o termo estado de inocência a pretexto de que seria mais do que simples presunção de inocência, com isso, busca-se afirmar que o réu é inocente até que se prove o contrário e seja declarado culpado em sentença penal condenatória (cf. RIBEIRO; BERTONI, 2015, p. 169).

<sup>31</sup> O Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos no ano de 1992 e segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal goza de status normativo supralegal no ordenamento jurídico pátrio, afastando a aplicação da legislação infraconstitucional que com ela conflite (STF, RE 349703/RS, j. 03/12/2008).

presunção de inocência enquanto não comprovada a culpa do réu, sem especificar precisamente qual seria o momento processual de definição da culpa do agente.

Segundo a doutrina, do aludido dispositivo da CADH emanam duas regras: a) regra de tratamento; b) regra probatória. Assim, na primeira perspectiva (intimamente relacionada com a execução antecipada da pena), manifesta-se como óbice a qualquer juízo antecipado condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do acusado, servindo como exemplo a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária. Por óbvio, isso não significa que a segregação cautelar do acusado é inviável, pois poderá ocorrer quando devidamente motivada a sua necessidade concreta (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 118).

A segunda regra, ou seja, presunção de inocência como regra probatória, impõe à acusação o ônus de comprovar a imputação penal, valendo pontuar que na virada jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, ocorrida no HC 84.078/MG, a corrente minoritária (favorável à execução provisória da pena) visualizou o núcleo da garantia fundamental nessa perspectiva, sendo um dos argumentos empregados pela maioria (favorável à execução provisória da pena) que se formou na nova modificação jurisprudencial ocorrida no HC 126.292/SP (RAMOS, 2019, p. 300-304).

Poder-se-ia indagar a partir do quadro delineado: contemplando a ordem interna garantia de que a presunção inocência perdura até o trânsito em julgado da condenação penal, sem que exista idêntica previsão no âmbito da Convenção, qual norma deve prevalecer?

O questionamento pode ser respondido com base no art. 29 da CADH, do qual decorre o princípio *pro homine* ou *in dubio pro libertate* representado pela garantia ao ser humano da “aplicação da norma que, no caso concreto, melhor o proteja, levando em conta a força expansiva dos direitos humanos, o respeito do conteúdo

essencial desses direitos e a ponderação de bens e valores.” (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 238)<sup>32</sup>

Dessa forma, não se mostra coerente a aplicação da CADH com a finalidade de restringir a garantia da presunção de inocência, tal como empregado no voto vencido da Ministra Ellen Gracie (STF, HC 84.078/MG, j 05/02/2009):

O Pacto de San José da Costa Rica não assegura o direito de recorrer em liberdade, mas, sim, o direito de recorrer tout court. E seus redatores certamente não tinham em mente a ‘superabundância tipicamente brasileira de recursos supérfluos’ (Min. Francisco Rezek no HC 72.366). Seria demais segundo penso, tentar interpretar o Pacto de San José da Costa Rica à luz daquilo que o tratado não previu e que consiste extravagância exclusiva deste país.

Por seu turno, um dos argumentos veiculados para fundamentar a necessidade de cumprimento antecipado da pena consiste no aspecto histórico, afirmando-se que, antes e após a Constituição Federal de 1988, existia a compreensão majoritária admitindo o cumprimento da pena em segunda instância, sendo o entendimento alterado por um curto período de 2009 a 2016 (VOLPE FILHO, 2018, p. 5-7).

Para Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho a interpretação lógica, sistemática, histórica e literal do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, ampara a tese de que a presunção de inocência obsta a execução antecipada da pena (admitindo apenas a prisão pena e prisão cautelar), seja porque plenamente de acordo com outras garantias constitucionais, mas também porque a Carta de 1988 reafirma, em diversos momentos, o rompimento com fórmulas do período autoritário (CARVALHO, 2014, p. 189-190).

No que tange especificamente ao marco temporal da presunção de inocência, nos termos do dispositivo constitucional citado, o doutrinador sustenta como sendo o trânsito em julgado. Ademais, acentua que o constituinte brasileiro não deveria ter fixado um momento específico de definição da culpa, possibilitando à

---

<sup>32</sup> Na jurisprudência esse critério foi expressamente mencionado nos seguintes casos: STJ, REsp 914.253/SP, j. 02/12/2009; STF, HC 96772, j. 09/06/2009.

jurisprudência sua conformação, contudo, o modelo adotado pelo constituinte inviabiliza interpretação contrariando o texto (CARVALHO, 2014, p. 192).

Admite uma única hipótese para a perda de significação da presunção de inocência, indicando que quando inexistente tese defensiva que permita livrar o réu da condenação à pena privativa da liberdade ter-se-ia como aplicável apenas o efeito devolutivo do recurso especial ou extraordinário, possibilitando a expedição do mandado de prisão a partir do acórdão condenatório, todavia, ainda assim, indica subsistir óbice a essa interpretação, notadamente porque seria possível a absolvição por parte do tribunal incumbido da análise do recurso (CARVALHO, 2014, p. 192).

De fato, tomando por base o marco teórico de Friedrich Müller, a doutrina compreende que, em relação ao disposto no art. 5º, LVII da Constituição Federal, o limite interpretativo diz respeito ao conteúdo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, marco da configuração da culpa, atentando-se contra o Estado de Direito caso não seja observado tal limite (PINTO; DIAS; SANTIAGO, 2019, p. 15).

Por seu turno, Rogério Schietti Cruz, em obra dedicada ao estudo da prisão cautelar, menciona que por longo período, ao menos desde o Código de Processo Penal em 1942 até o advento da Constituição de 1988, pouca discussão subsistia na jurisprudência sobre o tema da execução antecipada da pena privativa de liberdade, chegando-se, inclusive, a editar a súmula 267 no Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação: “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.” (CRUZ, 2017, p. 267/268)

A conclusão decorria da interpretação do art. 637 do Código de Processo Penal, o qual prevê a baixa dos autos para execução da sentença na hipótese de aviamento de recurso extraordinário, particularmente porque o apelo extremo não é dotado de efeito

suspensivo<sup>33</sup>, sendo tal entendimento alterado com o julgamento pelo pleno do Supremo Tribunal Federal do HC 84.078/MG, ocorrido em 2009, no qual, por maioria de votos, restou assentada a inconstitucionalidade da denominada execução provisória da pena por afrontar o art. 5º, LVII da Constituição Federal (CRUZ, 2017, p. 268/271).

O entendimento da Corte baseou-se, dentre outros fundamentos, na circunstância de a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) prever nos arts. 105, 147 e 164 que o cumprimento da pena privativa de liberdade, restritiva de direito e multa ocorrerá com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo tais dispositivos adequados à ordem jurídica constitucional e cronologicamente posteriores ao art. 637 do Código de Processo Penal.

A Corte Suprema retomou o entendimento vigente até 2009 quando a matéria foi revisitada pelo pleno no HC 126.292/SP, sendo firmada a repercussão geral da jurisprudência com o julgamento do ARE 964.246 RG/SP, ambos do ano de 2016, admitindo-se, por conseguinte, a execução provisória da pena, a partir da condenação proferida ou confirmada em grau recursal.

Não se pode olvidar, ainda, que o debate da presunção de inocência como óbice à execução provisória da pena foi enfrentado pela Suprema Corte na análise das medidas cautelares pleiteadas nas Ações Diretas de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44<sup>34</sup>, também no ano de 2016, cujo mérito estava previsto para 10 de abril de 2019, no entanto, sofreu adiamento em virtude de pedido formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (MIGALHAS, 2019), mas que somente foi retomado em 17 de outubro e concluído em 07 de novembro de 2019.

---

<sup>33</sup> Segundo Gustavo Badaró os recursos especial e extraordinário na esfera penal deveriam ser dotados de efeitos suspensivo, por força do que dispõe o art. 5º, LVII, da Constituição, independentemente da regulamentação da matéria no âmbito cível, (BADARÓ, 2018, p. 1207).

<sup>34</sup> O Partido Comunista Brasileiro ingressou com a ADC 54 com a mesma pretensão, no entanto, o ajuizamento da ação ocorreu no ano de 2018 (posterior ao julgamento das medidas cautelares nas ADC's 43 e 44), sendo de imediata liberada para inserção na pauta do Pleno para análise do pedido liminar.

Com efeito, oportuno destacar que a mudança da jurisprudência em 2016 deu-se por maioria de 7 votos<sup>35</sup>, sendo que um dos Ministros que compôs o quórum favorável à execução antecipada da pena tem proferido decisões indicando evolução de posicionamento, o que aponta nova mudança da compreensão do princípio da presunção de inocência em face da execução provisória da pena.

Por conseguinte, embora não conste o conteúdo do voto do Ministro Dias Toffoli no HC 126.292/SP, no julgamento dos pedidos de liminar nas ADCs 43 e 44, o Ministro salientou que no exame anterior acompanhou o relator, dentro dos limites daquele julgamento, firmando posição no sentido de que a execução da pena, considerando o caráter uniformizador da legislação federal atribuído ao Superior Tribunal de Justiça e a incumbência de analisar e corrigir eventuais ilegalidades de cunho individual, deveria aguardar o julgamento do recurso especial ou agravo em recurso especial pela Corte Cidadã (STF, ADC 43 MC, j. 05/10/2016).

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes, por decisões monocráticas concedendo *habeas corpus* ou votos no colegiado (STF, HC 160.296, j. 31/08/2018), tem aderido<sup>36</sup> à compreensão de garantir que a execução da pena ocorra somente após decisão do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a tese encampada pelo Ministro Dias Toffoli, segundo a qual a Corte Cidadã é responsável pela uniformização da legislação federal.

Note-se que, em síntese, a execução provisória da pena, na percepção do Ministro Gilmar Mendes, poderia ocorrer em três

---

<sup>35</sup> Edson Fachin, Teori Zavascki, Luis Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes.

<sup>36</sup> A mudança de entendimento tem, porém, sofrido críticas, seja porque essa restrição do recurso não é suficiente para preservar o texto constitucional, seja porque o Ministro Gilmar Mendes mantém a compreensão da admissibilidade da execução prematura da pena para o que denomina “crimes graves”, contudo, inexistente no ordenamento jurídico pátrio a definição do que venham a ser crimes graves (cf. ESTELLITA, 2018, p. 723-725). Em reforço a essas críticas, pode-se mencionar a lição de Nereu Giacomolli acentuando que “não tem suporte constitucional a restrição da liberdade pela espécie de imputação, em nome da defesa social ou da ordem pública, bem como para instrumentalizar a fase pré-processual” (GIACOMOLLI, 2013, p. 443).

situações: a) trânsito em julgado progressivo da sentença condenatória, considerando que parcela da pena tornou-se fixa em decorrência da ausência de argumento recursal; b) trânsito em julgado progressivo da sentença condenatória, quando o STJ ou o STF já tenham enfrentado em *habeas corpus* que foi denegado, questões iguais ou mais abrangentes do que aquelas discutidas nos apelos extraordinários; c) confirmação de condenação em segundo grau de jurisdição em crimes graves, apenados com regime fechado, possibilitando a execução antecipada da pena para garantir a ordem pública ou a aplicação da lei penal (VASCONCELLOS; PEDRINA; DUARTE; SALLES, 2019, p. 171).

Essa celeuma redundou em grave insegurança jurídica (ESTELLITA, 2018, p. 722/723), mormente porque em virtude das divergências de entendimento identificadas e a alteração (ainda que parcial) da posição do Ministro Gilmar Mendes, o jurisdicionado tem submetido a sua liberdade à sorte de um algoritmo de distribuição de processos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (situação que perdurou ao menos até o julgamento final das ADC's 43, 44 e 54), de modo que pela composição das Turmas da Corte, distribuído o feito à 1ª Turma seria admitida a execução antecipada da pena, no entanto, sorteado para a 2ª Turma a possibilidade de suspensão da execução da pena seria maior.<sup>37</sup>

Noutro viés, essa insegurança jurídica persiste ainda porque a 1ª Turma da Suprema Corte além de admitir, sem maiores digressões, a execução da sentença condenatória sujeita a recurso especial ou extraordinário, passou a admitir, com base na soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, c, CF), o início do cumprimento da pena, independentemente do julgamento da

---

<sup>37</sup> Atualmente três Ministros contrários a execução antecipada da pena compõem a 2ª Turma: Min. Celso de Mello, Min. Ricardo Lewandowski e Min. Gilmar Mendes (observe-se que a evolução de posição do Ministro não se deu no sentido de impedir a execução antecipada em todo e qualquer caso, ressaltando, a possibilidade de início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, p. ex. para crimes graves).

apelação<sup>38</sup> (STF, HC 118.770/SP, j. 07/03/2017), ou seja, o simples reconhecimento da culpa pelo Conselho de Sentença viabilizaria o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Finalmente, no dia 07 de novembro 2019, por maioria de 06 votos, o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, o qual assegura e reforça a garantia constitucional da presunção de inocência, restabelecendo a exigência de trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que se torne possível a execução da pena. Porém, há uma série de iniciativas, inclusive no âmbito de Proposta de Emenda à Constituição, no sentido de adequar o Art. 5º, LVIII da CF, sendo que o debate está longe de ser encerrado com a decisão da Suprema Corte.

### **3 DA INTERPRETAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Após o exame do significado da presunção de inocência, bem como de sua evolução no âmbito do Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário o estudo da incidência do princípio em relação a determinados temas, tais como a lei da ficha limpa e a execução provisória da pena restritiva de direitos, em razão das variáveis envolvidas de acordo com a casuística.

Isso porque um dos argumentos veiculados entre a maioria que considerou compatível a execução provisória da pena, a partir do julgamento em 2ª instância, com o princípio da presunção de inocência, consistiu na possibilidade da condenação criminal surtir efeitos extrapenais antes do seu trânsito em julgado, tal como se dá na Lei da Ficha Limpa, consoante salientou o Ministro Gilmar Mendes (STF, HC 126.292/SP, j. 17/02/2016):

---

<sup>38</sup> Essa matéria teve repercussão geral reconhecida pelo STF (Tema 1068 – RE 1.235.240) e deverá ser enfrentada no pleno. Ademais, o tema foi tratado em *obiter dictum* durante o julgamento das ADC's 43, 44 e 54 no voto do Ministro Dias Toffoli.

Note-se que a Lei da Ficha Limpa considera inelegíveis os condenados por diversos crimes graves nela relacionados, a partir do julgamento em Tribunal (art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar 64/90, introduzido pela Lei Complementar 135/10). Essa norma é constitucional, como declarado pelo Supremo Tribunal (Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgadas em 16.2.2012). Ou seja, a presunção de não culpabilidade não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação criminal surta efeitos severos, como a perda do direito de ser eleito.

Da mesma forma, ao fundamentar seu voto pela admissibilidade da execução antecipada da pena, o Ministro Teori Zavascki acentuou que (STF, HC 126.292/SP, j. 17/02/2016):

Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

Esse ponto é extremamente relevante porque demonstra como a inflexão do princípio da presunção de inocência no julgamento da Lei da Ficha Limpa, apesar das inúmeras justificativas dos Ministros naquela oportunidade ressaltando que não estava em debate a aplicação da presunção de inocência no âmbito penal, possibilitou idêntico raciocínio na seara penal, autorizando-se o início da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal.

#### **4 A LEI DA FICHA LIMPA**

A relativização do princípio da presunção de inocência na jurisprudência pátria ocorreu no julgamento das ações diretas de constitucionalidade nº 29 e 30 e da ação direta de

inconstitucionalidade nº 4578, as quais pretenderam discutir a constitucionalidade da Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010.

O diploma legal tornou inelegíveis os condenados por decisão proferida por órgão colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 08 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes elencados por ele, sendo que no julgamento supramencionado perquiriu-se a possível afronta ao disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que prevê a presunção de inocência.

No julgamento, em 16 de fevereiro de 2012, por maioria de votos, compreendeu-se que a presunção de inocência deve ser interpretada de modo a restringir sua aplicação no âmbito eleitoral (para alguns dos ministros o princípio seria inaplicável à inelegibilidade porque esta não se confunde com sanção), compreendendo-se admissível que decisão condenatória proferida por órgão colegiado, nos crimes indicados pela Lei da Ficha Limpa, torne inelegível o cidadão.

Com efeito, no voto proferido pelo relator Ministro Luiz Fux, após concluir que a presunção de inocência é uma regra<sup>39</sup>, fez-se expressa menção à circunstância de que o objeto do julgamento não cuidava do alcance da presunção de inocência ao âmbito penal ou processual penal (STF, ADC 29, ADC 30 e ADI 4578, j. 16/02/2012):

Não cabe discutir, nestas ações, o sentido e o alcance da presunção constitucional de inocência (ou a não culpabilidade, como se preferir) no que diz respeito à esfera penal e processual penal. Cuida-se aqui tão somente da aplicabilidade da presunção de inocência

---

<sup>39</sup> Criticando veementemente a compreensão da presunção de inocência como regra, Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira acentuam que na obra de Robert Alexy há uma clara distinção entre princípios e regras, mormente porque princípios podem sofrer ponderação, sendo afastados em determinados casos, sem que isso inviabilize a sua incidência em outros. Enquanto as regras, se excluídas de um caso, necessariamente deverão se afastadas de casos futuros (tudo ou nada). A partir daí, assinalam: “desse modo, fica clara a fragilidade do argumento exposto no voto acima colacionado [referência ao voto do Ministro Luiz Fux], devendo ser questionado o seguinte: 1 – se a presunção de inocência é mesmo uma regra, como é possível dizer que ela pode ter sua aplicação restringida no caso de condenações confirmadas pelo Tribunal (e os casos de competência originária, seriam o quê?) e, ao mesmo tempo, valer para aqueles que foram condenados pelo juiz singular apenas? 2 – se ela é um regra, não deveria então ser afastada nesses casos?” (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p. 95-96).

especificamente para fins eleitorais, ou seja, da sua irradiação para ramo do Direito diverso daquele a que se refere a literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988.

Destarte, para o relator Ministro Luiz Fux haveria a necessidade de conformar o princípio da presunção ao espírito do povo, ao menos no âmbito eleitoral, assinalando que “ou bem se realinha a interpretação da presunção de inocência, ao menos em termos de Direito Eleitoral, com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição.”

Por seu turno, o Ministro Joaquim Barbosa, ao acompanhar o voto do Ministro relator, teceu considerações mais diretas sobre a presunção de inocência e sua aplicação no âmbito penal, reconhecendo que até o julgamento do HC 84.078/MG, em 2009, a jurisprudência da Corte admitia, inclusive na seara penal, a execução provisória da pena de condenação confirmada em duas instâncias:

Assim, se durante quase duas décadas essa Corte considerou possível o afastamento do princípio da presunção da não-culpabilidade mesmo em seu campo próprio de incidência que é o Direito Penal, é incompreensível que se queira, nesse momento de consternação com os rumos que vem tomando a política nacional, fazer o caminho inverso, isto é, subtrair esse princípio do seu campo próprio de aplicação e trazê-lo de empréstimo para o domínio eleitoral, onde prevalecem outros valores, onde a ótica primordial a ser adotada pelo intérprete é aquela que confira maior proteção à sociedade, e não ao indivíduo, ou aos grupos e igrejinhas a que ele eventualmente pertença.

Durante a prolação do voto do Ministro Dias Toffoli, reconhecendo a aplicação do princípio da presunção de inocência na esfera eleitoral, a exigir, portanto, o trânsito em julgado da condenação para que fosse possível gerar a inelegibilidade do cidadão, o Ministro Ricardo Lewandowski pontuou que embora contrário à execução antecipada da pena, entendia que o contexto do julgamento era distinto:

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** – Ministro Celso de Mello, eu realmente me manifestei nesse sentido em duas oportunidades: numa, quando me insurgi contra o

cumprimento antecipado de uma pena criminal - e essa posição acabou sendo vencedora no plenário do Supremo Tribunal Federal.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Num outro contexto, portanto.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** Exatamente, em um outro contexto. [...]. Então, a meu ver, com todo o respeito, sem abjurar aquilo que eu disse, conforme Vossa Excelência muito bem salientou, quero apenas mostrar que estamos diante de situações absolutamente distintas.

Noutro momento, objetivando defender seu ponto de vista, favorável à constitucionalidade dos dispositivos legais inseridos pela lei da ficha limpa, o Ministro Luiz Fux, em debate com outros ministros, acentuou a necessidade de mudar o foco da discussão do direito penal para o direito eleitoral:

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - E a inelegibilidade também. Nós estamos só trabalhando sob o ângulo penal, quando nós estamos no campo do Direito Eleitoral, que é completamente diferente.

Esse ponto é relevante porque indica uma nítida pretensão de limitar os efeitos da presunção de inocência à esfera eleitoral, sem se cogitar de ampliar a restrição para a esfera penal. Contudo o esmorecimento da garantia constitucional naquele momento abriu o caminho para que, já no ano de 2016 (quatro anos mais tarde, portanto), a interpretação sufragada no âmbito eleitoral fosse aplicada também na esfera penal.

No mesmo julgamento, ao proferir voto pela constitucionalidade da lei examinada, a Ministra Rosa Weber apresentou argumentação admitindo que o ordenamento jurídico é uno, sendo inviável a sua análise de forma compartimentada, por essa razão sustentou aplicável à esfera eleitoral o princípio da presunção de inocência, porém, de forma mitigada. Justifica seu ponto de vista nos seguintes termos:

Retomando a premissa da preservação da unicidade da Constituição, entendo, com a devida vênia, que não há como fugir à afirmação de que o princípio da presunção de não culpabilidade produz efeitos no campo eleitoral, comportando, porém, mitigações. Entendo que, no campo da proteção do direito à liberdade individual, imanente à

seara Penal, a construção jurídica de que o momento, o ponto de inflexão, é o trânsito em julgado da decisão se mostra consentâneo com a segurança ali pretendida, em especial porque se está a salvaguardar o cidadão, o mais das vezes homem comum, do aparelho repressor estatal.

Por seu turno, o Ministro Marco Aurélio votou diferenciando a presunção de inocência no campo penal e no eleitoral:

Torno a frisar: uma coisa é ter-se como selada a culpa de alguém para efeitos criminais, algo diverso é considerar-se um contexto – e quem o previu foi o legislador, não estamos no campo administrativo –, assentar que o cidadão não tem vida pregressa capaz de respaldar – a vida pregressa deve ser irreprochável –, a candidatura a certo cargo eletivo.

A despeito das opiniões contrárias levantadas, dentre outros pelo Ministro Gilmar Mendes, prevaleceu a tese da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, valendo, no entanto, o registro de passagem do voto em que se acentuou o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, mormente em face da pretendida relativização de garantias estampadas na Constituição:

Não cabe a esta Corte fazer “relativizações” de princípios constitucionais visando atender ao anseio popular. É preciso garantir e efetivar tais princípios, fazendo valer sua força normativa vinculante, dando-lhes aplicação direta e imediata, ainda que isso seja contra a opinião momentânea de uma maioria popular. Certamente, a decisão desta Corte que aplica rigorosamente a Constituição poderá desencadear um frutífero **diálogo institucional** entre os poderes e um debate público participativo em torno dos temas nela versados. A história nos demonstra que as decisões contramajoritárias das Cortes Constitucionais cumprem esse importante papel, uma função que, em verdade, é eminentemente democrática.

Em síntese, dos excertos das discussões e votos proferidos no julgamento das ações discutindo a constitucionalidade da denominada Lei da Ficha Limpa, identifica-se que um dos argumentos veiculados pelos Ministros consistiu na possibilidade de mitigação do princípio da presunção de inocência no âmbito eleitoral, mantida sua densidade constitucional na esfera penal, contudo, observa-se que os fundamentos jurídicos serviram, posteriormente, para fazer

esmorecer o princípio da presunção de inocência no processo penal admitindo-se a execução antecipada da pena.

## **5 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO**

Conforme destacado acima, o julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, bem como das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, acabou por autorizar a execução provisória da pena no processo penal. A despeito da decisão tomada pela Corte Suprema, o entendimento fixado - apesar de questionável - levaria a crer numa análise superficial que toda e qualquer pena, fosse ela privativa de liberdade ou restritiva de direitos, poderia ser executada após a condenação em segunda instância.

No entanto, a surpresa ficou por conta da decisão do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2017, tomada nos embargos de divergência em recurso especial nº. 1619087/SC, em que se entendeu pela impossibilidade de execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação. Em suma, a argumentação apresentada pela maioria dos Ministros consistiu no seguinte: i) o Supremo Tribunal Federal não examinou a execução provisória da pena restritiva de direitos, pois se limitou a abordar a prisão do acusado<sup>40</sup>; ii) o art. 147 da Lei de Execução Penal seria expresso quanto à necessidade do trânsito em julgado (STJ, EREsp 1619087/SC, j. 14/06/2017).

A decisão chama atenção porque cria a distinção de que as penas privativas de liberdade, mais graves, poderiam ser executadas,

---

<sup>40</sup> A Suprema Corte vinha admitindo – até o julgamento de mérito das ADC's 43, 44 e 54 – a execução provisória da pena restritiva de direitos em casos examinados após o HC 126.292/SP, afirmando que o entendimento consolidado não se restringiu às penas privativas de liberdade (STF, RE 1169624 ED/SC, j. 15/02/2019).

enquanto as restritivas de direito, de menor gravidade, não poderiam ter o cumprimento iniciado até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

O precedente acima evidencia a oscilação que se tem notado em relação aos Tribunais. Isso porque a dicotomia, do ponto de vista lógico, não faz sentido, porque permite o início do cumprimento da sanção mais severa e desautoriza em relação àquela menos gravosa.

Ademais, ao se examinar o art. 147 da LEP, que trata das penas restritivas de direito, nota-se a seguinte redação: “Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução (...)”. Por outro lado, o art. 105, que aborda as penas privativas de liberdade, diz que: “Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.”

A partir daí, constata-se que, do ponto de vista de redação legal, ambos os dispositivos exigem o trânsito em julgado da decisão condenatória para se promover a execução da pena, não parecendo razoável a argumentação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça para se justificar o impedimento tão somente quanto à execução provisória da pena restritiva de direitos.

Em outras palavras, o problema constatado quanto aos arts. 105 e 147 da Lei de Execução Penal é o mesmo do art. 283 do Código de Processo Penal, o qual foi discutido no âmbito das ADCs, vez que o legislador ordinário simplesmente reproduziu na lei ordinária<sup>41</sup> (tanto na LEP como no CPP) a presunção de inocência em sua interpretação literal, na qual se exige o esgotamento dos recursos ordinários ou extraordinários para se iniciar qualquer espécie de cumprimento de pena, seja ela privativa de liberdade, seja ela restritiva de direitos.

---

<sup>41</sup> A título de complemento, a decisão do STF no âmbito do HC 126.292 também contraria tratados e convenções internacionais de direitos humanos, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos (BARBOSA; LEHFELD, 2018, p. 175-196).

Como ensina Mauricio Zanóide de Moraes, a presunção de inocência pode ser classificada como “um direito garantido ao seu titular nos moldes ‘prima facie’ ou como ‘mandamento de otimização’, o que significa dizer que a norma será cumprida dentro da maior eficácia possível” (MORAES, 2010, p. 274-275).

Desse modo, à luz do ensinamento acima, observa-se verdadeira interpretação contrária à norma e sua maior eficácia, vez que os Tribunais têm limitado a presunção de inocência a partir de decisões tomadas de forma até mesmo contraditória, e, aparentemente, com o objetivo de atender anseios expostos por meio de pressão da opinião pública contra a suposta impunidade no país.<sup>42</sup>

Por fim, denota-se que a interpretação do Superior Tribunal de Justiça, embora não fundamentada em motivos idôneos, pois, como já destacado, bastaria a invocação do dispositivo da Constituição Federal que aborda a presunção de inocência para se proibir a execução provisória da pena, parece ser o mais correto. Assim, a perspectiva de que o trânsito em julgado de toda e qualquer sentença condenatória se faz necessário para início do cumprimento de sanção atende ao objetivo traçado pelo constituinte à luz da dignidade da pessoa humana e da liberdade, como se espera do Estado Democrático de Direito (OLIVEIRA NETO, 2018, p. 133-170).

---

<sup>42</sup> “[...] quando o Supremo relativiza uma garantia constitucional como a da presunção de inocência, justificando que os recursos excepcionais são na sua maioria protelatórios, ou preconizando que a matéria fática é inacessível às Cortes Superiores, ou, ainda, sustentando a ocorrência de mutação constitucional ou o argumento pragmático, mesmo que atenda momentaneamente a vontade da maioria dos jurisdicionados, está ancorado no modelo relativista de solucionar questões jurídicas, está abrindo espaço para argumentos discricionários que contrariam direitos fundamentais previstos na Constituição e em Tratados Internacionais de Direitos Humanos [...]” (QUEIROZ, 2018, p. 195-213).

## **6 SLIPPERY SLOPE: DIREITOS EM RISCO**

O argumento do “*slippery slope*” (em tradução livre: ladeira escorregadia) surge no campo filosófico, como forma de descrever os riscos envolvidos no processo de tomada de decisão. Significa entender que, para o caso de decidirmos uma dada situação “A”, precisamos avaliar as possibilidades de uma indesejada situação “B” venha como consequência.

Ou seja, geralmente sustentam que devemos resistir a uma prática ou política específica, com o argumento de que permitir que ela nos leve a permitir outra prática ou política que seja claramente questionável, ou com o argumento de que não podemos traçar uma linha racionalmente defensável entre as duas. Há uma importante dimensão de resistência dada ao “*slippery slope*”, no sentido de prevenir os riscos considerados em uma situação concreta (LODE, 1999).

No nosso meio costuma-se trabalhar com o argumento em discussões fundamentalmente bioéticas (SIQUEIRA-BATISTA; SCHRAMM, 2005). Por outro lado, diante do dito nos tópicos anteriores, acreditamos na possibilidade de extensão. O que tem sido feito, no contexto norte-americano, às decisões judiciais em sentido amplo (LODE, 1999; GROFMAN, 1980).

De acordo com Van der Burg (1991), porém, é necessário cautela na avaliação da aplicabilidade dos argumentos de ladeira escorregadia. Para ele, os fatos nem sempre possuem descrições objetivas, nem se ordenam de forma clara. O futuro é incerto, sendo que atitudes pessoais, históricos de vida e emoções influenciam fortemente nossas percepções no processo de julgamento. Argumentos escorregadios não seriam tanto racionais, mas expressões de um sentimento subjacente de preocupação com as tendências gerais da sociedade. Apenas neste último caso o argumento poderia deve ser justificado.

Para o caso da presunção da inocência e sua redução de texto constitucional, com base em argumentos fundamentalmente efficientistas, como apontamos acima, os riscos dizem respeito a qual ponto poderemos chegar caso uma regra pétrea possa ser relativizada desta forma? Ou seja, a preservação liberdade, fim último da presunção de inocência, mas não exclusivo, poderia passar a ser restringida com base neste perigoso precedente.

Além de estar prevista enquanto direito fundamental, também demonstramos a previsão convencional da garantia de inocência (Pacto de São José da Costa Rica). A própria (de)mora na internalização da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no Brasil, demonstra os perigos de cedermos aos fluxos autoritários presentes.

Dentro da noção de Hannah Arendt (2013), direitos humanos são aqueles direitos a termos direitos, o processo de declaração. Quando há a perigosa relativização de um direito, a regra de ouro de Arendt é quebrada, violando aquilo que a doutrina constitucional tem trabalhado como proibição do retrocesso. As consequências desta violação não estão restritas apenas à esfera pública. É necessário percebermos que a rotulação de criminoso impacta diretamente na reputação da pessoa processada e também em direitos da personalidade, como é o exemplo da sua identidade de inocente.

## **7 CONCLUSÃO**

Com efeito, verificou-se nos últimos anos a oscilação jurisprudencial no trato da matéria discutida, fazendo ruir, paulatinamente, a garantia constitucional da presunção de inocência disposta em convenções e tratados internacionais de direitos humanos, texto constitucional e legislação ordinária.

De início, houve sua fragilização para possibilitar que condenações por órgãos colegiados, em determinados crimes, espaliassem efeitos à seara eleitoral, tornando inelegíveis os cidadãos, mesmo sem o esgotamento das vias recursais.

Em seguida, a mesma compreensão foi transposta ao direito processual penal, compreendendo-se como possível a execução provisória da pena após acórdão condenatório de Tribunal, chegando-se ao ponto de viabilizar a execução da pena por decisão proferida pelo Tribunal do Júri, órgão de primeira instância.

Ademais, criou-se verdadeira insegurança jurídica ao se distinguir a execução provisória da pena privativa de liberdade e restritiva de direitos, autorizando-se a primeira e vedando-se a segunda, sob fundamentos que do ponto de vista de igualdade e coerência são discutíveis.

Destarte, retoma-se o problema do presente artigo, afirmando-se que a relativização da presunção de inocência em 2012 no julgamento da Lei da Ficha Limpa efetivamente conduziu a um processo de *Slippery Slope* com a amplificação de efeitos para a esfera penal no ano de 2016, o que pode ser verificado pela fundamentação empregada por alguns dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos referidos julgamentos.

Além do mais, muito embora esse processo de *Slippery Slope* tenha aparentemente se interrompido com o julgamento de mérito das ADC's 43, 44 e 54, é certo que há um novo encontro marcado com o tema da presunção de inocência no âmbito dos crimes julgados pelo Tribunal do Júri, quando se poderá identificar a paralisação ou continuidade da ladeira escorregadia.

Essa mesma observação pode ser feita em relação às afirmações do Ministro Dias Toffoli no sentido de que o legislativo poderia antecipar o momento do trânsito em julgado sem prejuízo à garantia constitucional (SANTORO, 2019).

Portanto, observa-se que a Suprema Corte tem oscilado na tutela da presunção de inocência, muito embora o último julgamento do tema, finalizado em 07 de novembro de 2019, indique a retomada

da compreensão constitucional e convencional a ser conferida à presunção de inocência, aguardando-se que a mesma compreensão possa prevalecer no exame da matéria aplicada aos crimes dolosos contra a vida (submetidos ao rito do Tribunal do Júri). Caso contrário, será necessário perguntar o que nos espera no final da descida da ladeira dos direitos?

Data de Submissão: 31/10/2019

Data de Aprovação: 17/01/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Jaqueline Rosário Santana

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Companhia das Letras, 2013.

BARBOSA, Kelly de Souza; LEHFELD, Lucas de Souza. A desconsideração da jurisdição interamericana de direitos humanos pelo STF no julgamento do HC 126.292/SP. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 109/2018, Set-out. 2018, p. 175-196.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 6<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CRUZ, Rogério Schiatti. *Prisão Cautelar: Dramas, princípios e alternativas*. 3<sup>a</sup>. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DAVID, Décio F.; BONATO, Gilson. Execução antecipada da pena: entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias

absolutas da pena. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1143-1174, set./dez. 2018.

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.180>.

ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 709-730, mai./ago. 2018.

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.141>.

GIACOMOLLI, Nereu. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. v.1. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo [Coord]. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2018.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 4<sup>a</sup>. ed. São Paulo: RT, 2013.

GROFMAN, Bernard. The slippery slope: Jury size and jury verdict requirements—legal and social science approaches. *Law & Policy*, v. 2, n. 3, p. 285-304, 1980.

LODE, Eric. Slippery slope arguments and legal reasoning. *Cal L. Rev.*, v. 87, p. 1469, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Maurício Zanóide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NETO, Emetério Silva de Oliveira. Garantismo penal e presunção de inocência: uma análise do habeas corpus 126.292. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 142/2018, p. 133/170.

PINTO, Humberto Cardoso; DIAS, Eduardo Rocha; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Hermenêutica, Garantismo e Presunção do Estado de Inocência Relativizado: o Posicionamento do Supremo Tribunal Federal a partir do Habeas Corpus n. 126.292-SP. *Prim@ Facie*. João Pessoa: PPGCJ, v. 18, n; 37, p. 1/38, jan.-abr., 2019, p. 1/38. <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2019v18n37.39762>.

QUEIROZ, Roger Moreira. O princípio da presunção de inocência no julgamento do HC 126.292 pelo STF: crítica a uma decisão descompromissada com a constituição. *Revista dos Tribunais*. v. 995/2018. Set. 2018, p. 195/213.

RAMOS, Carla. Execução provisória da pena na jurisprudência do STF. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de [Orgs]. *Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: RT, 2019, p. 287/321.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan; BERTONI, Felipe Faoro. A prisão preventiva e a condenação sem trânsito em julgado? Uma análise constitucional. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo e; SOTO, Rafael Eduardo de Andrade. *Ciências Criminais em debate – Perspectivas interdisciplinares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 163/179.

SANTORO, Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. *Lawfare Brasileiro*. 2.<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Conversações sobre a "boa morte": o debate bioético acerca da eutanásia. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 21, p. 111-119, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012.

VAN DER BURG, Wibren. The slippery slope argument. *Ethics*, v. 102, n. 1, p. 42-65, 1991.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de [et al]. *Habeas Corpus* concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2018: pesquisa empírica e dados estatísticos. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de [Orgs]. *Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: RT, 2019, p. 153/181.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto. Qual a função do texto normativo que consagra a presunção de inocência? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 26, n<sup>o</sup> 310, Set/18, p. 5/7.

## **Slippery Slope, The Presumption Of Innocence And Their Development In View Of The Supreme Federal Court: An Analysis From Human, Fundamental And Personality Rights**

Gustavo Noronha de Ávila

Rafael Junior Soares

Luiz Antonio Borri

**Abstract:** This article aims to examine the evolution of the presumption of innocence in the Federal Supreme Court, especially when it is observed from HC 84.078 / MG, in 2009, given the concrete provisions of art. 5, LVII of the Federal Constitution and the American Convention on Human Rights, preventing the provisional execution of the conviction. Nevertheless, in 2012, a Supreme Court ruled Constitutional Complementary Law 131 of 2010, known as the “Clean Record Act”, and restricted the scope of presumption of innocence by using, among other matters, a need to separate electoral and criminal law regarding the extension of the constitutional guarantee. Considering whether researching whether to examine this position contributed to the even greater mitigation in HC 125.292 / SP in 2016, when it authorized the early execution of the reserved penalty of liberty. Thus, from the hypothetical-deductive method, validating the technique of literature review, requesting a test hypothesis that occurred in 2012, conducted a Slippery Slope process in the presumption of innocence, implying the interpretative practices carried out in 2016. determining the fundamental and personality rights of the accused. Unfortunately, despite recent signs, the tendency is to relativize guarantees in the name of the efficiency of criminal proceedings.

**Keywords:** Presumption of innocence. Slippery Slope. Early execution of the sentence. Human rights. Fundamental rights. Personality rights.

## Parâmetros Do Sistema Internacional De Direitos Humanos Em Casos De Aborto Legalizado

### Marina Nogueira de Almeida

Mestra em Direito - ênfase em Direitos Humanos, no Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter.

E-mail: almeida.marinan@gmail.com

### Carmen Hein de Campos

Doutora em Ciências Criminais, PUCRS. Professora do Programa de Mestrado em Direitos Humanos e do Curso de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter.

E-mail: charmcampos@gmail.com

**Resumo:** Este artigo tem como objetivo examinar como os mecanismos de Direitos Humanos posicionam-se diante do direito ao aborto legal previsto nas legislações domésticas, mas negado às gestantes mesmo preenchendo os pré-requisitos legais e as previsões dos tratados internacionais, e contribuem para a formulação de parâmetros jurídicos para assegurar os direitos reprodutivos das mulheres e meninas. A investigação propõe a responder à pergunta sobre como os argumentos dos direitos humanos foram articulados a partir de cada caso concreto e quais são os parâmetros jurídicos elaborados a partir dos casos examinados. Tem-se como hipótese que ditos casos permitiram não apenas a responsabilização dos países membros, mas a formulação de argumentos que foram se tornando mais complexos, possibilitando a elaboração de parâmetros jurídicos internacionais importantes. Utilizando-se de uma metodologia de revisão bibliográfica e de análise de jurisprudência dos casos K.L. contra Peru, do Comitê de Direitos Humanos da ONU (2005); Paulina del Carmen Ramírez Jacinto contra México, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2007) e L.C. contra Peru, do Comitê CEDAW (2011) examinam-se as situações que negaram a realização de aborto em caso de feto anencefálico, aborto em gestação decorrente de estupro e aborto terapêutico. Nos três casos, as legislações locais permitiam o aborto nas circunstâncias enfrentadas pelas autoras, mas o procedimento não foi realizado. Assim, sustenta-se que a jurisprudência internacional dos direitos humanos tem contribuído para o avanço do marco normativo internacional, mas permanece um desafio na esfera doméstica.

**Palavras-chave:** Aborto. Feminismo Jurídico. Direitos Humanos das Mulheres. Sistema Internacional de Direitos Humanos.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

## **Parâmetros Do Sistema Internacional De Direitos Humanos Em Casos De Aborto Legalizado**

Marina Nogueira de Almeida

Carmen Hein de Campos

### **1 INTRODUÇÃO**

A discussão sobre a realização do abortamento é uma questão polêmica no Brasil e em diversos países, levantando debates acalorados que envolvem cultura, moralidade e política. Desta forma, os direitos das mulheres, notadamente os direitos reprodutivos e à saúde reprodutiva têm sido questionados por motivos religiosos, morais e políticos.

Atualmente, 59% das mulheres em idade reprodutiva vivem em países em que o aborto é permitido por diversas razões ou sem nenhuma restrição, enquanto que mais de 27% da população vive em países nos quais o aborto é proibido ou altamente restrito (CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, 2019). Somente em vinte e um países o aborto é proibido sem exceções (CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, 2014). No caso do Brasil, na forma do Código Penal vigente, não se pune o aborto nos casos em que a gravidez representa um risco de vida para a mãe e ou se decorrente de estupro. Além disso, o Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, ampliou a possibilidade para que gestantes de fetos anencefálicos também possam interromper a gravidez.

Considerando que a reprodução humana ocorre e se desenvolve dentro do útero da mulher, o reconhecimento dos direitos reprodutivos é uma das maiores demandas feministas. A busca pela autonomia do próprio corpo face à sujeição imposta por leis elaboradas por homens, na forma de controle estatal ou de controle moral-religioso, é ponto de tensão e disputa política. Contudo, em que pese a descriminalização do aborto em algumas hipóteses, presente na maioria dos países – notadamente em casos em que a gestação compromete a vida da mãe ou é decorrente de estupro – não raras vezes esse direito legalmente garantido é negado às gestantes, especialmente negras e pobres, demonstrando como as relações de gênero, étnico-raciais e de classe operam para a violação aos direitos humanos.

Este artigo tem como objetivo principal examinar como os mecanismos de Direitos Humanos ao articularem o direito ao aborto legal previsto nacionalmente, mas negado às gestantes mesmo preenchendo os pré-requisitos das leis de seus países e as previsões dos tratados internacionais, formularam parâmetros para assegurar os direitos reprodutivos das mulheres e meninas. A investigação propõe-se a responder à pergunta sobre como os argumentos dos direitos humanos foram articulados a partir de cada caso concreto e quais são os parâmetros elaborados para os casos de abortamento previstos legalmente nas legislações domésticas nos casos examinados. Tem-se como hipótese que ditos casos permitiram não apenas a responsabilização dos países membros, mas que os argumentos foram se tornando mais complexos, possibilitando a formulação de parâmetros para o direito ao abortamento legal na região latino-americana. A metodologia utilizada é a análise feminista da jurisprudência internacional de direitos humanos que versa sobre três casos originados na América Latina nos anos de 2005, 2007 e 2011.

Para esse fim, discute-se a temática de gênero e sua repercussão no campo jurídico, especialmente jurídico-penal, os estudos sobre o direito à saúde das mulheres e dos direitos reprodutivos, sobretudo à luz dos Direitos Humanos e da Teoria das Capacidades, de Martha

Nussbaum, as normativas do sistema internacional sobre direitos reprodutivos, em particular, o direito ao abortamento. Debate-se o entendimento do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) no caso K. L x Peru (2005); da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso Paulina del Carmen Ramírez Jacinto x México (2007) e do Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) no caso L. C. x Peru (2011). Nos três casos o aborto é autorizado pelas leis nacionais, mas não foram realizados ou foram obstaculizados por razões administrativas ou morais, resultando grave prejuízo às mulheres.

## **2 DIREITOS HUMANOS, DIREITOS REPRODUTIVOS E ABORTO**

Quando se discute o tema do aborto do ponto de vista jurídico é fundamental compreender que o Direito não é neutro, mas permeado pelo gênero. O Direito é uma instituição social que classifica, disciplina e regula os indivíduos (PITCH, 2010) e que produz e reproduz o gênero (SMART, 2000). A invisibilidade do funcionamento do gênero permite que se atribua ao sexo tudo que dele decorre, determinando, dessa forma, a sua naturalização (PITCH, 2010). Deste modo, as pessoas são divididas em dois grupos - homens e mulheres - com características distintas e assimétricas, aonde o masculino é superior ao feminino, e o feminino é o “outro” do masculino (PITCH, 2010; OLSEN, 1995). Desse modo, a desigualdade é ponto de partida quando se fala de homens e mulheres, e o Direito, como instituição e produto da sociedade pode contribuir tanto para a manutenção dessas desigualdades quanto para sua mudança.

Nesse sentido, o reconhecimento dos direitos não passa apenas pela sua titularidade (feminina) mas deve questionar a lógica e a linguagem que perpassam esses direitos; ou seja, “não se trata da

paridade no mundo dado, mas sim de reconstruir um mundo que reconheça a existência dos sujeitos” (PITCH, 2010, p. 436)<sup>1</sup>. Se antes a luta feminista era para busca da igualdade no Direito e dos direitos, hoje questiona-se, em que medida estes direitos são suficientes para compreender as relações de gênero existentes nos campos social, econômico e cultural. No caso do aborto, por exemplo, a mera positividade jurídica não garante o seu exercício. Tanto é verdade que nos casos analisados neste artigo, os mecanismos de Direitos Humanos foram provocados a se posicionar.

No âmbito do direito penal pode-se classificar a regulação do aborto em quatro modelos: o modelo da penalização total, que criminaliza o aborto em qualquer circunstância; o modelo das causas ou indicações, que despenaliza o aborto se ocorrerem determinadas suposições (risco de morte da gestante, por exemplo); o modelo da demanda, que descriminaliza o aborto sob demanda de mulheres de acordo com o critério do tempo de gestação (geralmente durante o primeiro trimestre da gravidez); e o “modelo misto”, que combina os critérios temporal e causal. (MICHEL; CAVALLO, 2018, p.33). Na América Latina o modelo das causas predomina.

Desde a perspectiva teórica dos Direitos Humanos neste trabalho se adota a ideia desenvolvida por Martha Nussbaum a partir da Teoria das Capacidades (*Capabilities Approach*), especialmente no livro, *Women and Human Development* (Mulheres e Desenvolvimento Humano, em tradução livre), na qual os indivíduos devem ser sempre entendidos, para fins de direitos humanos, como fins em si mesmos (NUSSBAUM, 2000).

Assim, quando se pensa o aborto legal, em casos de estupro ou de risco de vida à mãe, por exemplo, esse não deve ser visto como necessário em razão dos benefícios econômicos ou sociais daí decorrentes, mas sim porque as mulheres são fins, e não meio. A integridade e a dignidade das mulheres deve ser o objetivo de qualquer

---

<sup>1</sup> Tradução livre de: “No se trata de la paridad en el mundo dado, sino de reconstruir un mundo que reconozca la existencia de dos sujetos,”

lei que verse sobre os direitos reprodutivos. A teoria aponta que, a fim de elencar as medidas de garantia dos Direitos Humanos, é necessário que se tenha por parâmetro as capacidades humanas, ou seja, o que as pessoas são efetivamente capazes de ser ou de fazer (NUSSBAUM, 2000). No âmbito do direito ao aborto legal, a vida (capacidade de viver uma vida de duração normal e não morrer de forma prematura), a saúde (capacidade de ter boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva), a integridade corporal (capacidade para ter os próprios limites do corpo tratados como soberanos, abrangendo as escolhas nos aspectos de reprodução), a razão prática (capacidade para refletir sobre a sua vida e formar a sua própria concepção do bem), e a afiliação (capacidade ter as bases sociais do respeito e da não humilhação, incluindo proteção contra a discriminação de qualquer forma) são as capacidades humanas necessárias para o pleno exercício do direito.

Nesse sentido, essas capacidades não podem ser separadas e o atendimento de uma delas, ainda que de forma excessiva, não supre a falta de nenhuma outra (NUSSBAUM, 2000). A satisfação da capacidade à vida não permite, por si, que se atendam os direitos humanos daquela pessoa, se, por exemplo, lhe falta a plena capacidade ao melhor grau possível de saúde. Ademais, ver os direitos humanos pelas lentes da Teoria das Capacidades parece responder tanto à ineficiência desses direitos quanto ao seu paternalismo ou ao seu ocidentalismo. Por se tratar de uma capacidade, abre-se o espaço para agência. Assim, as capacidades destacadas incluem o direito ao controle do corpo, incluindo a liberdade sexual e a liberdade reprodutiva, e o direito de estar livre de interferência estatal em suas escolhas, incluindo-se a proibição de tratamentos médicos não autorizados, desumanos ou degradantes. Especificamente no que se refere à saúde da mulher, esta deve ser entendida além do aspecto médico. Conforme Murray (2013, xv-xvi):

Saúde da mulher é muito mais do que um problema médico: é cultural, político, econômico e, acima de tudo, uma questão de justiça social. Melhorar a saúde da mulher e avançar seu status é frequentemente visto como uma medida poderosa para resolver problemas econômicos, mais do que uma rota em direção à verdadeira justiça. E

ambos, certamente. Entretanto, eu escrevo este livro para defender que a justiça social foi por muito tempo coberta por preocupações com “desenvolvimento”. Minha experiência indica que a realidade básica da mulher como “o outro” ou como pessoas de menor poder (em muitos sentidos, não apenas poder econômico), emerge centralizada; a realidade básica é um problema não somente de desenvolvimento, mas também de direitos humanos básicos. Questões de saúde são um prisma através do qual pode-se ver os Direitos Humanos de todos<sup>2</sup>.

Murray (2013, xviii) aponta, portanto, que ao tratar de saúde da mulher, não se deve fazê-lo para obter respostas positivas sob um viés econômico, mas sim simplesmente tendo por objetivo a justiça social, em conformidade com o pensamento desenvolvido por Nussbaum. Portanto, o direito das mulheres à saúde, de forma ampla, e à realização segura de abortamento, quando previsto em lei, de forma restrita, deve ser visto pelas lentes dos Direitos Humanos, transferindo-se o foco para o indivíduo, a mulher, como fim em si mesma. Quando se criminaliza o aborto, afasta-se dessa visão, porque a mulher passa a ser um meio, reduzida a uma incubadora ou a um útero, para outros interesses – morais ou religiosos.

A Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), assinada pelo Brasil em 1981 e ratificada em 1984, prevê os direitos reprodutivos da mulher no seu artigo 12<sup>3</sup>, ao mencionar expressamente o planejamento familiar.

---

<sup>2</sup> Tradução livre de “Women’s health is so much more than a medical issue; it is cultural, political, economic, and—above all—an issue of social justice. Improving women’s health and advancing the status of women is often seen as a powerful means to solve economic problems rather than as a route toward true justice. It is both, to be sure. However, I write this book to make the case that social justice has for too long been eclipsed by concerns for “development.” My experience indicates that the basic reality of women as “the other,” or as persons of lesser power (in many senses, not just economic power), emerges as central; this basic reality is an issue not only of development, but also of basic human rights. Health issues are one prism through which to view the human rights of all.”

<sup>3</sup> Artigo 12. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar.<sup>2</sup> Sem prejuízo do disposto no parágrafo 10, os Estados-Partes garantirão à mulher assistência apropriadas em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando

O artigo 16 da mesma Convenção dispõe, em sua alínea 'e', a igualdade entre homem e mulher no âmbito matrimonial significa “*os mesmos direitos de decidir livre e responsabilmente sobre o número de seus filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer esses direitos*”. Tem-se aqui um primeiro reconhecimento dos direitos reprodutivos da mulher, que envolvem o planejamento familiar, a opção ou não pela maternidade, a escolha do número de filhos e do momento de cada gestação. A Conferência Internacional da ONU sobre População e Desenvolvimento, ocorrida no Cairo em 1994, definiu expressamente a saúde reprodutiva:

Saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doença ou enfermidade, em todos os aspectos relacionados com o sistema reprodutivo e suas funções e processos. Saúde reprodutiva implica então que as pessoas possam ter uma vida sexual saudável e segura e que elas tenham a capacidade de reproduzir e de decidir se, quando e como o fazer. Implícita nessa última condição está o direito de homens e mulheres de ser informado e ter acesso a métodos de planejamento familiar de sua escolha que sejam seguros, efetivos, acessíveis e aceitáveis, bem como outros métodos de escolha para regulação de sua fertilidade que não seja contra a lei, e o direito ao acesso de serviços de saúde apropriados que permitiram às mulheres uma gestação e parto seguros e proverão aos casais com as melhores chances de ter um filho saudável.

A Quarta Conferência Mundial da ONU sobre Mulheres, realizada em Pequim em 1995, adentra no tema dos direitos reprodutivos, trazendo considerações acerca do aborto, notadamente quando não realizado de maneira segura. Reconhece-se que a falta de educação sexual e da disponibilização de contraceptivos aumenta o número de abortos clandestinos, que devem ser vistos como um problema de saúde pública. Assim, a plataforma de ação entende que o aborto não pode ser visto como forma de planejamento familiar, mas que devem ser evitadas as gestações indesejadas, o que diminui o

---

assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância.

número de abortos clandestinos e inseguros. Em lugares onde o aborto não é ilegal, ele deve ser seguro; e mesmo onde o é, os serviços de saúde devem atender, sem discriminação, mulheres com complicações decorrentes de abortamento clandestino.

No âmbito interno, como mencionado, cada país regula o direito ao aborto, não sem polêmica. Ao fazer uma análise da legislação que permite a interrupção voluntária da gestação na Itália<sup>4</sup>, Tamar Pitch (2013) pontua que houve uma transformação na visão do aborto nesse país, que passou de um problema social para um problema ético, ou seja, a discussão não é mais acerca do aborto clandestino e de suas consequências, mas do aborto em si. Inicia-se uma disputa ético-política, em que de um lado se coloca a mulher como uma pessoa egoísta e dona do controle de quem vive e de quem morre, e do outro lado a vítima, o embrião (PITCH, 2013). Quanto aos homens, estes sustentam que deveriam participar da decisão sobre o aborto, usando como argumento a igualdade tão pleiteada e então alcançada pelas mulheres. (PITCH, 2013). O resultado é que a paridade entre homem e mulher resulta, com base nesse argumento, em mais uma forma de controle masculino sobre a fertilidade feminina. Esse pensamento não é muito diferente das legislações que proíbem o aborto, total ou parcialmente, porque são do mesmo modo decisões de homens<sup>5</sup> sobre os direitos reprodutivos femininos.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte foi chamada a decidir sobre o tema em diversas oportunidades, proporcionando, entre outros, o precedente *Roe x Wade*<sup>6</sup>. Este julgado, baseando-se

---

<sup>4</sup> Neste país, nos termos de sua Lei n. 194, o aborto é permitido até aos noventa dias, por razões sociais, médicas ou econômicas, o que representa, de certa forma, uma liberdade plena ao aborto neste intervalo de tempo. O país ainda permite o aborto a qualquer tempo em caso de risco de morte ou de prejuízo à saúde física ou mental da mulher, risco de malformação do feto ou em gravidez decorrente de violação sexual. Cf. ITALIA, Legge 22 maggio 1978, n. 194. “*Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza*”

<sup>5</sup> Conforme dados da ONU Mulher, somente 22,8% de todos os parlamentares nacionais do mundo são mulheres. O dado é de junho de 2016. Disponível em: <<http://www.unwomen.org/en/what-we-do/leadership-and-political-participation/facts-and-figures>> Acesso em 27 de outubro de 2017.

<sup>6</sup> A íntegra do caso está disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>> Acesso em 27 de outubro de 2017.

sobretudo no direito à privacidade, destaca-se pela visão de que uma gravidez impõe um fardo muito pesado à gestante, de modo que não pode a autoridade estatal impor uma gestação forçada. A decisão também é referência ao afirmar que o debate sobre o início da vida humana é objeto de estudo da filosofia, da religião e mesmo das ciências, de modo que o direito não deve tomar parte em algo que outros campos não conseguem ser unânimes. Portanto, esse debate não é cabível na discussão da constitucionalidade ou não do aborto.

A grande discussão na “questão do aborto”<sup>7</sup> é a aparente contradição entre direitos: de um lado, o direito à liberdade da mulher; de outro, o direito à vida do feto. Buglione (2013) aponta que a discussão sobre a criminalização do aborto pode partir de duas perspectivas: para a primeira, o feto é pessoa e tem, por consequência, existência, individualidade e interesse; para a segunda, o feto é potencialidade de pessoa, pesando concepções morais da sociedade, e não seu interesse. Essa autora conclui, a partir da laicidade do Estado:

A criminalização do aborto voluntário funda-se em um campo exclusivo da moralidade, que não é representativo nem da ciência, nem da ética. [...] O problema central é que a criminalização do aborto voluntário suspende a garantia de direitos às mulheres. É um Estado de Exceção no qual direitos não se realizam por razões de ordem moral ou econômica específicas. Com isso, exercer a liberdade, para algumas mulheres, implica, no caso do aborto, abrir mão de direitos e em muitos deles abrir mão da própria vida. (BUGLIONE, 2013, p. 200-201)

Sabe-se que por muito tempo, a reprodução foi a finalidade da sexualidade, até porque somente a existência de técnicas contraceptivas puderam separar um do outro (MATTAR, 2013, p. 56).) Nesse sentido, “reconhecer a mulher como seres humanos não definidos estritamente pelos seus papéis de gestação e maternidade foi uma revolução no empoderamento feminino”<sup>8</sup> (MURRAY, 2013, p. 121). Assim, a alteração das preocupações da saúde da mulher

---

<sup>7</sup> Schreiber (2013, p. 207), ao falar dessa expressão, ressalta que “A “questão do aborto”, expressão usualmente empregada quando se trata do tema, não pode mais ser encarada desse modo: como uma “questão”, uma indagação de ordem filosófica em torno da qual nunca se chegará a um consenso”.

<sup>8</sup> Tradução livre de “[...] *recognizing women as human beings not defined narrowly by their child bearing and mothering roles was a revolution in women’s empowerment*”.

transformando-as em *direitos* sexuais e reprodutivos muda a perspectiva de como se vê o exercício pleno da sexualidade feminina e da reprodução humana, focando-se, agora, nos direitos humanos da mulher em sua plenitude.

### **3 OS CASOS E OS MECANISMOS DE DIREITOS HUMANOS**

Com o intuito de compreender os direitos reprodutivos à luz dos Direitos Humanos, buscou-se a jurisprudência de três mecanismos internacionais de Direitos Humanos (Comitê de Direitos Humanos, Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres e Comissão Interamericana de Direitos Humanos) a fim de verificar qual é o entendimento prolatado em casos em que o aborto não é criminalizado nas leis locais, nas peculiaridades que a gestante se encontra. Os três casos escolhidos tiveram a representação de ONGs locais e internacionais que atuam no sistema regional e ONU do *Centre for Reproductive Rights* e ocorreram na América Latina. Nos casos de aborto terapêutico, ocorridos no Peru, um dos fetos apresentava o quadro de anencefalia, enquanto no outro a mãe corria risco de paralisia permanente com a continuidade da gestação. No caso de gravidez decorrente de estupro, ocorrido no México, uma imposição da moralidade do diretor do hospital sobre a menor e sua mãe foi responsável pela violação aos direitos reprodutivos da gestante.

#### **3.1 Caso K. L. x Peru, do Comitê de Direitos Humanos**

O caso K.L x Peru foi levado ao Comitê de Direitos Humanos com base no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, por

meio da representação das organizações DEMUS, CLADEM e *Center for Reproductive Rights*<sup>9</sup>.

A autora K engravidou em março de 2001, quando tinha 17 anos. Em 27 de junho de 2001, foi informada do diagnóstico de anencefalia em seu bebê. Em julho do mesmo ano, o obstetra que acompanhava a jovem lhe disse que ela tinha unicamente as opções de continuar a gravidez ou termina-la, indicando-lhe a segunda opção, em razão do fato de que a continuidade da gestação traria riscos à sua saúde física e mental, além de prolongar o sofrimento da mãe em condição de um feto não viável, situação corroborada por psiquiatra e por assistente social. No entanto, quando a autora se apresentou ao hospital com sua mãe para realização do procedimento de aborto, o obstetra a informou que necessitava de autorização escrita do diretor do hospital, tendo sido negada com base no Código Penal peruano que pune o aborto nos casos em que o feto irá sofrer deficiências físicas ou mentais severas. Também não seria possível fazer um aborto terapêutico, pois esse só é permitido como o único modo de salvar a vida de mulher grávida ou de evitar danos permanente à sua saúde. Desta forma, mesmo com as indicações obstétricas, psiquiátricas e sociais posteriores, o aborto não foi realizado. A gestação prosseguiu e, em 13 de janeiro de 2002, K deu à luz a uma menina, que sobreviveu quatro dias (HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 2005, p. 4-5).

Em novembro de 2002, o caso foi apresentado ao Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas sob a alegação de que teriam sido violados os direitos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP). A violação ao direito X (artigo 2)<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Submetido em 13 de novembro de 2002 e em 24 de outubro de 2005 o Comitê de Direitos Humanos adotou sua visão sobre o assunto (Human Rights Committee, 2005).

<sup>10</sup> ARTIGO 2, 1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição. 2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais

do PIDCP ocorreu porque o Estado-parte não garantiu o exercício de um direito porque o hospital interpretou o Código Penal para negar o direito ao aborto, em razão da falta de regulações mais claras.

O Comitê entendeu que a omissão estatal em não permitir à autora o aborto terapêutico foi a causa do seu sofrimento equivalente à tortura, ressaltando que o sofrimento físico e mental é particularmente relevante quando envolve menores de idade (HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 2005, p. 6-7, 10).

Além disso, o Comitê entendeu que houve ingerência indevida em sua vida, que afetou a sua saúde e os seus direitos reprodutivos. Ao ser obrigada a seguir com a gravidez de feto não-viável houve ofensa a sua privacidade. O Comitê ressaltou que a possibilidade de término antecipado da gravidez da autora foi oferecida por médico do setor público e que, assim, a recusa ao atendimento violou direito de K. O Comitê também entendeu que a jovem não recebeu nenhum atendimento especial a que teria direito, notadamente sendo uma adolescente, menor de idade à época dos fatos. Por fim, o Comitê entendeu que o estado do Peru deve fornecer efetiva remediação de sua conduta, inclusive indenização, além de ser obrigado adotar medidas para que não ocorram novas violações (HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 2005, p. 7, 10-11).

A anencefalia é uma má-formação fetal do cérebro, que não tem cura ou tratamento e há uma expectativa baixíssima de vida ao feto. Assim, não restam dúvidas do sofrimento vivido pelas gestantes de fetos anencefálicos, de modo que a decisão da continuidade dessa gestação deve caber somente à mãe (SCHREIBER, 2013).

---

e as disposições do presente Pacto. 3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a: a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais; b) Garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; c) Garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

A repercussão da decisão de K. L, pode ser vislumbrada na da ADPF 54 julgada em 12 de abril de 2012, pelo Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, o Ministro Marco Aurélio entendeu que um feto nessas condições jamais se tornará uma pessoa, havendo uma incompatibilidade em se tutelar a vida quando a vida extrauterina não é possível. Por sua vez, o Ministro Luz Fux afirmou que “impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal equivale à tortura”, entendimento muito similar ao adotado pelo Comitê de Direitos Humanos. A concepção central é que a proteção contra o tratamento desumano ou degradante não assegura somente a inviolabilidade da integridade física dos cidadãos perante o estado, mas também demonstra uma proteção da integridade, tanto física quanto psicológica, em face da sociedade civil, dos costumes, e das instituições sociais de forma geral.

Assim, pode-se dizer que nesse caso, os parâmetros fixados pelo Comitê foram: a) a continuidade forçada de gravidez em caso de feto portador de anencefalia equivale à tortura; b) em se tratando de jovem adolescente, a proteção contra o sofrimento físico e moral é especialmente relevante; c) a não realização do aborto previsto legalmente foi uma ingerência indevida na vida privada da adolescente.

### **3.2 Caso Paulina del Carmen Ramírez Jacinto x México da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**

Este caso ocorreu na cidade de Mexicali, estado Baja California, no México. A parte postulante, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, com o suporte das Organizações Não-Governamentais *Center for Reproductive Rights* e *Grupo de Información em Reproducción Elegida* (GIRE), apresentou a reclamação perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) alegando violação de

diversos dos direitos (dentre eles, o direito à vida sem discriminação, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, às garantias judiciais, à proteção da honra, aos direitos das crianças, entre outros) previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>11</sup>, na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher<sup>12</sup>, no Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>13</sup>, na Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>14</sup>, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher<sup>15</sup> e na Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>16</sup> (CIDH, 2007).

Em síntese, o caso versa sobre uma jovem, com 13 anos à época dos fatos em que foi estuprada em seu apartamento. A mãe da menina noticiou às autoridades policiais algumas horas depois, não tendo sido informada da possibilidade de contracepção de emergência. O estupro resultou em gravidez.

De acordo com o art. 136 do Código Penal de Baja California, o aborto é despenalizado nesses casos, de modo que a Paulina e sua mãe entenderam ser essa a opção mais adequada. Assim, ambas se dirigiram à autoridade policial para fins de obtenção da autorização necessária, que foi, inicialmente, negada. Mais tarde, em nova visita, a autorização foi concedida e Paulina foi direcionada a um hospital público. Enquanto esteve internada, o procedimento foi constantemente negado, com justificativas como a falta de profissionais de anestesiologia ou férias dos ginecologistas. A jovem teve alta e a mãe dirigiu-se ao Ministério Público, que a encaminhou a um padre católico para tentar dissuadi-la do exercício ao direito de aborto, sem êxito.

Paulina foi então readmitida no hospital e, em ocasião em que estava sozinha, duas mulheres sem conexão com os serviços de saúde

---

<sup>11</sup> Defendem a violação dos direitos protegidos pelos artigos 1º, 5º, 7º, 8º, 11, 12, 19 e 25.

<sup>12</sup> São os artigos 1º, 2º, 4º, 7º e 9º.

<sup>13</sup> Art. 10.

<sup>14</sup> Arts. 3º e 12.

<sup>15</sup> Art. 12.

<sup>16</sup> Art. 19, 37 e 39.

a visitaram, a convite do diretor do hospital, para mostrar vídeos violentos do procedimento de aborto. Em conversa com o diretor do hospital momentos antes do procedimento cirúrgico, a mãe de Paulina foi informada que os riscos do aborto incluíam esterilidade, perfuração do útero, hemorragia e morte, sendo que, no caso desta última, foi-lhe dito que a responsabilidade recairia somente sobre a mãe da menor. Ambas decidiram, então, não realizar o procedimento e Paulina deu à luz a um menino.

A negação do direito ao abortamento legal expõe a influência fundamentalista-moralista: o aborto era permitido e, mesmo assim, foi constantemente negado e adiado, com o intuito de convencer a gestante a não realizar o procedimento. Seu direito humano à privacidade também foi violado quando ela foi visitada por pessoas alheias ao sistema de saúde, com o objetivo de coagi-la moralmente a manter a gestação. Petchesky (1997) aponta que o fundamentalismo religioso sempre se opôs à autodeterminação feminina da reprodução, baseada numa tradição filosófica e teológica que naturaliza as experiências familiar e sexual. Essa experiência, codificada no direito natural e divino, “existe fora da realidade da história e do debate público, esquecendo-se das realidades familiares de muitas pessoas do mundo”<sup>17</sup> (PETCHESKY 1997, p. 575).

Paulina é apenas uma entre muitas tantas outras jovens e crianças que são obrigadas a levar uma gestação, mesmo em caso de violência sexual, tendo seu direito ao aborto legal obstaculizado por autoridades estatais (LIMA, 2014).

Nesse processo, houve um acordo entre as partes e o Estado de Baja California indenizou Paulina pelos danos morais, além de custear as despesas dela e do filho com educação, moradia, saúde, tratamento psicológico, entre outros. O estado assumiu o compromisso de treinar os profissionais e de rever sua normativa acerca do aborto em gestação decorrente de estupro. Além disso, o Estado publicou no jornal local uma Declaração Pública de Responsabilidade, nos seguintes termos:

---

<sup>17</sup> Tradução livre de “[...] it exists outside the realm of history and public debate, oblivious to the real households of many of the world’s people”

Como parte do acordo, o Governo do Estado de Baja Califórnia faz essa manifestação pública reconhecendo que a ausência de um conjunto de normas apropriados acerca do aborto resultou na violação dos direitos humanos de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto. Assim, está estabelecido e completamente reconhecido que, quando seus direitos humanos foram violados, o Estado de Baja Califórnia não tinha um conjunto apropriado de regulamentos para lidar com o incidente ocorrido e que isso a afastou dos direitos que demandava. Deve se fazer claro que essa prática não é uma política do Estado de Baja Califórnia. Essa declaração também busca prevenir a reincidência desse tipo de situação e demonstra a forte determinação do governo de Baja Califórnia em respeitar as garantias sociais e individuais consagradas na constituição, bem como os direitos humanos inseridos em tratados e convenções internacionais ratificados pelo nosso país. Confirma o seu compromisso em continuar trabalhando com firmeza para a completa erradicação de atividades e práticas que enfraquecem os direitos humanos. Do mesmo modo, o governo do estado vai continuar buscando implementar reformas legais e administrativas dando maior certeza e segurança jurídica aos cidadãos para sua interação diária com as autoridades.<sup>18</sup>

Evidencia-se que questão moral foi o principal motivador da violação de direitos humanos ocorrida no caso de Paulina, o que levou a uma ofensa aos seus direitos reprodutivos, bem como ao seu direito à privacidade, sendo também forma de tratamento desumano e degradante. Verifica-se que o acesso ao aborto é particularmente difícil para as mulheres em países fortemente marcados pela religião católica, quando recorrem aos serviços estatais para a realização de aborto (LIMA, 2014).

---

<sup>18</sup> Tradução livre de “As part of the agreement, the Government of the State of Baja California is making this public statement, acknowledging that the absence of an appropriate body of regulations concerning abortion resulted in the violation of Paulina del Carmen Ramírez Jacinto’s human rights. Accordingly, it is established and fully recognized that, at the time her human rights were violated, the State of Baja California did not have an appropriate body of regulations to deal with the incident that occurred and that this prevented her from availing herself of the right she was demanding. It should also be made clear that this practice is not state policy in Baja California. This statement also seeks to prevent the recurrence of this type of situation and demonstrates the strong determination of the Government of Baja California to respect the individual and social guarantees enshrined in the constitution, as well as the human rights embodied in international treaties and conventions signed by our country. It confirms its commitment to continue working steadfastly for the complete eradication of activities and practices that undermine human rights. Likewise, the state government will continue seeking to implement legal and administrative reforms giving citizens greater certainty and legal security in their day-to-day interactions with authority.”

Dessa forma, o caso Paulina não é isolado, mas revela um padrão sistemático de violação dos direitos reprodutivos que se deve ao fato de não haver normativas claras ou amplamente divulgadas sobre os procedimentos em casos de violência sexual e aborto legal. (LIMA, 2014).

A solução amistosa para o caso resultou no reconhecimento, pelo Estado Mexicano, das violações aos direitos humanos de Paulina e nos compromissos já mencionados. O caso Paulina contribuiu para a legalização do aborto na Cidade do México, que, no entanto, apesar do compromisso assumido pelo México de revisar a legislação do aborto, permanece como a única localidade em que as mulheres podem exercer de maneira livre a decisão ou não de continuar com uma gravidez (SORIA; TAMES, 2018).

### **3.3 L. C. x Peru, do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres**

O último caso aqui examinado foi apresentado perante o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) por T. P. F., mãe da vítima L. C., representada pelo *Center for Reproductive Rights* e pelo *Center for the Promotion and Protection of Sexual and Reproductive Rights*. Submetido ao Comitê em 18 de junho de 2009, foi julgado em 17 de outubro de 2011. As alegações são de que o estado-parte, o Peru, teria violado diversos artigos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 2011).

A vítima L., aos 13 anos, foi sexualmente violentada, de forma habitual, por um vizinho de 34 anos de idade, e, como resultado destes estupros, engravidou. Em depressão, a vítima tentou suicídio jogando-

se de um prédio e foi levada a um hospital público peruano. Ao chegar no hospital, constatou-se que ela precisava de uma intervenção cirúrgica a fim de evitar danos permanentes na coluna vertebral, ocasião em que a cirurgia necessária foi agendada. A avaliação psicológica a que a vítima foi submetida constatou que a tentativa de suicídio decorreu dos abusos sexuais e de seu medo de estar grávida. Ao mesmo tempo, exames constataram a gravidez. Na data agendada para o procedimento cirúrgico, a autora foi informada de que a cirurgia de sua filha havia sido adiada em decorrência da gravidez, e que o quadro de ansiedade e depressão não estava sendo tratado em razão de os medicamentos serem contraindicados em caso de gestação. A mãe da vítima, então, após conversar com a filha, requereu ao hospital a realização do aborto, com base no art. 199 do Código Penal peruano<sup>19</sup>. Com a demora da resposta do hospital, a mãe procurou uma organização não governamental que atua na defesa dos direitos sexuais e reprodutivos. Assim, 42 dias depois da primeira solicitação de aborto, o médico do hospital negou a solicitação por entender que a vida da paciente não estava correndo risco. Uma comissão de saúde reprodutiva analisou o caso, concluindo que era esperado que, em continuando a gestação, houvesse danos permanentes à saúde física e mental da vítima, de modo que o aborto terapêutico estaria justificado. Por fim, K.L teve um aborto espontâneo e, então, a cirurgia foi marcada e realizada três meses e meio depois do prazo estipulado pelos médicos. K.L ficou tetraplégica e recuperou apenas parcialmente o movimento das mãos. Na petição, a mãe de K.L afirmou que a situação da família era “desastrosa”, pois a menina não conseguia frequentar a escola e ela não podia trabalhar, em razão das necessidades especiais decorrentes da paralisia da filha. Segundo a mãe, não há alternativa administrativa ou jurídica célere e efetiva em casos de requerimento de aborto (CEDAW, 2011).

---

<sup>19</sup> Ressalta-se que, como mencionado no caso do subitem 3.1, o aborto de gestação decorrente de estupro não é descriminalizado no Peru, mas somente o aborto terapêutico.

As petionárias alegaram que teriam sido violados os direitos de viver livre de tratamento cruel, desumano e degradante, o da privacidade e o da tomada de medidas especiais para proteção de menores da Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

No que se refere à violação do direito à saúde (artigo 12), o Comitê se manifestou no sentido de que é obrigação do Estado-parte tomar todas as medidas necessárias para eliminar a discriminação contra as mulheres no campo da saúde e que, no caso em tela, era inquestionável que a intervenção cirúrgica em L. era necessária e não foi realizada em razão de sua gestação. Contudo, em razão unicamente da condição de gestante, não foram garantidos a L. C. os procedimentos médicos efetivos e necessários, sendo o aborto terapêutico um desses procedimentos. Desta forma, o Estado-parte violou o direito à saúde de L.C.. O Comitê entendeu ainda que houve discriminação ao ser adiada a cirurgia uma vez que sob o estereótipo da proteção da vida do feto, negou-se o cuidado da saúde da mãe (artigo 5º)<sup>20</sup>.

O Comitê entendeu ainda, que, dada a demora da equipe médica do hospital em responder ao requerimento de aborto terapêutico, pois o fez somente quarenta e dois dias após o protocolo, e em responder ao pedido de reconsideração, bem como a inexistência de regulação estatal acerca do aborto terapêutico, deixando-o à arbitrariedade dos hospitais, o Estado não adotou as medidas necessárias para garantir o exercício do direito sem discriminação

---

<sup>20</sup> Artigo 5º. Os Estados-Partes tornarão todas as medidas apropriadas para: a) Modificar os padrões sócio-culturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres. b) Garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos.

(artigos 3<sup>o</sup><sup>21</sup> e 2<sup>o</sup>, 'c' e 'f'<sup>22</sup>). Assim, recomendou ao Estado-parte que legalize o aborto terapêutico e estabeleça legislação que permita às mulheres o seu acesso (CEDAW, 2011).

Além disso, condenou o Peru à reparação financeira adequada aos danos materiais e morais e por medidas de reabilitação. Determinou ao Estado a revisão das leis internas para assegurar acesso efetivo ao aborto terapêutico, proteger a saúde física e mental das mulheres, além de executar treinamentos aos profissionais da saúde, para afastar o comportamento preconceituoso em relação aos direitos reprodutivos e que também dê atenção específica às mulheres vítimas de violência sexual. Além disso, o Estado também deve rever suas leis, para descriminalizar o aborto quando resultante de estupro (CEDAW, 2011).

Como se viu, a gravidez indesejada, especialmente quando resulta de uma violação sexual, é uma experiência dramática que em nada se aproxima da visão tradicional sobre a beleza da maternidade. Nesse sentido, o trauma e o sofrimento são suficientes para se afirmar que uma gestação indesejada coloca, se não a vida, pelo menos a saúde da mãe em risco. Quando então se opta pela saúde do feto ao invés da saúde da mãe, se está na verdade cometendo uma discriminação, além de mais uma vez reduzir a mulher ao seu útero e deixar de vê-la como um fim em si mesma, como um sujeito de direitos humanos. A violação de direitos humanos decorre então da ofensa ao direito à vida e ao melhor estado possível de saúde, essa devendo ser vista também sob o prisma psicológico e social.

---

<sup>21</sup> Artigo 3<sup>o</sup>. Os Estados Partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem.

<sup>22</sup> Artigo 2<sup>o</sup>. Os Estados Partes 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; [...] f) Adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher;

O caso L.C. demonstra quão dramática é a violência sexual que resulta em gravidez, especialmente cometida contra crianças e adolescentes. Os mesmos obstáculos enfrentados por K.L. estão presentes nesse caso. O primeiro, K.L. teve negado o direito ao abortamento em caso de feto anencéfalo por vinculação religiosa de determinados profissionais do sistema de justiça e de saúde. No segundo, L.C. também teve negado o direito ao abortamento legal porque profissionais de saúde priorizaram a vida do feto em relação à vida da criança gestante, o que levou à paraplegia irreversível. Os dois casos demonstram as dificuldades para o reconhecimento do direito à autonomia reprodutiva de adolescentes e os obstáculos que estas enfrentam para o acesso ao aborto legal.

O Comitê reconheceu que houve discriminação de gênero e que a não realização da cirurgia em virtude da gestação correspondeu a estereótipo de gênero que privilegiou a reprodução e não a saúde de L.C. Ainda, que houve ingerência indevida na vida de L.C. por parte dos médicos.

Ainda, manifestou-se no sentido de a ausência de mecanismos para a realização de aborto terapêutico viola o direito à saúde física e mental, razão pela qual recomendou que o Peru crie um mecanismo para garantir o acesso ao aborto terapêutico. Além disso, recomendou a despenalização do aborto em caso de violência sexual. Assim, a decisão do Comitê fixou parâmetros jurídicos referentes à autonomia reprodutiva e o direito à saúde livre de estereótipos.

No entanto, no balanço das recomendações do Comitê, a Promsex entendeu que as recomendações foram vagas e por isso, difíceis de serem cumpridas, pois o estado peruano as interpretou de modo minimalista. Embora o estado tenha criado um Guia técnico para a interrupção da gravidez em caso de aborto terapêutico, a despenalização do aborto em caso de violência sexual ainda não foi cumprida. Por isso, as recomendações do Comitê foram cumpridas parcialmente. (ALVAREZ, 2018).

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos reprodutivos das mulheres são reconhecidos como direitos humanos, mas ainda há barreiras para sua plena efetivação. Esses entraves são socioeconômicos, legais e culturais e atingem com mais intensidade mulheres pobres, marginalizadas, de países subdesenvolvidos e pertencente a grupos minoritários, sendo essas as que praticam os abortos menos seguros (GANATRA *et al*, 2017). A saúde reprodutiva, contudo, não é apenas uma questão de buscar-se uma prestação mais efetiva em saúde, mas importa um reconhecimento de direitos humanos das mulheres e de justiça social. Os tratados, as convenções e os protocolos de direitos humanos vão gradativamente reconhecendo o papel ativo da mulher na sua sexualidade e nas escolhas reprodutivas, e o sistema internacional de direitos humanos formulando parâmetros jurídicos para a garantia dos direitos humanos. No entanto, nos três casos discutidos nesse artigo, verifica-se, por um lado, a dificuldade dos estados cumprirem integralmente as recomendações e por outro, a observância dos parâmetros internacionais.

É possível ver que diversas normas de direitos humanos se aplicam em casos envolvendo escolhas reprodutivas e aborto, notadamente os direitos relativos à *vida*, com a obrigação do estado de buscar reduzir a mortalidade materna e aquela decorrente de abortos clandestinos, bem como priorizar a vida da mãe, quando esta estiver sob risco; os direitos relacionados com *liberdade, autonomia e confidencialidade*, justamente para respeitar a escolha da gestante em situações em que o aborto é legalmente permitido, não expondo-a a tentativas de convencimento ou a uma gestação forçada a termo, quando o feto não é viável; os direitos à *não-discriminação*, para que os serviços de saúde que prestam atendimento em matéria de saúde reprodutiva sejam treinados para não discriminar a vida da mulher, optando pela vida do feto, bem como respeitar suas escolhas sem

discriminação de gênero; e, naturalmente, os direitos relacionados à *saúde*, pela compreensão de que pelo direito à saúde perpassam questões de saúde reprodutiva, garantindo-se a aplicação do melhor conhecimento médico no tratamento de enfermidades e agravos que relacionam-se com a sexualidade e a reprodução.

Os parâmetros jurídicos criados pelos mecanismos necessitam ainda serem testados nos países da região. Levar uma gravidez a termo em caso de feto anencéfalo (ou com grave malformação que impeça a vida extrauterina) equivale à tortura. O direito à não discriminação no acesso ao sistema de saúde em virtude da idade (adolescente e criança) para a realização do aborto ainda não é uma realidade. Estar livre de estereótipos de gênero que priorizam a reprodução sobre o direito à saúde é outro parâmetro importante que necessita ser implementado nos sistemas de saúde da região. Deixar de interferir na vida privada, isto é, na decisão de adolescentes e de crianças representadas por suas mães, isto é, respeitar a criança e a adolescente como sujeitos de direito é urgente no sistema de saúde e de justiça. Por fim, despenalizar o aborto porque a criminalização uma discriminação contra as mulheres ainda está longe de ser uma realidade na América Latina, especialmente em alguns países, como no caso do Brasil, em que setores religiosos tem-se organizado para restringir ainda mais o direito ao abortamento.

Assim, tem-se que os importantes parâmetros formulados pelo sistema internacional de direitos humanos no âmbito dos direitos reprodutivos, particularmente no caso do aborto, enfrentam resistências para serem implementados, o que demonstra que a autonomia reprodutiva feminina permanece como um desafio na América Latina.

Data de Submissão: 23/09/2019

Data de Aprovação: 28/01/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Rafael Câmara Norat

## REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Brenda Ibette Alvarez. L. C. Y el protocolo de aborto terapéutico: el camino hacia el cumplimiento parcial del dictamen. In *L. C. Vs. Perú. Memoria del litigio: La disputa jurídica por el derecho al acceso al aborto legal de las niñas víctimas de violación sexual*. Lima: Promsex, 2018, p.34-55. Disponível em: <<https://promsex.org/wpcontent/uploads/2018/11/MemoriaLC.pdf>> Acesso em 03 de janeiro de 2020.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. “Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação”

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. “Código Penal”.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54*, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011 “ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.”

BUGLIONE, Samantha. *O Aborto Voluntário e seu Eterno Desconforto: um Debate sobre o Alcance das Democracias Laicas*. In: FERRAZ, Carolina Valença et al [org.]. *Manual dos Direitos da Mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 184-204

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *The World's Abortion Laws*. Disponível em: <<https://reproductiverights.org/worldabortionlaws>> Acesso em 23 de setembro de 2019

COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN. *Communication n. 22/2009*. Outubro de 2011. Disponível em: <[http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009_en.pdf)> Acesso em 27 de outubro de 2017

COOK, Rebecca. DICKENS, Bernard. FATHALLA, Mahmoud. *Reproductive Health and Human Rights: integrating medicine, ethics, and law*. Oxford, 2003.

GANATRA, Bela *et al.* *Global, regional, and subregional classification of abortions by safety, 2010–14: estimates from a Bayesian hierarchical model*. Setembro de 2017. Disponível em: <[http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(17\)31794-4.pdf](http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(17)31794-4.pdf)> Acesso em 29 de outubro de 2017.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *Communication n. 1153/2003*. CCPR/C/85/D/1153/2003. Novembro de 2005. Disponível em: <<https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/KL%20HRC%20final%20decision.pdf>> Acesso em 17 de outubro de 2017

INTERAMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Report n. 21/07*. Março de 2007. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2007eng/mexico161.02eng.htm>> Acesso em 17 de outubro de 2017

LIMA, Sarah Dayanna Lacerda Martins. Os Direitos Reprodutivos das Mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: uma análise dos casos admitidos entre 2000 e 2013. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol.14, N.14, 2014, p.335-250. <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/issue/view/21>> Acesso em 03 de janeiro de 2020.

MATTAR, Laura Davis. *Os Direitos Reprodutivos das Mulheres*. In: FERRAZ, Carolina Valença *et al* [org.]. *Manual dos Direitos da Mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 54-80

MICHEL Agustina Ramón. CAVALLO, Mercedes. El principio de legalidad y las regulaciones de aborto basadas en los médicos. In BERGALLO, Paola. *El aborto en Latino América*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2018, p. 31-56.

MURRAY, Anne Firth . *From Outrage to Courage: The Unjust and Unhealthy Situation of Women in Poorer Countries and What They Are Doing about it: Second Edition*. Menlo Park: Murray, 2013

OLSEN, Frances. *Feminist Legal Theory*. New York University Press: Nova York, 1995.

ONU. *Platform for action of the United Nations Fourth World Conference on Women*. Pequim. 1995. Disponível em <<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/health.htm>> Acesso em 28 de outubro de 2017.

ONU. *Programme of Action of the UN ICPD*. Cairo, 1994. Disponível em: <<http://enb.iisd.org/cairo.html>> Acesso em 27 de outubro de 2017

PERU. Decreto Legislativo n. 635, *Código Penal*, de 03 de abril de 1991.

PETCHESKY, Rosalind p. *Spiraling Discourses of Reproductive and Sexual Rights: A Post-Beijing Assessment of International Feminist Politics*. In: COHEN, Cathy et al. *Women Transforming Politics: an Alternative Reading*. Nova York: NYUPress, 1997. P. 569-587

PITCH, Tamar. *Sexo y Género de y en el Derecho: el Feminismo jurídico*. In: Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 44 (2010), p. 435-459

SCHREIBER, Anderson. *Aborto do Feto Anencéfalo e Tutela dos Direitos da Mulher*. In: FERRAZ, Carolina Valença et al [org.]. *Manual dos Direitos da Mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 205-214.

SMART, Carol. *La teoría feminista y el discurso jurídico*. In: BIRGIN, Haydée [org.]. *El derecho en el género y el género en el derecho*. Biblos: Buenos Aires, 2000.

SORIA, Jimena. TAMÉS, Regina. ¿Liberalización total? Los retos del aborto en México. In BERGALLO, Paola. *El aborto en Latino América*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2018, p. 139-151.

## **Parameters Of The International Human Rights System In Cases Of Legalized Abortion**

Marina Nogueira de Almeida

Carmen Hein de Campos

**Abstract:** This article aims to examine how human rights mechanisms stand before the right to legal abortion provided in domestic legislation, but denied to pregnant women even fulfilling the legal prerequisites and international treaty predictions, and contribute to the formulation of standards to ensure the reproductive rights of women and girls. The research proposes to answer the question of how the human rights arguments were articulated from each specific case and what are the legal parameters elaborated from the cases examined. It is hypothesized that these cases allowed not only the accountability of member countries, but the formulation of arguments that were becoming more complex, enabling the elaboration of important international legal parameters. Using a literature review methodology and the jurisprudence analysis of *K.L. against Peru* of the UN Human Rights Committee (2005); *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto v. Mexico*, of the Inter-American Commission on Human Rights (2007), and *LC v. Peru*, of the CEDAW Committee (2011), it examines situations that have denied abortion in the case of an anencephalic fetus, pregnancy abortion due to rape and therapeutic abortion. In all three cases, local laws allowed abortion in the circumstances faced by the victims, but the procedure was not performed. Thus, it is argued that international human rights jurisprudence has contributed to the advancement of the international regulatory framework, but remains a challenge in the domestic sphere.

**Keywords:** Abortion. Legal Feminism. Women's Human Rights. International Human Rights System.