

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Leandro Viana Figueiredo

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM FACE DAS GARANTIAS DA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Belo Horizonte
2019

Leandro Viana Figueiredo

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM FACE DAS GARANTIAS DA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva

Área de concentração: Direitos Humanos, Processo de Integração e Constitucionalização do Direito Internacional.

Belo Horizonte
2019

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F475d Figueiredo, Leandro Viana
O devido processo legal em face das garantias da Corte Interamericana de direitos humanos / Leandro Viana Figueiredo. Belo Horizonte, 2019.
135 f.

Orientador: Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2. Devido processo legal. 3. Direitos humanos - Jurisprudência - América. 4. Direitos fundamentais. 5. Fontes do direito. 6. Direito constitucional - Legislação. 7. Garantia (Direito). I. Silva, Carlos Augusto Canedo Gonçalves da. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 342.7(100)

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

Leandro Viana Figueiredo

**O Devido Processo Legal em face das garantias da Corte Interamericana de
Direitos Humanos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva - PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares - PUC Minas

Prof. Dr. Wiliander França Salomão – Universidade de Itaúna/MG

Belo Horizonte, 27 de março de 2019.

*Dedico este trabalho aos meus filhos,
Catarina e Henrique, a minha esposa, Emanuella, aos meus pais, Armando
e Helena, aos meus irmãos e eternos companheiros de jornada, Fernando,
João, Leonardo, André e Alexandre.
Também, aos mestres que me ajudaram a
embasá-lo.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que contribuíram com este trabalho de alguma forma, em especial à Emanuella, aos professores Mário Lúcio Quintão, Carlos Augusto Canedo, João Bosco e ao amigo Farid.

"[...] A efetiva proteção dos direitos humanos das pessoas adquire uma materialização real através do diálogo dinâmico com instituições nacionais, particularmente os órgãos jurisdicionais. De acordo com essa dinâmica, são os próprios operadores nacionais quem, através do diálogo jurisprudencial e de um adequado controle de convencionalidade, sempre no âmbito de suas competências, conferem valor real às decisões da Corte Interamericana. Cada vez de maneira mais enérgica vem sendo realizado um controle dinâmico e complementar das obrigações convencionais de respeitar e garantir os direitos humanos, conjuntamente com as autoridades internas.

Neste ânimo e com este fôlego, a Corte Interamericana tem promovido de maneira decisiva o diálogo jurisprudencial com o fim de que a justiça interamericana seja real e efetivamente acessível.

Todas as pessoas das Américas devem conhecer, tornar seus e exigir os direitos humanos reconhecidos como tais na Convenção Americana ou nas interpretações deste tratado realizadas pela Corte Interamericana[...]".

Humberto A. Sierra Porto, Presidente da Corte Interamericana. (BRASIL, 2015).

"A dúvida é o preço da pureza" (SARTRE, 1939).

RESUMO

Este trabalho trata da temática do princípio constitucional do devido processo legal, como garantia dos direitos fundamentais. O princípio não pode ser desvirtuado em uma sociedade democrática. A não observância do devido processo legal enseja arbitrariedade por parte de eventuais detentores do poder, causando um ambiente de anomia. No âmbito internacional, em procedimentos de jurisdição, exige-se a submissão das causas, de acordo com o direito de ampla defesa, pautando-se no direito ao contraditório e ao devido processo legal. Em termos de processualidade, o resgate das garantias, tanto no âmbito interno quanto no âmbito internacional, conduz à concretização de princípios e regras no ordenamento jurídico. A normatividade, considerada como previsão abstrata dos direitos e regras da comunidade estatal, sem as respectivas garantias ou com estas reduzidas a puramente formais, não realiza a tutela efetiva e justa do direito. Este trabalho trata da necessidade da recepção das decisões tomadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que tange à concretização do devido processo legal, em face dos direitos humanos, analisando casos decididos pela Corte, tendo como pano de fundo a perspectiva da incidência do *jus cogens* no direito internacional, no que se refere às decisões da Corte, estribadas no Sistema Internacional de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Devido processo legal. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos Humanos. Direito Internacional. Direito Constitucional. Direitos fundamentais. Garantias processuais. Fontes do Direito. Normatividade.

ABSTRACT

This work deals with the theme of the due process of law constitutional principle, as a guarantee of the fundamental rights. This principle can't be distorted in a democratic society. The non-observance of the due process of law leads to arbitrariness, caused by those who eventually own power, which leads to an anomic context. Internationally, in the case of jurisdiction procedure, it's demanded the lawsuits submission according to the right of full defense, based on the rights of the contradictory and of the due process. Processually talking, the remembering of these guarantees, internally and internationally, leads to the principles and rules concretization on the legal order. The normativity, considered like an abstract prevision of the State rights and rules, without its respective guarantees, or with it reduced to just formal rules and rights, doesn't realize the effective and fair Law. This work deals with the necessity of reception of the decisions taken by the Inter-American Court of Human Rights, in relation to the concretization of the due process of law in light of Human Rights, analyzing decided cases of the Inter-American Court, in the background of the perspective of the incidence of *jus cogens* at the International Law, in relation to the decisions of the Court, based on the International System of Human Rights.

Palavras-chave: Due process of law. Inter-American Court of Human Rights. Human Rights. International Law. Constitutional Law. Fundamental rights. Processual guarantees. Law sources. Normativity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CE	Corte Europeia de Direitos Humanos
CEDH	Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos Humanos e Das Liberdades Fundamentais
CF	Constituição da República do Brasil de 1988
Corte	Corte Interamericana de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
Comissão	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DIP	Direito Internacional Público
DU	Declaração Universal dos Direitos Humanos
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ONU	Organização das Nações Unidas
OP	Opinião Consultiva
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TPI	Tribunal Penal Internacional

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 O SISTEMA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS (SIDH)	23
2.1 A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)	30
2.2 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)	32
2.3 Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1976)	36
2.4 A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH).....	38
2.5 A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).....	41
2.6 As perspectivas de direitos humanos em face do Direito Internacional	44
3 AS FONTES DO DIREITO, A TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES E A INEXISTÊNCIA DE DIÁLOGO ENTRE O STF E OS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.	49
3.1 Das fontes positivadas, formais ou expressamente referenciadas no direito interno brasileiro.....	51
3.3 A falta de diálogo do STF com a Corte IDH: o dever do Estado brasileiro de aplicar seu direito em harmonia com as decisões da Corte IDH.....	55
4 DA REVISÃO E ATUALIZAÇÃO NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	63
5 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	67
5.1 Considerações iniciais.....	67
5.2 Da organização da Corte.....	68
5.3 Da competência e funções da Corte	71
5.4 Dos procedimentos da Corte.....	77
5.5 Da eficácia da sentença para terceiros Estados: o caráter erga omnes das decisões da Corte Interamericana.....	79
6 ALGUNS CASOS DECIDIDOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE) E ALGUNS PRONUNCIAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) SOBRE A MATÉRIA	83
6.1 Opinião Consultiva n. 1 de 1982	83
6.2 Opinião Consultiva n. 6 de 1986	84
6.3 Opinião Consultiva n. 7 de 1986	85
6.4 Opinião Consultiva n. 9 de 1987	89
6.5 Opinião Consultiva n. 11 de 1990	94

6.6 <i>Opinião Consultiva n. 14 de 1994</i>	97
6.7 <i>Opinião Consultiva n. 16 de 1999</i>	105
6.8 <i>Opinião Consultiva n. 17 de 2002</i>	108
6.9 <i>Opinião Consultiva n. 18 de 2003</i>	113
6.10 <i>Opinião Consultiva n. 21 de 2014</i>	115
7 À GUIA DE CONCLUSÃO	121
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	127

1 INTRODUÇÃO

O princípio constitucional do devido processo legal, como garantia dos direitos fundamentais, não pode ser desvirtuado em uma sociedade democrática.

A inobservância deste princípio enseja arbitrariedade por parte de eventuais detentores do poder, causando um ambiente de anomia.

No âmbito internacional, em procedimentos de jurisdição, exige-se a submissão das causas, de acordo com o direito de ampla defesa, pautado no direito ao contraditório e ao devido processo legal.

Há um processo de humanização do Direito Internacional contemporâneo, uma vez que os seres humanos possuem direitos que devem ser protegidos, tanto no âmbito interno, quanto no internacional.

As Nações Unidas consagram os valores democráticos e os direitos humanos como valores norteadores da pauta política internacional.

Percebe-se, em termos de processualidade, o resgate das garantias, tanto no âmbito interno quanto no âmbito internacional, em sua plenitude, o que pode conduzir à concretização de princípios e regras no ordenamento jurídico.

A normatividade, considerada como previsão abstrata dos direitos e regras da comunidade estatal, sem as respectivas garantias ou com estas reduzidas a puramente formais, não realiza a tutela efetiva e justa do direito.

A hipótese suscitada nesta dissertação procura demonstrar a necessidade da recepção das decisões tomadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), no que tange à concretização do devido processo legal, em face dos direitos humanos.

O método adotado consiste no lógico descritivo, o que permite a análise de casos concretos decididos pela Corte.

O marco teórico desta dissertação tem como pano de fundo a perspectiva da incidência do *jus cogens* no direito internacional, no que se refere às decisões da Corte IDH, estribadas no Sistema Internacional de Direitos Humanos.

O domínio do *jus cogens* deve regular as relações internacionais e influenciar o plano doméstico, em termos de direito e justiça.

Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, algumas normas e princípios ingressaram no domínio do *jus cogens*, o direito peremptório, de observância obrigatória pelos Estados, não admitindo retrocesso algum.

O acesso à justiça, nos planos interno e internacional, consagra-se como norma *jus cogens*. Como decorrência, há atração das garantias do devido processo legal para o domínio do *jus cogens*.

O devido processo legal, como princípio oponível contra todos, deve ser assegurado a qualquer processo, seja judicial ou administrativo, como garantia à concretização de princípios e regras no ordenamento jurídico.

O Sistema Internacional dos Direitos Humanos (SIDH), com os principais diplomas internacionais de direitos humanos, redimensiona o Direito Internacional, estabelecendo um catálogo de aspirações de direitos humanos e princípios norteadores.

Como eficaz sistema de tutela de garantias, de âmbito universal, coloca-se à disposição de qualquer pessoa, entidade ou organização, com a finalidade da proteção e promoção da dignidade humana.

A comunidade internacional reconhece o significado deste sistema, em termos de promoção e de tutela dos direitos humanos, que excede o domínio reservado aos Estados ou à competência nacional destes.

Novos avanços na proteção internacional dos direitos humanos dependem hoje, em grande parte, de medidas nacionais de implementação.

A ênfase nestas medidas deve dar-se sem prejuízo da preservação dos mecanismos internacionais de proteção.

Neste trabalho são analisadas questões contemporâneas ligadas à aplicação dos direitos e garantias, como a Teoria do Diálogo das Fontes.

Esta teoria traz funcionalidade, em um mundo em transformação e composto de diversas formas de compreensão e diversidade cultural, ao lidar com o fenômeno denominado antinomia, em razão da multiplicação de leis existentes.

A cláusula de abertura contida no artigo 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não logrou o efeito esperado e o STF manteve o entendimento sobre a paridade da hierarquia entre tratados internacionais de qualquer natureza e as leis federais.

As promessas da supralegalidade não foram atendidas, embora o status supralegal da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Na prática, a Convenção exerce pouca influência no direito constitucional brasileiro.

A Corte IDH, como órgão do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, será analisada neste trabalho, no que se refere à sua organização, competência, funções e efeitos jurídicos de seus pronunciamentos.

Em relação aos seus pronunciamentos, em especial seus pareceres jurídicos, decorrentes de sua função consultiva, podem ser fontes de direito no âmbito do direito interno dos Estados, estes têm a obrigação de aplicar a CADH, como interpretada pela Corte IDH.

O trabalho analisa a necessidade de ampliação do devido processo legal, em perspectiva multinormativa, observando-se as decisões da Corte IDH, decorrentes de sua função consultiva, visando a interpretação do tribunal acerca dos direitos e garantias previstos ou reconhecidos pela Convenção.

Lamentavelmente, no atual domínio de tutela dos Direitos Humanos, o Direito Internacional e o Direito interno estão em constante tensão, pois as jurisdições internacional e nacional se chocam.

Há manifestações do poder arbitrário, por toda parte. Neste ambiente de intolerância, a aplicação das normas internacionais de tutela aos Direitos Humanos deve visar aprimorar, e não desafiar, as normas de Direito interno, em benefício de todos os seres humanos protegidos.

Em processos judiciais, subterfúgios teóricos ressurgem, como limitadores de direitos, ainda que reconhecidos pela comunidade internacional.

O Direito interno deve lograr assegurar melhor proteção na medida em que incorporar os padrões de tutela requeridos pelos tratados de direitos humanos.

Em síntese, uma compreensão da realidade destes tempos sombrios, exige uma mudança de mentalidade.

No decorrer do processo histórico, desde a adoção da Declaração Universal, houve avanços, sobretudo no processo de jurisdicionalização da proteção internacional dos Direitos Humanos.

Trata-se de um domínio de proteção que não admite retrocesso algum, principalmente no que tange à expansão gradual do conteúdo material do *jus cogens*.

Assim, revela-se necessário consolidar as obrigações *erga omnes* de proteção

Os princípios do Direito Internacional, ao permear todo o seu *corpus juris*, constituem-se em um verdadeiro sistema normativo.

O resgate das garantias constitucionais, em sua plenitude, apresenta-se como o único caminho seguro que pode conduzir à concretização de princípios e normas do Estado Constitucional.

Os direitos e as suas garantias são conceitos inseparáveis do sistema de valores e princípios característicos da sociedade democrática.

Os Estados têm a obrigação não só de aplicar a CADH, mas de aplicá-la tal como interpretada pela Corte IDH.

O devido processo legal, deve ser compreendido como em sua perspectiva multinormativa, e as garantias constitucionais e internacionais em face dos direitos humanos devem propiciar uma normatividade mais incisiva à tutela a ser realizada,

2 O SISTEMA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS (SIDH)

Trata-se de eficaz sistema de tutela de garantias, de âmbito universal, colocado à disposição de qualquer pessoa, entidade ou organização, com a finalidade da proteção e promoção da dignidade humana.

Este mecanismo, aberto à participação de qualquer Estado e de organizações internacionais, apresenta a Organização das Nações Unidas (ONU), como pano de fundo, onde são geralmente negociados os tratados e que dispõe de órgãos que monitoram o cumprimento de normas e de compromissos internacionais assumidos.

A comunidade internacional reconhece o significado deste sistema, em termos de promoção e de tutela dos direitos humanos, que excede o domínio reservado aos Estados ou à competência nacional destes.

Nesse domínio, buscam-se condições cada vez mais eficazes à implementação dos objetivos e metas de ação em comum, em relação a esses direitos.

Em outras palavras, almejam-se um código comum de ação, ao qual todos devem submeter-se. (PIOVESAN, 1996; e SOARES, 2000).

Há um processo de humanização do Direito Internacional contemporâneo, uma vez que os seres humanos possuem direitos que devem ser protegidos, tanto no âmbito interno, quanto no internacional.

Lamentavelmente, no atual domínio de tutela dos Direitos Humanos, o Direito Internacional e o Direito interno estão em constante tensão, pois as jurisdições internacional e nacional se chocam.

Há manifestações do poder arbitrário, por toda parte, e neste ambiente de intolerância, a aplicação das normas internacionais de tutela aos Direitos Humanos deve visar aprimorar, e não desafiar, as normas de Direito interno, em benefício de todos os seres humanos protegidos.

Nesse contexto, o Direito interno deve lograr assegurar melhor proteção na medida em que incorporar os padrões de tutela requeridos pelos tratados de direitos humanos, dependendo os avanços na proteção internacional dos direitos humanos hoje, em grande parte, de medidas nacionais de implementação.

Nessa linha, Canotilho (*apud* Soares, 2000: 244) posiciona-se para a necessidade de conversão do Direito Internacional "*em ordem imperativa estribada em ius cogens, vertebrador quer da 'política e relações internacionais' quer da própria construção constitucional interna*".

Resta saber qual seria a base jurídica, o alicerce, para a sustentação dessa ordem normativa imperativa (internacional), no domínio no *ius cogens*, oponível contra todos, aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados da qual nenhuma derrogação é permitida.¹

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), consagra-se como documento de indispensável citação, seu processo de criação está relacionado à nova organização da sociedade internacional pós-Segunda Guerra.²

No entanto, a certidão de nascimento do estatuto jurídico global está estampada na Carta da ONU (1945), quando a partir deste instrumento se deflagra "*em escala mundial, uma arquitetura de proteção dos direitos humanos jamais vista até então*". (GOMES; MAZZUOLI, 2010: 125 e seq).

Com o advento desta Carta, forma-se a Corte Internacional de Justiça (CIJ), como principal órgão judiciário das Nações Unidas. O Estatuto da CIJ, é previsto como parte integrante da Carta da ONU.

Como organização, as Nações Unidas fundam-se com base três princípios fundamentais, que enfrentam desafios diante da realidade desses tempos sombrios, com avanços e retrocessos³, despendendo do operador do direito grandes esforços a fim de alcançar a tão sonhada justiça, são eles:

- igualdade soberana entre os Estados-membros;
- jurisdição para tratar somente dos problemas internacionais; e
- a manutenção da paz e da segurança internacionais. (MINGST e ARRGUÍN-TOFT (2014).

Nota-se a influência vestfalina na constituição da ONU, em relação ao conceito de soberania. (MINGST; ARRGUÍN-TOFT, 2014).

Assim, reconhece-se a integridade territorial dos Estados-membros soberanos, considerados juridicamente iguais no sistema internacional (MINGST; ARRGUÍN-

¹ A definição legal de *ius cogens* ou *jus cogens*, está prevista no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. O Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, promulgou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: "[...] Artigo 53. *Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (jus cogens)*. É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. [...]" (BRASIL, 2013).

² Nesse sentido: GOMES; MAZZUOLI, 2010: 125 e seq; RAMOS, 2016: 49.

³ Nesse sentido, Cançado Trindade (2016).

TOFT, 2014), o que impossibilita a organização a intervir em assuntos internos de qualquer Estado.⁴

O Direito Internacional moderno, em seus primórdios, possuía apenas normas esparsas referentes a certos direitos essenciais, tais como combate à escravidão no século XIX e a criação da Organização Internacional do Trabalho - OIT, em 1919.

Com o passar do tempo, a normativa que distinguia o campo de atuação da organização, em questões domésticas e internacionais dos Estados foi perdendo força, levando a corrosão da soberania.

Lafer (1995) reconhece a limitação da soberania dos Estados e a contenção da *raison d' état*, em prol da promoção de direitos do cidadão

Atualmente, os direitos humanos são reconhecidos como responsabilidade internacional.

Portanto, tais direitos, pela sua própria natureza, devem guiar, bem como tramitar, prioritariamente, na pauta da política mundial.

Diversos diplomas internacionais, editados após a Carta da ONU, corroboraram tais assertivas.⁵

⁴ A Carta das Nações Unidas, promulgada pelo Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas, dispõe: "[...] Artigo 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:

1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros.
2. Todos os Membros, a fim de assegurarem para todos em geral os direitos e vantagens resultantes de sua qualidade de Membros, deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas de acordo com a presente Carta.
3. Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.
4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.
5. Todos os Membros darão às Nações toda assistência em qualquer ação a que elas recorrerem de acordo com a presente Carta e se absterão de dar auxílio a qual Estado contra o qual as Nações Unidas agirem de modo preventivo ou coercitivo.
6. A Organização fará com que os Estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses Princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais.
7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.[...]" (BRASIL, 2013).

⁵ Como exemplos, dentre outros diplomas internacionais: a Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes (1949); a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951); a Convenção sobre Asilo Territorial (1954); a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura (1956); a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1976); a

Não há, no direito internacional, hoje, espaço para subterfúgios teóricos, quando assunto está relacionado aos direitos humanos e democracia, valores fundamentais consagrados pelas Nações Unidas.

Ocorre que a ONU não representa um estado supranacional; ela exerce o papel de terceiro, cuja função é intermediária.

Assim, as suas decisões são resultado de negociações entre os Estados-membros da organização. Os instrumentos básicos da negociação que influenciarão as decisões da organização, por certo serão a persuasão e a pressão.

Lafer (1995) posiciona-se:

Por trás da persuasão e da pressão existem motivações Kantianas nobres e éticas, e motivações grocianas de cooperação interessada de natureza política, estratégica ou econômica. Os pesos relativos dos países se espelham, no entanto, à maneira do realismo do hobbesiano-maquievélico em todas as decisões de releância adotadas pelas Nações Unidas". As decisões das Nações Unidas refletem o que pensam os países mais poderosos detentores do poder do veto no caso do Conselho de Segurança e, no caso da Assembleia-Geral, o que pensa a maioria dos países membros, sendo que só terão alguma chance de prosperar de imediato aquelas decisões que não encontrem a objeção da maior parte dos países mais poderosos. Em síntese, na interação entre múltiplas soberanias, a anarquia dos significados é frequentemente equacionada com base no que os mais fortes pensam.

Não restam dúvidas que as deliberações das Nações Unidas, com impacto e repercussão direta na ordem internacional, dependam do respaldo dos países mais poderosos, integrantes do Conselho de Segurança.

Pergunta-se: a ONU, então, é instrumento dos países mais poderosos?

Evidentemente que há influência dos países mais poderosos nas decisões impactantes da organização. Todavia, os Estados, independentemente do que acontece em seus territórios, querendo participar das deliberações nas Nações Unidas, serão compelidos a se legitimarem no plano internacional, e isso somente ocorrerá se eles observarem os valores e princípios éticos da Carta da ONU, conforme adverte Lafer (1995).

Convenção Americana de Direitos Humanos: o Pacto de São José da Costa Rica (1969); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985); a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998); a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (2007); e o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades (2013).

Por outro lado, constata-se que nenhum Estado pretende isolar-se internacionalmente. Há consequências jurídicas, econômicas e outras, aos que optarem para esse caminho, o que com o passar do tempo conduzirá à falta de prestígio do Estado, de investimentos, recursos *etc.*

Os Estado, ao cooperar internacionalmente, evidentemente, pretendem cooperar com aqueles que compartilham os mesmos valores éticos e políticos.

Nessa linha, a democracia e os direitos humanos, no plano interno ou doméstico, consubstanciam "*ingrediente relevante de soft-power no plano internacional*". (LAFER, 1995).

Consumando-se tal assertiva, quanto à cooperação e harmonia em relação aos valores éticos e políticos, e entre força e direito, entre a maioria dos países membros da ONU, pode-se dizer que estaremos na direção ao ideal kantiano da paz perpétua e do direito à hospitalidade universal. (LAFER, 1995)

As Nações Unidas reconhecem como valores a união dos povos, em nações unidas, com o fim de preservar as gerações futuras das guerras, que por duas vezes trouxe sofrimentos à humanidade.⁶

Nesse sentido, a organização afirma fé aos direitos fundamentais do homem, da dignidade e do valor do ser humano; na iguadade dos direitos do homem e mulheres; assim como a igualdade das nações, sem elas grandes ou pequenas.⁷

Destaca a importância do valor da justiça, o respeito às obrigações que decorrentes dos tratados e de outras fontes de direito internacional.⁸

Reconhece, igualmente, o compromisso de todos, para a promoção e o progresso social e melhores condições de vida, dentro de uma liberdade, segundo o tratado, ampla; ademais, a organização assume o compromisso de empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.⁹

Para cumprir tais finalidades, reconhece como compromisso, a necessidade de todos viverem em paz e da prática da tolerância, uns com os outros, com a união de forças para a manutenção da paz e segurança internacionais, resultando-se para isso

⁶ Preâmbulo da Carta das Nações Unidas. Vide Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945, que promulgou a Carta das Nações Unidas. (BRASIL, Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em 28/04/2019.

⁷ Preâmbulo da Carta das Nações Unidas. *Ibidem*.

⁸ Preâmbulo da Carta das Nações Unidas. *Ibidem*.

⁹ Preâmbulo da Carta das Nações Unidas. *Ibidem*.

na aceitação de princípios e métodos, como forma de garantia de todos de que a força armada não será usada a não ser no interesse comum.¹⁰

Os propósitos, positivados na Carta da ONU, nos termos do artigo 1, compreendem:

- manutenção da paz e a segurança internacional: tomando-se decisões coletivas e medidas efetivas para evitar possíveis ameaças à paz e a segurança internacional;

- relações amistosas e igualdade de direitos e dos povos: desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, bem como outras apropriadas ao fortalecimento da paz universal;

- cooperação internacional: com o fim de resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário;

- promoção e estímulo aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e

- ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.

Em relação aos princípios, positivados na Carta da ONU, conforme o artigo 2, os seguintes princípios norteadores:

- igualdade de todos os seus Estados-membros;

- cumprimento das obrigações: todos os membros deverão cumprir de boa-fé as obrigações assumidas e de acordo com a Carta, com o fim de assegurarem para todos, em geral, os direitos e vantagens resultantes de sua qualidade de Estado-membro;

- solução pacífica das controvérsias: todos os membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais;

- limites para o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado-membro: todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas;

¹⁰ Preâmbulo da Carta das Nações Unidas. *Ibidem*.

- assistência à ONU: todos os Estados-membros darão às Nações toda assistência, em qualquer ação a que elas recorrerem de acordo com a presente Carta e se absterão de dar auxílio a qual Estado contra o qual as Nações Unidas agirem de modo preventivo ou coercitivo;

- Observância dos princípios para Estados que não são Membros das Nações Unidas: a organização fará com que os Estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo com os princípios da Carta, em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais; e

- somente assuntos internacionais serão de conhecimento da ONU: segundo este princípio, nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estados-membro; nem a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da Carta; não prejudicando, também, a aplicação das medidas coercitivas relativas às ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão; como visto, vem perdendo força, levando a corrosão da soberania, notadamente em questões humanitárias.

Destare, a Carta da ONU, à luz do artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados (1969), constitui um direito imperativo, peremptório, oponível contra todos - *jus cogens*.¹¹

Segundo o citado dispositivo da Convenção de Viena, resulta-se nulo um tratado que conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral, sendo esta uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados, como um todo.

Outros diplomas internacionais serão editados e relacionados à nova organização da sociedade internacional pós-Segunda Guerra, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (RAMOS, 2016: 49).

¹¹ Nesse sentido: Rodas (1974). O primeiro caso a mencionar o conceito de obrigações *erga omnes* (em relação a todos) foi o Caso Barcelona Traction (1962), julgado pela Corte internacional de Justiça. O Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, promulgou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: "[...] Artigo 53. Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. [...]" (BRASIL, 2013).

Esta declaração, que redimensiona o Direito Internacional, é reconhecida como um catálogo de aspirações de direitos humanos, com trinta princípios norteadores, aos quais foram incorporados, posteriormente, direitos políticos e econômicos: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹², compreendidos como a Carta Internacional dos Direitos. (MINGST e ARRGÚÍN-TOFT, 2014: 295).

No atual estágio de evolução do Direito Internacional, não espaço para serão necessários esforços e reflexões corajosas, dos desafios que surgirão, e da superação das tensões no plano normativo e de ordem pública

Nesse sentido, a importância conferida pelos organismos internacionais às normas de direito internacional geral (*ius cogens*); aos direitos fundamentais; e no plano processual, na compreensão das garantias e obrigações *erga omnes*, devidas à comunidade internacional como um todo.

2.1 A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)

Após o fim da Segunda Guerra, almejou-se o estabelecimento de premissas ideológicas necessárias para a construção de uma paz mundial duradora.

O pilar desta proposta decorre da aprovação da Carta da ONU. Posteriormente, foi proclamada a DUDH, em 10 de dezembro 1948, mediante Resolução da Assembleia Geral da ONU.

Por se tratar de ser uma resolução, esta Declaração, no primeiro momento, não foi considerada juridicamente vinculante sob o ponto de vista técnico-formal, caracterizando-se como mera recomendação.

No entanto, na atualidade, predomina o entendimento de que os dispositivos consagrados nesta Declaração são juridicamente vinculantes, recepcionados em vários tratados internacionais e nas constituições dos Estados democráticos. (PORTELA, 2017: 869)

A DUDH, portanto, goza de prestígio na comunidade internacional, seja como normas e princípios; seja como regras costumeiras (*soft law*); ou mesmo princípios gerais do Direito ou princípios gerais do Direito Internacional. (PORTELA, 2017: 869).

¹² Aprovados em 1966 e ratificados em 1976.

Dessa forma, esta Declaração constitui-se no ponto de partida para a construção do atual sistema internacional de proteção dos direitos humanos, apresentando-se, como referencial para o processo de internacionalização dos direitos humanos, ou seja, para qualquer sistema jurídico ou administrativo, nacional, regional ou internacional/global, voltado para proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana.

Esta Declaração proclama que: *“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”*.

A salvaguarda e prevalência do princípio do respeito à dignidade da pessoa humana se identificam com o próprio fim do direito, do ordenamento jurídico, tanto nacional quanto internacional.

Em virtude desse princípio fundamental, toda pessoa deve ser respeitada pelo simples fato de pertencer ao gênero humano, independentemente de sua condição, de seu estatuto de cidadania ou de seu status migratório¹³, ou qualquer outra circunstância, conforme Maurer (1999: 18).

O princípio da inalienabilidade dos direitos inerentes à pessoa humana, identifica-se como premissa básica na construção de todo o *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos. (CANÇADO TRINDADE, 2017: 185 e seq).

Há de se assinalar a importância de gerações sucessivas de seres humanos, de distintas culturas e de todo o mundo, no reconhecimento do significado desta Declaração, como uma *“meta comum a alcançar (um ‘common standard of achievement’, tal como originalmente proclamada) que correspondia e dava expressão a suas mais profundas e legítimas aspirações”* (CANÇADO TRINDADE, 2017: 247); em que pesem as divisões ideológicas do mundo e a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos.¹⁴

¹³ Segundo Cançado Trindade (2003: 524 e seq): *“Não poderia ser de outro modo, pois os direitos humanos são universais e inerentes a todos os seres humanos, ao passo que os direitos de cidadania variam de país a país e abarcam apenas aqueles que o direito positivo do Estado considera cidadãos. Em seu memorável Parecer Consultivo n. 18 sobre A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados (de 17/9/2003), a CtIADH se referiu expressamente aos princípios da dignidade da pessoa humana e da inalienabilidade dos direitos a ela inerentes (par. 157). Ademais, em sua jurisprudência constante, a CtIADH, ao interpretar e aplicar a Convenção Americana, tem também recorrido sempre aos princípios gerais do direito [...]. Entre estes princípios, os dotados de um caráter verdadeiramente fundamental, aqui referidos, formam na verdade o substratum do próprio ordenamento jurídico, revelando o direito ao Direito do qual são titulares todos os seres humanos.”*

¹⁴ Historicamente, os trabalhos preparatórios da Declaração desenvolveram-se rapidamente, ou seja, de decisões tomadas no biênio 1947-1948, a partir da primeira sessão regular da antiga Comissão de

Novos avanços na proteção internacional dos direitos humanos dependem hoje, em grande parte, de medidas nacionais de implementação.

A ênfase nestas medidas deve dar-se sem prejuízo da preservação dos mecanismos internacionais de proteção.

Lamentavelmente, no atual domínio de tutela dos Direitos Humanos, o Direito Internacional e o Direito interno estão em constante tensão, pois as jurisdições internacional e nacional se chocam.

Há manifestações do poder arbitrário, por toda parte. O inimigo comum é o terrorismo. Surge uma onda conservadora preconizando o controle dos processos migratórios. Ressurge das cinzas a xenofobia.

Neste ambiente de intolerância, a aplicação das normas internacionais de tutela aos Direitos Humanos deve visar aprimorar, e não desafiar, as normas de Direito interno, em benefício de todos os seres humanos protegidos.

Nessa linha de argumentação, o Direito interno deve lograr assegurar melhor proteção na medida em que incorporar os padrões de tutela requeridos pelos tratados de direitos humanos.

Em síntese, uma compreensão da realidade destes tempos sombrios, exige uma mudança de mentalidade.

Não obstante, no decorrer do processo histórico, desde a adoção da Declaração, houve avanços, sobretudo no processo de jurisdicionalização da proteção internacional dos Direitos Humanos.

Trata-se de um domínio de proteção que não admite retrocesso algum, principalmente no que tange à expansão gradual do conteúdo material do *jus cogens*, e revela a necessidade premente em nossos dias de consolidar as obrigações *erga omnes* de proteção (TRINDADE, 2017: 252).

2.2 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)

Este pacto foi aprovado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966.

Direitos Humanos das Nações Unidas. Naquela ocasião, já se delienavam propostas a respeito, enviadas à Assembleia Geral da ONU, no trimestre de outubro a dezembro de 1946 (CANÇADO TRINDADE, 2017: 248).

O Congresso Nacional brasileiro recepcionou o texto do referido documento internacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991.¹⁵

Este pacto foi promulgado, e entrou em vigor, no Brasil, em 24 de abril de 1992, na forma de seu art. 49, § 2º.

Assim, os Estados Parte, do presente pacto, de acordo com os princípios proclamados na Carta da ONU, reconhecem a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. (Preâmbulo).

Tais direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana, em conformidade com a Declaração, com o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria, não podendo ser realizado a menos que se criem às condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais. (Preâmbulo).

A Carta da ONU impõe, portanto, aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem. (Preâmbulo).

Destaca ainda que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto. (Preâmbulo).

O Pacto, em sua terceira parte (artigos 6º a 27), elenca os direitos civis e políticos essenciais para uma sociedade democrática.

Os principais direitos consagrados neste Pacto compreendem:

- direito à autodeterminação dos povos;
- direito à vida;
- direito de não ser submetido a tortura ou tratamento cruel, desumano e degradante;
- direito de não ser escravizado nem submetido a servidão;
- direitos à liberdade e à segurança pessoais, bem como não ser submetido a prisão ou detenção arbitrárias;
- direito do detido ou preso a tratamento com humanidade e a um julgamento justo;

¹⁵ A Carta de Adesão pertinente foi depositada em 24 de janeiro de 1992.

- direito de não ser preso em virtude de descumprimento de obrigação contratual;
- direito de locomoção e escolha de residência;
- direito de estrangeiro em relação a sua expulsão de um Estado;
- direito de igualdade de tratamento perante tribunais;
- direito à irretroatividade da lei penal;
- direito da pessoa ao reconhecimento de sua personalidade jurídica;
- direito de proteção contra a ingerência arbitrária na vida privada;
- direito às liberdades de pensamento, consciência e religião;
- direito às liberdades de opinião e de expressão;
- proibição de propaganda de guerra ou de incitamento à intolerância étnica ou religiosa;
- direito à reunião pacífica;
- direitos de associação e de liberdade sindical;
- direito de contrair matrimônio e de constituir família;
- direito da criança ao nome e à nacionalidade;
- direito de votar e participar do governo;
- direito de igualdade perante a lei; e
- a proteção dos direitos de minoria à identidade cultural, religiosa e linguística, dentre outros.

O Pacto, em seu artigo 2º, prevê o dever dos Estados-partes em respeitar e garantir os direitos nele enunciados a todos os indivíduos que estejam sob sua jurisdição, sem qualquer tipo de discriminação.

Os direitos elencados neste pacto, portanto, "devem ser considerados auto-aplicáveis, pois cabe ao Estado-parte a obrigação imediata de acatá-los e tutelá-los". (SOARES, 2017: 222).

O Pacto prevê o suporte institucional aos seus preceitos, através da sistemática peculiar de monitoramento e implementação de seus direitos, denominada de "*special enforcement machinery*". (SOARES, 2017: 222).

O Estado-parte que ratificar o Pacto, compromete-se a submeter relatórios (reports) sobre as medidas por ele adotadas (legislativas, administrativas e judiciárias), a fim de tornar efetivas as medidas necessárias à implementação dos

direitos reconhecidos no referido diploma e sobre o processo alcançado no gozo desses direitos (artigo 40.1). (ROBERT, 1994: 82; SOARES, 2017: 222).

Tais relatórios, no caso, serão submetidos ao Secretário-Geral da ONU, que os encaminhará, para exame, ao Comitê de Direitos Humanos (artigo 40.2). (ROBERT, 1994: 82; SOARES, 2017: 222).

Para melhor atender aos propósitos do Pacto e a implementação de suas disposições, os Estados-partes acordaram em habilitar o Comitê de Direitos Humanos (Comitê), constituído nos termos da Parte IV do Pacto, a receber e examinar as comunicações provenientes de indivíduos que se considerem vítimas de uma violação dos direitos enunciados no referido diploma internacional.

Dessa forma, o Protocolo Facultativo¹⁶ do Pacto proporcionou mecanismo de petições ou comunicações individuais de pessoas que aleguem ser vítimas de uma violação, pelos Estados, de qualquer dos direitos enunciados no Pacto (artigo 1º do Protocolo). (SOARES, 2017: 223).

O Comitê de Direitos Humanos não receberá nenhuma comunicação relativa a um Estado-parte no Pacto que não seja parte no referido Protocolo.

Ademais, o Comitê examinará as comunicações recebidas em virtude do presente Protocolo, diante das informações escritas que lhe sejam submetidas pelo indivíduo e pelo Estado Parte interessado.

O Comitê não examinará a comunicação de um indivíduo sem se assegurar de que:

- a mesma questão não esteja sendo examinada por outra instância internacional de inquérito ou de decisão; e
- o indivíduo esgotou os recursos internos disponíveis; não se aplicando esta regra quando há a prolongação injustificada dos recursos (artigo 5º do Protocolo).

¹⁶ O Decreto Legislativo nº 311, de 2009, aprovou o texto do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966, e do Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte, adotado e proclamado pela Resolução nº 44/128, de 15 de dezembro de 1989, com a reserva expressa no art. 2º.

2.3 Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1976)

Este pacto foi aprovado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966.

O Congresso Nacional brasileiro aprovou o texto do referido diploma internacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e a Carta de Adesão ao Pacto foi depositada em 24 de janeiro de 1992.¹⁷

O Pacto busca "orientar os Estados-partes na implementação dos direitos econômicos, culturais e sociais mediante políticas públicas adequadas" (ROBERT, 1994: 82; SOARES, 2017: 224).

Quando da ratificação do pacto, o Estado-parte firma o compromisso na adoção das medidas necessárias para implementação dos direitos previstos no referido diploma até o máximo dos recursos disponíveis, para alcançar gradualmente a realização de tais direitos. (SOARES, 2017: 224).

Trata-se de "extenso catálogo de direitos programáticos", direitos estes que "demandam a aplicação progressiva gradual" para serem implementadas, e com "um mínimo de recursos disponíveis de standard técnico-econômico e cooperação econômica internacional". (SOARES, 2017: 224).

Destaque-se a sistemática de monitoramento do Pacto, em que os Estados-partes comprometem-se a apresentar, de acordo com as disposições do Pacto, relatórios sobre as medidas que tenham adotado e sobre o progresso realizado com o objetivo de assegurar a observância dos direitos reconhecidos no diploma (artigo 16.1).

Todos os relatórios deverão ser encaminhados ao Secretário-Geral da ONU¹⁸, o qual enviará cópias dos mesmos ao Conselho Econômico e Social (Comitê), para exame, de acordo com as disposições do pacto (artigo 16.2.a). (SOARES, 2017: 224).

Em conformidade com os princípios proclamados pela ONU, o Pacto reconhece o relacionamento da dignidade inerente a todos os membros da família

¹⁷ Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992.

¹⁸ O Secretário-Geral da ONU encaminhará às agências especializadas cópias dos relatórios ou de todas as partes pertinentes dos mesmos enviados pelos Estados Partes, que sejam igualmente membros das referidas agências especializadas, na medida em que os relatórios, ou partes deles, guardem relação com questão que sejam da competência de tais agências, nos termos de seus respectivos instrumentos constitutivos (artigo 16.2.b).

humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis, como constituição do fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (Preâmbulo).

Reconhece que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana, em conformidade com a DUDH (Preâmbulo).

Afirma o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria; não podendo tal ideal ser realizado, a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos (Preâmbulo).

Considera que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem, mas compreende que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no referido pacto. (Preâmbulo).

Na terceira parte do referido diploma (artigos 6º a 16), estão elencados os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Consoante esclarece Soares (2017: 224) "o elenco de direitos sociais, econômicos e culturais proclamados pelo PIDESC é mais amplo do que o da DUDH".

Destaca-se do seu extenso catálogo de direitos programáticos, os seguintes:

- direito à autodeterminação dos povos (art. 1º);
- direito à liberdade de ofício, às condições básicas de trabalho e à justa remuneração (art. 7º);
- direito a fundar e associar-se a sindicatos (art. 8º);
- direito à previdência e seguridade social (art. 9º);
- direito de proteção e assistência à família, ao matrimônio, à infância e à adolescência (art. 10);
- direito a nível de vida digno para si próprio e para sua família (art. 11);
- direito à saúde física e mental (art.12);
- direito à educação (art. 13);
- direito ao princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos (art. 14);
- direito à participação na vida cultural da comunidade e ao progresso científico, literário e artístico (art. 15) *etc* (Soares, 2017: 224 *et seq*).

2.4 A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH)

A Convenção, aprovada em 1950, reconhece a Declaração Universal dos Direitos do Homem como uma Declaração que se destina a assegurar o reconhecimento e aplicação universais e efetivos dos direitos nela anunciados.

Esta Convenção considera que a finalidade do Conselho da Europa é realizar uma união mais estreita entre os seus membros e que um dos meios de alcançar esta finalidade é a proteção e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Reafirma o apego a liberdades fundamentais da Declaração, que constituem as verdadeiras bases da justiça e da paz no mundo e cuja preservação repousa essencialmente, por um lado, num regime político verdadeiramente democrático e, por outro, numa concepção comum e no comum respeito dos direitos do homem.

Nessa linha argumentação, afirma que os Governos de Estados Europeus reconhecem um património comum de ideais e tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito, e devem tomar as primeiras providências apropriadas para assegurar a garantia coletiva de certo número de direitos enunciados na Declaração.

A CEDH rompeu com a concepção clássica de tratados internacionais, ao atribuir valor jurídico vinculante aos princípios de direitos fundamentais aplicáveis aos Estados-partes, até então considerados questão interna dos Estados. (SOARES, 2017: 225).

Em razão de sua natureza jurídica, reconhecida como tratado pela doutrina dominante, a CEDH “sofreu objecções semelhantes às feitas à DUDH, por parte da doutrina do DIP no tocante à sua força normativa”. (SOARES, 2017: 225).

A Convenção “não apenas proclamou liberdades individuais tradicionais”, estabeleceu, também, a “garantia de direitos”, através de “mecanismo judiciário, que ela mesma instituiu no plano europeu”, objetivando “assegurar a garantia coletiva de certos direitos”, reconhecidos “como fundamentais a toda sociedade democrática” (ROBERT, 1994: 82 et seq.; SOARES, 2017: 225 et seq.).

Trata-se de “carta viva de direitos e liberdades”, com um “estruturado sistema de proteção de direitos humanos, e com maior força vinculativa em reação aos Estados-partes” (SOARES, 2017: 225).

Quatorze Protocolos à Convenção foram adicionados, destes protocolos quatro incluíram novos direitos e liberdades (nº 1, 4, 6, 7, 12 e 13), o que demonstra ser um documento “vivo” e atual.

Os Protocolos nºs 2, 3, 5, 8, 9 e 10 abordaram questões processuais, que seurgiram na efetivação dos direitos e liberdades constantes da CEDH (SOARES, 2017: 226).

O protocolo nº 12, de 2000, aborda o direito à não discriminação, de qualquer forma ou motivo; o Protocolo nº 13, de 2002, trata da abolição da pena de morte, em quaisquer circunstância

O Protocolo nº 14, com a finalidade de aliviar a sobrecarga de trabalho no tribunal, regulamentou o numero de juízo igual ao de Estados contratantes, bem como a possibilidade de um juiz único decidir sobre a admissibilidade de uma queixa, sendo relator um elemento da secretaria do Tribunal; o Comité de três juízes passou a ter competência para decidir o mérito, e não a admissibilidade (artigos 26 e 27). (SOARES, 2017: 226).

O protocolo nº 16, de 2013, regulamentou a função consultiva da Corte Europeia, ou seja, de emitir pareceres consultivos para reforçar a interação entre a referida Corte e as autoridades nacionais.

Conforme Orientação da Opinião nº 285 de 2013, que foi adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, em junho do mesmo ano, a aplicação da Convenção foi reforçada, em conformidade com o princípio da subsidiariedade.

Os direitos e liberdades, previstos da Convenção, são os seguintes:

- direito à vida;
- proibição da tortura;
- proibição da escravatura e do trabalho forçado;
- direito à liberdade e à segurança;
- direito a um processo equitativo;
- princípio da legalidade;
- direito ao respeito pela vida privada e familiar;

- liberdade de pensamento, de consciência e de religião;
- liberdade de expressão;
- liberdade de reunião e de associação;
- direito ao casamento;
- direito a um recurso efetivo;
- proibição de discriminação;
- derrogação em caso de estado de necessidade;
- restrições à atividade política dos estrangeiros;
- proibição do abuso de direito;
- limitação da aplicação de restrições aos direitos.¹⁹

No título II, a partir do artigo 19º, da referida Convenção, encontra-se a regulamentação para a criação da Corte Europeia dos Direitos do Homem.

Esta Corte, instituída em 20 de abril de 1959, emitiu sua primeira sentença²⁰, em 14 de novembro de 1960. Com sede em Estrasburgo, tem como competência básica decidir todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos protocolos que lhe sejam submetidas nas condições previstas pelos artigos 33º, 34º, 46º e 47º, bem como decidir sobre quaisquer contestações à sua competência, manifestando-se através de sentenças definitivas, pareceres ou consultas.

Em mais de cinquenta anos de funcionamento, sua jurisprudência ultrapassa doze mil decisões e influencia tribunais internos e internacionais. Trata-se do primeiro de tribunal de direitos humanos de vocação geral a ser instalado no mundo (MAZZUOLI, 2014: 989).²¹

Ganha destaque a possibilidade de acesso direito a esta Corte por qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima, por petição - *requêtes individuelles, article 34* - alegando violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos, não havendo qualquer entrave ao exercício efetivo desse direito (artigo 33º).

¹⁹ Versão oficial em língua francesa, disponível no site da Corte Europeia de Direitos Humanos, disponível em <https://www.echr.coe.int/>. Acesso em 04/10/2018.

²⁰ No caso *Lawless Vs. Irlanda*, exceções preliminares e questão procedimental.

²¹ O tribunal de direitos humanos mais antigo foi a Corte de Justiça Centroamericana, criada pelo Tratado de Whashington de 1907.

2.5 A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

Esta Convenção, adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 27 de 26/5/1992, e promulgada pelo Decreto no 678 de 6/11/1992²², que estabeleceu o cumprimento imediato de suas disposições em todo o país.²³

A Constituição brasileira, ao dispor sobre os direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º e parágrafos, preceitua:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º 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. [Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004]

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. [Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004]. (BRASIL, 1988)

²² Editado pelo Vice-presidente, no exercício do cargo de Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978, na forma do segundo parágrafo de seu art. 74; e considerando que o Governo brasileiro depositou a carta de adesão a essa convenção em 25 de setembro de 1992; e considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) entrou em vigor, para o Brasil, em 25 de setembro de 1992, de conformidade com o disposto no segundo parágrafo de seu art. 74.

²³ O artigo 2º deste decreto prevê, entretanto, a seguinte declaração interpretativa: "O Governo do Brasil entende que os arts. 43 e 48, alínea d, não incluem o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado" (que constou no depósito da carta de adesão a esse ato internacional, em 25 de setembro de 1992).

A Convenção reafirma o propósito de consolidar no continente americano, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem. (Preâmbulo).

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

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

Reitera que, de acordo com a Declaração, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos. (Preâmbulo).

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

Na primeira parte (artigos 1 a 32) da Convenção, encontram-se os deveres dos Estados e os Direitos Protegidos.

Ao enumerar os deveres e em relação a obrigação de respeitar os direitos (artigo 1.1), a Convenção 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.

Ainda em relação a obrigação de respeitar os direitos (artigo 1.2), para os efeitos da Convenção, pessoa é todo ser humano.

Em relação ao dever de adotar disposições de direito interno (artigo 2), prevê que se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Em seu artigo 7º, a Convenção trata da liberdade pessoal; no 8º das garantias judiciais; e no artigo 25 da proteção judicial.

Os principais direitos e garantias elencados na Convenção são:

- direito ao reconhecimento da personalidade jurídica;
- direito à vida;
- direito à integridade pessoal;
- proibição da escravidão e da servidão;
- direito à liberdade pessoal;
- garantias judiciais, dentre elas, o direito de ser ouvido, no prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial;
- garantia da presunção de inocência;
- direito à defesa, em qualquer processo;
- direito à interposição de recursos;
- princípio da legalidade, no âmbito criminal;
- direito à indenização;
- liberdade de consciência e de religião;
- liberdade de pensamento e de expressão;
- direito de reunião;
- liberdade de associação
- proteção à família;
- direito ao nome;
- direito à nacionalidade;
- direito à propriedade privada
- direito de circulação e de residência;
- direitos políticos;
- igualdade perante a lei;
- proteção judicial.

2.6 As perspectivas de direitos humanos em face do Direito Internacional

Feitas estas considerações sobre o Sistema Internacional de Direitos Humanos, consoante Cançado Trindade (2015: 399), os Estados, como criação humana, existem para servir aos indivíduos, sendo, pois, “*a consciência jurídica universal fonte material última do Direito*”.

As experiências decorrentes dos regimes totalitários, bem como das guerras mundiais, demonstraram a necessidade do reconhecimento da cidadania, para acesso à ordem jurídica. (ARENDDT, 1978).

Isso porque o direito à nacionalidade mostrou-se como o primeiro direito a ser cassado, nesses regimes; desvinculando-se a pessoa do Estado, conseqüentemente, da ordem jurídica interna em razão de sua condição de apátrida.

Não se passa mais assim. Houve, pois, a necessária a separação dos institutos da nacionalidade e da cidadania.

Dessa forma, como resultado, a concepção de Hannah Arendt, do “*direito de ter direitos*”, como o primeiro direito do qual todos os outros derivam, passa a estar presente na base da construção dos regimes democráticos contemporâneos. (SOARES, 2011; LAFER, 1995).

Os direitos da pessoa humana (direitos humanos, básicos, do cidadão ou fundamentais positivados) necessários à convivência coletiva, são efetivados quando o exercício da cidadania é colocado à disposição, em espaço público, em condições de igualdade e com a participação do indivíduo na vida política. (SOARES, 2011).

Segundo Soares (2011: 178), a cidadania deve ser compreendida como a “*participação política do indivíduo no Estado, ao contemplar o gozo de direitos políticos e civis, acompanhado de direitos econômicos, sociais e culturais*”.

Como pessoa humana, o cidadão, de qualquer nacionalidade, passa a ser detentor de direitos, exercidos pela cidadania que somente esta pode assegurar.

Nessa linha de argumentação, não há possibilidade de se estudar o Direito Internacional mediante abstração de seus fundamentos, nem estudar seus fundamentos fazendo abstração de seus princípios básicos.

Com efeito, a Humanização do Direito Internacional, e de próprio Direito é inevitável, embora desafiadora em nossos tempos.

Com efeito, o direito é único, seja nas relações entre Estado e sociedade, ou nas relações entre Estados (teoria monista), ainda que o Supremo Tribunal Federal (STF) tenha interpretado equivocadamente o disposto no artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição.²⁴

Em relação às fontes e fundamentos do direito internacional, vale desde já registrar que, o artigo 38, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, como parte integrante da Carta da ONU, reconhece, expressamente, os princípios gerais de direito, as decisões judiciais e a doutrina, como fontes e fundamentos do Direito Internacional, dispondo o seguinte:

Artigo 38

A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. (BRASIL, 2013)

Segundo Cançado Trindade (2017: 184 e seq), “*quando se reconhecem os princípios fundamentais que conformam o substratum do próprio ordenamento jurídico, adentra-se no domínio do jus cogens, o direito peremptório*”.

Nesse sentido, os princípios fundamentais mostram-se indispensáveis, pois anteriores e superiores a qualquer vontade; revelam a ideia de “*justiça objetiva*”, que é própria do direito natural, bem como da essência do ordenamento jurídico internacional. (KOLB *apud* CANÇADO TRINDADE, 2017: 184 e seq).

Sobre os princípios gerais do direito, posiciona-se Cançado Trindade (2017: 185):

Eles refletem a opinio juris, que, por sua vez, encontra-se na base da formação do Direito. Tais princípios marcam presença em ambos os níveis, nacional e internacional. Há princípios fundamentais do direito que se identificam com os próprios fundamentos do sistema jurídico, revelando os valores e fins últimos do ordenamento jurídico internacional, guiando-o, protegendo-o contra as incongruências da prática dos Estados, e

²⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1998: “[...] artigo 5º [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. [...]”. (BRASIL, 2018).

satisfazendo as necessidades da comunidade internacional²⁵. Esses princípios, como expressão de uma “ideia de justiça” objetiva, têm um alcance universal, exigindo a observância de todos os Estados, e assegurando – como lucidamente assinalado por A. Favre em 1968 – a unidade do direito, a partir da ideia de justiça, em benefício de toda a humanidade²⁶. É evidente que estes princípios de direito não dependem da “vontade”, tampouco do “acordo” ou do “consentimento” dos sujeitos de direito; os direitos fundamentais da pessoa humana são o “fundamento necessário de todo ordenamento jurídico.

Segundo o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados²⁷, “*é nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral*”.

Este artigo prevê como norma imperativa de Direito Internacional geral, “*uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo*”.

Artigo 53

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (jus cogens)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. (BRASIL, 2013).

Os princípios do Direito Internacional, constituem-se um verdadeiro sistema normativo, permeando todo o seu *corpus juris*. Nesse sentido, o ordenamento jurídico internacional ergue-se com fundamento nos princípios gerais do direito, emanados da razão (linha do jusnaturalismo) e não da simples “vontade” (como supõem os *jus* positivistas). (CANÇADO TRINDADE, 2017: 451).

O fato é que a razão humana e o significado de nossa existência traz a concepção de certas premissas, em que a convivência repousa na ideia de paz; de

²⁵ Cohen-Jonathan. *Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*. In: *Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*. Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 192-193; M. Koskenniemi. *General Principles: Reflexions on Constructivist Thinking in International Law*. In: M. Koskenniemi (ed.). *Sources of International Law*. Aldershot: Ashgate/ Dartmouth, 2000: 360 e seq.

²⁶ A. Favre. *Les principes généraux du droit, fonds commun du Droit des gens*. In: *Recueil d'études de Droit international en hommage à P. Guggenheim*. Genève: IUHEI, 1968, p. 374-376.

²⁷ O Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo no 496, de 17 de julho de 2009, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. O Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, promulgou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66.

liberdade; vedação à escravidão e genocídios; da tutela da vida e da saúde; proteção aos bens culturais e do meio ambiente/natureza; na liberdade de crença e religião; bens jurídicos indispensáveis, dentre outros.

Questão desafiadora: saber quais seriam esses direitos humanos, a guiar código ou ação comum da comunidade internacional e seus atores, especialmente dos Estados, seja internamente ou em âmbito global. Os motivos são diversos: fundamentação religiosa, filosófica e histórica (MINGST; ARRGUÍN-TOFT, 2014), dentre outros.

Não obstante o desafio na descrição e definição desses direitos humanos indispensáveis, a observação e experiência vem demonstrando que uma vez reconhecidos - por quem quer que seja - eles se elevam a todos os outros bens jurídicos, inclusive às normas de direito internacional, exigindo ponderação do interprete ou operador do direito.

A comunidade internacional reconhece valor de tais assertivas consagrando os direitos humanos como obrigação internacional, que não mais estão sujeitos apenas ao plano interno²⁸.

É o que se extrai do preâmbulo, dos propósitos, e dos princípios e objetivos da Carta das Nações Unidas – Carta da ONU.

Outros instrumentos internacionais também consagram os direitos humanos como obrigação internacional, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH.

Espera-se que o *jus cogens* possa regular as relações internacionais e influenciar o plano interno dos Estados, em termos de direito e justiça.

²⁸ Com a ressalva de que tais valores seguem em desenvolvimento, construção e na busca por mecanismos eficazes, em razão das complexas peculiaridades desses tempos sombrios. Sobre a efetividade dos direitos humanos e concretização da cidadania plena e coletiva, Soares (2011) adverte para a existência de uma “utopia que paira no ar”.

3 AS FONTES DO DIREITO, A TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES E A INEXISTÊNCIA DE DIÁLOGO ENTRE O STF E OS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.

A compreensão (ou a busca por um significado) para a expressão fontes de direito é de suma importância para a colocação da temática do "diálogo" entre as Cortes, bem como a "Teoria do Diálogo das Fontes".

Nesse contexto, a expressão "fonte de direito" pode significar, tanto o poder de criar as normas jurídicas (conhecida como fonte produção ou material), quanto à forma de expressão dessas normas (conhecida como cognição, formal ou conhecimento). (AMARAL, 2003: 75e seq; e DINIZ, 2004: 283 e seq).

No que se refere à produção de normas jurídicas, segundo a estrutura estatal que representam, esta se faz pelo Poder Legislativo, pelo Poder Judiciário, pelo Poder social - usos e costumes - e pelo o Poder dos particulares (AMARAL, 2003:75).

Quando se fala em fontes de cognição ou conhecimento, tem-se a ideia de fonte de direito como forma de revelação desse direito: a lei, que compreende a Constituição e suas leis complementares, ordinárias e as delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções (CF, art. 59), o estatuto social, o negócio jurídico, os costumes, os princípios jurídicos e a sentença judicial (AMARAL, 2003: 75).

Conforme Diniz (2004: 283), "*o termo 'fonte do direito' é empregado metaforicamente*":

'Fonte jurídica' seria a origem primária do direito, confundindo-se com o problema da gênese do direito. Trata-se da fonte real ou material do direito, ou seja, dos fatores reais que condicionaram o aparecimento da norma. Kelsen admite esse sentido do vocábulo, apesar de não o considerar científico-jurídico, quando com esse termo se designam todas as representações que, de fato, influenciam a função criadora e aplicadora do direito, como: princípios morais e políticos, teorias jurídicas, pareceres de especialistas. Fontes essas que, no seu entender, se distinguem das do direito positivo, porque estas são juridicamente vinculantes e aquelas não o serão enquanto uma norma jurídica positiva não as tornar vinculantes, caso em que elas assumem o caráter de uma norma jurídica superior que determina a produção de uma norma jurídica inferior.

Em razão da multiplicação de leis, surge o fenômeno denominado antinomia. Segundo Diniz (2004:15), esta "*representa o conflito entre duas normas, entre dois princípios, entre uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular*". Trata-se de um problema que se situa no âmbito da estrutura do

sistema jurídico (criado pelo jurista), que, submetido ao princípio da não contradição, deverá ser coerente. A coerência lógica do sistema é “exigência fundamental (...) do princípio da unidade do sistema jurídico”.

Com a finalidade de solucionar as antinomias, há três fórmulas clássicas, baseando-se, na ordem ou critério: cronológico, hierárquico e da especialidade. (BOBBIO, 1999: 92). Tal critério foi positivado do direito interno brasileiro, conforme se demonstrará.

Ocorre que há casos solúveis e casos insolúveis, e essas regras resolvem casos solúveis.

Para Bobbio (1999: 103 e seq), a resolução da antinomia seria hermenêutica, um dever do intérprete, através do recurso denominado interpretação corretiva, ou seja, o interprete teria o dever "de tentar qualquer saída para que a norma jurídica tenha um sentido", no caso em questão.

Com a finalidade de substituir e superar os critérios clássicos de antinomia, surge então a Teoria do Diálogo das Fontes, idealizada por Erik Jayme (1995), que trouxe consigo funcionalidade, em um mundo em transformação, evolução e composto de diversas formas de compreensão e diversidade cultural.

Esta teoria foi aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Cláudia Lima Marques (2004: 15 e seq.). Vide, nesse sentido, REsp 1.184.765/PA, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe 03/12/2010; REsp 1.280.211/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, DJe 04/09/2014 REsp 1.009.591/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 23/08/2010.

Segundo esta teoria, as normas gerais mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo.

Segundo Cláudia Lima Marques:

Na pluralidade de leis ou fontes, existentes ou coexistentes no mesmo ordenamento jurídico, ao mesmo tempo, que possuem campos de aplicação ora coincidentes ora não coincidentes, os critérios tradicionais da solução dos conflitos de leis no tempo (Direito Intertemporal) encontram seus limites. Isto ocorre porque pressupõe a retirada de uma das leis (a anterior, a geral e a de hierarquia inferior) do sistema, daí propor Erik Jayme o caminho do "diálogo das fontes". (2004:15).

‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a

solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes). (2009: 89).

As leis surgem para serem aplicadas e não excluídas umas pelas outras. Assim, possuem campos de aplicação convergentes; a quantidade delas “*leva o intérprete a um verdadeiro desnorтеio*”, o que não deveria ocorrer (TARTUCE, 2015: 71).

Como os critérios clássicos/tradicionais de solução de conflitos entre normas (baseados na hierarquia, especialidade e anterioridade), mostram-se insuficientes, para lidar com as complexidades e os problemas que se apresentam, busca-se a sua superação através de diálogos sistemáticos de coerência, de complementariedade ou subsidiariedade e de adaptação.

A coerência vê-se mantida quando uma norma serve de base conceitual a outra, na interpretação dos dispositivos normativos aplicáveis, voltando-se à valorização da pessoa humana e dos grupos em situação de vulnerabilidade. (MARQUES, 2012: 16 e seq.).

As relações de complementariedade e subsidiariedade, exigem do operador do Direito, quando da aplicação de duas normas, a opção pela que venham a contemplar, de forma efetiva e em maior grau de tutela, os valores jurídicos consagrados, a despeito da previsão hipotética de regra geral ou especial. (MARQUES, 2012: 16 e seq.).

Em relação aos diálogos de adaptação, estes ocorrem quando se insere um novo elemento no sistema normativo, pela atuação dos intérpretes, havendo a redenificação do campo de aplicação de uma norma pelas influências sistemáticas, (MARQUES, 2012: 16 e seq.).

3.1 Das fontes positivadas, formais ou expressamente referenciadas no direito interno brasileiro.

A competência do STF, estabelecida no artigo 102 da Carta Magna vigente, prevê, principalmente, a guarda do texto constitucional.

O parágrafo 2º, do citado dispositivo, foi incluído pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que concedeu força normativa às decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade

e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzindo, pois, eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Tal emenda incluiu, também, o artigo 103-A, ao texto constitucional, criando o instituto da súmula vinculante no direito brasileiro, consoante o seguinte:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. [Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004]

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. [Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004]

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. [Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004] (BRASIL, 2018).

Ocorre que a Constituição, a seu turno, estabelece como espírito da sociedade brasileira a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, conforme se depreende da leitura de seu Preâmbulo; afastando-se, conseqüentemente, qualquer possibilidade de congelamento, paralisação ou "*fossilização da Constituição*", seja em razão da quantidade de leis, de novas demandas e reivindicações sociais, e até pela perspectiva internacional e interna de proteção e promoção dos direitos humanos.

São princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, consoante artigo 1º da CF:

- a soberania;

- a cidadania;
- a dignidade da pessoa humana;
- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- o pluralismo político.

Ainda sobre os princípios fundamentais, constituem-se objetivos fundamentais (metas, comandos ou normas programáticas), nos termos do artigo 3º da CF:

- a construção de uma sociedade livre, justa e solidária;
- a garantia do desenvolvimento nacional;
- a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e
- a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No que se refere aos princípios que orientam o Estado brasileiro nas relações internacionais, dentre eles, estão expressamente previstos constitucionalmente, em seu artigo 4º:

- a prevalência dos direitos humanos;
- a autodeterminação dos povos;
- a igualdade entre os Estados;
- a busca ou defesa da paz;
- o repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- a busca pela integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Quanto aos direitos e garantias fundamentais – direitos humanos positivados no texto constitucional – encontram-se detalhados em título próprio na CF:

- os direitos e deveres individuais e coletivos estão, em sua essência, previstos no artigo 5º;
- os direitos sociais, nos artigos 6º e 7º;
- os de nacionalidade, nos artigos 12 e 13;
- os direitos políticos, nos artigos 14 a 16;
- e os dos partidos políticos, no artigo 17.

Há de se ressaltar a possibilidade da existência, ainda que futura, ou seja, em momento posterior, de outros direitos e garantias fundamentais não elencados nos

artigos mencionados no parágrafo anterior, previstos no texto constitucional, na legislação infraconstitucional e em diplomas internacionais (tratados, convenções, pactos, dentre outros).

Talvez, as normas contidas nos parágrafos do artigo 5º da CF sejam umas das mais significativas de todo o texto constitucional brasileiro, em especial a do parágrafo 2º, que prevê a cláusula aberta dos direitos e garantias fundamentais; por conta disso, a resistência e divergência, sobretudo do STF (ou de seus membros) sobre o alcance, amplitude e máxima aplicação da referida norma.)

A cláusula aberta do § 2º do artigo 5º da CF, prevê a aplicação da norma benéfica ao indivíduo, ao não excluir ou afastar outros direitos e garantias.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC (Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), com fulcro na Constituição²⁹, dispõe sobre a não exclusão de outros direitos decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade, conforme prevê seu artigo 7º.

A Constituição prevê a igualdade de todos perante a lei, em direitos e obrigações, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade; e ainda, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, esta não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; e que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, I, II, XXXV e XXXVI).

A Constituição vigente, considerada práxis da cidadania, influenciada pelos principais pactos internacionais e pela DUDH, é a principal fonte de direito no país, juntamente com a lei (consubstanciada na legislação infraconstitucional), cabendo ao Judiciário dizer o que é o direito.

²⁹ CF: "Art. 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

3.3 A falta de diálogo do STF com a Corte IDH: o dever do Estado brasileiro de aplicar seu direito em harmonia com as decisões da Corte IDH

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, em que se abordava a temática da prisão civil do depositário infiel, o STF fixou a tese de que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuíam natureza supralegal.

O entendimento fixado pelo STF foi no sentido de que os tratados que versam sobre direitos humanos e que não passaram pelo quórum do artigo 5º, §3º, da Constituição - cujo dispositivo prevê a equivalência às emendas constitucionais, dos 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 - não poderiam contrariar ou conflitar com a Constituição, em razão da subordinação jurídica a esta.

Todavia, tendo em vista o caráter especial conferido a tais diplomas internacionais, nos termos do artigo 5º, §2º, da Constituição, estes poderiam paralisar a eficácia da legislação infraconstitucional, pois se sobrepõem a esta.

(...) diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na CF/1988, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da CF/1988 sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada (...), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao PIDCP (art. 11) e à CADH — Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da CF/1988, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. [RE 466.3431, voto do rel. min. Cezar Peluso, P, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009] (BRASIL, 2017d:159 e seq.)

Posteriormente, foi publicada a Súmula Vinculante nº 25, pelo STF, dispondo o seguinte: "*É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito*" (BRASIL, 2017b: 159).

À época, para que o STF afastasse a possibilidade de prisão do depositário infiel, fez-se necessário modificar o entendimento sobre o nível hierárquico

dos tratados internacionais de direitos humanos, a fim de que as disposições constitucionais e infraconstitucionais pudessem ser interpretadas 'à luz' da CADH.

Percebem-se algumas mudanças constitucionais que levaram o STF a modificar sua jurisprudência, associando-as a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou três disposições sobre direitos humanos:

a previsão de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos como emendas constitucionais, desde que aprovados pelo mesmo quorum exigido para essas; a constituionalização da adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional; e a criação do incidente de deslocamento de competência para a justiça federal nos casos de graves violações dos direitos humanos. (MAUÉS, 2017: 3).

Em que pesem abordarem temas distintos, as inovações da EC 45 compartilhavam algo em comum, conforme Maués (2017: 4):

a valorização constitucional do direito internacional dos direitos humanos, fosse pela possibilidade de reconhecimento da hierarquia constitucional do tratados sobre a matéria, pela sujeição do país à jurisdição penal internacional, ou pela criação de mecanismos mais hábeis para cumprir com as obrigações assumidas pelo Estado brasileiro perante a comunidade internacional no que se refere à proteção dos direitos humanos.

Muitos doutrinadores, dentre os quais Cançado Trindade (2000), Mazzuoli (2013) e Piovesan (2011), sustentam a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos e a cláusula de abertura contida no artigo 5º, § 2º, da Constituição.

Entretanto, o STF manteve o entendimento sobre a paridade da hierarquia entre tratados internacionais de qualquer natureza e as leis federais, firmado em 1977, quando do julgamento do julgamento do Habeas Corpus nº 72.131/ 1995.

Nessa linha de reflexão, as premissas da supralegalidade, diante da mudança no status conferido aos tratados internacionais sobre direitos humanos, em dezembro de 2008, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, com influência da Emenda Constitucional nº 45/2004, não foram nem mesmo cumpridas pelo STF:

Após a análise dos dados, não parece ser muito difícil concluir que as promessas e potenciais as supralegalidade não foram cumpridos ou atingidos. O efeito interpretativo, o qual permitiria que a CADH influenciasse o significado do texto constitucional não foi desenvolvido, uma vez que a grande maioria dos casos, a interpretação foi de mera ratificação daquela feita do texto constitucional, comportamento da corte que se ajusta à resistência. Maués e Magalhães, após estudo comparado neste volume, sugerem que o não desenvolvimento de uma doutrina de interpretação

conforme bloqueia os argumentos sobre a CADH no STF. Como aquela doutrina enseja compromissos para com a garantia do efeito útil do tratado, bem como para o cumprimento de obrigação internacional, sua ausência na jurisprudência do STF estimula a hermenêutica de ratificação do STF e, portanto, afasta a convergência e o engajamento.

Outro efeito visível e importante da supralegalidade seria sua capacidade de interferir na vigência e eficácia das leis infraconstitucionais. Contudo, como salientado logo acima, não foi possível identificar casos em que tenha sido utilizado. Somadas, estas conclusões parecem demonstrar que, não obstante afirmar atribuir um destaque diferenciado aos tratados internacionais de direitos humanos, a prática do STF não permite distinções entre o regime anterior da legalidade e o atual. Portanto, a CADH, não obstante supralegal, ainda permanece exercendo pouca influência no direito constitucional brasileiro.

Além de não desenvolver os efeitos da supralegalidade, poucos ministros citam a CADH, dificultando a identificação de uma posição institucional sobre ela; sua citação, por vezes, acompanha tratados não ratificados pelo Brasil ou normas internacionais de pouca eficácia vinculante e, sem uma deliberação colegiada, é difícil ter certeza acerca de sua influência na interpretação constitucional. Por essa razão, a forma de recepção da CADH demonstra uma posição resistente do STF para com o direito internacional. UCHOA, BEMERGUY e MAGALHÃES (2017: 54 e seq.),

As promessas e potencialidades da supralegalidade não foram cumpridas pela Suprema Corte, em especial a sua capacidade de influenciar o texto constitucional e interferir na vigência e eficácia das leis infraconstitucionais.

Como exemplo, podemos mencionar a interpretação dada pelo STF, ao princípio constitucional da presunção de inocência (ou não-culpabilidade) e à Lei de Anistia (Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979).

Uma das garantias mais relevantes do ser humano contra ações punitivas de seus países, sem dúvida, é o princípio da presunção de inocência.

Tal princípio, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição brasileira, preconiza que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*, com tratamento igualitário a todos, sem qualquer tipo de discriminação no país. (BRASIL, 2018).

O princípio da presunção de inocência também está previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos. Em seu artigo 8 (2), a Convenção prevê a garantia de que: *“toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”*. (BRASIL, 2013).

A jurisprudência do Sistema Americano vem na salvaguarda de efetivar os mais significativos entendimentos a respeito deste consagrado princípio, como ocorreu no

Caso 11.992 contra o Equador³⁰, em que a Comissão Interamericana conheceu das consequências sobre a violação do princípio no caso concreto em que a denunciante Dayra Maria Levoyer Jiménez provou ter ficado presa, em caráter provisório, por mais de 6 (seis) anos, quando foi proferida sentença definitiva.

A Corte IDH, a seu turno, entende que o propósito das garantias judiciais nasce no princípio de que uma pessoa é inocente até que se comprove a sua culpa mediante uma decisão judicial transitada em julgado, conforme *Caso Suárez Rosero*.³¹

Segundo a jurisprudência do Sistema Interamericano, “os princípios gerais de direito universalmente reconhecidos, impedem antecipar a sentença”. De forma que “se ignoradas estas regras”, há o risco de “privar de liberdade por um prazo não razoável a uma pessoa cuja culpa não pôde ser verificada”.

No *Caso Dayra Maria Levoyer Jiménez*, houve a privação da liberdade da pessoa denunciante “por um período maior que a metade da pena máxima estabelecida para os delitos dos quais foi acusada e absolvida”, sendo ela mantida detida depois de sua absolvição definitiva.

No entanto, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, em 17/02/2016, de Relatoria do Ministro Teori Zavascki, decisão publicada no DJe em 17/05/2016, o Plenário do STF manifestou-se de maneira diversa acerca do referido princípio, ao negar o referido *writ*.

No citado Habeas Corpus se discutia princípio constitucional da presunção de inocência, nos termos do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal; os efeitos jurídicos da sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição; bem como a possibilidade ou não de execução provisória do acórdão criminal; entendendo a Suprema Corte, no caso, que não há ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, na hipótese de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em apelação, mesmo que sujeito a recurso especial ou extraordinário - como no caso então em discussão.

[...] Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório

³⁰ Decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – Comissão. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2001port/Ecu11992a.htm>>. Acessado em 09/04/2018.

³¹ Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>.

proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. [...]”³²

A decisão do STF - por maioria de votos de seus membros -, não só alterou a jurisprudência dominante, mas violou a Constituição Federal brasileira e a Convenção Americana de Direitos Humanos – caracterizando verdadeiro retrocesso nos direitos e garantias das pessoas, submetidas à persecução criminal.

No dia 05 de abril de 2018, os ministros do STF rejeitaram o Habeas Corpus impetrando pela defesa do Ex-presidente Lula, objetivando impedir e prisão antecipada deste, ou seja, antes do trânsito em julgado.

O STF - por 6 votos a 5 - denegou a ordem, possibilitando a prisão do Ex-presidente, sem os esgotamentos dos recursos internos disponíveis, bastando condenação em segundo grau.

Quando o Tribunal julgou o Habeas Corpus 152.752, do Ex-presidente Lula, objetivando não ser preso após ter sido condenado a 12 anos e 1 mês de prisão, a questão estava sob *judice*, ou seja, pendente de recurso em Tribunal superior - intermediário - à Suprema Corte brasileira.

Em relação as chamadas Leis de Anistia (ou Autoanistia), no *Caso Barrios Altos Vs Perú*³³, a Corte IDH reconheceu a responsabilidade internacional do Perú, declarando, em decisão unânime, em conformidade com os termos do reconhecimento de responsabilidade internacional efetudado por aquele Estado, as consequências jurídicas dos atos violadores dos direitos humanos.³⁴

³² Decisão do STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acessado em 11/04/2019.

³³ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acessado em 15/04/2019.

³⁴ Primeiro caso na Corte IDH de acatamento do reconhecimento de responsabilidade internacional efetudado pelo Estado. Nesse sentido, o voto concordante proferido pelo Juiz A.A Cançado Trindade: [...] “A Corte, em quaisquer circunstâncias, e inclusive em casos de acatamento, através do reconhecimento de responsabilidade internacional por parte do Estado demandado em relação aos fatos violatórios dos direitos protegidos, tem plena faculdade para determinar, *motu próprio*, as consequências jurídicas daqueles fatos lesivos, sem que esta determinação esteja condicionada pelos termos da aceitação. Procedendo desse modo, a Corte está fazendo uso dos poderes inerentes à sua função judicial. Tal como sempre tenho sustentado no seio do Tribunal, em quaisquer circunstâncias a Corte é mestre de sua jurisdição [...]”. (Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acessado em 15/04/2019).

A Corte IDH reconheceu que o Perú violou o direito à vida, consagrado no artigo 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento de Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre e outros; o direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5 da Convenção, em detrimento de Natividad Condorcahuana Chicaña e outros; e o direito às garantias judiciais e à proteção judicial, consagrados nos artigos 8 e 25 da Convenção, em decorrência da promulgação e aplicação das leis de anistia nº 26.479 e 26.492, em detrimento dos familiares de Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre e outros.

A Corte IDH, declarou, também, descumprimento pelo Estado dos artigos 1.1 e 2 da Convenção, como consequência da promulgação e aplicação das referidas leis, bem como da violação dos artigos da 4,5, 8 e 25 da Convenção.

Segundo a Corte IDH, as leis de de anistia nº 26.479 e 26.492, do Perú, “*são incompatíveis com a convenção americana sobre direitos humanos e, conseqüentemente, carecem de efeitos jurídicos*”.

Dessa forma, a Corte IDH assentou que Perú deve investigar os fatos a fim de identificar as pessoas responsáveis pelas violações de direitos humanos no caso, assim como divulgar publicamente os resultados da investigação e punir os responsáveis.

A Corte IDH estabeleceu que as reparações sejam fixadas de comum acordo pelo Estado demandado, pela Comissão Interamericana e pelas vítimas, seus familiares ou seus representantes legais; reservando-se a faculdade de revisar e aprovar o acordo indicado, continuando o procedimento de reparações, se necessário.

Entendemos que as leis de anistia (ou autoanistia) são uma afronta ao direito à verdade e ao acesso à justiça, em flagrante ofensa às obrigações convencionais assumidas pelos Estados, não contribuindo em nada para o bem comum coletivo e ao fortalecimento dos direitos humanos.

Nessa linha, concordamos com Cançado Trindade (2001), que assevera ser as chamadas "autoanistias", em suma, "*uma afronta inadmissível ao direito à verdade e ao direito à justiça (começando pelo próprio acesso à justiça)*".³⁵

³⁵ Voto concordante proferido no *Caso Barrios Altos Vs Perú*. No mesmo sentido, Cançado Trindade (2001) menciona o Voto Fundamentado Conjunto dos Juízes A.A. Cançado Trindade e A. Abreu Burelli, no caso *Loayza Tamayo* (Reparações, Sentença de 27.11.1998), Série C Nº 42, pars. 2-4; e cf. L. Joinet (*rappporteur*), *La Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos) - Relatório Final*, ONU/Comissão de Direitos Humanos, doc.

As leis de anistia ou autoanistia, portanto, são incompatíveis com as obrigações gerais e inseparáveis assumidas pelos Estados partes da Convenção Americana.

Tais leis violam as normas da Convenção Americana, em notadamente a "obrigação de respeitar os direitos", nos termos do artigo 1(1); "de adotar as disposições de direito interno à normativa internacional" (art. 2); e "os direitos às garantias judiciais" (artigo 8) e à "proteção judicial" (artigo 25).³⁶

E/CN.4/Sub.2/1997/20, de 26.06.1997, pp. 1-34. (Corte IDH. Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acessado em 15/04/2019).

³⁶ Convenção Americana de Direitos Humanos: "[...] **Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos.** 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. [...]

Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. [...]

Artigo 25. Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso". [...]. (BRASIL, 2013).

Tais leis - perversas – acarretam impunidade e injustiça, mesmo sob o manto da legalidade, no plano do direito interno do Estado, acarretando violações *de jure* dos direitos da pessoa humana.

Posiciona-se Cançado Trindade (2001):

[...] Há de se ter presente, em relação às leis de autoanistia, que sua *legalidade no plano do direito interno*, ao acarretar a impunidade e a injustiça, encontra-se em flagrante incompatibilidade com a normativa de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, acarretando violações *de jure* dos direitos da pessoa humana. O *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos destaca que nem tudo o que é legal no ordenamento jurídico interno o é no ordenamento jurídico internacional, ainda mais quando estão em jogo valores superiores (como a verdade e a justiça). Em realidade, o que se passou a denominar leis de anistia, e particularmente a modalidade perversa das chamadas leis de autoanistia, mesmo que se considerem leis sob um determinado ordenamento jurídico interno, *não o são* no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.³⁷

Embora o status supralegal da CADH, na prática, a Convenção exerce pouca influência no direito constitucional brasileiro e no próprio STF.

Não há diálogo entre o STF e a Corte IDH, não havendo, distinção entre o regime anterior da legalidade e o atual, da suprealidade.

³⁷ Voto concordante proferido no *Caso Barrios Altos Vs Perú*, par. 6 e 7. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acessado em 15/04/2019).

4 DA REVISÃO E ATUALIZAÇÃO NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Em face do perverso processo de globalização, constrói-se novo modelo de Estado constitucional, demarcado pela pluralidade e diversidade, que conduz à necessária revisão do conteúdo normativo do princípio do devido processo legal, com sua gama de direitos e garantias (GOMES; MAZZUOLI, 2010; 75).

O devido processo legal, princípio base sobre o qual todos os outros se sustentam, decorre da expressão inglesa *due process of law*. (NERY JÚNIOR, 2004: 60).

Segundo Nery Júnior (2004: 60 et seq.):

O primeiro ordenamento que teria feito menção a esse princípio foi a Magna Charta de João Sem Terra, do ano de 1215, quando se referiu à *law of the land* (art. 39), sem, ainda, ter mencionado expressamente a locução *devido processo legal*.

O princípio, consagrado atualmente como *due process of law*, foi utilizado somente em lei inglesa datada de 1354. (NERY JÚNIOR, 2004: 60 et seq.).

A origem do princípio é germânica e remonta à invasão normada de 1066 d.c., comandada por Willian, o Conquistador, duque da Normandia. (DIDIER JÚNIOR, 2018: 89).

Segundo Didier Júnior (2018: 87), “a locução corresponde à tradução para o português da expressão inglesa *due process of law* [..]. *Law*, porém, *significa Direito, e não lei* (*‘statute law’*)”.

Há outras traduções da expressa inglesa, como a italiana que optou por *processo giusto*; na Europa é comum utilização da expressão *fair trial*. (DIDIER JÚNIOR, 2018: 87).

Nessa linha, vale a observação de que o processo deve estar em conformidade com o Direito como um todo e não apenas com a lei. Legal é adjetivo que remete ao Direito (e não a Lei). (DIDIER JÚNIOR, 2018: 87).

A Constituição brasileira preceitua que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (artigo 5º, LIV).

Para Nery Júnior (2004: 60).

Bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.

Não obstante o instrumento ter sido criado “como uma espécie de garantia dos nobres contra os abusos da coroa inglesa, continha exemplos de institutos originais e eficazes do ponto de vista jurídicos”, provocando “a admiração dos estudiosos da história do direito e da historiografia do direito constitucional” (NERY JÚNIOR, 2004: 62).

Suas premissas foram reproduzidas e aperfeiçoadas em vários textos legais que se sucederam, antes mesmo da Constituição norte-americana de 1787 (Constituições estaduais de Maryland, Pensilvânia e Massachusetts; Declaração dos Direitos da Virigínia de 1776; Declaração dos Direitos da Carolina do Norte de 1776); até posterior referência expressa ao trinômio, insculpido na Constituição norte-americana de “vida-liverdade-propriedade”. (BARACHO, 1982: 88; NERY JÚNIOR, 2004: 62).

As Emendas V e XIV à Constituição norte-americana, acataram as expressões *law of the land* e *due process of law*. Havia uma instância em desenvolvimento e o conceito especificadamente processual da Magna Carta inglesa, torna-se genérico na Constituição dos Estados Unidos. (BARACHO, 1982: 88).

Desde a Constituição americana, “não se fala mais em lei da terra, mas em devido processo legal, como uma garantia que compreende o direito material da lei preestabelecida e do direito processual do juiz competente”. (BARACHO, 1982: 88).

O prestígio do direito constitucional norte-americano tem como sua causa maior a interpretação da cláusula de *due process* pela Suprema Corte. O tribunal não só vem interpretando o princípio de modo fazer valer o que o espírito do constituinte pretendeu quando adotou a regra, como também a fazê-lo de forma analítica, “declarando” que a corte decidiria dessa ou daquela maneira, se o problema fosse equacionado de outro modo. Isto quer dizer, em outras palavras, que a corte ordinariamente vem interpretando a cláusula *due process* de sorte a solucionar o caso concreto que lhe foi submetido a julgamento ao mesmo tempo que fixa regras e padrões para casos semelhantes futuros”. (NERY JÚNIOR, 2004: 64 et seq.).

O Estado de Direito, gradativamente, se consolidou, neste início de milênio, em busca de maior eficácia do direito e da justiça, na seguinte perspectiva de revisão:

a) do papel do juiz;

- b) da necessidade de repensar a função da ciência jurídica
- c) da incidência normativa do princípio do devido processo legal.

Nestes tempos sombrios, entretanto, de forma contraditória, percebe-se que as garantias perdem o seu significado³⁸, em especial as decorrentes do princípio do devido legal, que cumprem "o relevante papel de concretizar a normatividade no plano da (real) efetividade". (GOMES e MAZZUOLI, 2010: 5).

Nessa linha de argumentação, a normatividade, considerada como previsão abstrata dos direitos e regras da comunidade estatal, sem as respectivas garantias ou com estas reduzidas a puramente formais, não realiza a tutela efetiva e justa do direito.

Sob o ponto de vista de estratégia jurídica, há de se partir de uma premissa. Não é possível estudar o princípio do devido processo legal e suas garantias mínimas sem levar em conta os diversos níveis normativos.

Existe uma crise do direito que dilui sua eficácia normativa, em termos de legalidade democrática.

Quais seriam suas causas? O poder coercitivo estatal retrocedeu?

Não obstante, o resgate das garantias constitucionais, em sua plenitude, apresenta-se como o único caminho seguro que pode conduzir à concretização de princípios e normas do Estado Constitucional.

Do devido processo 'legal' ao princípio do devido processo 'multinormativo': costuma-se adjetivar o princípio do devido processo com a expressão 'legal'. Hoje já não parece adequado esse procedimento porque não é mais só a 'lei' que constitui sua fonte normativa. A partir do princípio do devido processo também fazem parte a Constituição assim como - veremos logo abaixo - O Direito Internacional dos Direitos Humanos. Parece mais apropriado, portanto, doravante, falar em devido processo 'multinormativo', não em devido processo 'legal' (salvo se a esta última palavra vier a ser dada uma interpretação bastante ampla, para compreender a lei em sentido estrito, a Constituição, assim como o Direito Internacional dos Direitos Humanos). Garantias constitucionais, internacionais e legais: como princípio intrassistemático do direito que é, construído a partir de uma complexa conjugação de muitos outros princípios e normas, impende sublinhar que o devido processo, sob a perspectiva interna (ou seja, intrinsecamente), conta com regras, subprincípios e normas de status constitucional (processo de constitucionalização) e internacional (internacionalização), além, evidentemente, das que estão em nível infraconstitucional (legalização)." (GOMES e MAZZUOLI, 2010: 75).

O devido processo legal exige que as partes da relação processual tenham um juízo amplo e imparcial perante os tribunais.

³⁸ As garantias são consideradas técnicas previstas no ordenamento jurídico para reduzir a distância entre a normatividade (previsão normativa dos direitos) e efetividade (realização concreta dos direitos).

Os direitos não são medidos por leis sancionadas para afetá-los individualmente, mas por disposições jurídicas gerais, aplicáveis a todos em condição similar (BARACHO, 1982: 88).

O devido processo é sinônimo de processo é “justo e apropriado”. A variedade de procedimentos judiciais e formas estabelecidas no direito, leva a adaptação das formas antigas aos novos problemas, com a preservação da liberdade e da justiça. (BARACHO, 1982: 89).

A garantia do devido processo constitui, portanto, conjunto inextricável de normas hierarquicamente distintas e pressuposto da legalidade democrática.

5 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

5.1 Considerações iniciais

Na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, os delegados dos Estados-Membros da Organização dos Estados Americano redigiram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que entrou em vigor em 18 de julho de 1978, quando depositado o décimo primeiro instrumento de ratificação por um Estado-Membro da OEA.

Vinte nações americanas já ratificaram ou aderiram à referida Convenção, sendo elas: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.³⁹

Esta Convenção é vinculativa para os Estados que ratificaram ou aderiram, cujo processo começou após o final da Segunda Guerra, quando as nações americanas decidiram que uma declaração sobre direitos humanos deveria ser redigida para posteriormente adotar-se uma convenção. Essa declaração, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres da pessoa, foi aprovada pelos Estados membros da OEA em Bogotá, Colômbia, em maio de 1948.

A fim de salvaguardar os direitos essenciais do homem nas Américas, a Convenção criou dois órgãos competentes para receber denúncias sobre as violações dos direitos humanos:

a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - instituída, em 1959, e iniciou suas funções, em 1960, quando o Conselho da OEA aprovou seu Estatuto e elegeu seus primeiros membros;

b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No entanto, a Corte não pôde ser estabelecida e organizada até que a Convenção entrasse em vigor.

Em 22 de maio 1979, os Estados-Partes na Convenção, elegeram durante a Sétima Sessão Especial da Assembléia Geral da OEA, os primeiros juízes da Corte.

³⁹ Trinidad e Tobago denunciou a Convenção, em 26 de maio de 1998; e a Venezuela, em 10 setembro de 2012.

A primeira reunião dessa Corte foi realizada em 29 e 30 de junho de 1979, na sede da OEA, em Washington.

A Assembléia Geral da OEA, em 1º de julho de 1978, recomendou a aprovação da oferta formal do Governo da Costa Rica para que a sede da Corte fosse estabelecida naquele país.

Essa decisão foi posteriormente ratificada pelos Estados-partes da Convenção durante a Sexta Sessão Especial da Assembléia Geral, realizada em novembro de 1978. A cerimônia de instalação da Corte foi realizada em San José em 3 de setembro de 1979.

Durante o Nono Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da OEA, o Estatuto da Corte foi aprovado. Em agosto de 1980, a Corte aprovou seu Regulamento. Em novembro de 2009, durante o Período Ordinário de Sessões da LXXXV, entrou em vigor um novo Regulamento da Corte, aplicável a todos os casos atualmente tramitados perante a Corte.

Em 10 de setembro de 1981, o Governo da Costa Rica e a Corte assinaram um acordo de sede, aprovado pela Lei nº 6.889/1983, incluindo o regime de privilégios e imunidades do tribunal. Este acordo destina-se a facilitar o desenvolvimento normal das atividades da Corte, especialmente para a proteção que proporciona a todas as pessoas envolvidas no processo.⁴⁰

5.2 Da organização da Corte

Este órgão jurisdicional é composto por sete juízes (sempre de nacionalidades diferentes), originários dos Estados Membros da OEA, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral e de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais ou do Estado que os propuser como candidatos (artigo 52 e 58).

⁴⁰ Em 30 de julho 1980, a Corte e o Governo da Costa Rica assinaram um acordo, através da Lei nº 6528/1980, estabelecendo o Instituto Interamericano de Direitos Humanos, como uma entidade internacional autônoma, de natureza acadêmica, dedicada ao ensino, pesquisa e promoção dos direitos humanos, com uma abordagem multidisciplinar e com ênfase nos problemas da América.

Os juízes da Corte serão eleitos em votação secreta e pelo voto da maioria absoluta dos Estados-partes na Convenção, na Assembleia Geral da OEA, a partir de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados (partes na OEA) (artigo 53.1); sendo que cada um dos Estados-partes da OEA poderá propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado-membro da Organização dos Estados Americanos; porém, quando se propuser uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional do Estado diferente do proponente (artigo 53.2).

Os juízes da Corte serão eleitos por um período de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez (artigo 54. 1); e permanecerão em suas funções até o término dos seus mandatos; salvo nos casos em que já houverem tomado conhecimento e que se encontrem em fase de sentença, execuções em que não serão substituídos pelos novos juízes eleitos (artigo 54. 3).

O juiz nacional de algum dos Estados-partes, cujo caso for submetido à Corte, conservará o seu direito de conhecer do caso. Todavia, se um dos juízes chamados a conhecer do caso for de nacionalidade de um dos Estados-partes, outro Estado-parte no caso poderá designar uma pessoa de sua escolha para integrar a Corte, na qualidade de juiz ad hoc. Na hipótese dentre os juízes chamados a conhecer do caso, nenhum for da nacionalidade dos Estados-partes, cada um destes poderá designar um juiz ad hoc, devendo este reunir os requisitos indicados no artigo 52. 5 (artigo 55).

Se ocorrer de vários Estados-partes na Convenção tiverem o mesmo interesse no caso, serão considerados como uma só parte, para os fins das disposições do parágrafo anterior, decidindo a própria Corte Interamericana em caso dúvida (artigo 55.5).

O quorum, para as deliberações da Corte Interamericana, será constituído por cinco juízes (artigo 56).

A Comissão Interamericana comparecerá, em todos os casos, perante a Corte (artigo 57). É dever da Comissão comparecer nos casos em que ela tenha deflagrado a ação (no interesse das vítimas ou de seus familiares), ou nos casos em que a ação de responsabilidade tenha sido proposta por um Estado parte contra outro. (MAZZUOLI, 2009: 261).

Critica-se o papel da Comissão Interamericana, em razão da ambiguidade de suas funções, na fase anterior ao procedimento judicial, onde são partes, ante a Comissão, os indivíduos demandantes e os Estados demandados; na segunda etapa

do procedimento, em juízo, apenas a Comissão e os Estados demandados comparecem à Corte. (MAZZUOLI, 2009: 261).

Dessa forma, está demonstrada nitidamente o seu papel ambíguo, de, simultaneamente, defender os interesses das supostas vítimas e os 'interesses públicos', como uma espécie de Ministério Público.

A Corte IDH poderá realizar reuniões no território de qualquer Estado-membro da Organização dos Estados Americanos em que considerar conveniente, pela maioria dos seus membros e mediante prévia aquiescência do Estado respectivo; podendo os Estados-partes na Convenção, na Assembléia Geral, por dois terços dos seus votos, mudar a sede da Corte (artigo 58).

A Corte elaborará seu Estatuto e submetê-lo-á à aprovação da Assembléia Geral; e expedirá seu Regimento (artigo 60).

Este estatuto é por ela elaborado, mas "*ad referendum*" da Assembleia-Geral da OEA. Por outro lado, "*o seu Regimento (entenda-se: Regulamento) também é por ela expedido, neste caso, sem a intervenção*" da Assembleia-Geral. (MAZZUOLI, 2009: 262).

O Regulamento originário da Corte foi aprovado no curso de seu Terceiro Período de Sessões, no período de 30 de julho a 9 de agosto de 1980, quando, também, foi celebrado o acordo de sede com o Estado da Costa Rica, com a previsão das imunidades e privilégios da Corte.⁴¹

Mazzuoli (2009: 269 e seq) percebe uma pequena confusão terminológica existente sobre o tema:

O art. 39 da Convenção Americana, de redação idêntica à do art. 60 em comento, diz, na sua parte final, que a Comissão Americana 'expedirá seu próprio Regulamento'; e parte final do art. 60 diz que a Corte Interamericana 'expedirá seu próprio Regimento'. [...] na versão em espanhol da Convenção, o final de ambos dispositivos faz referência à expedição de 'su proprio Reglamento'. [...] o citado Regimento da Corte é o seu Regulamento com nome alterado na tradução para o português.

O Regulamento atual da Corte foi aprovado por esta no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009.

⁴¹ O Regulamento Corte é expedido por esta, ou seja, sem anuência da Assembleia-Geral da OEA.

5.3 Da competência e funções da Corte

Consoante artigo 61. 1, da Convenção, somente os Estados-partes e a Comissão têm direito de submeter, postular ou demandar, determinado caso à decisão da Corte; o que Mazzuoli (2009: 269 e seq.) denomina de "*jus standi*".

Particulares e instituições privadas não podem ingressar diretamente na Corte, tendo em vista a vedação do artigo 61.1, o que não ocorre na Corte Europeia dos Direitos do Homem (MAZZUOLI, 2009: 288).

Vale ressaltar que as demandas apresentadas pelos Estados e pela Comissão, para apreciação da Corte, não se confundem com a Justiça Penal ou Criminal.

O Sistema Americano de Proteção dos Direitos Humanos não tem como finalidade "*impor penas às pessoas culpadas por violações de direitos humanos, mas sim apurar as vítimas e estabelecer uma reparação aos danos a elas causados pelo Estado e seus agentes*". (MAZZUOLI, 2009: 88).

Nesse ponto, "*apenas o Tribunal Penal Internacional tem essa competência (em matéria criminal) atualmente*". (MAZZUOLI, 2009: 88).

Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50.⁴²

⁴² SEÇÃO 4 – Processo Artigo 48.

1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue a violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira:

a) se reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação, solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação. As referidas informações devem ser enviadas dentro de um prazo razoável, fixado pela Comissão ao considerar as circunstâncias de cada caso;

b) recebidas as informações, ou transcorrido o prazo fixado sem que sejam elas recebidas, verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação. No caso de não existirem ou não subsistirem, mandará arquivar o expediente;

c) poderá também declarar a inadmissibilidade ou a improcedência da petição ou comunicação, com base em informação ou prova supervenientes;

d) se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. Se for necessário e conveniente, a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhe proporcionarão, todas as facilidades necessárias;

e) poderá pedir aos Estados interessados qualquer informação pertinente e receberá, se isso for solicitado, as exposições verbais ou escritas que apresentarem os interessados; e

f) pôr-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos reconhecidos nesta Convenção.

2. Entretanto, em casos graves e urgentes, pode ser realizada uma investigação, mediante prévio consentimento do Estado em cujo território se alegue haver sido cometida a violação, tão somente com a apresentação de uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade.

Esgotados os procedimentos no processo previstos nos artigos 48 a 50 da Convenção, a Corte já se encontra apta a conhecer de um caso proposto perante ela por um Estado-parte na Convenção ou pela Comissão Interamericana. (MAZZUOLI, 2009: 289).

Quando do depósito do seu instrumento de ratificação da Convenção ou de adesão a ela, ou ainda, em qualquer momento posterior, todo Estado-parte pode declarar se reconhece como obrigatória de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção (artigo 62. 1).

A norma trata da chamada "*cláusula facultativa de jurisdição obrigatória*". Esta permite a manifestação do Estado-parte "*se aceita ou não a competência contenciosa da Corte Interamericana em todos os casos relativos às soluções de controvérsias que se apresentem sobre a interpretação ou aplicação da Convenção*". (MAZZUOLI, 2009: 290 e seq.).

O Estatuto da Corte regula também a referida cláusula, consoante dispõe o artigo 36. 2, alíneas "a" a "d".

A declaração pode ser feita incondicionalmente ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos.

Em qualquer caso, deverá ser apresentada ao Secretário Geral da organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados-Membros da Organização e também ao Secretário da Corte (artigo 62. 1).

A Corte IDH tem competência para conhecer de qualquer caso que lhe seja submetido, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, ,

Artigo 49. Se se houver chegado a uma solução amistosa de acordo com as disposições do inciso 1, "f", do artigo 48, a Comissão redigirá um relatório que será encaminhado ao petionário e aos Estados-partes nesta Convenção e posteriormente transmitido, para sua publicação, ao Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos. O referido relatório conterá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada. Se qualquer das partes no caso o solicitar, ser-lhe-á proporcionada a mais ampla informação possível.

Artigo 50.

1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, "e", do artigo 48.

2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo.

3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas.

desde que os Estados-partes tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial. (Artigo 62. 3).

A cláusula facultativa autoriza os Estados a livremente aceitá-la ou rechaçá-la. Contudo, havendo aceitação, "*comprometem-se a respeitar, para além dos direitos previstos na Convenção, todas as decisões da Corte caso venham a ser condenados, bem como todas as decisões relativas à interpretação da Convenção*" (MAZZUOLI, 2009: 291).

Não deve haver reservas ao comando do artigo 62.1, pois eventuais reservas são flagrantemente contrárias ao objeto e ao escopo da Convenção Americana.

Cançado Trindade defende a jurisdição obrigatória da Corte, "*como uma das cláusulas pétreas de proteção internacional dos direitos humanos - não comportando outras limitações que as expressamente previstas no art. 62 da Convenção*".

O governo brasileiro, pelo Decreto presidencial 4.463/2002, acima referenciado, reconheceu 'como obrigatória, de pleno direito e por prazo determinado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com o art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriormente a 10 de dezembro de 1998' (art. 1.º). Perceba-se que o Brasil se utilizou da faculdade autorizada pelo art. 62.2, para reconhecer a Competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção sob reserva de reciprocidade. Portanto, foi condicional o reconhecimento do Brasil. (MAZZUOLI, 2009: 294).

A Corte IDH, como órgão investido com funções jurisdicionais, tem o poder jurídico de determinar o alcance da sua própria competência.

Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade, protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados.

Além disso, determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada (artigo 63.1).

A decisão proferida pela Corte IDH, que julga procedente a demanda é definitiva, não havendo recursos ou limitação, por quaisquer leis ou atos normativos de direito interno, sendo as determinações, pois, de cumprimento obrigatório. (MAZZUOLI, 2009: 297).

Medidas provisórias pertinentes poderão ser tomadas pela Corte nos assuntos de que estiver conhecendo, em casos de extrema gravidade e urgência, bem como quando necessário a fim de evitar danos irreparáveis às pessoas; caso ocorra a situação de tais assuntos ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão (artigo 63. 2).

A condenação recai sobre determinado Estado, e não sobre particulares, pois a Corte não detém competência em matéria criminal.

O art. 63, I, da Convenção - como tem reiteradamente declarado a Corte Interamericana - 'codifica uma norma de direito consuetudinário e constitui um dos princípios fundamentais deste. [CIDH, Caso Alobeoetoe e outros Vs. Suriname, Reparações e Custas, sentença de 10 de setembro de 1993, Série C, n.15, parágrafo 43.] Trata-se de um dos pilares basilares do contemporâneo Direito Internacional Público sobre a responsabilidade internacional dos Estados, como também reconhecido por vários outros tribunais. [...]. Assim, havendo violação de direitos humanos por parte de um Estado, nasce para ele a consequente obrigação de garantir à parte lesada o gozo de seu direito ou liberdade violados, bem assim a obrigação de reparar o dano, fazendo cessar as consequências dessa violação, e de pagar à vítima ou seus familiares uma justa indenização. [V. CIDH, Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros VS Trinidad e Tobago ...]. O dispositivo segue a máxima bem conhecida de que toda violação a um direito comporta o dever de repará-lo adequadamente. [...]. (MAZZUOLI, 2009: 297 e seq.).

Vale ressaltar que o dever de indenizar é uma das modalidades de se reparar a vítima, do dano pela violação de seu direito, todavia, não é a única, havendo outras maneiras de se realizar a reparação.

Fala-se, portanto, que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é um sistema "*eminente reparador*". (MAZZUOLI, 2009: 299; RODRÍGUEZ RESCIA, 1996: 8).

A competência contenciosa da Corte IDH resta limitada aos Estados-partes da Convenção que reconheçam a sua jurisdição. A competência, contenciosa, portanto, é facultativa (artigo 62).

Discute-se se as sentenças da Corte Interamericana, frutos de sua competência contenciosa, devem ter o efeito de conduzir a jurisprudência dos tribunais internos. Ainda eu existam várias dúvidas a esse respeito, o certo é que na Argentina, nos casos *Simón* (2005) e *Mazzeo* (2007), já se fez referência (v.g., foi esse o entendimento de BOGGIANO) à necessidade de se seguir a jurisprudência da Corte estabelecida no caso *Barrios Altos* de 2001. Na Bolívia, por sua vez, o Tribunal Constitucional tem considerado que a jurisprudência estabelecida pela Corte Interamericana (em razão da regra prevista no art. 62,1, da Convenção - v. comentários *infra*) "é de caráter vinculante para os tribunais judiciais do Estado boliviano [inclusive as opiniões consultivas da Corte]; portanto, ao interpretar os direitos

fundamentais, ao resolver as diferentes ações tutelares submetidas a seu conhecimento, o Tribunal Constitucional vem aplicando a jurisprudência do órgão regional referido" (RIVERA SANTIVAÑEZ, 2004, pág. 23). Parece que a solução adotar-se doravante não é simplesmente incorporar de forma acrítica tais decisões internacionais, mas adotá-las com o sempre saudável espírito ampliativo dos direitos e garantias já consagrados no plano interno. (MAZZUOLI, 2009: 201 e seq.).

Os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

Outrossim, poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo VIII da Carta da Organização dos Estados Americanos - em razão de posteriores alterações e realocação, os órgãos da OEA não mais estão no capítulo X a que faz referencia a Convenção, e sim no capítulo VIII) (artigo 64. 1). (MAZZUOLI, 2009: 307).

A competência consultiva da Corte IDH transforma o tribunal em um órgão "*interpretativo das disposições da Convenção, capaz de dizer qual o conteúdo do direito aplicado in abstracto*" (MAZZUOLI, 2009: 304).

Trata-se de uma opinião consultiva "*sem efeitos vinculantes (a priori) para os Estados-partes*". (MAZZUOLI, 2009: 200).

No entanto, é evidente o seu caráter jurídico, "*uma vez que tais opiniões dão a real interpretação da Convenção Americana*". (MAZZUOLI, 2009: 200).

Nessa linha de reflexão, a atividade da Corte IDH em relação à competência consultiva tem caráter de "controle preventivo de convencionalidade".

Isso porque as opiniões da Corte sobre dada matéria, objeto de alguma disposição da Convenção, têm "*finalidade educativa*"; e, conseqüentemente, "*preventiva*", orientando "*como devem portar-se os Estados relativamente a um determinado tema versado na Convenção*". (MAZZUOLI, 2009: 200).

As opiniões consultivas da Corte, não obstante, podem ser fontes de direito no âmbito do ordenamento jurídico interno, caso a jurisprudência dos tribunais locais do país comece a aceitar tais entendimentos da Corte e passe a acatá-los. (GORDILLO, 2003:130 e seq.).

Os Estados têm a responsabilidade de recepcionar tais pareceres consultivos, chamados no sistema interamericano de opiniões consultivas, para aplicação no âmbito de seu direito interno, evitando sejam responsabilizados no plano internacional por violação da Convenção. Alguns tribunais de estados interamericanos já têm o habito de se fundamentar com

base nas opiniões consultivas da Corte (v.g., como ocorre na Suprema Corte da Costa Rica), o que está bem longe de ocorrer no Brasil, infelizmente. Outros países (como a Argentina) têm também seguido as manifestações da Corte como paradigma aos julgamentos de seus juízes e tribunais. (MAZZUOLI, 2009, p. 304).

A Corte IDH pode se manifestar "*sobre tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos*" (artigo 64. 1).

Trata-se de competência ampliada em matéria consultiva. Conforme Mazzuoli (2009:200), "*única em todo o Direito Internacional Contemporâneo*", o que "*contrasta com a de todos os demais tribunais internacionais, sendo inclusive maior que àquela atribuída pela Carta das Nações Unidas à própria Corte Internacional de Justiça*" (artigo 96 da Carta da ONU).

A Corte IDH, a pedido de um Estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais (artigo 64. 2).

A Corte IDH submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização, um relatório sobre as suas atividades no ano anterior, em cada período ordinário de sessões, indicando os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças, de maneira especial e com as recomendações pertinentes (artigo 65).

O relatório é um dever da Corte e tem "*a finalidade de dar ciência a OEA e publicidade internacional aos atos e manifestações do tribunal*", em que pese "*a Corte Interamericana ser órgão exclusivo da Convenção Americana e não da própria OEA*".

Havendo condenação de algum Estado, a atuação da Corte não se esgotará com a prolação da respectiva sentença, cabendo, pois, à Corte, supervisionar o cumprimento de sua decisão, constando isso na própria sentença proferida, expedindo, posteriormente, resoluções de supervisão do cumprimento de sentenças.

Para Rodríguez Rescia (*apud* MAZZUOLI, 2009: 308), a etapa referente ao cumprimento e à supervisão das sentenças proferidas, "*consiste em determinar se o Estado tido como responsável cumpriu com suas obrigações na forma e tempo previstos*", e "*os atos que a Corte realiza dentro de sua obrigação de supervisão dependerão da natureza do estabelecido nas sentenças de reparações*".

5.4 Dos procedimentos da Corte

As sentenças da Corte IDH devem ser fundamentadas, claras e suficientes para não haver dúvidas quanto à sua interpretação, devendo expressar no todo ou em parte a opinião unânime dos juízes. Se isso não ocorrer, qualquer dos juízes terá direito a agregar à sentença o seu voto dissidente ou individual (artigo 66).

Mazzuoli (2009: 308) adverte que a Corte IDH “*não relata casos e não faz qualquer tipo de recomendação no exercício de sua competência contenciosa, mas profere sentenças*”.

As sentenças serão definitivas e inapeláveis, e caso haja divergência, sobre o seu sentido ou alcance, a Corte deverá interpretá-la, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença (artigo 67), à semelhança dos embargos de declaração no direito interno brasileiro. (MAZZUOLI, 2009: 311).

Quando se fala em sentença definitiva, isso quer dizer que ela é irretratável - consagração do princípio da irretroatividade - o que consiste na impossibilidade do tribunal voltar atrás de sua decisão; por outro lado, a sentença é inapelável quando não cabe qualquer recurso em face dela. (MAZZUOLI, 2009: 311 e seq.).

No pedido de interpretação, a Corte IDH deve contar, sempre que possível, com a mesma composição que tinha ao proferir a sentença, conforme dispõe o seu Regulamento.

Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes (artigo 68. 1).

A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado (artigo 68. 2), já que as sentenças da Corte IDH gozam de eficácia imediata na ordem interna, devendo serem cumpridas “*espontanemamente pelas autoridades do Estado condenado*”. (MAZZUOLI, 2009: 312 e seq.)

Não há a necessidade de homologação para eficácia no Brasil, pois as decisões da Corte IDH não se enquadram como sentenças estrangeiras, conforme dispõe o texto constitucional, sob pena de ocorrer nova violação da Convenção. (MAZZUOLI, 2009: 312 e seq.).

Caso não haja cumprimento da sentença proferida pela Corte, poderá a vítima ou o Ministério Público Federal, consoante artigo 109, III, da CF, propor a competente demanda executiva, obedecendo os procedimentos internos relativos à execução de sentença contra o Estado (Fazenda Pública). (PIOVESAN, 2011: 241).

O Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) aborda a temática da "*cooperação internacional*", nos termos de seus artigos 26 a 41, que dispões sobre os seguintes direitos e garantias:

- o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente;
- a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se em todos os casos a assistência judiciária aos necessitados;
- a publicidade processual, salvo nas hipóteses legais de sigilo, previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente;
- a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras;
- aplicação do princípio da reciprocidade, manifestada por via diplomática, na hipótese de ausência de tratado; não se exigindo a reciprocidade para a homologação de sentença estrangeira;
- impossibilidade jurídica da prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro;
- auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de prova ou apreciação no Brasil;
- auxílio direto para obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais findos ou em curso; para a colheita de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira; e qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira;
- jurisdição contenciosa, com as garantias às partes as garantias do devido processo legal, nos procedimentos da carta rogatória perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ). (BRASIL, 2017b).

A sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e também transmitida aos Estados-partes na Convenção (artigo 69).

Quanto à transmissão para os outros Estados-partes, pretende-se evitar que uma nova condenação ocorra por conta de nova violação estatal de direitos humanos, sobre os mesmos fatos já decididos pela Corte.

Realiza-se, assim, a similitude ou a subsunção hipotética, da jurisprudência da Corte IDH aos atos ou fatos da mesma natureza ocorridos ou que possam a vir ocorrer, no plano jurídico interno, de atuação ou soberania de algum Estado-parte (MAZZUOLI, 2009: 317).

5.5 Da eficácia da sentença para terceiros Estados: o caráter erga omnes das decisões da Corte Interamericana

As sentenças e as opiniões da Corte IDH produzem efeitos no Direito Interno de qualquer dos Estados-partes na Convenção, ainda que seja parte no processo (terceiros).

O efeito condenatório não pode ser atribuído a outro Estado. Todavia, há outros efeitos da condenação, notadamente o de realizar à interpretação da Convenção, que não podem ser ignorados.

Deve-se adotar a jurisprudência da Corte IDH, de forma a ampliar os direitos e garantias já consagrados:

Discute-se se as sentenças da Corte Interamericana, frutos de sua competência contenciosa, devem ter o efeito de conduzir a jurisprudência dos tribunais internos. Ainda que existam várias dúvidas a esse respeito, o certo é que na Argentina, nos casos *Simón* (2005) e *Mazzeo* (2007), já se fez referência (v.g., foi esse o entendimento de BOGGIANO) à necessidade de se seguir a jurisprudência da Corte estabelecida no caso *Barrios Altos* de 2001. Na Bolívia, por sua vez, o Tribunal Constitucional tem considerado que a jurisprudência estabelecida pela Corte Interamericana (em razão da regra prevista no art. 62,1, da Convenção - v. comentários *infra*) "é de caráter vinculante para os tribunais judiciais do Estado boliviano [inclusive as opiniões consultivas da Corte]; portanto, ao interpretar os direitos fundamentais, ao resolver as diferentes ações tutelares submetidas a seu conhecimento, o Tribunal Constitucional vem aplicando a jurisprudência do órgão regional referido" (RIVERA SANTIVANEZ, 2004, pág. 23). Parece que a solução adotar-se doravante não é simplesmente incorporar de forma acrítica tais decisões internacionais, mas adotá-las com o sempre saudável espírito ampliativo dos direitos e garantias já consagrados no plano interno. (MAZZUOLI, 2009: 201 e seq.).

As razões levadas a cabo pela Corte, ou seja, os argumentos jurídicos lançados quando da interpretação das normas postas em discussão, vinculam todos

os Estados-partes, pois estes têm dever de observação e do respeito aos entendimentos dados pela Corte à Convenção Americana.

O Estado-parte, portanto, tem o dever jurídico de aplicar o seu direito interno em harmonia com os entendimentos exarados pela Corte, sob pena de futuramente ser condenado pela Corte acerca dos mesmos fatos.

A sentença da Corte "*vincula indiretamente (com caráter erga omnes), todos os terceiros Estados, valendo com res interpretada a ser seguida no direito interno*". (MAC-GREGOR, 2013: 620).

Além disso, no âmbito interno ou doméstico, "*as autoridades do Estado têm a obrigação não só de aplicar a Convenção Americana*", mas de "*aplicá-la tal como interpretada pela Corte*". (MAZZUOLI, 2013: 980).

Busca-se com isso "*um padrão interpretativo mínimo da Convenção para todos os Estados-partes*," no Continente Americano, objetivando "*seja igualmente aplicada por todas as autoridades (não só os juízes) no plano interno*". (MAC-GREGOR, 2013: 621).

Vários países latino-americanos demonstram-se preocupação em seguir a jurisprudência da Corte IDH, o que não é o caso do Brasil. (MAZZUOLI, 2013: 981).

Mazzuoli (2013: 981) adverte sobre a possibilidade de nem sempre ser aplicada a interpretação da Corte IDH, dependendo, pois, do caso concreto em questão:

Assim, não há dúvida que é dever dos órgãos do Estado (não somente os juízes, mas todos os seus agentes) conhecer e seguir as decisões ou recomendações da Corte de San José já proferidas, especialmente no que tange à interpretação da Convenção Americana. Mas tal não obriga seja aplicada sempre a interpretação que da Convenção faz a Corte Interamericana, eis que pode a interpretação interna (levada a efeito, v.g., pelos juízes e tribunais) ser mais benéfica ao ser humano em um dado caso concreto. As autoridades nacionais (administrativas, legislativas ou judiciárias) de qualquer nível (federal, estadual, municipal ou distrital) podem, portanto, eventualmente se afastar do critério interpretativo da Corte Interamericana quando o façam de modo fundamentado e com numa interpretação que permita lograr um maior grau de efetividade da norma convencional, por meio de uma interpretação mais favorável da 'jurisprudencia interamericana' sobre o direito humano em questão.

A importância dos órgãos jurisdicionais, dos operadores do direito e o valor das decisões proferidas pela Corte IDH, acerca da aplicação dos direitos humanos no continente americano, são reiteradamente reconhecidos pelo seu Presidente,

consoante os textos de Apresentação dos Boletim de Jurisprudência nº 1 (BRASIL, 2014a); 2 (BRASIL, 2014b); e 3 (BRASIL, 2015).

A Corte IDH, por seu Presidente, reconhece que suas funções não se encerram quando, no caso, profere-se uma decisão, ainda que sob a forma de Resolução, Sentença ou Parecer Consultivo.

Para a Corte IDH, a efetiva proteção dos direitos das pessoas necessita de materialização real, efetivada por diálogos dinâmicos e complementares das obrigações convencionais, a serem realizados com instições internas do Estado, especialmente os órgãos investidos da função jurisdicional, que devem zelar ou tornar efetivos as disposições relativas às obrigações de respeitar os direitos e também pelo dever de adoção disposição no direito interno, conforme disposto nos artigos 1 e 2 da Convenção.

Conforme evidencia a Corte IDH, são operadores do direito, que em suas atividades, conferem o valor real às suas decisões, na medida em que promovem o diálogo jurisprudencial, bem como o controle convencionalidade, na difusão dos direitos humanos, em conformidade aos padrões regionais e internacionais de tutela.

Nesse sentido, as palavras de Humberto A. Sierra Porto, Presidente da Corte Interamericana:

Somos conscientes de que o trabalho da Corte Interamericana não termina quando uma Resolução, Sentença ou um Parecer Consultivo é emitido. A efetiva proteção dos direitos humanos das pessoas adquire uma materialização real através do diálogo dinâmico com instituições nacionais, particularmente os órgãos jurisdicionais. De acordo com essa dinâmica, são os próprios operadores nacionais quem, através do diálogo jurisprudencial e de um adequado controle de convencionalidade, sempre no âmbito de suas competências, conferem valor real às decisões da Corte Interamericana. Cada vez de maneira mais enérgica vem sendo realizado um controle dinâmico e complementar das obrigações convencionais de respeitar e garantir os direitos humanos, conjuntamente com as autoridades internas. Neste ânimo e com este fôlego, a Corte Interamericana tem impulsionado de maneira decisiva o diálogo jurisprudencial com o fim de que a justiça interamericana seja real e efetivamente acessível. Todas as pessoas das Américas devem conhecer, tornar seus e exigir os direitos humanos reconhecidos como tais na Convenção Americana ou nas interpretações deste tratado realizadas pela Corte Interamericana.⁴³

⁴³ Apresentação do Boletim de Jurisprudência nº 1 (BRASIL, 2014a); 2 (BRASIL, 2014b); e 3 (BRASIL, 2015).

6 ALGUNS CASOS DECIDIDOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE) E ALGUNS PRONUNCIAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) SOBRE A MATÉRIA

6.1 *Opinião Consultiva n. 1 de 1982*

Trata-se de opinião consultiva (OP) que versava sobre o conteúdo da função consultiva da Corte Interamericana.⁴⁴

Segundo a Corte IDH, há limites à opinião consultiva que decorrem do próprio artigo 64, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

A Convenção dispõe que os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

O artigo 64 da CADH, assim dispõe:

[...]

Artigo 64

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais. [...] (BRASIL, 2013).

Concluiu a Corte IDH, a respeito de sua função consultiva, que esta pode ser exercida sobre qualquer tratado internacional de direitos humanos aplicável aos Estados Americanos, independentemente de ser bilateral ou multilateral.

Além disso, manifestou-se sobre a possibilidade de abster-se, em opinião consultiva, caso entenda que a questão exceda os limites da função consultiva.

No entanto, para que isso possa ocorrer, a Corte IDH deve obrigatoriamente motivar a sua decisão.

⁴⁴ Corte IDH. "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte [Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. *Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.*

[...]

LA CORTE ES DE OPINIÓN,

Primero

Por unanimidad

que la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.

Segundo

Por unanimidad

que, por razones determinantes que expresará en decisión motivada, la Corte podrá abstenerse de responder una consulta si aprecia que, en las circunstancias del caso, la petición excede de los límites de su función consultiva, ya sea porque el asunto planteado concierna principalmente a compromisos internacionales contraídos por un Estado no americano o a la estructura o funcionamiento de órganos u organismos internacionales ajenos al sistema interamericano, ya sea porque el trámite de la solicitud pueda conducir a alterar o a debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la Convención; ya sea por otra razón análoga. [...] (Corte IDH, 1982).

6.2 Opinião Consultiva n. 6 de 1986

Trata-se de opinião consultiva (OP) apresentada sobre a possibilidade e alcance - ou não - das restrições ao gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), por motivo de interesse geral.⁴⁵

No caso em questão, a consulta foi solicitada sobre a interpretação da expressão "*leis*", nos termos do artigo 30 da CADH.

Segundo o citado artigo, as restrições permitidas previstas na Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral, no âmbito do Estado-parte, e com o propósito para o qual estabelecidas.

O artigo 30 da CADH, dispõe que:

[...]

Artigo 30. Alcance das restrições

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão

⁴⁵ Corte IDH. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas. [...] (BRASIL, 2013).

A Corte IDH (1986a), de forma unânime, pronunciou-se sobre a palavra "*lei*", constante da norma do artigo 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos; interpretando "*lei*" como "*qualquer norma jurídica de carácter geral emanada pelo Poder Legislativo, democraticamente eleito e constitucionalmente previsto no ordenamento jurídico doméstico de determinado país, para a formação das leis*".

[...]
LA CORTE ES DE OPINIÓN,
por unanimidad
que la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes. [...] (Corte IDH, 1986a).

Para a Corte IDH, as restrições aos direitos e liberdades previstas na Convenção apenas podem ocorrer através de Lei, emanada do Poder Legislativo competente, para atender ao interesse geral e ao bem comum da população.

Constata-se o prestígio ao princípio da legalidade (ou da reserva legal), de observância obrigatório, a fim de legitimar eventual restrição aos direitos e liberdades previstas na Convenção, em seu aspecto material (lei democrática e/ou previsão constitucional, no interesse e bem comum geral) e formal (com a tipificação e previsão da possibilidade de restrição).

No caso *Loayza Tamayo vs Peru*, a Corte IDH pronunciou-se sobre a impossibilidade de suspensão da garantia do Habeas Corpus.

No caso *Goiburú vs Paraguai*, a Corte IDH manifestou-se no sentido de que o acesso à justiça, nos planos nacional e internacional, ingressou no domínio do jus cogens.

6.3 Opinião Consultiva n. 7 de 1986

Trata-se de consulta formulada sobre a interpretação e o alcance do artigo 14.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).⁴⁶

O artigo 14 da CADH assim dispõe:

[...]

Artigo 14. Direito de retificação ou resposta

1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. [...] (BRASIL, 2013).

Tal artigo, trata do direito de retificação e resposta, em relação aos artigos 1.1 e 2, também da CADH.

Consoante o artigo 14, toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas, em seu desfavor, pelos meios de comunicação ou difusão destinados ao público, tem o direito de a devida retificação ou resposta, nos termos da lei.

Por outro lado, os artigos 1 e 2 da Convenção estabelecem as obrigações de respeitar os direitos e liberdades, bem como o dever de adotar e regulamentar tais disposições no direito interno do Estado-parte, caso não regulamentados.

Tais comandos buscam tornar efetivos os direitos e liberdades consagrados na consagrados na Convenção.

Assim, os Estados-partes comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades reconhecidas na CADH e a garantir 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.

Além disso, se o exercício dos direitos e liberdades mencionados não estiver garantido por disposições legislativas ou administrativas, os Estados comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições da

⁴⁶ Corte IDH. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta [Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.)*

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

Valer ressaltar que qualquer medida que possa restringir um direito reconhecido na CADH, somente poderá ocorrer por meio de uma lei formal, com a tipificação e previsão da possibilidade de restrição em dado caso.

A "*obrigação de respeitar os direitos*" e o "*dever de adotar disposições de direito interno*", estão consagradas nos artigos 1 e 2 da CADH, nos termos seguintes:

[...] Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

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

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. [...] (BRASIL, 2013).

Esta opinião consultiva foi admitida por maioria (quatro votos a três). No mérito, a Corte IDH entendeu que o direito de resposta e de ratificação deve ser reconhecido pelos Estados, independentemente da existência de legislação interna que regule o assunto.

[...]

A CORTE,

1. Quanto à admissão da consulta apresentada pelo Governo da Costa Rica,
DECIDE

Por quatro votos contra três, admiti-la.

[...]

2. Quanto às perguntas incluídas na consulta formulada pelo Governo da Costa Rica sobre a interpretação do artigo 14.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma,
EXPRESSA O PARECER,

por unanimidade

A. Que o artigo 14.1 da Convenção reconhece um direito de retificação ou resposta internacionalmente exigível e que, de acordo com o artigo 1.1, os Estados Partes têm a obrigação de respeitar e garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição.

por unanimidade

B. Que quando o direito consagrado no artigo 14.1 não se possa fazer efetivo no ordenamento jurídico interno de um Estado Parte, esse Estado tem a obrigação, em virtude do artigo 2 da Convenção, de adotar, em conformidade com seus procedimentos constitucionais, e as disposições da própria Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias.

por seis votos a um
C. Que a palavra "lei", tal como se utiliza no artigo 14.1, está relacionada às obrigações assumidas pelos Estados Partes no artigo 2 e, portanto, as medidas que o Estado Parte deve adotar compreendem todas as disposições internas que sejam adequadas, segundo o sistema jurídico em questão, para garantir o livre e pleno exercício do direito consagrado no artigo 14.1. Porém, quando tais medidas restrinjam um direito reconhecido na Convenção, será necessária a existência de uma lei formal. [...] (Corte IDH, 1986b)

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), mencionou a opinião consultiva n. 7 de 1986, quando do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130.

Embora não conste qualquer referência à opinião consultiva n. 7 ou a Convenção Americana (Pacto de São da Costa Rica), na ementa da ADPF 130, o Ministro Celso de Mello, seu voto, destacou o direito de resposta como essencial para a preservação dos direitos da personalidade, bem como a preocupação da comunidade internacional com a preservação do direito de resposta, tópico sensível e delicado da agenda dos organismos internacionais em âmbito regional, como a CADH.

Segundo o Ministro, a proteção jurídica ao direito de resposta permite identificar uma dupla vocação constitucional, pois visa a preservar tanto os direitos da personalidade, quanto assegurar, a todos, o exercício do direito à informação, exata e precisa.

Citando fragmento da Opinião Consultiva 7, o Ministro esclareceu que o direito de resposta deve ser aplicado independentemente de regulamentação ou da existência de lei no ordenamento jurídico interno ou doméstico dos países signatários do Pacto de São José da Costa Rica, “ainda que a edição de diploma legislativo sobre esse tema específico possa revelar-se útil e, até mesmo, conveniente”.

Ademais, a ausência de qualquer disciplina legal ao direito de resposta não impedirá a manifestação do Poder Judiciário, quando provocado, pelo atingido por publicações inverídicas ou inexatas.

[...] o direito de resposta/retificação tem por base normativa a própria Constituição da República, cujo art. 5º, V, estabelece os parâmetros necessários à invocação dessa prerrogativa de ordem jurídica. Por isso mesmo, [...] sempre caberá ao Poder Judiciário, observados os parâmetros em questão, garantir, à pessoa lesada, o exercício do direito de resposta [ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, voto do min. Celso de Mello, j. 30-4-2009, P, DJE de 6-11 2009]. (BRASIL, 2017c).

6.4 Opinião Consultiva n. 9 de 1987

Trata-se de consulta apresentada pela visando interpretação harmônica dos artigos 8º; 25; 27.2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), sobre suspensão de direitos em casos de emergência.⁴⁷

O artigo 8º dispõe sobre as garantias judiciais, assegurando a toda pessoa o direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O mencionado artigo estabelece que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

Além disso, preceitua que durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

⁴⁷ Corte IDH. *Garantías judiciales en estados de emergencia* [Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. *Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.*

- direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e

- direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

As garantias do artigo 8º da Convenção, aplicam-se a todos os processos judiciais.

A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza; o processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça; e o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

Quanto à proteção judicial, a Convenção esbalece, em seu artigo 25, que toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes.

O recurso é garantia contra atos que violem direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela própria Convenção, ainda que a violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Os Estados comprometem-se a assegurar:

- que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

A suspensão de garantias, excepcionalmente, ocorrem nas hipóteses do artigo 27 da CADH, nos termos seguintes:

Artigo 27. Suspensão de garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à

nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

3. Todo Estado Parte que fizer uso do direito de suspensão deverá informar imediatamente os outros Estados Partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, das disposições cuja aplicação haja suspenso, dos motivos determinantes da suspensão e da data em que haja dado por terminada tal suspensão. (BRASIL, 2013).

Segundo a Corte IDH, as garantias estabelecidas no artigo 27 (*habeas corpus* e qualquer outro recurso efetivo, consequentes ou decorrentes desta) são indispensáveis, bem como insuscetíveis de suspensão.⁴⁸

Além disso, as garantias judiciais inerentes à democracia representativa de governo, previstas no direito interno do Estado-parte, são idôneas para garantir o exercício dos direitos a que se refere o artigo 27.1 da Convenção.

Segundo a Corte IDH, as garantias judiciais devem ser exercidas dentro do quadro, e de acordo com os princípios do devido processo legal, incluídos no artigo 8.º da Convenção.

Por unanimidad

1. Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.

por unanimidad

2. También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c)), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.

por unanimidad

3. Que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8 de la Convención. (Corte IDH, 1987).

Segundo a Corte IDH, toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais; e ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo e com elas promulgadas.

⁴⁸ Cf.: *Loayza Tamayo vs Peru*.

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. (BRASIL, 2013).

Em diversas ocasiões, os Ministros do STF - em especial o Ministro Celso de Mello -, manifestaram-se acerca da observância do devido processo legal, com a proteção e garantias judiciais previstas na Convenção Americana. (BRASIL, 2017c).

Casos envolvendo a observância do duplo grau de jurisdição, a liberdade pessoal, o excesso de prazo e a excepcionalidade da prisão provisória, a observância das garantias processuais no processo de extradição, são frequentes no STF.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, embora o duplo grau de jurisdição não tenha “*dignidade constitucional*”, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos. E “*a incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior*”. [HC 88.420, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 17-4-2007, 1ª T, DJ de 8-6-2007] (BRASIL, 2017c).

Segundo o Ministro Edson Fachin, o STF pode rejeitar pedido de extradição passiva quando a submissão do estrangeiro à Jurisdição do Estado requerente implicar violação a direitos humanos internacionalmente reconhecidos, dentre eles, a garantia de ser julgado por juiz isento, imparcial, e sob a égide do devido processo legal, o que configura exceção ao princípio da contenciosidade limitada. [PPE 760 AgR, rel. min. Edson Fachin, j. 10-11-2015, 1ª T, DJE de 23-6-2016] (BRASIL, 2017c).

Com efeito, os magistrados devem assegurar os direitos e garantias de qualquer pessoa expostas a atos de persecução penal, mesmo sendo estrangeiro ou não domiciliado no país.

Nessa linha de argumentação, manifestou-se o Ministro Celso de Mello, do STF:

[...] analisada a função defensiva sob uma perspectiva global, que o direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao *due process of law*, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro [...]. A justa preocupação da comunidade internacional com a preservação da integridade das garantias processuais básicas reconhecidas às pessoas meramente acusadas de práticas delituosas tem representado, em tema de proteção aos direitos humanos, um dos tópicos mais sensíveis e delicados da agenda dos organismos internacionais, seja em âmbito regional, como o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º), aplicável ao sistema interamericano, seja em âmbito global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14), celebrado sob a égide da Organização das Nações Unidas, e que representam instrumentos que reconhecem, a qualquer réu, dentre outras liberdades eminentes, o direito à plenitude de defesa e às demais prerrogativas que derivam da cláusula concernente à garantia do devido processo. [HC 94.016, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 16-9-2008, 2ª T, DJE de 27-2-2009 (BRASIL, 2017c).

[...]. Cabe advertir que o dever de cooperação internacional na repressão às infrações penais comuns não exige o Supremo Tribunal Federal de velar pela intangibilidade dos direitos básicos da pessoa humana, fazendo prevalecer, sempre, as prerrogativas fundamentais do extraditando, que ostenta a condição indisponível de sujeito de direitos, impedindo, desse modo, que o súdito estrangeiro venha a ser entregue a um Estado cujo ordenamento jurídico não se revele capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo, regular e independente (*fair trial*), com todas as prerrogativas inerentes à cláusula do *due process of law*. (Ext 633/China, rel. min. Celso de Mello), tais como proclamadas e reconhecidas na Constituição do Brasil e nas convenções internacionais subscrições pela República brasileira. [Ext 811, rel. min. Celso de Mello, j. 4-9-2002, P, DJE de 28-2-2003] (BRASIL, 2017c).

Consoante os votos proferidos pelo Ministro Celso de Mello, constata-se o entendimento deste, no sentido da observância aos direitos humanos como vetor interpretativo a orientar o STF, nos processos de extradição passiva.

Destarte, deve prevalecer sempre as prerrogativas fundamentais do extraditando, condição indisponível de sujeito de direitos perspectiva global.

Assim, deve-se observar garantia do *due process of law* ao estrangeiro, quando a jurisdição do Estado requerente implicar violação a direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Por conseguinte, o duplo grau de jurisdição, como ampliativo de direitos e garantias, deve ser assegurado, conforme prevê a Convenção.

Segundo entendimento da Corte IDH, as garantias do artigo 8º da CADH, embora referenciadas como “*judiciais*”, aplicam-se a “*qualquer processo*”, inclusive o administrativo; devendo-se observar a necessidade de defesa técnica nos procedimentos administrativos ou judiciais que possam resultar em decisão de expulsão, deportação ou privação de liberdade.⁴⁹

6.5 Opinião Consultiva n. 11 de 1990

A opinião consultiva (OP) 11, solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão), versava sobre as exceções à necessidade de esgotamento de recursos internos para admissão de demanda na Corte IDH, consoante artigos 46(1); 46(2.a); e 46(2.b); da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).⁵⁰

Conforme dispõe o artigo 44 da CADH, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, bem como as entidades não-governamentais reconhecidas podem apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação aos direitos e garantias previstos na CADH, por um Estado Parte.

⁴⁹ Nesse sentido: Caso Ivcher Bronstein vs Peru 1999; Caso Baena Ricardo e outros vs Panamá; e Caso Vélez Loo.

⁵⁰ Corte IDH. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos [Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.*

A CADH estabelece alguns requisitos de admissibilidade, como disposto no artigo 46(1), da CADH.

Todavia, estes poderão ser excepcionados, consoante previsão do próprio dispositivo, em seu inciso 2.⁵¹

Na OP em questão, duas hipóteses foram consultadas e analisadas pela Corte IDH, a pedido da Comissão, no que tange às exceções aos requisitos de admissibilidade do artigo, nos termos do artigo 46(2), aos requisitos de admissibilidade do artigo 46(1):

- a impossibilidade do manejo de recursos internos, em razão da miserabilidade do requerente; e
- a inexistência de advogado que defenda os interesses da pessoa, por receio ou temor em patrocinar a causa.

Conforme estabelece a Convenção, para que uma petição ou comunicação apresentada seja admitida pela Comissão, dentre outros, serão necessários, o esgotamento dos recursos da jurisdição interna e a observância do prazo de seis meses, para apresentação do pedido, contado a partir da data em que o prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva (artigo 46.1.a e 46.1.b).

No entanto, o artigo 46(2) da CADH estabelece algumas exceções aos requisitos de admissibilidade exigidos:

- inexistência do devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados, na legislação interna do Estado em questão;

⁵¹ Convenção Americana de Direitos Humanos: "[...] Artigo 46. 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. 2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos. Artigo 47. A Comissão declarará inadmissível toda petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 quando: a. não preencher algum dos requisitos estabelecidos no artigo 46; b. não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção; c. pela exposição do próprio peticionário ou do Estado, for manifestamente infundada a petição ou comunicação ou for evidente sua total improcedência; ou d. for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional. [...]"(BRASIL, 2013).

- impossibilidade, inacessibilidade ou impedimento, aos direitos e recursos judiciais internos (inclusive a impossibilidade de esgotá-los), pelo eventual prejudicado ou lesado;

- demora injustificada na decisão sobre os recursos judiciais.

A Corte IDH entendeu que o requisito ao esgotamento dos recursos internos poder ser excepcionado, como no caso, em que o requerente foi impedido de utilizar os recursos internos necessários para proteger direitos garantidos pela Convenção, seja por miserabilidade ou mesmo ausência de advogado em representá-lo, ainda que em razão de temor ou medo em patrocinar a causa.

[...]

ES DE OPINIÓN

por unanimidad

1. Que si, por razones de indigencia o por el temor generalizado de los abogados para representarlo legalmente, un reclamante ante la Comisión se ha visto impedido de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención, no puede exigírsele su agotamiento.

por unanimidad

2. Que, en las hipótesis planteadas, si un Estado Parte ha probado la disponibilidad de los recursos internos, el reclamante deberá demostrar que son aplicables las excepciones del artículo 46.2 y que se vio impedido de obtener la asistencia legal necesaria para la protección o garantía de derechos reconocidos en la Convención. [...] (Corte IDH, 1990).

Verifica-se que a não existência do devido processo legal, o acesso aos recursos disponíveis, bem como a demora injustificada ao julgamento dos recursos, são causas que autorizam a atuação da Comissão.

Além disso, houve o pronunciamento da Corte IDH em relação a outras hipóteses, que passam a autorizar e legitimar a atuação da Comissão - e, conseqüentemente, são exceções aos requisitos de admissibilidade - como no casos em que se vislumbrarem a impossibilidade do manejo de recurso recursos e a ausência de advogado para patrocinar a causa.

Vale ressaltar que houve o acolhimento, pela Corte IDH, da exceção de não esgotamento dos recursos internos, embora em um único caso, e também em decisão não unânime, quando do julgamento do *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*.⁵²

⁵² Corte IDH. *Caso Brewer Carías Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278.*

6.6 Opinião Consultiva n. 14 de 1994

Trata-se de opinião consultiva (OP) apresentada pela Comissão, objetivando a manifestação da Corte IDH sobre as consequências da edição de leis contrárias à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), por Estado-parte, com base nos artigos 1 e 2 da Convenção.⁵³

Algumas questões foram colocadas à manifestação da Corte IDH:

- os efeitos jurídicos de leis manifestamente contrárias à CADH; e
- quais as obrigações e responsabilidades dos funcionários e agentes públicos, ao cumprirem essas leis que são manifestamente contrárias à CADH.

Para a Corte IDH, o Estado-parte que editar uma lei que contrarie as obrigações internacionais, por ele assumidas ao aderir à Convenção, viola este diploma, ensejando, pois, a sua responsabilidade internacional.

Ademais, a Corte IDH manifestou-se no sentido de se reconhecer a responsabilidade internacional do Estado, caso haja o cumprimento de um diploma inconveniente por parte dos funcionários e agentes do Estado.

Consignou ainda pela possibilidade da configuração de crime internacional, do ato a ser cumprido pelos agentes estatais, podendo estes serem responsabilizados internacionalmente e julgados pelo Tribunal Penal Internacional.

LA CORTE,
por unanimidad,
DECIDE

que es competente para rendir la presente opinión consultiva.

Y ES DE OPINIÓN

por unanimidad,

1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.

2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya per se un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto. (Corte IDH, 1994).

⁵³ Corte IDH. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención [Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.*

O Estado-parte que editar uma lei que contrarie as obrigações internacionais por ele assumidas ao aderir à CADH, pode ser responsabilizado; e caso haja o cumprimento de um diploma inconveniente por seus agentes, estes poderão ser responsabilizados por crime internacional de competência do Tribunal Penal Internacional (TPI).

Com efeito, há o dever tanto dos Estados como de seus agentes, em respeitar e cumprir a CADH.

Ministros do STF, manifestaram-se, em diversas ocasiões, sobre a responsabilidade estatal em violações de direitos humanos.

Nesse domínio, destacam-se as demandas envolvendo a privação de liberdade, estabelecimentos carcerários e/ou prisionais, indissociáveis, por sua própria natureza, dos diplomas internacionais e da competência (constitucional) da Suprema Corte.

No Recurso Extraordinário 580.252, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, j. 16/2/2017 (BRASIL, 2017c), asseverou-se a garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica dos detentos, como dever estatal que tem amplo lastro não apenas no ordenamento nacional, como também em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil, como Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, contida na Resolução 1/2008, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; e a Convenção da Organização das Nações Unidas contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Ademais, o Relator Ministro Gilmar Mendes, destacou, no caso, a impossibilidade de invocação seletiva de "*razões de Estado*" para negar, a determinada categoria de sujeitos, o direito à integridade física e moral. Isso, segundo o magistrado, não se mostra em conformidade com o sentido e o alcance do princípio da jurisdição.

Em outra ocasião, quando do julgamento do Habeas Corpus 107.701, publicado no *DJE* de 26/3/2012, o Relator Ministro Gilmar Mendes afirmou, quando em discussão o direito do preso a visitas, assegurado na própria Lei de Execução Penal, que a Constituição Federal de 1988 tem como um de seus princípios

norteadores o princípio da humanidade; e tal princípio, garante aos presos, o respeito à integridade, física e moral (CF, art. 5º, XLIX). (BRASIL, 2017c).

Na mesma linha, o Ministro citou normas da CADH, de que *“toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”* (art. 5º, 1) e que *“ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”* (art. 5º, 2). (BRASIL, 2017c).

As “Regras Mínimas do Tratamento de Prisioneiros da ONU”, também foram citadas, em especial o seu artigo 65, como objetivo de tratamento dos condenados, enquanto perdurar a pena, *“inspirar-lhes a vontade de viver conforme a lei, incutir-lhes o respeito por si mesmos e desenvolver o seu senso de responsabilidade”*. (BRASIL, 2017c).

Em relação ao princípio da humanidade, no Habeas Corpus 82.959, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, publicado no *DJE* de 1º/9/2006 (BRASIL, 2017), o Ministro Cezar Peluso reconheceu que a aniquilação do sistema progressivo conflita com o princípio da humanidade da pena (art. 5º, III, XLVII e LXIX, da CF).

O Ministro Cezar Peluso ressaltou que a Convenção Americana de Direitos Humanos (promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992), não só veda a submissão de qualquer pessoa a penas desumanas ou degradantes (art. 5.2), como fixa os escopos que devem orientar a disciplina legal, bem como a execução das penas privativas de liberdade (art. 5. 6). (BRASIL, 2017),

No Habeas Corpus 90.900, de relatoria do min. Menezes Direito, *DJE* de 23/10/2009 (BRASIL, 2017), cujo *writ* abordava a temática do interrogatório por videoconferência em matéria criminal - questão anterior a Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009, que regulamentou a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência-, o tribunal citou a política criminal de diversos países, tais como Itália, França e Espanha. Nestes países, a comunicação interativa estava autorizada, permitindo-se a transmissão simultaneamente imagem, som e dados, em tempo real, permitindo que um mesmo ato seja realizado em lugares distintos.

O Ministro Cezar Peluso, posicionou-se no sentido da utilização da videoconferência, como um *“mal necessário”*, devendo ser empregado com extrema cautela e rigorosa análise dos requisitos legais que o autorizam, o que não passava

na hipótese dos autos, - não havia, à época, no ordenamento jurídico, previsão legal para realização de interrogatório por videoconferência.

Segundo o Ministro, ainda que houvesse previsão no ordenamento jurídico, a decisão de fazê-lo não poderia deixar de ser suficientemente motivada, com a demonstração plena da sua excepcional necessidade no caso concreto.

[...] embora o País seja signatário da Convenção de Palermo — Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional —, tendo editado o Decreto 5.015/2004, que prevê o uso da videoconferência (art. 18, n. 18, e art. 24, n. 2, b), até hoje não disciplinou a matéria, como o exigem a mesma previsão genérica e a reverência às garantias constitucionais da defesa. [...] A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, prescreve, ademais, no art. 7º, n. 5, que “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”. No mesmo sentido dispõe o art. 9º, n. 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Clara, portanto, a opção legislativa: na impossibilidade de o réu preso ser conduzido ao fórum, por razões de segurança, é o magistrado quem deve deslocar-se até ao local onde aquele se encontra, para o interrogar. [...] A perda do contato pessoal com os partícipes do processo torna, em termos de humanidade, asséptico o ambiente dos tribunais, fazendo mecânica e insensível a atividade judiciária. E, todos sabemos, “o exercício da magistratura é tarefa incômoda. Deve ser exercitada com todos os riscos inerentes ao ministério”. E isso compreende observar a curial recomendação norte-americana de que cumpre aos juízes cuidarem de “smell the fear”, coisa que, na sua tradução prática para o caso, somente pode alcançada nas relações entre presentes [...]. [HC 90.900, rel. p/ o ac. min. Menezes Direito, voto do min. Cezar Peluso, j. 30- 10-2008, P, DJE de 23-10-2009]. (BRASIL, 2017):

No processo de extradição 1.362, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do STF, em conclusão de julgamento e por maioria, indeferiu pedido de extradição formulado pelo Governo da Argentina em desfavor de um nacional, ao qual imputada a suposta prática de delitos de lesa-humanidade. (BRASIL, 2017).

O Colegiado considerou estar extinta a punibilidade dos crimes imputados ao extraditando, nos termos da legislação brasileira, e de não ter sido atendido, no caso, o requisito da dupla punibilidade. (BRASIL, 2017)

Segundo o STF, não há aplicação, no Brasil, da imprescritibilidade dos crimes dessa natureza, em razão do país não ter subscrito a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem ter a ela aderido. (BRASIL, 2017)

Para o STF, apenas uma lei interna pode dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão punitiva estatal, ainda que se considere o caráter cogente do direito internacional. (BRASIL, 2017)

O STF mencionou os fundamentos expostos na ADPF 153/DF, e poderou:

[...] mesmo se houvesse norma de direito internacional de caráter cogente a estabelecer a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, ela não seria aplicável no Brasil, por não ter sido ainda reproduzida no direito interno. Portanto, o Estatuto de Roma, considerado norma de estatura supralegal ou constitucional, não elidiria a força normativa do art. 5º, XV, da Constituição da República, que veda a retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu. Em seguida, o Plenário afastou a ofensa ao art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Não ocorre, no caso, invocação de limitações de direito interno para justificar o inadimplemento do tratado de extradição entre Brasil e Argentina, mas simples incidência de limitação prevista nesse tratado. Concluiu que, estando prescritos os crimes, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, eventual acolhimento do pedido extradicional ofenderia o próprio tratado de extradição, que demanda a observância do requisito da dupla punibilidade. [Ext 1.362, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, j. 9-11-2016, P, Informativo 846]. (BRASIL, 2017).

Em outro caso de extradição, manifestou-se o Ministro Ayres Britto, a respeito do natureza jurídica e política da extradição, cabendo ao chefe de Estado concretizar e zelar pela efetividade do princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. [Extradição n. 1.085, Relator Ministro Cezar Peluso, publicado no *DJE* de 16/4/2010]. (BRASIL, 2017).

O Tratado [...] é uma dessas ferramentas também normativas; ele é bilateral entre Brasil e Itália, no caso, para fazer da extradição um instrumento institucional de objetivos de cooperação para o progresso da humanidade num campo específico: o combate eficaz à criminalidade, ou, dizendo por outro modo, o combate à impunidade. O Tratado, aqui, inflete sobre o instituto da extradição no âmbito da chamada justiça penal eficaz internacional. Excelente, mas o próprio Tratado se rende ao caráter político da extradição. A extradição tem um caráter jurídico: proteção dos direitos humanos. E tem um caráter político: afirmação da soberania dos Estados. Como um Estado é soberano perante o outro, só pode atuar pedindo que um nacional seu seja extraditado para se ver processado ou para cumprir pena; ou seja, como a soberania de cada um dos Estados é dogma de direito internacional, ela só pode atuar mediante cooperação, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. [Ext 1.085, rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Ayres Britto, j. 16-12-2009, P, *DJE* de 16-4-2010]. (BRASIL, 2017).

Segundo o STF, pela sua natureza jurídica, a extradição deve proteger os direitos humanos; ao passo que através de sua natureza política, deve afirmar a soberania dos Estados. (BRASIL, 2017).

Para a Suprema Corte, a soberania, como doutrina fundamental de direito internacional, pode inviabilizar eventual pedido de extradição.

O Estado, como soberano no plano internacional, apenas pode atuar, para o progresso da humanidade, mediante cooperação com outro que queria cooperar.

Em relação à Lei de Anistia brasileira, no julgamento da ADPF 153, o Relator Ministro Eros Grau, posicionou-se:

[...] a dignidade da pessoa humana precede a Constituição de 1988 e esta não poderia ter sido contrariada, em seu art. 1º, III, anteriormente a sua vigência. A arguente desqualifica fatos históricos que antecederam a aprovação, pelo Congresso Nacional, da Lei 6.683/1979. [...] A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa história sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei 6.683/1979. [...] Tem razão a arguente ao afirmar que a dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano. Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arroga a tanto). É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. [...] Sem de qualquer modo negar o que diz a arguente ao proclamar que a dignidade não tem preço (o que subscrevo), tenho que a indignidade que o cometimento de qualquer crime expressa não pode ser retribuída com a proclamação de que o instituto da anistia viola a dignidade humana. [...] O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, esse argumento não prospera. [ADPF 153, voto do rel. min. Eros Grau, j. 29-4-2010, P, DJE de 6-8-2010]. (BRASIL, 2017).

Esta decisão é muito criticada, pois as disposições da lei de anistia brasileira impedem a investigação e eventual sanção, por graves violações aos direitos humanos, contrariando a própria jurisprudência da Corte IDH.⁵⁴

A Corte IDH tem entendimento de serem “*incompatíveis com a Convenção Americana*”, e, portanto, “*carecem de efeitos jurídicos*”, as disposições da Lei de Anistia brasileira.⁵⁵

Quando do julgamento do *Caso Barrios Altos Vs Perú*⁵⁶, a Corte IDH reconheceu a responsabilidade internacional do Estado peruano em razão da edição

⁵⁴ Nesse sentido, Corte IDH: *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (1998)*; e *Caso Barrios Altos Vs. Perú (2001)*.

⁵⁵ Corte IDH, *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*, sentença de 24 de novembro de 2010, Série C, nº 219. Na mesma linha, *Caso Barrios Altos Vs. Perú (2001)*.

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acessado em 15/04/2019.

das referidas leis, mesmo com o reconhecimento deste acerca dos atos violadores dos direitos humanos.⁵⁷

Segundo a Corte IDH (2001), as leis de de anistia do Perú, “*são incompatíveis com a convenção americana sobre direitos humanos e, conseqüentemente, carecem de efeitos jurídicos*”.

Para a Corte IDH, o Perú deve investigar os fatos a fim de identificar as pessoas responsáveis pelas violações de direitos humanos, assim como divulgar publicamente os resultados da investigação e punir os responsáveis.

Destarte, as leis de anistia ou autoanistia, são uma afronta ao direito à verdade e ao acesso à justiça.

Em evidente ofensa às obrigações convencionais assumidas pelos Estados, tais leis não trazem qualquer contribuição para o bem comum coletivo e ao fortalecimento dos direitos humanos.

Nessa linha, concordamos com Cançado Trindade (2001), que assevera ser as chamadas autoanistias “*uma afronta inadmissível ao direito à verdade e ao direito à justiça (começando pelo próprio acesso à justiça)*”.⁵⁸

Segundo a Corte IDH, as leis de anistia ou autoanistia, são incompatíveis com as obrigações gerais e inseparáveis assumidas pelos Estados partes da Convenção Americana.

A Corte IDH entende, o dever de investigar e punir os crimes de lesa-humanidade, como norma *jus cogens*, conforme decisões proferidas no *Casos Velásques Rodrigues vs Honduras e Gomes Lund e Outros vs Brasil*.

⁵⁷ Primeiro caso na Corte IDH de acatamento do reconhecimento de responsabilidade internacional efetuado pelo Estado. Nesse sentido, o voto concordante proferido pelo Juiz A.A Cançado Trindade: [...] “A Corte, em quaisquer circunstâncias, e inclusive em casos de acatamento, através do reconhecimento de responsabilidade internacional por parte do Estado demandado em relação aos fatos violatórios dos direitos protegidos, tem plena faculdade para determinar, motu próprio, as conseqüências jurídicas daqueles fatos lesivos, sem que esta determinação esteja condicionada pelos termos da aceitação. Procedendo desse modo, a Corte está fazendo uso dos poderes inerentes à sua função judicial. Tal como sempre tenho sustentado no seio do Tribunal, em quaisquer circunstâncias a Corte é mestre de sua jurisdição [...]”. (Corte IDH, 2001).

⁵⁸ Voto concordante proferido no *Caso Barrios Altos Vs Perú*. No mesmo sentido, Cançado Trindade (2001) menciona o Voto Fundamentado Conjunto dos Juízes A.A. Cançado Trindade e A. Abreu Burelli, no caso *Loayza Tamayo* (Reparações, Sentença de 27.11.1998), Série C Nº 42, pars. 2-4; e cf. L. Joinet (*rappporteur*), *La Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos) - Relatório Final*, ONU/Comissão de Direitos Humanos, doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20, de 26.06.1997, pp. 1-34. (Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acessado em 15/04/2019).

Em relações aos crimes internacionais praticados pelos agentes públicos, estes serem responsabilizados internacionalmente e julgados pelo Tribunal Penal Internacional (TPI).

Como instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, complementar às jurisdições penais nacionais, o TPI tem sua competência e funcionamento fixados em seu Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional⁵⁹, que dispõe o seguinte:

[...]

Artigo 1º

O Tribunal

É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.

[...]

Artigo 5º

Crimes da Competência do Tribunal

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) O crime de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra;
- d) O crime de agressão.

2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas. [...]

(BRASIL, 2013).

O TPI constitui organismo judiciário de caráter permanente, investido de jurisdição penal para processar e julgar aqueles que hajam praticado ou tentado praticar os delitos mais graves, com repercussão internacional, reprováveis pela comunidade internacional. Como exemplo, os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão.⁶⁰

Nesse domínio, qualquer pessoa que tenha praticado crimes de genocídio, de guerra, contra a humanidade ou de agressão, independentemente de sua qualidade

⁵⁹ Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, promulgou o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

⁶⁰ Nesse sentido, a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, do STF, na Petição 4.625. (BRASIL, 2017); e a manifestação do Ministro Cezar Peluso, Recurso Extraordinário 351.487, publicado no *DJE* de 10/11/2006. (BRASIL, 2017).

oficial, será submetida a jurisdição e competência do TPI, pois o artigo 27, do Estatuto de Roma, consagra irrelevância da qualidade oficial.

Em razão da irrelevância da qualidade oficial do autor dos crimes submetidos a esfera de jurisdição e competência do TPI, pela referida convenção multilateral, não há qualquer obstáculo para que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre qualquer pessoa.

6.7 Opinião Consultiva n. 16 de 1999

Trata-se de opinião consultiva (OP) solicitada sobre do direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal.⁶¹

O artigo 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) autoriza os Estados-partes a consultar a Corte IDH, sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

A pedido de um Estado membro da Organização, poderá a Corte IDH emitir pareceres, sobre a compatibilidade entre qualquer das leis internas do Estado e os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Os tratados criam direitos para terceiros Estados, conforme preceitua a Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados⁶²; e a questão colocada, solicitava o pronunciamento da Corte IDH acerca do dever do Estado receptor de garantir ao estrangeiro, acusado de delito apenado com a pena de morte, a possibilidade de se comunicar e de solicitar a assistência das autoridades consulares de seu país de origem.

⁶¹ Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.*

⁶² Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados: “[...] Artigo 36

Tratados que Criam Direitos para Terceiros Estados

1. Um direito nasce para um terceiro Estado de uma disposição de um tratado se as partes no tratado tiverem a intenção de conferir, por meio dessa disposição, esse direito quer a um terceiro Estado, quer a um grupo de Estados a que pertença, quer a todos os Estados, e o terceiro Estado nisso consentir. Presume-se o seu consentimento até indicação em contrário, a menos que o tratado disponha diversamente.

2. Um Estado que exerce um direito nos termos do parágrafo 1 deve respeitar, para o exercício desse direito, as condições previstas no tratado ou estabelecidas de acordo com o tratado. [...] (BRASIL, 2013).

Para a Corte IDH, o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares⁶³, reconhece ao detido estrangeiro, direitos individuais, entre eles “o direito à informação sobre a assistência consular”, aos quais correspondem deveres correlativos a cargo do Estado receptor.

Segundo a Corte IDH, a expressão “*sem tardar*”, utilizada no artigo 36.1.b, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, significa que o Estado deve cumprir o seu dever de informar ao detido sobre os seus direitos, no momento de privá-lo de liberdade; e antes das primeiras declarações perante a autoridade.

Segundo a Corte IDH, a observância dos direitos reconhecidos ao indivíduo, nos termos do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, não está subordinada aos protestos do Estado que envia.

Assim, os artigos 2, 6, 14 e 50, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, dizem respeito à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

Por conseguinte, o direito individual à informação estabelecido no artigo 36.1.b, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, assegura, nos casos concretos, que o direito ao devido processo legal adquira eficácia, consoante previsão do artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Este preceito estabelece as garantias mínimas suscetíveis de expansão à luz de outros instrumentos internacionais, como a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que ampliam o horizonte da proteção dos acusados.

⁶³ O Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967, promulgou a Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Esta Convenção dispõe: “[...] Artigo 36º

Comunicação com os nacionais do Estado que envia

1. *A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia:*

a) *os funcionários consulares terão liberdade de se comunicar com os nacionais do Estado que envia e visitá-los. Os nacionais do Estado que envia terão a mesma liberdade de se comunicarem com os funcionários consulares e de visitá-los;*

b) *se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar à repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia fôr preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira.*

Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo;

c) *os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conversar e corresponder-se com êle, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença, todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente.*

2. *As prerrogativas a que se refere o parágrafo 1 do presente artigo serão exercidas de acôrdo com as leis e regulamentos do Estado receptor, devendo, contudo, entender-se que tais leis e regulamentos não poderão impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo. [...]* (BRASIL, 2013).

Para a Corte IDH, a inobservância do direito à informação do detido estrangeiro, reconhecido no artigo 36.1.b, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, “*afeta as garantias do devido processo legal*”.

Nestas circunstâncias, a imposição da pena de morte constitui uma violação do direito a não ser privado da vida “*arbitrariamente*”, nos termos das disposições relevantes dos tratados de direitos humanos - como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 4); e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 6).

As consequências jurídicas inerentes a uma violação desta natureza são a responsabilidade internacional do Estado, bem como o seu dever de reparação.

Nesse contexto, as disposições internacionais que dizem respeito à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, inclusive a consagrada no artigo 36.1.b, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, devem ser respeitadas pelos Estados americanos, independentemente de sua estrutura (se federal ou unitária).

[...]

LA CORTE,
DECIDE

por unanimidad,

Que es competente para emitir la presente Opinión Consultiva.

Y ES DE OPINIÓN

por unanimidad,

1. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.

por unanimidad,

2. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos.

por unanimidad,

3. Que la expresión “sin dilación” utilizada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.

por unanimidad,

4. Que la observancia de los derechos que reconoce al individuo el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no está subordinada a las protestas del Estado que envía.

por unanimidad,

5. Que los artículos 2, 6, 14 y 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

por unanimidad,

6. Que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que

adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables.

por seis votos contra uno,

7. Que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (v.g. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación.

por unanimidad,

8. Que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados americanos Partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria. El Juez Jackman hizo conocer a la Corte su Voto Parcialmente Disidente y los Jueces Cançado Trindade y García Ramírez sus Votos Concurrentes, los cuales acompañarán a esta Opinión Consultiva. [...] (Corte IDH, 1999).

Portanto, a garantia consagrada do devido processo legal, contempla o direito à informação sobre a assistência consular e aos respectivos direitos, ao estrangeiro dedito, sem qualquer tipo de dilações, atrasos e demoras.

Vale destacar que as garantias do artigo 8º da CADH, embora referenciadas como “*judiciais*”, aplicam-se a todo e qualquer processo, inclusive o administrativo, conforme entendimento da Corte IDH.⁶⁴

Disso decorre, a observância obrigatória da defesa técnica nos procedimentos administrativos ou judiciais, de qualquer natureza, notadamente quando possam resultar em decisão de expulsão, deportação ou privação de liberdade.

⁶⁴ Caso Ivcher Bronstein vs Peru; Caso Baena Ricardo e outros vs Panamá; Caso Vélez Loor.

6.8 Opinião Consultiva n. 17 de 2002

Trata-se de solicitação de parecer sobre a interpretação dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), objetivando pronunciamento da Corte IDH acerca das medidas especiais previstas no artigo 19.⁶⁵

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão) solicitou parecer à Corte IDH, com a finalidade de elaboração de “*standars gerais*” para aplicação em futuros casos.

Em síntese, a consulta versava sobre:

- a definição de criança;
- a questão da igualdade e não discriminação em razão da idade;
- o interesse superior da criança;
- os deveres da família, da sociedade e do Estado;
- a questão dos processos e procedimentos, judiciais e administrativos, nos quais participam as crianças;
- e o devido processo legal.

O artigo 19 da CADH trata dos direitos de toda criança, “*às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado*”. (BRASIL, 2013)

Em seu parecer, a Corte IDH destacou a doutrina da “*proteção integral internacional*” e também a concepção das crianças e adolescentes “*como sujeitos de direitos e não objetos de proteção*”.

Ademais, registrou algumas diretrizes internacionais, como as Diretrizes de Riad, as Regras Beijing e as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade, como exemplos de normas a serem observadas pelos operadores do Direito.

Segundo a Corte IDH, as obrigações de proteção dos direitos das crianças devem ser consideradas obrigações *erga omnes*.

⁶⁵ Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.*

Portanto, os Estados devem observar os direitos materiais e processuais da criança, em todas e quaisquer circunstâncias, não se admitindo qualquer tipo de discricionariedade.

Segundo a Corte IDH, os Estados têm a obrigação de reconhecer e respeitar os direitos e liberdades da pessoa humana, assim como de proteger e garantir o seu exercício através das respectivas garantias (artigo 1.1), meios adequados para se tornar suas ações.

Segundo a Corte IDH, tanto os direitos como as suas garantias, são conceitos inseparáveis do sistema de valores e princípios característicos da sociedade democrática.

Nessa linha de argumentação, a Corte IDH entende que as garantias judiciais são de observância obrigatória em todo processo no qual a liberdade pessoal de um indivíduo está em jogo.

Portanto, o princípio do devido processo legal constitui um conjunto irredutível e rígido de normas que podem ser expandidos à luz dos direitos humanos.

Além do mais, as regras do devido processo legal, com as respectivas garantias judiciais, devem ser aplicadas não apenas aos processos judiciais, mas a quaisquer outros processos que estejam sob a supervisão do Estado.⁶⁶

O artigo 19 da CADH ordena medidas especiais de proteção em favor crianças, porém, não define o conceito destas.

O artigo 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança⁶⁷, conceitua criança como "*todo ser humano com menos de dezoito anos de idade*". (BRASIL, 2013).

Todavia, o dispositivo prevê exceção, possibilitando a criança alcançar a maioridade antes da idade estabelecida, nas hipóteses legais previstas e "*em conformidade com a lei aplicável à criança*". (BRASIL, 2013).

As premissas fixadas pela Corte IDH, no parecer consultivo em questão, são as seguintes:

- "criança" é toda pessoa com idade inferior a 18 anos, a menos que por lei tenha adquirido a maioridade;

⁶⁶ *Caso Ivcher Bronstein vs Peru (2011); Caso Baena Ricardo e outros vs Panamá (2001); e Caso Vélez Loor vs Panamá (2010).*

⁶⁷ O Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990, promulgou a Convenção sobre os Direitos da Criança.

- as crianças são detentoras de direitos, e a elaboração de normas e sua aplicação devem levar em conta os melhores interesses da criança; critério que inclui o desenvolvimento da criança e o pleno exercício de seus direitos;
- o princípio da igualdade não impede a existência de tratamento diferenciado para as crianças, desde o critério esteja de acordo com as condições especiais dela;
- o Estado deve apoiar a família; reconhece-se a família como área primária para o desenvolvimento da criança; portanto, a permanência no núcleo familiar deve ser favorecida;
- em decorrência da necessidade de permanência no núcleo familiar, a separação da criança da sua família deve ser excepcional e temporária;
- da essência do direito à vida da criança, decorre a obrigação da adoção de medidas específicas que garantam o desenvolvimento das crianças em condições dignas;
- nos procedimentos judiciais e administrativos, relacionados aos direitos das crianças, devem observar obrigatoriamente as regras do devido processo legal; e
- a impossibilidade das crianças (menores de 18 anos) serem processadas por delitos criminais no juízo comum, nos órgãos jurisdicionais destinados aos maiores de 18 anos.

[...]

Opinión

Por seis votos contra uno, que tiene competencia para emitir la presente Opinión Consultiva y que la solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es admisible.

Declara que para los efectos de esta opinión consultiva, “niño” o “menor de edad” es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley, en los términos del párrafo 42.

Y es de opinión

1. Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.

2. Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.

4. Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.
5. Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.
6. Que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.
7. Que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.
8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.
9. Que los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales.
10. Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.
11. Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.
12. Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.
13. Que es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos. [...] (Corte IDH, 2002)

Diante das diretrizes definidas pela Corte IDH, deve-se aperfeiçoar o interno brasileiro, a fim de conformar este aos princípios do interesse da criança, em evolução no plano internacional.

Por essas razões, entendemos ser impossível qualquer discussão a respeito da maioria penal. Tema que assola a política do país nesses tempos sombrios.

Ademais, o conceito de criança, como os menores de 18 anos, impossibilita qualquer distinção entre crianças e adolescentes, seja por denominação, tratamento ou consequências jurídicas.

As hipóteses de emancipação, excepcionais, taxativamente previstas em lei.

Em todos os processos judiciais e administrativos, em que participam ou tenham envolvidos direitos e garantias das crianças, as normas do devido processo legal são de observância obrigatória.

6.9 Opinião Consultiva n. 18 de 2003

Trata-se de opinião consultiva (OP) solicitada acerca das condições jurídicas e direitos dos migrantes.⁶⁸

Na OP em questão, foi solicitado pronunciamento da Corte IDH, quanto à aplicação do princípio da igualdade e da não discriminação, em relação aos imigrantes ilegais.

Para a Corte IDH, os Estados têm a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais.

Consequentemente, o descumprimento, pelo Estado, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, através de qualquer tratamento discriminatório, gera, pois, a sua responsabilidade internacional.

A Corte IDH em seu parecer, manifestou-se, nos seguintes termos:

- os Estados devem adotar medidas positivas;
- os Estados devem evitar de tomar iniciativas que limitem ou violem um direito fundamental, devendo eliminar tais medidas e práticas;

⁶⁸ Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18

- o princípio fundamental de igualdade e não discriminação faz parte do Direito Internacional geral, à medida em que é aplicável a todos os Estados, independentemente de que seja parte ou não em determinado tratado internacional;

- na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*.

- a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos vincula os Estados, independentemente de qualquer circunstância ou consideração, inclusive o status migratório das pessoas;

- o direito ao devido processo legal deve ser reconhecido no contexto das garantias mínimas que se devem oferecer a todo migrante, independentemente de seu status migratório;

- o amplo alcance da intangibilidade do devido processo compreende todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação alguma;

- a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir uma justificativa para privá-la do desfrute e do exercício de seus direitos humanos, entre eles os de caráter trabalhista;

- o imigrante adquire direitos por ser trabalhador, que devem ser reconhecidos e garantidos, independentemente de sua situação regular ou irregular no Estado receptor; e

- os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância do princípio da igualdade perante a lei e de não discriminação à consecução dos objetivos de suas políticas públicas, quaisquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório.

Em razão de serem reconhecidos pela comunidade internacional, os princípios da não discriminação e a igualdade são de observância obrigatória, aplicados a todos os indivíduos (efeito *erga omnes*), independentemente de seu status migratório.

Ademais, na atual etapa da evolução do Direito Internacional, esses princípios são normas imperativas que ingressaram no domínio do *jus cogens*, o direito peremptório, de observância obrigatória pelos Estados, não admitindo retrocesso algum.⁶⁹

⁶⁹ Nesse sentido, *Caso Flor Freire vs Equador (2016)*, julgado pela Corte IDH.

6.10 Opinião Consultiva n. 21 de 2014

Trata-se de opinião consultiva (OP) conjunta, formulada pelos Estados Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, sobre as obrigações internas e a necessidade de proteção internacional, a respeito dos direitos das crianças e adolescentes migrantes.⁷⁰

Os Estados integrantes do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) soliciaram parecer conjunto à Corte IDH, em razão da organização estar impossibilitada de fazê-lo (artigo 64.2 da Convenção).

Segundo entendimento da Corte IDH, criança é toda pessoa que não tenha completado 18 anos de idade.

Para a Corte IDH, os direitos das crianças e em particular, sua proteção e desenvolvimento integral, devem prevalecer sobre qualquer consideração de nacionalidade ou status migratório.

Assim, segundo a Corte IDH, o Estado priorizar o enfoque dos direitos humanos da criança com uma perspectiva considerada de forma transversal, velando para que o interesse superior da criança prevaleça em todas as decisões adotadas.

Outrossim, os Estados devem garantir que os processos administrativos ou judiciais, envolvendo os direitos das crianças migrantes, estejam adaptados a suas necessidades e sejam acessíveis a elas, assegurando-se o acesso à justiça em condições de igualdade, garantindo-se um efetivo devido processo.

Para a Corte IDH, as garantias do devido processo, devem reger todo processo migratório, seja administrativo ou judicial, que envolva crianças, observando-se:

- o direito a ser notificado da existência de um procedimento e da decisão que se adote no âmbito do processo migratório;
- o direito a que os processos migratórios sejam conduzidos por um funcionário ou juiz especializado;
- o direito a ser ouvido e a participar nas diferentes etapas processuais;
- o direito a ser assistido gratuitamente por um tradutor e/ou intérprete;

⁷⁰ Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.*

- o acesso efetivo à comunicação e assistência consular; o direito a ser assistido por um representante legal e a comunicar-se livremente com este representante;
- o dever de designar um tutor no caso de crianças desacompanhadas ou separadas;
- o direito a que a decisão que se adote avalie o interesse superior da criança e seja devidamente fundamentada;
- o direito a recorrer da decisão perante um juiz ou tribunal superior com efeitos suspensivos; e o prazo razoável de duração do processo.

Segundo a Corte IDH, nos termos da Convenção sobre os Direitos da Criança e outras normas de proteção dos direitos humanos, qualquer decisão sobre a devolução de uma criança ao país de origem ou a um terceiro país seguro, apenas poderá basear-se nos requerimentos de interesse superior da criança.

Nesta consulta, a Corte IDH manifestou-se sobre a possibilidade de utilização de seus pareceres, como normas paramétricas ao controle de convencionalidade. (Corte IDH, 2014).

Assim, além da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), dos tratados e diplomas internacionais de direitos humanos, dos princípios gerais de direitos, dos costumes internacionais, dentre outras normas, a Corte IDH pronunciou-se no sentido da utilização de seus pareceres consultivos como parâmetro ao controle de convencionalidade. (Corte IDH, 2014).

A Corte IDH, ao analisar a sua competência consultiva esclareceu que quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a CADH, este tratado obriga todos os seus órgãos, incluindo os poderes judicial e legislativo.

Portanto, toda autoridade - e não apenas os membros do Poder Judiciário - tem o poder-dever de executar o controle de convencionalidade.⁷¹

A Corte IDH destacou a importância da realização, pelos diversos órgãos do Estado, do correspondente controle de convencionalidade.

Nesse sentido, destacou que através da emissão de um Parecer Consultivo, todos os órgãos dos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos (incluindo os que não são partes na CADH) se obrigaram a respeitar os direitos

⁷¹ *Casos Gelman vs Uruguai (2011); Fontevecchia D'Amico vs. Argentina (2011); Almonacid Arellano e outros vs. Chile (2006); e Liakat Ali Alibux vs. Suriname (2014).*

humanos, contando, pois, com uma fonte eficaz de respeito e garantia desses direitos.⁷²

[...]

A CORTE,
DECIDE

por unanimidade, que:

1.É competente para emitir o presente Parecer Consultivo.

EXPRESSA O PARECER

por unanimidade, que:

1.De acordo com o requerido pelos Estados solicitantes, o presente Parecer Consultivo determina a seguir, com a maior precisão possível e em conformidade com as normas citadas anteriormente, as obrigações estatais a respeito de crianças, associadas à sua condição migratória ou à de seus pais, e que os Estados devem, em consequência, considerar ao elaborar, adotar, implementar e aplicar suas políticas migratórias, incluindo nelas, conforme corresponda, tanto a adoção ou aplicação das correspondentes normas de direito interno como a assinatura ou aplicação dos tratados e/ou outros instrumentos internacionais pertinentes.

2.Tendo presente, para estes efeitos, que é criança toda pessoa que não tenha completado 18 anos de idade, os Estados devem priorizar o enfoque dos direitos humanos desde uma perspectiva que tenha em consideração, de forma transversal, os direitos das crianças e, em particular, sua proteção e desenvolvimento integral, os quais devem prevalecer sobre qualquer consideração da nacionalidade ou status migratório, a fim de assegurar a plena vigência de seus direitos, nos termos dos parágrafos 34 a 41 e 51 a 71.

3.Os Estados se encontram obrigados a identificar as crianças estrangeiras que necessitam de proteção internacional dentro de suas jurisdições, através de uma avaliação inicial com garantias de segurança e privacidade, com o fim de lhes proporcionar o tratamento adequado e individualizado que seja necessário de acordo com sua condição de crianças e, em caso de dúvida sobre a idade, avaliar e determinar a mesma; determinar se se trata de uma criança desacompanhada ou separada, assim como sua nacionalidade ou, se for o caso, sua condição de apátrida; obter informação sobre os motivos de sua saída do país de origem, de sua separação familiar se for o caso, de suas vulnerabilidades e qualquer outro elemento que evidencie ou negue sua necessidade de algum tipo de proteção internacional; e adotar, caso seja necessário e pertinente, de acordo com o interesse superior da criança, medidas de proteção especial, nos termos dos parágrafos 72 a 107.

4.Com o propósito de assegurar um acesso à justiça em condições de igualdade, garantir um efetivo devido processo e velar para que o interesse superior da criança tenha sido uma consideração primordial em todas as decisões adotadas, os Estados devem garantir que os processos administrativos ou judiciais nos quais se resolva sobre os direitos das crianças migrantes estejam adaptados a suas necessidades e sejam acessíveis a elas, nos termos dos parágrafos 108 a 115.

5.As garantias de devido processo que, conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos, devem reger todo processo migratório, seja administrativo ou judicial, que envolva crianças são: o direito a ser notificado da existência de um procedimento e da decisão que se adote no âmbito do processo migratório; o direito a que os processos migratórios sejam conduzidos por um funcionário ou juiz especializado; o direito a ser ouvido e a participar nas diferentes etapas processuais; o direito a ser assistido gratuitamente por um tradutor e/ou intérprete; o acesso efetivo à comunicação e assistência

⁷²Casos *Gelman vs Uruguai* (2011); *Fontevicchia D'Amico vs. Argentina* (2011); *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* (2006); e *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (2014).

consular; o direito a ser assistido por um representante legal e a comunicar-se livremente com este representante; o dever de designar um tutor no caso de crianças desacompanhadas ou separadas; o direito a que a decisão que se adote avalie o interesse superior da criança e seja devidamente fundamentada; o direito a recorrer da decisão perante um juiz ou tribunal superior com efeitos suspensivos; e o prazo razoável de duração do processo, nos termos dos parágrafos 116 a 143.

6.Os Estados não podem recorrer à privação de liberdade de crianças para garantir os fins de um processo migratório, nem tampouco podem fundamentar tal medida no descumprimento dos requisitos para ingressar e permanecer em um país, no fato de que a criança se encontre sozinha ou separada de sua família, ou na finalidade de assegurar a unidade familiar, uma vez que podem e devem dispor de alternativas menos lesivas e, ao mesmo tempo, proteger, de forma prioritária e integral, os direitos da criança, nos termos dos parágrafos 144 a 160.

7.Os Estados devem elaborar e incorporar em seus respectivos ordenamentos internos um conjunto de medidas não privativas de liberdade a serem aplicadas enquanto se desenvolvem os processos migratórios, que visem, de forma prioritária, a proteção integral dos direitos da criança, com estrito respeito de seus direitos humanos e do princípio de legalidade, e as decisões que ordenem estas medidas devem ser adotadas por uma autoridade administrativa ou judicial competente em um procedimento que respeite determinadas garantias mínimas, nos termos dos parágrafos 161 a 170.

8.Os espaços de alojamento devem respeitar o princípio de separação e o direito à unidade familiar, de tal modo que no caso de crianças desacompanhadas ou separadas, devem alojar-se em locais distintos ao dos adultos e, no caso de crianças acompanhadas, devem alojar-se com seus familiares, exceto se for mais conveniente a separação, em aplicação do princípio do interesse superior da criança. Ademais, deve-se assegurar condições materiais e um regime adequado para as crianças em um ambiente não privativo de liberdade, nos termos dos parágrafos 171 a 184.

9.Em situações de restrição de liberdade pessoal que podem constituir ou eventualmente se desdobrar, pelas circunstâncias do caso concreto, em uma medida que materialmente corresponda a uma privação de liberdade, os Estados devem respeitar as garantias que se tornam operativas diante destas situações, nos termos dos parágrafos 185 a 206.

10.Os Estados têm a proibição de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechaçar na fronteira ou não admitir, ou de qualquer maneira, transferir ou remover uma criança a um Estado quando sua vida, segurança e/ou liberdade estejam em risco de violação por causa de perseguição ou ameaça à mesma, violência generalizada ou violações massivas aos direitos humanos, entre outros, assim como para um Estado onde corra o risco de ser submetida a tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ou a um terceiro Estado a partir do qual possa ser enviado a outro no qual possa correr estes riscos, nos termos dos parágrafos 207 a 242.

11.De acordo com o estabelecido na Convenção sobre os Direitos da Criança e outras normas de proteção dos direitos humanos, qualquer decisão sobre a devolução de uma criança ao país de origem ou a um terceiro país seguro apenas poderá basear-se nos requerimentos de seu interesse superior, tendo em consideração que o risco de violação de seus direitos humanos pode adquirir manifestações particulares e específicas em razão da idade, nos termos dos parágrafos 207 a 242.

12.A obrigação estatal de estabelecer e realizar procedimentos justos e eficientes para identificar os potenciais solicitantes de asilo e determinar a condição de refugiado através de uma análise adequada e individualizada das petições, com as correspondentes garantias, deve incorporar os componentes específicos desenvolvidos à luz da proteção integral devida a todas as crianças, aplicando integralmente os princípios reitores e, em

especial, o relativo ao interesse superior da criança e sua participação, nos termos dos parágrafos 243 a 262.

13. Qualquer órgão administrativo ou judicial que deva decidir sobre a separação familiar por expulsão motivada pela condição migratória de um ou de ambos os progenitores deve realizar uma análise de ponderação, que contemple as circunstâncias particulares do caso concreto e garanta uma decisão individual, priorizando em cada caso o interesse superior da criança. Nas hipóteses em que a criança tem direito à nacionalidade do país do qual um ou ambos os progenitores podem ser expulsos, ou que cumpra as condições legais para residir permanentemente neste país, os Estados não podem expulsar um ou ambos os progenitores por infrações migratórias de caráter administrativo, pois se sacrificaria de forma irrazoável ou desmedida o direito à vida familiar da criança, nos termos dos parágrafos 263 a 282.

14. Em atenção a que as obrigações determinadas anteriormente se referem a um tema tão próprio, complexo e variável da época atual, elas devem ser entendidas como parte do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, processo no qual, conseqüentemente, este Parecer Consultivo se insere. [...] (Corte IDH, 2014).

Vale ressaltar que a Corte IDH manifestou-se no sentido de reconhecer o acesso à justiça como norma *jus cogens*.

Como corolário do acesso à justiça, asseguram-se, conseqüentemente, as garantias do devido processo a qualquer processo, seja judicial ou administrativo, conforme entendimento da Corte IDH.⁷³

⁷³ Casos *Goiburú vs Paraguai* (2006); *Ivcher Bronstein vs Peru* (2001); *Caso Baena Ricardo e outros vs Panamá* (2001); *Caso Vélez Loor vs Panamá* (2010).

7 À GUIA DE CONCLUSÃO

Nesta dissertação, buscou-se compreender a normatividade das decisões de órgãos jurisdicionais internacionais e sua recepção no âmbito interno, no sentido de propiciar proteção eficaz e efetiva tutela dos direitos humanos.

Sob o ponto de vista da estratégia jurídica, esta dissertação partiu de uma premissa lógica: não é possível desvendar o significado do princípio do devido processo legal e suas garantias mínimas, sem observar a eficácia normativa das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Há um processo de humanização do Direito Internacional contemporâneo, uma vez que os seres humanos possuem direitos que devem ser protegidos, tanto no âmbito interno, quanto no internacional.

Como eficaz sistema de tutela de garantias, de âmbito universal, o Sistema Internacional dos Direitos Humanos (SIDH) coloca-se à disposição de qualquer pessoa, entidade ou organização, desempenhando importante papel na proteção e promoção da dignidade humana.

Este importante mecanismo, aberto à participação de qualquer Estado e de organizações internacionais, apresenta a Organização das Nações Unidas (ONU), como pano de fundo, onde são geralmente negociados os tratados e que dispõe de órgãos que monitoram o cumprimento de normas e de compromissos internacionais assumidos.

A comunidade internacional reconhece o significado deste sistema, em termos de promoção e de tutela dos direitos humanos, que excede o domínio reservado aos Estados ou à competência nacional destes.

As Nações Unidas consagram os valores democráticos e os direitos humanos a nortear a pauta política internacional. Para participar das deliberações e decisões da ONU os Estados deverão respeitar tais valores.

Assim, os novos avanços na proteção internacional dos direitos humanos dependem hoje, em grande parte, de medidas nacionais de implementação.

A ênfase nestas medidas deve dar-se sem prejuízo da preservação dos mecanismos internacionais de proteção.

Não obstante, há uma crise do direito que dilui sua eficácia normativa, em termos de legalidade democrática.

No atual domínio de tutela dos Direitos Humanos, o Direito Internacional e o Direito interno estão em constante tensão, pois as jurisdições internacional e nacional se chocam.

Há manifestações do poder arbitrário, por toda parte. O inimigo comum é o terrorismo. Surge uma onda conservadora preconizando o controle dos processos migratórios. Ressurge das cinzas a xenofobia.

Em processos judiciais, subterfúgios teóricos ressurgem, tais como: a impossibilidade de controle judicial dos atos administrativos ou do mérito destes; as suspensões processuais desarrazoáveis, para uniformização descabidas, sob o manto da celeridade ou outro rótulo absurdo; o tratamento diferenciado conferido à Fazenda Pública; vedações aos recursos e mecanismos de impugnação das decisões judiciais; prisões sem culpa ou antes do trânsito em julgado, dentre outros.

A aplicação das normas internacionais de tutela aos Direitos Humanos deve visar aprimorar, e não desafiar, as normas de Direito interno, em benefício de todos os seres humanos protegidos.

O domínio do *jus cogens* deve regular as relações internacionais e influenciar o plano doméstico, em termos de direito e justiça.⁷⁴

Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, algumas normas e princípios ingressaram no domínio do *jus cogens*, o direito peremptório, de observância obrigatória pelos Estados, não admitindo retrocesso algum.

Em face disso, o acesso à justiça, nos planos interno e internacional, consagra-se como norma *jus cogens*.

Como decorrência, há atração das garantias do devido processo legal para o domínio do *jus cogens*.

O devido processo legal, evidentemente, deve ser assegurado a qualquer processo, seja judicial ou administrativo.⁷⁵

Na mesma linha, os princípios fundamentais da não discriminação e da igualdade são reconhecidos pela comunidade internacional dos Estados, como um todo, aplicam-se a todos os indivíduos, independentemente de seu status migratório, em razão dos efeitos *erga omnes*.

⁷⁴ Nesse sentido, *Caso Flor Freire vs Equador (2016)*, julgado pela Corte IDH.

⁷⁵ *Casos Goiburú vs Paraguai (2006)*; *Ivcher Bronstein vs Peru (2001)*; *Caso Baena Ricardo e outros vs Panamá (2001)*; *Caso Vélez Loor vs Panamá (2010)*.

Ademais, o dever de investigar e punir os crimes de lesa-humanidade, consagram-se no domínio do *jus cogens* (*Casos Velásques Rodrigues vs Honduras e Gomes Lund e Outros vs Brasil*).

As normas da Lei de Anistia brasileira e as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema, desafiam o direito internacional e a jurisprudência dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos.

As disposições das leis de anistia ou autoanistia, incluindo a respectiva lei brasileira, carecem de efeitos jurídicos, portanto, incompatíveis com a Convenção Americana.⁷⁶

A decisão do STF impede a investigação e eventual sanção, por graves violações aos direitos humanos; contrariando, pois, a jurisprudência da Corte IDH⁷⁷.

Evidencia-se a hipótese absurda de responsabilização do Estado Brasileiro, sabatinada de forma teratológica pela Suprema Corte.

Com efeito, o Estado-parte que editar uma lei contrária as obrigações internacionais por ele assumidas ao aderir à CADH, pode e deve ser responsabilizado internacionalmente.

Outrossim, caso haja o cumprimento de um diploma inconvençional por seus agentes, estes deverão também ser responsabilizados por crime internacional de competência do Tribunal Penal Internacional (TPI).

Há o dever tanto dos Estados como de seus agentes, em respeitar e cumprir a CADH. É o Estado-juiz desempenha um papel primordial em se fazer cumprir a CADH e os diplomas internacionais de direitos humanos, à luz do que determina o artigo 5º, parágrafos 2º e 3º da CF.

Nesses tempos sombrios, não cabe ao judiciário limitar ou esvaziar direitos e garantias, que devem ser expandidos, conforme os padrões internacionais de tutela de direitos.

O direito de resposta deve ser reconhecido pelos Estados, independentemente da existência de legislação interna que regule o assunto.

Como garantia intrínseca ao acesso à justiça e ao devido processo, tal direito integra o domínio do *jus cogens*, necessários à sociedade democrática.

⁷⁶ CIDH, Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2010, Série C, nº 219.

⁷⁷ Caso Velásquez Rodrigues vs. Honduras.

O Habeas Corpus também integra o domínio do *jus cogens*. Não é admissível a suspensão desta garantia, bem como qualquer outro recurso efetivo, consequente ou decorrente deste eficaz instrumento.⁷⁸

As garantias judiciais, por certo, devem ser exercidas dentro do quadro, e de acordo com os princípios do devido processo legal, incluídos no artigo 8.º da CADH.

Toda pessoa humana tem direito à liberdade e à segurança pessoais; e ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo e com elas promulgadas.

As garantias do artigo 8º da CADH, embora referenciadas como “*judiciais*”, aplicam-se a “*qualquer processo*”, inclusive o administrativo; devendo-se observar a necessidade de defesa técnica nos procedimentos administrativos ou judiciais que possam resultar em decisão de expulsão, deportação ou privação de liberdade.

Verifica-se que a não existência do devido processo legal; o acesso aos recursos disponíveis; e a demora injustificada ao julgamento dos recursos, como causas que autorizam a atuação da Comissão.

Além disso, quando não se mostra possível do manejo de recurso recursos e a ausência de advogado para patrocinar a causa, os requisitos de admissibilidade podem ser excepcionados, autorizando, pois, a atuação da Comissão.

Segundo a Corte IDH, o Estado-parte que editar uma lei que contrarie as obrigações internacionais, por ele assumidas ao aderir à Convenção, viola este diploma, ensejando, pois, a sua responsabilidade internacional; e caso haja o cumprimento de um diploma inconveniente por parte dos funcionários e agentes do Estado.

Ainda que as decisões da Corte IDH sejam referenciadas apenas indiretamente pelo STF, a fim de confirmar o entendimento do Ministro sobre determinado tema ou assunto, interpretando à luz do direito constitucional, tal prática não é recomendável. O diálogo é necessário.

O STF confere pouca importância aos pronunciamentos da Corte IDH, sendo forçoso reconhecer que inexistente diálogo entre o STF e a Corte IDH. Com exceção do Ministro Celso de Mello, os demais Ministros não analisam os diplomas internacionais

⁷⁸ Cf.: *Loayza Tamayo vs Peru*.

de direitos humanos de forma a aperfeiçoar ou paralizar a legislação interna incompatível.

A teoria da supralegalidade dos tratados internacionais sequer é aplicada da forma como preconizada pelo STF.

Conforme posiciona-se Cançado Trindade (2015), os Estados, como criação humana, existem para servir aos indivíduos; a consciência jurídica universal é fonte material última do Direito.

Nessa linha de argumentação, o Direito interno deve lograr assegurar melhor proteção às pessoas na medida em que incorporar os padrões de tutela requeridos pelos tratados de direitos humanos.

Em síntese, uma compreensão da realidade destes tempos sombrios, exige uma mudança de mentalidade.

O resgate das garantias das normas de direitos humanos apresenta-se como o único caminho seguro que pode conduzir à concretização de princípios e normas do Estado.

Mazzuoli e Gomes (2010) sugerem a ampliação do devido processo legal, em perspectiva multinormativa.

Parece mais apropriado, portanto, falar em devido processo “*multinormativo*”.

Nesse sentido, as garantias constitucionais e internacionais em face dos direitos humanos devem propiciar uma normatividade mais incisiva à tutela a ser realizada, como sugere Gomes e Mazzuoli (2010).

A garantia do devido processo constitui conjunto inextricável de normas hierarquicamente distintas, pressuposto da legalidade democrática, materialmente e formalmente, de aplicável de forma justa e apropriada a caso.

As opiniões consultivas da Corte IDH são fontes de direito, cabendo aos tribunais locais do país seguir tais pronunciamentos.

Deve-se adotar a jurisprudência da Corte IDH de forma a ampliar os direitos e garantias já consagrados, no âmbito interno ou doméstico.

Os Estados têm a obrigação não só de aplicar a Convenção Americana, mas de aplicá-la tal como interpretada pela Corte IDH, como também sugere Mazzuoli (2013).

Os direitos e garantias devem observar as disposições jurídicas gerais, aplicáveis a todos, devendo o processo ser justo e apropriado.

Segundo a Corte IDH, tanto os direitos como as suas garantias, são conceitos inseparáveis do sistema de valores e princípios característicos da sociedade democrática.

Trata-se de um domínio de proteção que não admite retrocesso algum, principalmente no que tange à expansão gradual do conteúdo material do *jus cogens*, e revela a necessidade premente em nossos dias de consolidar as obrigações *erga omnes* de proteção, consoante preconiza Cançado Trindade (2017).

O princípio do devido processo, portanto, constitui um conjunto irreduzível e rígido de normas que podem ser expandidos à luz dos direitos humanos,

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10ª ed. Tradução de Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. Traduzido de *The Human Condition (1958)*. Rio Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____, Hannah. **O sistema totalitário**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1978.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo e constituição: O Devido Processo Legal**. Belo Horizonte: Rev. da Fac. de Direito da UFMG, v. 28, n. 24-25, 1982. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/66>>.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª Ed. Tradução Maria Celeste Leite dos Santos. Revisão técnica Cláudio de Cicco. Apresentação Tessio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: UNB, 1999

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BRANT, L. N. C. **A autoridade da coisa julgada no direito internacional público**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

BRASIL. **Código Civil e normas correlatas**. 9ª. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017a.

_____. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 11ª. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017b.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Boletim de Jurisprudência. Corte Internamericana de Direitos Humanos. N. 1**. Brasília: CNJ, 2014a. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/boletin1por.pdf>>. Acesso em: 08/12/2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Boletim de Jurisprudência. Corte Internamericana de Direitos Humanos. N. 2**. Brasília: CNJ, 2014b. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/boletin2por.pdf>>. Acesso em: 08/12/2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Boletim de Jurisprudência. Corte Internamericana de Direitos Humanos. N. 3**. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/boletin3por.pdf>>. Acesso em: 08/12/2018.

_____, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil**. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/corte-interamericana-de-direitos-humanos-corte-idh/casos-contenciosos-com-o-brasil>>. Acesso em: 09/12/2018.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 99/2017 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2018.

_____. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em 28/4/2019.

_____. **Direitos Humanos**. 4a ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Coletânea temática de jurisprudência: Direitos Humanos**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017c.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Interpretada pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Súmulas vinculantes: aplicação e interpretação pelo STF**. 2ª. ed. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017d.

COHEN-JONATHAN, Gerárd. **Le rôle des principes généraux dans l’interprétation et l’application de la Convention Européenne des Droits de l’Homme**. In: *Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*. Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 192-193.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Comissão). **Caso 11.992 de 2001. Dayra María Levoyer Jiménez Equador**. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2001port/Ecu11992a.htm>>. Acessado em 09/04/2018.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME (TEDH). **Convention européenne des droits de l’homme**. Conseil de l’europe: Strasbourg, 1950. *Telle qu’amendée par les Protocoles nos 11 et 14, complétée par le Protocole additionnel et les Protocoles nos 4, 6, 7, 12, 13 et 16*. Disponível em: <<https://echr.coe.int>>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.** Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf> >. Acceso em 15/04/2019.

_____. **Caso Brewer Carías Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278.** Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_278_esp.pdf>. Acceso em: 09/12/2018.

_____. **Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.** Disponible em formato PDF em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf>. Acceso em: 09/12/2018.

_____. **Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.** Disponible em formato PDF em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf >. Acceso em: 09/12/2018.

_____. **El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.** Disponible em formato PDF em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf>. Acceso em: 09/12/2018.

_____. **Excepciones al agotamiento de los recursos internos [Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.** Disponible em formato PDF em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.pdf>. Acceso em: 09/12/2018.

_____. **Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta [Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.** Disponible em formato PDF em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf>. Acceso em: 09/12/2018.

_____. **Garantías judiciales en estados de emergencia [Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.** Disponible em formato PDF em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf>. Acceso em: 09/12/2018.

_____. **La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.** Disponible em formato PDF em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf>. Acceso em: 09/12/2018.

_____. **"Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte [Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.** Disponível em formato PDF em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf>. Acesso em: 09/12/2018.

_____. **Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención [Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.** Disponível em formato PDF em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf>. Acesso em: 09/12/2018.

_____. **Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.** Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35. Disponível em formato PDF em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/36b15a58a41a220027b36a1b165182f6.pdf>>.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Humanização do Direito Internacional.** 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

_____. **Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI.** Trabalho de pesquisa apresentado pelo Autor, em um primeiro momento, nas Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty, na forma de conferência de encerramento por ele ministrada em Brasília, em 09.11.2005, e, em um segundo momento, em forma final e definitiva, em forma de três conferências proferidas pelo Autor no XXXIII Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA, no Rio de Janeiro, em 18 e 21-22 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20oea%20cji%20%20.def.pdf>>. Acesso em: 02/05/2019.

_____. **EL Ejercicio de la Función Judicial Internacional – Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

_____. **La presencia de la persna humana em el contencioso interestatal antela Corte Interamericana de Justiça.** *In:* SOARES, Mário Lúcio Quintão (Org.); SOUZA, Mércia Cardoso (Org.). Interface dos Direitos Humanos com o Direito Internacional. 1a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. v. 1.

_____. **Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça.** Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

_____. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo.** 2ª ed. Brasília: FUNAG, 2017.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. III.** Porto Alegre. S.A. Fabris Ed., 2003.

CAMPOS, Maria da Conceição Oliveira. **Do princípio das nacionalidades nas relações internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2^a ed. Coimbra: Almedina, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 20^a ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FONSECA JUNIOR, Gelson. **O Interesse e a Regra - Ensaio Sobre o Multilateralismo**. Editora Paz e Terra.

FAVRE, Aintoine. **Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens**. In: Recueil d'études de Droit international en hommage à P. Guggenheim. Genève: IUHEI, 1968.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 2^a ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009. (Coleção Ciências Criminais. v. 4. Coordenação Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha).

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. (Coleção Direito e Ciências afins. v. 5. Coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes e Wiliam Terra de Oliveira).

GORDILLO, Augustín. **Une introduction au droit**. London: Esperia Publications Ltd., 2003.

GUERRA MARTINS, Ana Maria. **Manual de Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2012.

HEDDLEY, Bull. **A sociedade Anárquica**. Editora Funag, 2002.

HERZ, Mônica; HOFFMANN, Andréa Ribeiro. **Organizações internacionais: história e práticas**. Rio de Janeiro: Campos: 2004.

JAYME, Erik. **Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne**. Recueil des Cours, v. 251, 1995. Disponível em: <https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*ej.9789041102614.009_267>.

KANT, Immanuel. **Zum ewigen frieden. Rumo à paz perpétua.** Tradução Heloísa Sarzana Pugliesi. São Paulo: Icone, 2010.

Koskenniemi, Martti. General Principles: **Reflexions on Constructivist Thinking in International Law.** *In:* Koskenniemi (ed.). Sources of International Law. Aldershot: Ashgate/ Dartmouth, 2000.

LAFER, C. **A ONU e os direitos humanos.** Estudos Avançados, v. 9, n. 25, p. 169-185, 1 dez. 1995. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8895>>.

_____, C. **A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt.** Estudos Avançados, v. 11, n. 30, p. 55-65, 1 ago. 1997. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8995>>.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indireta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretada).** Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 19º año, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2013.

MAGALHÃES, J. L. Q.. **Curso de direitos fundamentais.** 3ª ed. São Paulo: Método, 2008.

_____. (COORD.). **Direito à diversidade e o estado plurinacional.** Belo Horizonte: Arraes, 2012.

_____. **Estado Plurinacional e o direito internacional.** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012. V.1.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; Bessa, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do Direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **O “Diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme.** *In* MARQUES (Org.). Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do Direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **Superação das Antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002.** Revista da Esmese, nº 07, 2004. Trabalho publicado in Revista de Direito do Consumidor. RT, v. 51: São Paulo, 2014.

MAUÉS, Antônio Moreira. **A Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Diálogo Judicial**. In: MAUÉS; MAGALHÃES (ORG.). O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAURER, Béatrice. **Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme**. Paris: CERIC/Univ. d'Aix-Marseille, 1999.

MAUÉS, Antônio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (ORG.). **O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliverira. **Coletânea de direito internacional e Constituição Federal**. 11ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliverira. **Curso de direito internacional público**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 15ª ed., vol. 1 e 2, 2007.

MINGST, Karen. **Princípios de Relações Internacionais**. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2014

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PAIVA, Caio Cezar; etc HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional dos Direitos Humanos**. 2ª Ed. Belo Horizonte: editora CEI, 2017.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.); DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito constitucional e internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PELET, Alain, Nguyen Quoh Dien, Dailler, Patrick, **Direito Internacional Público**, Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: incluindo Noções de Direitos Dumanos e Direito Comunitário**. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. 4ª reimpr., Almedina, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: saraiva, 2016.

RODAS, J. G. **Jus cogens em direito internacional**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 69, n. 2, p. 125-136, 1 jan. 1974.

ROBERT, Jacques. **Droits de l'homme et libertés fondamentales**. 5ª ed., Paris: Montchrestien, 1994.

SARTRE, Jean-Paul. **O Muro**. Rio de Janeiro. Nova Fronteira, 2015 (Coleção 50 anos).

SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma realidade nos dias atuais?** Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 44, n. 143, dezembro, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOARES, Mário Lúcio Quintão (Org.); SOUZA, Mércia Cardoso (Org.). **Interface dos Direitos Humanos com o Direito Internacional**. 1ª. v. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Direitos Fundamentais e Direito da União Europeia em Momento de Tensão**. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

_____. **Mercosul: direitos humanos, globalização e soberania**. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. **Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **A Saga dos refugiados sob a égide do Direito Internacional, em tempo de globalização**, Recife: Revista Duc in Altum, Cadernos de Direito, vol 7, n. 13, set/dez, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Cvil: volume único**. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.

UCHOA, Bruno Fonseca; BEMERGUY, Rafael Cruz; et MAGALHÃES, Breno Baía. **A Receção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo Supremo Tribunal Federal (2009-2015) e a Supralegalidade: o Discurso Engajado e a Prática Resistente**. In MAUÉS et MAGALHÃES (ORG.). O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colombia e México. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**. Tradutora Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.