

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

ATOS DE GENOCÍDIO E CRIMES CONTRA A HUMANIDADE:
REFLEXÕES SOBRE A COMPLEMENTARIDADE DA
RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO INDIVÍDUO E DO ESTADO
Antônio Augusto Cançado Trindade

EL NUEVO DESPERTAR DEL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS. CAUSAS, RETOS Y OPORTUNIDADES EN EL LITIGIO
María Cielo Linares

ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 21
DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Alejandro Díaz Pérez
Daniela Aguirre Luna

A APLICAÇÃO DO ARTIGO 8º DA CONVENÇÃO AMERICANA
SOBRE DIREITOS HUMANOS ÀS CAUSAS CÍVEIS
Vitor Fonsêca

JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES.
DESPUÉS DE LAGOS DEL CAMPO ¿QUÉ SIGUE?
Marcela Cecilia Rivera Basulto

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES
A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Pamela Juliana Aguirre Castro

A PROGRESSIVA PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS
DAS MULHERES NO BRASIL: UM ESTUDO A PARTIR DA
CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS
Ricardo Guerra Vasconcelos
Júlia Fonseca Maia

PANORAMA EN MÉXICO CON RESPECTO A LA
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS
Alfonso Carrillo González

A REPERCUSSÃO DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA
NA ORDEM JURÍDICA DO BRASIL
Felipe Otávio Moraes Alves
Micaela Amorim Ferreira

REFLEXIONES SOBRE EL PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
Pablo González Domínguez

67

Enero - Junio 2018

REVISTA

IIDH INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

67



Enero - Junio 2018

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: José Benjamín Cuéllar M.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Editorial Impresos Aguilar

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación..... 7

José Thompson J.

Atos de genocídio e crimes contra a humanidade:
reflexões sobre a complementaridade da responsabilidade
internacional do indivíduo e do Estado..... 13
Antônio Augusto Cançado Trindade

El nuevo despertar del sistema interamericano de derechos
humanos. Causas, retos y oportunidades en el litigio..... 51
María Cielo Linares

Análisis de la evolución jurisprudencial del artículo 21
de la Convención Americana de Derechos Humanos 85
Alejandro Díaz Pérez
Daniela Aguirre Luna

A aplicação do artigo 8º da Convenção Americana
sobre Direitos Humanos às causas cíveis..... 111
Vitor Fonsêca

Justiciabilidad directa de los derechos económicos,
sociales, culturales y ambientales.
Después de Lagos del Campo ¿qué sigue? 131
Marcela Cecilia Rivera Basulto

Los derechos económicos, sociales y culturales
a la luz de la jurisprudencia de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos 155
Pamela Juliana Aguirre Castro

A progressiva proteção e promoção dos direitos das mulheres no Brasil: um estudo a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos	203
<i>Ricardo Guerra Vasconcelos</i>	
<i>Júlia Fonseca Maia</i>	
Panorama en México con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos	231
<i>Alfonso Carrillo González</i>	
A repercussão do Pacto de San José da Costa Rica na ordem jurídica do Brasil	255
<i>Felipe Otávio Moraes Alves</i>	
<i>Micaela Amorim Ferreira</i>	
Reflexiones sobre el pasado, presente y futuro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el control de convencionalidad.....	283
<i>Pablo González Domínguez</i>	

Presentación

Con la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH) el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica, se inició una nueva era en la protección de la persona humana en el hemisferio. Su entrada en vigor, el 18 de julio de 1978, trajo consigo la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) –uno de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante el SIDH)– con facultades supranacionales para conocer casos de violaciones a este tratado por los Estados parte que, por tal razón, hubiesen incurrido en responsabilidad internacional y previamente aceptaran someterse a su jurisdicción.

En 1987, la Corte IDH conoció su primer caso: Velásquez Rodríguez contra Honduras. A partir de entonces, ha emitido un total de 354 sentencias de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas o interpretación de sus fallos; a este vasto acervo jurisprudencial se suman 25 opiniones consultivas en los más diversos asuntos. Con su labor interpretativa de la CADH, la Corte IDH ha ampliado el impacto del tratado interamericano de manera tal que –cuarenta años después de su entrada en vigor– los derechos humanos se han convertido en un “idioma universal” y una nueva ética que coloca a las personas en el centro de las actuaciones, tanto del Estado y sus instituciones como de la diversidad de actores que intervienen en la escena política de nuestros países. Ese es el horizonte a alcanzar en este terreno puesto que –pese a los avances que se observan a

lo largo de las cuatro décadas transcurridas– persisten riesgos, problemáticas y retrocesos en la protección de las poblaciones discriminadas, excluidas y vulnerabilizadas en la región así como en la realización de su dignidad y sus derechos.

El presente número de la Revista IIDH –publicada ininterrumpidamente desde 1985– es monográfico y está dedicado al 40° aniversario de la entrada en vigor de la CADH y la instalación de la Corte IDH, lo que constituye un doble motivo de conmemoración. En esta edición se incluyen diez artículos en los cuales se reflexiona y analizan la evolución, la interpretación y la aplicación de dicho tratado, cuyas reseñas se ofrecen a continuación.

María Cielo Linares, en *El nuevo despertar del sistema interamericano. Causas y efectos*, expone las razones intrínsecas y extrínsecas que –a su juicio– han incidido en la labor de los órganos del SIDH. Además, se refiere a la tecnificación y los altos estándares de profesionalización de la labor de los diferentes actores del mismo que han conducido a desarrollos jurisprudenciales notables, como el relacionado con el artículo 26 de la CADH en el caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros contra Perú, del 23 de noviembre de 2017.

Alejandro Díaz Pérez y Daniela Aguirre Luna, autores del trabajo denominado *Análisis de la evolución jurisprudencial del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos*, revisan el desarrollo del reconocimiento y de la protección de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas del continente. Para ello, parten del fallo en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua y concluyen con la decisión más reciente: la del caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros contra Brasil; también exploran otras líneas jurisprudenciales que ampliarían el efecto útil de la CADH en este campo.

En el artículo *A aplicação do artigo 8º. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos às causas cíveis*, Vitor Fonsêca analiza la jurisprudencia de la Corte IDH en sus competencias consultiva y contenciosa respecto de la aplicación de dicho artículo a causas distintas de las penales, lo que –asegura– conferiría una mayor protección de los derechos humanos.

En su artículo *Justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. Después de Lagos del Campo, ¿qué sigue?*, Marcela Cecilia Rivera Basulto se refiere al primer pronunciamiento de la Corte IDH sobre la vulneración del artículo 26 de la CADH relativo al desarrollo progresivo de los DESC en el caso aludido párrafos arriba, que constituye un hito en la historia del SIDH al señalar la responsabilidad del Estado peruano por la violación del derecho al trabajo lo cual trae consigo importantes retos para su garantía en el orden supranacional, específicamente para el alto tribunal regional.

Ricardo Guerra Vasconcelos y Júlia Fonseca Maia, autores de *A progressiva proteção e promoção dos direitos das mulheres no Brasil: um estudo a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos*, tomando como referencia el caso Maria da Penha contra Brasil, evalúan el respeto y la vigencia de los derechos humanos de las mujeres en este país, su incorporación al ordenamiento jurídico, las actuaciones estatales en la formulación de políticas públicas y legislación en materia de violencia contra las mujeres, su desempeño respecto de los tratados interamericanos en la materia –como la Convención de Belém do Pará además de la CADH– y la importancia de ambos instrumentos internacionales en la protección de los derechos de las brasileñas.

Felipe Otávio Moraes Alves y Micaela Amorim Ferreira, quienes contribuyeron con el artículo *A repercussão do Pacto San José da Costa Rica na ordem jurídica do Brasil*, analizan los impactos de la CADH en su país a partir de la promulgación de la Constitución Federal de 1988 y los fallos condenatorios proferidos por la Corte IDH en casos brasileños, así como su recepción e implementación en el ordenamiento jurídico interno.

Para elaborar el artículo *Panorama en México con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Alfonso Carrillo González revisó los criterios emitidos por los tribunales desde la aprobación de la CADH en 1969, disponibles en el portal de internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De esta forma establece cómo ha evolucionado la protección jurídica de los derechos humanos en su país a la luz de las disposiciones contenidas en dicho tratado, en un proceso que le permitió constatar la persistencia de prácticas judiciales que las contravienen.

Pablo González Domínguez, en su aporte titulado *Reflexiones sobre el pasado, presente y futuro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre control de convencionalidad*, explora la jurisprudencia relativa al mismo desarrollando el contenido del artículo 2 de la CADH desde el caso Suárez Rosero contra Ecuador de 1997 hasta la Opinión Consultiva OC-24/17 de 2017, relacionada con la protección de las personas diversas sexualmente.

Finalmente, Pamela Juliana Aguirre Castro, en el artículo *Los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, aborda el debate en torno a la justiciabilidad o exigibilidad directa de estos derechos y la jurisprudencia relevante de la Corte IDH respecto de sus contenidos, así como

los retos interpretativos y argumentativos que debe afrontar dicho tribunal regional para continuar trabajando en esta línea.

En esta oportunidad, para conmemorar el aniversario de la entrada en vigor de la CADH, la Revista IIDH tiene el honor de incluir también un artículo del jurista Antônio Augusto Cançado Trindade quien fuera juez y presidente de la Corte IDH; en la actualidad es juez de la Corte Internacional de Justicia.

Contar con su colaboración académica en este contexto resulta una conmemoración en sí misma, ya que la evolución del SIDH difícilmente podría explicarse sin considerar los aportes que para ello significó su trayectoria; a partir de su búsqueda de justicia, la cual impulsó desde el derecho internacional de los derechos humanos con rigurosidad jurídica pero siempre teniendo presentes el sufrimiento y las necesidades de las víctimas.

El desempeño de don Antônio Augusto Cançado Trindade –director ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos entre 1994 y 1996, actualmente miembro de su Asamblea General– es invaluable, pues durante su desempeño como juez de la Corte IDH promovió nuevas líneas jurisprudenciales con base en criterios jurídicos innovadores en la interpretación y aplicación tanto de la CADH como de otros tratados interamericanos y universales, en aras de la mejor protección de las víctimas de violaciones de derechos humanos y la restitución de su dignidad.

Su colaboración a este número monográfico de la Revista IIDH se suma a la conmemoración referida como mejor podría hacerse desde el ámbito académico e investigativo del IIDH, con una disertación relevante que nos invita a reflexionar sobre

las aproximaciones y los avances de las distintas vertientes del derecho para la protección huamana.

En ese sentido, en su artículo denominado *Atos de genocídio e crimes contra a humanidade: reflexões sobre a complementariedade da responsabilidade internacional do indivíduo e do Estado*, se hace una relectura de la jurisprudencia relativa a estos delitos emitida tanto por tribunales penales internacionales como por la Corte IDH. Asimismo, comparte sus reflexiones sobre la complementariedad de la responsabilidad del individuo y del Estado en un contexto de “aproximaciones y convergencias” entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional.

El IIDH valora y agradece el aporte de los autores y las autoras de los artículos contenidos en esta nueva Revista IIDH; celebra también que a estos se sume la invaluable colaboración de don Antônio y espera que las reflexiones vertidas en este número sean relevantes para la academia, la sociedad civil y las entidades estatales para que –desde cada uno de esos ámbitos– se impulse la implementación de los estándares internacionales que se han gestado y que han evolucionado en los 40 años de vigencia del Pacto de San José.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

A repercussão do Pacto de San José da Costa Rica na ordem jurídica do Brasil

*Felipe Otávio Moraes Alves**

*Micaela Amorim Ferreira**

Introdução

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, nota-se uma maior interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno do Brasil, e com a adesão à **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)** – doravante CADH ou Pacto – pelo Pacto de San José da Costa Rica¹, houve um fortalecimento na sistemática de proteção e reparação dos direitos mais fundamentais do indivíduo. Por conseguinte, inegável é sua contribuição para a promoção dos direitos humanos no

* Mestrando em Direito pela UNESP. Bacharel em Direito pela UFG. Pesquisador pela UNESP, no CEP 14409-160, na área de Direito Digital, correlacionando tecnologia, como a Internet, ao Direito, nas violações de direitos fundamentais. Currículo Lattes: <<https://www.escavador.com/sobre/4654313/felipe-otavio-moraes-alves>>

** Mestranda e Bacharela em Direito pela Unesp. Pesquisadora pela UNESP, no CEP 14409-160, na área de Direito Penal, correlacionando com as violações de direitos humanos. Currículo Lattes: <<https://www.escavador.com/sobre/10706848/micaela-amorim-ferreira>>

1 Por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Brasil, a partir de 1998², quando aliada a uma atuação efetiva dos operadores do direito, viabilizando avanços significativos³.

Destarte, o presente artigo visa compreender a repercussão da CADH no ordenamento jurídico brasileiro, realizando-se análise sob dois prismas: tratando acerca das condenações do Brasil na **Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)** – doravante Corte Interamericana – e a implementação dessas decisões no ordenamento brasileiro; e, observando as referências à CADH ou decisões da Corte Interamericana nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal (STF).

No presente artigo propõe-se a, no primeiro capítulo, discutir acerca do *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. No capítulo seguinte, abordar os casos em que o Brasil foi parte, principalmente quanto às recomendações e condenações, na Comissão Interamericana na Corte Interamericana de Direitos Humanos. No último capítulo, busca-se analisar a influência desse tratado na jurisprudência do STF, e, por fim, observar a eficácia das decisões dessas instituições frente o Poder Judiciário Brasileiro.

A partir desse panorama, da ainda insuficiente proatividade estatal na tutela dos direitos humanos no Brasil, pelos diversos exemplos a serem inframencionados e vivenciados pela população, visa-se, com olhar crítico, examinar como a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos influenciou o Direito Interno brasileiro, averiguando resultados positivos e negativos. O direito comparado e a análise jurisprudencial serão as principais ferramentas de análise. E com o uso do

2 O Brasil ratificou sua jurisdição à Corte Interamericana em 1998.

3 PIOVESAN, Flávia. “A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos”. In: *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil: Workshop*. 2017. pp. 87-104.

método dedutivo, do direito comparado, costumes, bom senso e a moderação fático-lógica – com dados jurisprudenciais – deve-se alcançar conclusões e, principalmente, soluções com a devida transparência, finalidade legítima e proporcionalidade.

1. Sobre o Pacto de San José

O Pacto de San José da Costa Rica, também chamado de Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (CADH)⁴, é um tratado que foi celebrado pelos integrantes da Organização de Estados Americanos (OEA) em 1969. No entanto, apenas entrou em vigor após a décima primeira ratificação, em dezoito de julho de 1978.

Em seus 81 artigos, o Pacto visa tutelar, em geral, os direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade pessoal e moral, à educação, entre outros. Trata, ainda, de garantias judiciais, liberdade de pensamento e associação e proteção à família. Nota-se forte influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao tratar do ideal de ser humano livre, em pleno gozo de seus direitos econômicos, sociais e culturais, além dos direitos civis e políticos⁵.

A CADH criou em seu âmbito: a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A CIDH possui diversas funções, como o dever de promover a defesa dos direitos humanos, formular recomendações aos Estados membros, além

4 AMERICANOS, Organização dos Estados. “*Pacto de San José da Costa Rica*”. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

5 MAIA, Luciano Mariz. “O Brasil antes e depois do Pacto de San José”. *Boletim Científico-Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, Ano I, v. 4, pp. 81-98, 2002.

disso, tem competência para apresentar demandas perante a Corte Interamericana. A Corte IDH em si possui função de julgar casos de violação de direitos protegidos na CADH no caso de inércia do Estado membro, podendo ser decisões contenciosas ou consultivas, sem respaldo de recurso sobre o mérito⁶.

Em vista da realidade sócio-política que vivia a América Latina no contexto de criação da CADH, de problemas que ainda persistem na contemporaneidade, em que apenas os países latino-americanos foram signatários, sua redação devidamente observou a realidade regional, evidenciada pelas questões referentes à liberdade e à economia, além das questões sociais e culturais das localidades⁷.

1.1 Histórico do Pacto no Brasil

1.1.1 Promulgação e vigência

O Brasil ratificou a CADH em 25 de setembro de 1992, tendo validade no ordenamento interno com a aprovação do Decreto 678 de seis de novembro de 1992⁸. Contudo, o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana veio somente seis anos após, com o Decreto 89 de três de dezembro de 1998⁹, e desde então, diversos casos já foram analisados pela CIDH e julgados pela Corte Interamericana.

6 LOPES, Lucas Tófoli. “Direitos humanos e o Pacto de San José da Costa Rica”. Disponível em: <<http://direitoaponto.blogfolha.uol.com.br/2017/05/26/direitos-humanos-e-o-pacto-de-san-jose-da-costa-rica/?loggedpaywall>>. Acesso em: 14 de abr. de 2018.

7 MAIA. “O Brasil antes e depois...”. 81-98.

8 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>.

9 Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=537575&id=14269430&idBinario=15651233&mime=application/rtf>>.

Inicialmente, a integração do Pacto não foi pacífica, pois à época, os tratados ratificados pelo Brasil, ao entrarem no ordenamento jurídico brasileiro, possuíam *status* de lei ordinária¹⁰. No entanto, em relação à CADH, muitos juristas defendiam a consideração do disposto no parágrafo segundo do artigo quinto da Constituição Federal de 1988 (CF/88), devendo esse instrumento fazer jus a um *status* diferenciado¹¹.

O referido dispositivo constitucional assim dispõe: “§ 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”¹². Mesmo assim, a visão tradicional do STF, em posição firmada em 1977 no julgamento do Recurso Especial 80.000/SE, sustentava que os tratados internacionais, inclusive os que versassem sobre direitos humanos, gozavam deste *status* de lei ordinária.

Somente a partir 2004, com a Emenda Constitucional nº 45 (EC 45/04), que esta visão fora superada. Com seu advento, foi adicionado ao artigo quinto, da CF/88, o parágrafo terceiro, o qual dispõe que: “Os tratados e convenções 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”.

10 Com base na hierarquia das normas preconizada por Hans Kelsen, a lei ordinária é considerada uma norma primária, retirando seu fundamento de validade diretamente da Constituição, norma fundamental, hierarquicamente superior a todas as demais normas. Portanto, essa lei possui o mesmo *status* que as outras normas primárias, como as leis complementares, leis delegadas, medidas provisórias e demais legislações subordinadas diretamente à Constituição.

11 PIOVESAN. “A Constituição Brasileira de 1988...”. pp. 87-104.

12 BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. 1988.

Não obstante, novas indagações foram levantadas: qual o *status* dos tratados, como os de direitos humanos, já ratificados? E daqueles aprovados com quórum diferenciado? Esta questão só foi definida pelo STF com o julgamento do Recurso Especial 466.343 de 2008.

1.1.2 Status constitucional e suprallegalidade: RE 466.343/2008

Em 2008, através do Recurso Extraordinário 466.343, que *a priori* tratava de Depositário Infiel, o STF reconheceu caráter suprallegal aos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados com quórum de emenda constitucional, ou ratificados antes da referida EC 45/04. Doravante, houve críticas a este recurso, pois apesar da evolução, o STF teria perdido a oportunidade de conceder valor constitucional a todos os tratados de direitos humanos assinados pelo país.

O próprio Ministro Celso de Mello, em seu voto, sugeriu que “nem mesmo emenda constitucional teria o condão de suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado em tema de direitos humanos”¹³. De qualquer maneira, notoriamente, o RE 466.343/2008 cessou as indagações sobre tratados anteriormente ratificados ou sua posição legal, priorizando a unidade e compatibilidade jurídica do Brasil com o Direito Internacional. Os tratados internacionais comuns, porém, ainda têm caráter ordinário.

Vale citar as palavras do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, expondo o efeito “paralisante” que um tratado

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Recurso Extraordinário: RE 466343 SP”. Relator: Min. Cesar Peluso. DJ: 03/12/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>.

suprallegal tem sobre uma legislação infraconstitucional em incompatibilidade de matéria¹⁴:

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) **não foi revogada** pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria**, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. [...] (g.n., STF, Recurso Extraordinário, nº. 466.343, rel. Min. Cesar Peluso, ainda pendente de julgamento).

1.2 Controle de convencionalidade e efeito *erga omnes*

Desde 2006, a partir do julgamento do “Caso Almonacid Vs. Chile”¹⁵, todos os Estados sujeitos à jurisdição da Corte Interamericana estão obrigados a exercer o controle de convencionalidade entre o ordenamento jurídico interno, aplicável ao caso, e as jurisprudências daquela. A jurisprudência, então, ganhou este caráter vinculante a todos seus signatários, sendo assim, as decisões da Corte Interamericana têm efeito

14 BRASIL. “Supremo Tribunal...”

15 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile: Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

erga omnes, mesmo em casos onde o Estado-signatário não fora parte. Ou seja, não é mera faculdade da autoridade interna respeitá-las¹⁶.

No Brasil, mesmo com a obrigação expressa, há pouquíssima utilização jurisprudencial, sem ressonâncias nas decisões internas, quando, na verdade, até o próprio STF deveria cuidar do cumprimento desta normatividade internacional. Na União Europeia, por exemplo, é justamente esta compatibilização entre ordenamentos jurídicos internos e internacionais, que propicia integração, evolução e colaboração na solução de litígios, principalmente no que concerne aos direitos humanos.

Apesar de pouco tratado no Brasil, devido às – ainda persistentes – incongruências do exercício do Poder Judiciário com o exercício de cumprimento político de um tratado firmado pelo Poder Executivo, o controle de convencionalidade deveria ser melhor aplicado para, além de demonstrar consolidado o compromisso com ilicitudes desta espécie, efetivar integralmente tratados em que o país se comprometeu a estritamente respeitar.

2. Comentários sobre as sete condenações do Brasil

No Brasil, até hoje, foram sete condenações desfavoráveis. Ainda há alguns outros casos em fase de investigação pela Comissão Interamericana ou julgamento pela Corte Interamericana. Veremos a seguir quais foram as condenações e suas respectivas repercussões.

16 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. “Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*, a. 46 n. 181 jan./mar, p. 129. Brasília: 2009.

2.1 Caso Damião Ximenes Lopes¹⁷

Em 1999, morreu Damião Ximenes Lopes, que tinha doença mental, na instituição psiquiátrica Casa de Repouso Guararapes em Sobral-CE. Em 2006, após todos devidos processos legais estabelecidos pela CADH, a Corte Interamericana sentenciou o Brasil a: reconhecer sua responsabilidade e inércia, dar publicidade à sentença no país, indenizar a família, responsabilizar-se por melhores cuidados com deficientes em geral e investigar devidamente e sancionar os responsáveis pela morte de Damião.

Por causa da sentença, a Lei de Saúde Pública Mental (Lei nº 10.216/2001), que estava doze anos em trâmite, fora aprovada rapidamente; o Brasil realizou o pagamento indenizatório aos familiares; em 2009, o juízo da comarca de Sobral condenou quatro funcionários da casa de repouso; o Brasil realizou a capacitação de diversos profissionais da área da saúde mental, com a criação de vários programas sobre o cuidado com estes deficientes; e ainda, constatou-se um aumento exponencial na pesquisa acadêmica sobre esta área¹⁸.

Na opinião dos que vos fala, este foi nitidamente um dos casos, se não o mais expressivo, em que teve a sentença mais propriamente cumprida pelo Brasil, com todas as medidas cabíveis respaldadas pelo Estado brasileiro, mesmo com alegações do suposto não cumprimento integral da sentença.

17 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso Ximenes Lopes versus Brasil: Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas)”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

18 LIMA, Aluísio Ferreira de; PONTES, Maria Vânia Abreu. “O Caso Damião Ximenes Lopes e a primeira condenação internacional do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos”. *Cadernos Brasileiros de Saúde Mental*, Florianópolis, v.7, n.16, pp.01-13, 2015.

2.2 Caso Arley José Escher e outros¹⁹

Em 1999, na cidade de Querência do Norte, no Paraná, um Major, oficial da Polícia Militar do Paraná, a pedido do Subcomandante, Coronel e do Secretário de Segurança Pública, solicitou a uma juíza, da comarca de Loanda, autorização para grampear linhas telefônicas de 34 trabalhadores ligados ao MST. A juíza autorizou a escuta e não notificou o Ministério Público – só a Polícia Civil, Polícia Federal e o MP poderiam solicitar a quebra de sigilo – e ainda, um ano depois, o caso ainda seria arquivado, pela própria juíza que violou os direitos dos integrantes, pela alegação de falta de provas. Ademais, as gravações foram divulgadas em uma coletiva de imprensa por ordem do Secretário.

Em 2009, a Corte Interamericana considerou que houve violação aos direitos à privacidade e honra, garantias judiciais, liberdade de associação e difamação (criminalizando o movimento), tutelados pela Convenção Interamericana, condenando o Brasil a indenizar os integrantes do MST, dar publicidade à sentença no país e retomar as investigações dos fatos que geraram as violações, apurando propriamente o caso e tomando as medidas para inibir a ação de grupos armados.

Em 2010, o Brasil pagou a indenização de US\$ 22 mil dólares a Arley Escher e outros quatro integrantes, todavia, não investigou o caso novamente, alegando que transcorreria o prazo prescricional da investigação, tampouco responsabilizou quaisquer dos envolvidos no litígio, apesar de causar uma reafirmação da importância do sigilo das comunicações

19 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso Escher e outros Vs. Brasil: Sentença de 6 de julho de 2009 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

telefônicas²⁰. Ou seja, teve mais impactos jurisprudenciais, na proteção sobre abusos na vida privada pelo Estado, do que na prática do caso.

2.3 Caso Sétimo Garibaldi²¹

Em 1998, houve o homicídio do Sr. Sétimo Garibaldi por tiro de um fazendeiro durante uma operação extrajudicial de despejo de famílias de trabalhadores sem-terra, que ocupavam uma fazenda no Paraná. A Corte IDH responsabilizou o Estado brasileiro pelas falhas e omissões apontadas que demonstraram que as autoridades estatais não atuaram com a devida diligência, pela indenização da família da vítima e a dar ampla publicidade à decisão.

A condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana, em 2009, além da indenização paga à família, impulsionou lentamente o trâmite do inquérito policial nº 178/98 e, em 30 de junho de 2011, o Ministério Público ofereceu denúncia contra o fazendeiro Morival Favoreto, suposto autor do homicídio. Outrossim, o inquérito fora mal feito e autoridades policiais e até o promotor de MP foram relapsos na prestação de seus serviços. Entretanto, Morival Favoreto impetrou *Habeas Corpus* junto ao

20 MASI, Carlo Velho. “O caso Escher e outros vs. Brasil e o sigilo das comunicações telefônicas. A fundamentação como garantia de efetividade dos direitos humanos”. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3645, 24 jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24469>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

21 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso Garibaldi Vs. Brasil: Sentença de 23 de setembro de 2009 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)”. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.doc>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

Tribunal de Justiça do Paraná, o qual foi concedido em 2011, arquivando a ação penal em 2012²².

2.4 Caso da “Guerrilha do Araguaia” (Caso Julia Gomes Lund e outros)²³

Por volta de 1966, setenta militantes do Partido Comunista do Brasil, se dirigiram para a região do Rio Araguaia. Todos os integrantes da chamada “Guerrilha do Araguaia”, que sequer fora posta em prática, entre 1972 e 1975, foram mortos e torturados pelos órgãos de repressão do governo militar do Brasil à época, por ordem do então Presidente da República para que “ninguém saísse vivo de lá”.

A Corte Interamericana fixou a responsabilidade do Brasil pelo desaparecimento forçado e pela violação de vários direitos relacionados, além da violação do direito à proteção judicial, pela carência de investigação, julgamento e punição dos culpados. Em 2010, condenou, assim, o Brasil a não aplicar a Lei da Anistia e condenar os responsáveis, permitir a identificação das vítimas pelas famílias, publicar a sentença e instalar uma Comissão da Verdade.

Esta Comissão foi criada – e a Lei de Acesso a Informação – mas com poucos respaldos, sem indenização aos familiares

22 CEIA, Eleonora Mesquista. “A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil”. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, pp. 113-152, jan.-fev.-mar. 2013.

23 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil: Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

das vítimas, ainda mais pela não tipificação do delito de desaparecimento forçado, o que foi exigido pela Corte Interamericana. Contrariamente, não houve, por casa da Lei da Anistia, responsabilização alguma por este e nenhum outro ato desta espécie dos culpados.

2.4.1 Caso Vladimir Herzog²⁴

Em 1975, o jornalista Vladimir Herzog, diretor de jornalismo da TV Cultura de São Paulo à época, foi encontrado morto, alegadamente enforcado, nas dependências do 2^a Exército em São Paulo. No dia seguinte à morte, o comando do Departamento de Operações de Informações e Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI), órgão de repressão do exército brasileiro, divulgou nota oficial informando que Herzog havia cometido suicídio na cela em que estava preso.

Em 1978, o processo movido pela família do jornalista revelou os verdadeiros fatos e a União foi responsabilizada pela detenção arbitrária, tortura e morte do jornalista. Por causa da Lei da Anistia, aprovada em 1979, nenhum responsável fora indiciado.

Em 2015, a Comissão Interamericana publicou seu Relatório de Mérito nº 71/2015 responsabilizando o Brasil pelas violações aos direitos de Herzog, recomendando que seja investigada a morte e identificados os responsáveis. O Brasil não cumpriu nenhuma destas recomendações e o caso se encontra em fase de julgamento pela Corte Interamericana até o presente momento. Além da resolução do mérito, o caso tem sua importância

24 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Relatório nº 71/15, Caso 12.879, Relatório de Mérito: Vladimir Herzog e outros Vs. Brasil”. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

jurisprudencial e política, pois ajuda a rever a política brasileira de segurança nacional ou até mesmo o zelo pela “paz pública”, potenciais justificativas de abusos de poder por policiais e militares.

2.5 Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde²⁵

Apesar de notícias evidenciando violações de direitos na fazenda desde os anos 1980, foi a partir de 1988 que uma série de denúncias foram apresentadas relatando a prática de: trabalho forçado, servidão por dívidas, cárcere, tráfico de pessoas e trabalho infantil na Fazenda Brasil Verde, no Pará, sem condições de moradia, alimentação e saúde.

Para agravar, o Estado teve conhecimento da existência destas práticas em inspeções e realizou nenhuma medida de prevenção e inibição, tampouco apurou as vítimas ao não fornecer meios judiciais para proteger seus direitos. E ainda, em 2008, a ação penal fora extinta pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Na sentença da Corte Interamericana, de 2016, citou-se 128 vítimas de trabalho escravo na fazenda, sendo 43 constatadas na fiscalização em 1997 e outras 85 na inspeção de 2000, condenando o Brasil a publicar a sentença, indenizar as vítimas ou familiares por cerca de US\$ 4,7 milhões de dólares, reiniciar as investigações e/ou processos penais sobre os fatos para identificar e processar os responsáveis e adotar medidas necessárias para que a prescrição não seja aplicada já que a Corte Interamericana

25 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil: Sentença de 20 de outubro de 2016 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

reconhece imprescritibilidade da escravidão contemporânea. Ainda não há respostas práticas do Brasil sobre a sentença.

2.6 Caso “Favela Nova Brasília” (Caso Cosme Rosa Genoveva e outros)²⁶

Em 1994 e 1995, na Favela Nova Brasília, no Complexo do Alemão, durante operações policiais no Rio de Janeiro, ocorreram duas chacinas com treze mortos em cada, além de denúncias de tortura e de três estupros. Em 2017, ocorreu a sentença da Corte Interamericana em que o Brasil foi condenado por violência policial.

O Estado brasileiro está tendo o prazo de um ano, até o dia onze de maio de 2018, para reabrir as investigações (as quais foram consideradas imparciais à época, por omissão do Estado) e pagar indenização de aproximadamente US\$ 2,5 milhões de dólares a cerca de 80 pessoas. Condenou também o Estado brasileiro a garantir que todos os entes envolvidos, como a família das vítimas, tenham segurança durante o devido processo legal, além de garantir a eficiência e responsabilização de agentes do Estado que, em geral, violem direitos humanos por abuso de poder, estabelecendo metas e políticas de redução de violência policial.

O Brasil deveria ter realizado mudanças legislativas e administrativas, além da realização de cursos de capacitação, mas com atitudes como a intervenção militar no Rio de Janeiro, transparece a intenção do não cumprimento das recomendações.

26 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil: Sentença de 16 de fevereiro de 2017 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

2.7 Caso Povoado Indígena Xucuru e seus membros²⁷

Entre 1989 e 2005, houve violação do direito à propriedade coletiva e à integridade pessoal do Povo Indígena Xucuru, por omissão estatal, pela demora de mais de dezesseis anos no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais e pela demora de 21 anos na desintrusão total dessas terras e territórios. Ponderou-se que o Brasil violou o direito à propriedade, à integridade pessoal, às garantias e à proteção judiciais.

Em 2018, o Brasil fora sentenciado, apesar da declaração da procedência da incompetência *ratione temporis* a fatos anteriores à data do reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana, a garantir o direito de propriedade do Povo Indígena Xucuru sobre seu território para que não recebam nenhuma interferência de terceiros, garantindo o processo de desintrusão; publicar a sentença; e indenizar por dano imaterial o povoado. Nisto, estabeleceu-se um importante direito: a priorização dos direitos dos povos indígenas, sobre terceiros, a respeito de suas terras.

3. Evolução histórica das jurisprudências do STF

Nesse tópico, abordar-se-á a repercussão do Pacto frente ao ordenamento jurídico interno a partir da evolução jurisprudencial do STF, verificando os casos concretos considerados mais relevantes em que o STF aplicou ou deixou de aplicar a CADH.

27 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil: Sentença de 5 de fevereiro de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

3.1 Depositário infiel

Este caso está intimamente ligado à discussão realizada acerca do *status* dos tratados internacionais de direitos humanos supramencionado. Para melhor compreender o contexto de tal alteração, é de mister importância retomar o texto do Pacto, em que seu artigo sétimo, parágrafo sete, determina que a única forma admitida de prisão civil é por inadimplemento de obrigação alimentar²⁸.

Esse dispositivo entraria, em tese, em conflito com o que consta no artigo quinto, inciso LXVII, da CF/88 na parte que trata do depositário infiel: “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”²⁹.

Acerca do tema, o primeiro pronunciamento realizado pelo STF foi em sede de *Habeas Corpus* (HC 72.131/ RJ de 1995), o qual analisou a impossibilidade de prisão civil do devedor como depositário infiel em um caso de alienação fiduciária em garantia, com fundamento da CADH.³⁰ Esse recurso foi indeferido, pois, em contexto prévio à EC 45/04, a maioria dos ministros defendia o *status* de Lei Ordinária do Pacto, não se sobrepondo ao disposto no artigo quinto, inciso LXVII da CF/88.

Entretanto, tal entendimento foi alterado por influência da EC 45/04³¹. Até que, no RE 466.343 de 2008, como já visto, o STF determinou que os tratados e convenções internacionais sobre

28 AMERICANOS, Organização dos Estados. “Pacto de San José da Costa Rica...”

29 BRASIL, Constituição (1988). “Constituição da República Federativa do Brasil”.

30 CAPEZ. “A prisão civil do depositário infiel...”

31 EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. “A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira”. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 10, n. 90, pp. 01-34, 2011.

direitos humanos não incorporados na forma determinada pelo artigo quinto, parágrafo terceiro, entrariam no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de supralegalidade³².

Em consequência, apesar de não ter havido revogação expressa do artigo quinto, LXVII, na parte que trata do depositário infiel, toda norma infraconstitucional que tratasse da matéria sofreu efeito paralisante. Tanto que, em 2008, o STF concedeu vinte e sete HC por inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, aplicando o Pacto San José.

Para rematar, em 2009, fora editada a Súmula Vinculante nº 25 – cancelando a Súmula 619 do STF – que determina ser “ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

3.2 Escuta telefônica indevida

Outra importante aplicação da CADH no STF fora quando os ministros da Segunda Turma concederam *Habeas Corpus* (HC 83.096 de 2003) em favor de acusado que não queria ser submetido a teste de perícia de voz. Ele havia sido denunciado pela prática de associação para o tráfico de entorpecentes, após escuta telefônica efetuada pela Polícia Federal³³. Durante os trâmites legais, a acusação requereu a perícia de voz do acusado, que foi deferida pelo magistrado. Para agravar, antes da perícia ser realizada, a gravação foi exibida em um programa de televisão, em que se afirmava veemente ser do acusado aquela VOZ.

32 CAPEZ. “A prisão civil do depositário infiel...”.

33 STF Notícias. “STF decide processos com fundamento no Pacto de San José”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116382>>. Acesso em: 10 de abr. de 2018.

Assim, a defesa interpôs o referido HC, arguindo a falta de segurança do acusado por tal exposição e alegando ofensa ao artigo oitavo, inciso segundo, “g”, do Pacto, segundo o qual ninguém será obrigado a depor, fazer prova contra si mesmo ou se autoincriminar, dispondo sobre o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”³⁴. No julgamento, a Turma acompanhou o voto da Ministra relatora Ellen Gracie, para assegurar ao paciente o exercício do direito ao silêncio, sustentando, ainda, que não cabe ao acusado fazer prova de sua inocência.

3.3 Prisão preventiva e direito de defesa

As questões que serão tratadas nesse tópico os são conjuntamente por serem casos em que a parte pautou seus argumentos nos direitos previstos na CADH, que, no entanto, não foram reconhecidos pelo STF. Primeiramente, acerca da prisão preventiva, o Supremo, entendendo inconstitucionalidade na prisão do depositário infiel, passou a receber inúmeros pedidos de revogação dessa modalidade de prisão em casos que diferem do depositário infiel.

Um exemplo foi o pedido de *Habeas Corpus* (HC 91.389) de um indivíduo preso em flagrante por tráfico ilícito de drogas e de armas³⁵. Nesse pedido, fica evidente que nem sempre a alusão à CADH é eficaz. Em seu voto como relator, o Ministro Celso de Mello inferiu que nem mesmo o Pacto de San José “assegura, de modo irrestrito, o direito ao réu de sempre responder em liberdade”. No caso em tela, o pedido de liminar foi indeferido.

34 HUMANOS, CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS. “Pacto de San José da Costa Rica”.

35 STF Notícias. “STF decide processos...”.

Além disso, em 2015, a decisão do STF no RE 603.616 discutiu se e quando policiais podem adentrar domicílios sem mandado judicial com o fito de buscar e apreender droga, de mérito complementar ao caso anterior. Em síntese, o STF definiu que o ingresso forçado em domicílios sem mandado judicial apenas se revela legítimo quando tiver suporte em razões devidamente justificadas pelas circunstâncias que indiquem que no interior da residência esteja a ocorrer situação de flagrante delito ao configurar crime permanente.

No que tange à questão do direito de defesa, o STF julgou Recurso em *Habeas Corpus* (RHC 79.785 de 2003), em que a acusada havia sido condenada por fraude contra a Previdência Social. Ela ficou foragida da Justiça brasileira na Costa Rica, até que foi extraditada para o Brasil. Após condenação, a defesa recorreu ao STJ, que denegou em razão da interposição de um “recurso inominado”, instrumento de defesa não prevista na legislação brasileira³⁶. Nesse caso, a defesa, com fundamento no artigo oitavo, parágrafo segundo, “h” da CADH, requereu a aplicação do Pacto e o reexame da decisão que a condenou, alegando ofensa ao “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”³⁷. Todavia, no julgamento, o STF julgou pela falta de violação do direito da acusada de recorrer da decisão judicial, garantido o duplo grau de jurisdição.

36 STF Notícias. “STF decide processos...”.

37 HUMANOS, CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS. “Pacto de San José da Costa Rica”.

3.4 Crime de desacato

Atualmente, está em andamento no STF a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 496³⁸, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e que possui como relator o Ministro Luís Roberto Barroso. Esse remédio constitucional questiona o crime de desacato a funcionário público no exercício da função, tipificado no art. 331 do Código Penal³⁹.

A OAB defende que o dispositivo legal em tela traz definição imprecisa acerca da conduta de desacatar, violando a liberdade de expressão dos cidadãos, que se veem intimidados diante de atos realizados por agentes públicos, por receio de incorrer no tipo penal. Na fundamentação, cita-se que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos defende que a tipificação do crime de desacato é incompatível com o artigo treze da CADH, que tutela a liberdade de expressão e viola, ainda, outros preceitos fundamentais. No mérito, requer-se a não recepção do dispositivo pela ordem constitucional vigente⁴⁰.

A ADPF ainda não possui decisão de mérito até a submissão do presente artigo, no ano de 2018. Não obstante, em outros casos em que o próprio STF realizou controle difuso de constitucionalidade⁴¹, observa-se homogeneidade de

38 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 496. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/adpf-496-oab-desacato.pdf>>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

39 Decreto-Lei 2.848/1940

40 STF Notícias. “OAB questiona dispositivo do Código Penal que tipifica delito de desacato a agente público”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=360890>>. Acesso em: 16 de abr. de 2018.

41 Como, por exemplo: ARE 1.060.817/ MG, Rel. Min. Celso de Mello; ARE 1.015.214/DF, Rel. Min. Luiz Fux; RE 1.002.697/GO, Rel. Min. Rosa Weber; RE

entendimento sobre a não descriminalização do desacato, em consonância com entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

3.5 Lei da Anistia

É fato que a obrigatoriedade das sentenças oriundas da Corte Interamericana encontra resistência por agentes públicos brasileiros, e ainda mais, sobre a investigação de violações de direitos humanos na Ditadura Militar. O objetivo dessa subseção é analisar tal problemática de forma mais detalhada, e posteriormente, observar a dificuldade de implementação da sentença no Caso Gomes Lund.

Em outubro de 2008, a OAB interpôs uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), por meio da qual requereu ao STF que confira à Lei de Anistia uma interpretação conforme a Constituição, com o objetivo de declarar que a anistia concedida por essa Lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns cometidos pelos agentes de repressão contra opositores políticos. O STF declarou a improcedência da ação em que, segundo o voto do Relator do processo Ministro Eros Grau, a Lei de Anistia deve ser interpretada em conformidade com o momento histórico em que ela foi editada.

Ademais, em oito de novembro de 2011, o Presidente da Câmara dos Deputados, Marco Maia, encaminhou parecer afirmando que os tratados de direitos humanos têm hierarquia infraconstitucional e, por conseguinte, ao STF é vedado o exercício do controle de convencionalidade. Quando, em verdade, tal controle é dever dos tribunais brasileiros em decorrência

da vontade soberana do Poder Executivo que decidiu integrar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Os embargos não foram julgados, ou seja, o STF ainda não se manifestou, após a sentença da Corte Interamericana no Caso Gomes Lund, acerca da aplicabilidade da Lei de Anistia para crimes de caráter permanente, como o desaparecimento forçado e o sequestro. Todas essas manifestações dos principais órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no âmbito da ADPF 153, são em sentido contrário às diretrizes da Corte Interamericana, como na sentença do Caso Gomes Lund, assim como contrárias às obrigações internacionais do Estado brasileiro perante a CADH.

Tal postura reflete o desconhecimento, do STF e demais agentes públicos, da obrigatoriedade da jurisprudência da Corte Interamericana. A Advocacia Geral da União (AGU) simplesmente ignora a jurisprudência dessa, inclusive no Caso Gomes Lund, ao afirmar que o Brasil não estaria vinculado, nesse caso, à CADH, pois veio a ratificá-la depois à Lei de Anistia. Contudo, consoante à Corte Interamericana, tal princípio não impede a responsabilização de determinados crimes cometidos durante o regime militar, normas de *ius cogens*, como é o caso do delito de desaparecimento forçado. Além disso, os crimes contra a humanidade são imprescritíveis, fato reconhecido pelo Brasil pelo Estatuto de Roma. Com isso, os não se poderia alegar a imprescritibilidade somente dos crimes contra a humanidade cometidos a partir da jurisdição da Corte Interamericana sobre o país.

O próprio STF, no julgamento da ADPF 153, desconsidera jurisprudência consolidada da Corte Interamericana que estabelece que disposições de anistia são incompatíveis com a CADH, por impedirem a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos. Assim, o Supremo não interpretou a Lei de Anistia brasileira à luz dos parâmetros

protetivos internacionais. Com tal interpretação, o STF se contrapõe aos avanços de diversas cortes superiores nacionais da região, tais como da Argentina, Chile, Peru, Uruguai e Colômbia. A postura dos agentes políticos e judiciários brasileiros necessita de revisão, de forma a se adequar à regulamentação atual dos direitos humanos, que busca não mais seu fundamento na soberania dos Estados, mas no indivíduo enquanto titular de direitos essenciais irrevogáveis em nível internacional⁴².

3.6 Outros casos de impacto da Corte e da Comissão Interamericana no STF

Como vimos, existem casos em que o Brasil escolhe não adotar as diretrizes da CADH, desrespeitando o Pacto, como por exemplo, na incompetência da justiça militar sobre civis, com base na sentença da Corte Interamericana nos Casos “Palamara Iribarne Vs. Chile” ou “Cruz Sánchez e outros Vs. Peru”. Bem verdade que o STF vinha liberando pacientes de *Habeas Corpus*, os quais estavam indevidamente sob jurisdição da Justiça Militar da União. Através da Lei 13.491/2017, que regula as competências da Justiça Militar, são também crimes militares os crimes praticados por militar da reserva ou reformado **ou por civil**, contra as instituições militares, havendo ainda mais situações em que civis serão submetidos a julgamento pela Justiça Militar, desrespeitando a Corte Interamericana, especialmente o artigo oitavo, inciso primeiro, do Pacto.

Outro caso de desentendimento do STF com diretrizes e jurisprudência da Corte Interamericana, fora ao negar, em 2016, a Extradicação n. 1362 de Salvador Siciliano condenado

42 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. “Os Tribunais Internacionais Contemporâneos”. Brasília: FUNAG, 2013. p. 27.

na Argentina por sequestros com violência e cárcere privado, ameaças, associação criminosa armada e homicídios, e que está foragido no Brasil. Mesmo com a imprescritibilidade de crimes lesa-humanidade, o STF, por concordância de seis dos onze ministros, argumentou que houve prescrição, e segundo a lei brasileira, não configura dupla punibilidade, impossibilitando a extradição. Ou seja, qualquer violador de direitos humanos em outro país, de crimes avaliados prescritos na legislação interna, poderia supostamente refugiar-se no Brasil sem previsão de extradição.

Noutro ponto, destaca-se a importância do RE 511.961 de 2009, referente ao fim da exigência de diploma para a profissão de jornalista, com base no direito à informação e na liberdade de expressão à luz do Parecer Consultivo da Corte nº 5 de 1985.

Também houve respaldo positivo o Pacto no processo de extradição nº 954, julgado em 2006, relativo ao direito do estrangeiro detido de ser informado sobre a assistência consular como parte do devido processo legal criminal, com fundamento no Parecer Consultivo da Corte nº 16 de 1999. Estas foram os únicos Pareceres Consultivos solicitados pelo Brasil.

Vale destacar o Caso Maria da Penha, o principal pretexto da ratificação da Lei Maria da Penha. Como supramencionado, o caso teve a recomendação da Comissão Interamericana satisfatoriamente cumprido. E, ainda, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424 de 2012, a ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher se tornou pública incondicionada, com grandes fundamentos no Pacto e nos progressos da Lei Maria da Penha.

Outra questão é a atual avaliação do STF sobre candidaturas independentes ou avulsas. Na discussão acerca da admissibilidade ou não de candidaturas avulsas em eleições majoritárias, fora

invocado o Pacto de San José da Costa Rica, defendendo o padrão democrático predominante no mundo, que não prevê a filiação partidária como requisito para ser votado. Com repercussão geral reconhecida, os ministros solicitaram tempo para estudar o caso.

Os preceitos da Corte Interamericana de Direitos Humanos também foram importantes para outros casos: pela proteção de direitos de detentos, auxiliou na responsabilização do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária, como no Recurso Extraordinário 580.252; pela proteção da liberdade, fundamentou o alcance do direito sucessório em face de união estável homoafetiva; pela proteção do devido processo legal, contribuiu na observação da obrigação de audiência de apresentação, da realização, em até 90 dias, de audiências de custódia viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas contadas do momento da prisão e, ainda, da desconsideração de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.

Ainda pelo respeito ao devido processo legal, o Pacto apoiou a construção – através do artigo oitavo, parágrafo segundo, “h” da Convenção, já mencionado – do conceito e aplicação do duplo grau de jurisdição e, também, na defesa do desmembramento como regra, exceto casos de inviabilização da prisão. Também foi importante, pelo artigo sétimo, inciso quinto, na ocorrência de lesão evidente ao *status libertatis* dos pacientes em prisão cautelar de período muito longo, no caso em específico os pacientes estavam sete anos em cárcere preventivo. Por fim, vale citar sua colaboração na constatação de constitucionalidade da reserva de vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para negros na ADC 41 de 2017.

Conclusão

Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana em diversos casos, como exposto. Em alguns, a sentença limita-se ao pagamento de indenização, à investigação dos fatos, à punição dos responsáveis e à realização de políticas públicas. Noutros, como no Caso Gomes Lung, o sistema jurídico brasileiro é posto à prova, pois a sentença da Corte requereu a inaplicabilidade dessa Lei. Como previamente versado, as sentenças da Corte Interamericana são obrigatórias para o Brasil, não necessitando de homologação do Superior Tribunal de Justiça. Assim, caso a decisão internacional signifique uma afronta a uma norma integrante da legislação infraconstitucional ou julgamento interno, o STF deveria seguir no sentido de afastamento da legislação interna, em prestígio à sentença internacional. Deveria sê-lo assim, mas não o é.

Percebe-se que, na realidade, o Brasil não possui normas que prevejam expressa e especificamente os procedimentos e competências para o cumprimento de decisões ou recomendações advindas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, resultando no impedimento do alcance pleno das decisões e de seus efeitos. Todavia, existe um Projeto de Lei do Senado nº 220 de 2016, pelo Senador Randolfe Rodrigues, que trata justamente de medidas e soluções para o devido cumprimento destas sentenças, mas ainda está em tramitação.

Apesar da existência da medida *ultima ratio* de expulsão de um Estado violador do Sistema Interamericano ou não cumpridor de sentenças, percebe-se a ineficácia deste dispositivo – tanto que, nem na União Europeia, houve registro de aplicação do artigo oitavo do Estatuto do Conselho da Europa – principalmente pela falta de legítima coercibilidade de tratados internacionais. Não

houve registro de sanções econômicas dos Estados-partes aos países que violaram a Convenção desta forma.

Logo, as relações estabelecidas entre o CADH e o sistema jurídico brasileiro deveriam ser de interação, não de incompatibilidade e antinomia. Apesar de serem sistemas distintos e autônomos, imperioso é criar mecanismos que facilitem esse diálogo, para o real progresso na proteção dos direitos humanos.

Essa falta de compromisso pelo Estado perante o abordado tratado de direitos humanos, bem como a escassa aplicação da jurisprudência internacional, sejam elas decorrentes do desconhecimento deste ramo do Direito, sejam elas em razão de uma postura conservadora baseada na proteção à soberania nacional, dificultam o cumprimento das sentenças da Corte Interamericana, assim como aumenta a possibilidade de violações à CADH e aos direitos humanos no Brasil, em geral. Na experiência deste país, institutos e mecanismos normativos de tutela destes direitos, tão transgredidos, são indispensáveis e basilares na remediação e prevenção destas violações. Por fim, a conscientização da importância desta função de proteção dos direitos humanos é a melhor solução, a fim de consagrar os instrumentos internacionais.