

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS
LINHA DE PESQUISA EM CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

Douglas Matheus de Azevedo

**A UTILIZAÇÃO DO DEVER DE PROTEÇÃO PELA CORTE INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS NOS CASOS DE GRAVES VIOLAÇÕES PRATICADAS
POR REGIMES DITATORIAIS: ANÁLISE EVOLUTIVA DAS MEDIDAS DE
REPARAÇÃO DE SUAS SENTENÇAS**

Santa Cruz do Sul

2017

Douglas Matheus de Azevedo

**A UTILIZAÇÃO DO DEVER DE PROTEÇÃO PELA CORTE INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS NOS CASOS DE GRAVES VIOLAÇÕES PRATICADAS
POR REGIMES DITATORIAIS: ANÁLISE EVOLUTIVA DAS MEDIDAS DE
REPARAÇÃO DE SUAS SENTENÇAS**

Dissertação apresentada à banca do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado; Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas; Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof^a. Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal
Orientadora (UNISC - Brasil)

Santa Cruz do Sul

2017

Douglas Matheus de Azevedo

**A UTILIZAÇÃO DO DEVER DE PROTEÇÃO PELA CORTE INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS NOS CASOS DE GRAVES VIOLAÇÕES PRATICADAS
POR REGIMES DITATORIAIS: ANÁLISE EVOLUTIVA DAS MEDIDAS DE
REPARAÇÃO DE SUAS SENTENÇAS**

Esta dissertação foi submetida ao Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado; Área de em Concentração Direitos Sociais e Políticas Públicas; Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof^a. Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal
Orientadora (UNISC - Brasil)

Prof. Dr. Clovis Gorczewski
Professor examinador (UNISC - Brasil)

Prof^a. Dra. Danielle Anne Pamplona
Professora examinadora (PUC/PR - Brasil)

This is what you shall do; Love the earth and sun and the animals, despise riches, give alms to every one that asks, stand up for the stupid and crazy, devote your income and labor to others, hate tyrants, argue not concerning God, have patience and indulgence toward the people, take off your hat to nothing known or unknown or to any man or number of men, go freely with powerful uneducated persons and with the young and with the mothers of families, read these leaves in the open air every season of every year of your life, re-examine all you have been told at school or church or in any book, dismiss whatever insults your own soul, and your very flesh shall be a great poem and have the richest fluency not only in its words but in the silent lines of its lips and face and between the lashes of your eyes and in every motion and joint of your body

Walt Whitman, 1855

AGRADECIMENTOS

Como de praxe, estes agradecimentos estão sendo tecidos momentos antes da entrega final da dissertação mas, diferente de outras ocasiões nas quais ignorei esta sessão (não por descaso, veja bem, mas sim por falta de tempo), agora sinto-me compelido ao dever moral de registrar a importância de algumas pessoas nesse processo. Isto porque, nesses dois últimos anos, minhas definições de apoio, sacrifício, compromisso e competência foram devidamente atualizadas.

Ao término deste ciclo posso afirmar que meu único arrependimento foi não ter descoberto meu interesse pela área acadêmica mais cedo, o que teria me garantido um melhor aproveitamento durante a extensão do mestrado. Digo isso pois quando adentrei nesse mundo, sequer compreendia o real significado de conceitos basilares, tampouco entendia a lógica das revistas *Qualis* e tantos outros elementos intrínsecos ao mestrado – disso decorrendo constantes crises de insônia, ansiedade e dúvidas sobre se estar ou não trilhando o caminho certo. Todavia, ao verificar a capacidade e inteligência da pessoa designada a me orientar (característica esta que dela irradia, compelindo de forma implícita todos os seus orientados a buscar a excelência), soube da necessidade de progredir e de realizar trabalhos com o maior grau de qualidade possível.

Os primeiros meses foram difíceis, mas com toda certeza esta vontade pessoal em melhorar, que deriva da admiração pelo seu trabalho, Profe. Mônia, foi o elemento que possibilitou a conclusão deste mestrado. Portanto, sinceros agradecimentos pela paciência, num primeiro momento, e por todas as orientações, conversas e dicas que vieram depois. Ainda tenho muito que crescer, por óbvio, mas este impulso inicial é o alicerce que possibilitará novos avanços. Obrigado pelo acolhimento, que em diversos momentos também se deu fora do âmbito das orientações.

Aos meus pais: inicialmente, me desculpem por eu não optar ser um juiz ou promotor, como vocês sempre comentavam durante os almoços, ou por ainda sequer cogitar realizar concursos públicos. Entendo perfeitamente que vocês só querem minha estabilidade e conforto, mas ao menos para alguém com meu perfil, a pesquisa e a docência são os ambientes em que irei me realizar profissionalmente. Parafraseando o poeta Robert Frost (1920): *Two roads diverged in a wood, and I – I*

took the one less traveled by, and that has made all the difference.

Todavia, o apoio de vocês às minhas escolhas sempre foi incondicional, mesmo com problemas de saúde no caminho, ou a tão sonhada aposentadoria ao alcance, vocês seguem trabalhando arduamente para garantir meus estudos e meu conforto, portanto meu mais profundo obrigado, e durante as férias podem deixar que eu assumo a cozinha de casa! Não há como agradecer tudo o que me fizeram e fazem apenas em palavras Amo vocês.

Importante ainda agradecer à UNISC pelo ambiente incrível e ótima estruturação, e também pelo excelente trabalho realizado pelos funcionários – Enivia, Morgana e Rosane em especial, sempre quebrando mil e um galhos para os mestrandos. E por fim, mas não menos importante, à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) em virtude do investimento – sem este apoio eu não estaria escrevendo estas linhas.

RESUMO

A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos encontra-se em um processo de expansão, vez que sua doutrina inicial trabalhava sob a lógica das reparações individuais, passando, num segundo momento, a adotar medidas estruturantes de caráter preventivo. Tendo-se em vista que, a partir desta transformação, os países sob a jurisdição da Corte IDH passam a ter de cumprir obrigações que, por vezes, comprometem as noções de soberania estatal, tais como alterações legislativas, o estudo de sua doutrina, fundamentação e legitimidade ganha relevância. Nesse ponto exsurge o questionamento que compele o presente estudo, a saber: como e em que sentido tem se dado esta evolução e se é possível, em sua fundamentação, verificar-se a utilização da noção de dever de proteção estatal, ainda que não de forma expressa? Desta forma, através do método dedutivo, da pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial, objetiva-se, num primeiro momento, realizar uma contextualização geral acerca do cenário internacional de proteção aos direitos humanos no qual a Corte Interamericana encontra-se inserida, noções gerais de sua estrutura, os princípios internacionais que regem sua atividade e também a legitimidade de suas decisões. Concluídas estas noções basilares sobre o objeto de estudo, parte-se, num segundo momento, para a exposição do desenvolvimento da noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a partir da qual se desenvolve a compreensão de que o Estado está obrigado a agir de forma a garantir um grau adequado de proteção a esses direitos, decorrendo, daí, a elaboração da teoria do dever de proteção estatal. Uma vez compreendidos estes pressupostos teóricos, parte-se para o momento final da pesquisa, no qual se realiza uma análise dos casos da Corte Interamericana praticados por regimes militares cujo motivo de violação se deu em virtude de divergências político-ideológicas. Com base nesse filtro, intenta-se realizar uma observação da jurisprudência da Corte IDH, no sentido de verificar os elementos que embasam sua evolução e a origem de sua fundamentação. Conclui-se, pois, que a jurisprudência da Corte Interamericana segue uma tendência de expansão, buscando elementos no direito internacional e doméstico para embasar seus entendimentos. Outrossim, também restou comprovada a hipótese segundo a qual são utilizadas noções da teoria do dever de proteção, mesmo de que forma implícita, mormente por meio da verificação das sentenças estruturantes, as quais buscam suprir insuficiências estruturais, fortalecendo o grau de proteção e concretização aos direitos humanos e fundamentais. Por fim, há de se ressaltar que o trabalho encontra-se inserido na linha de pesquisa do Constitucionalismo Contemporâneo do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC, que explora o fenômeno constitucional e a consolidação jurídica de suas garantias, linha esta na qual a orientadora desenvolve suas pesquisas, atuando como coordenadora do Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana.

Palavras Chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; dimensão objetiva dos direitos humanos e fundamentais; dever de proteção estatal; evolução jurisprudencial; sentenças estruturantes.

ABSTRACT

The Inter-American Court of Human Rights acting find itself in an expansion process, since its initial doctrine worked only by the individual amends logic and now it is adopting structural and preventive measures. Since this transformation the countries into the Inter-American Court jurisdiction start to have to fulfill obligations that sometimes affects state sovereignty notions, like legislative alterations, thus a study about the Court doctrine, its fundamentals and its legitimacy gains relevance. At this point the main question that lead this research is born: how and in which way this evolution is being developed and if it is possible, in its fundamentals, to verify the use of state protective duties notions, even if the theory is not mentioned directly. Thus, by the use of the deductive method and also the bibliographical and jurisprudential research, it is aimed, in a first moment, to contextualize the international scenario of human rights protection in which the Inter-American Court finds itself inserted, the general notions about its own structure, the main international principles that guide its activity and also the legitimacy of its decisions. Being those preliminary and grounding notions pointed out about the object of this research, the second part focus in the exposition of the “discovery” of the objective dimensiono of the human rights by the Lüth case judgment, in Germany (1958) and the irradiation efficacy, that commands the State to act in a way to ensure an suitable level of protection toward those rights, being the state protective duties theory a result from this elaboration. By the comprehension of the theory, the final moment of this study seeks to realize an analysis of the Inter-American Court cases practiced by military regimes and whose reason for the violation are those of politic-ideological divergences. By the use of this filter, it is intended to realize an observation of the Court jurisprudence, aiming to verify the elements in which the already mentioned evolution is based and the origins of its fundamentals – since these are not present nor mentioned in the article 63.1 of the Inter-American Convention that regulates the reparation measures – and if the state protective notions are used in the fundamentals of this ampliation regarding its level of reach and afection. The final conclusion is that the Inter-American Court jurisprudence has expansionist tendencies, even though its doctrine is consolidated, seeking elements in the international and domestic law to build its understandings. The use of state protetive duties is also verified in an implicit way, especially by the analysis of the structural sentences, which seek to supply structural insuficiencies, strenghtening the level of human and fundamental rights protection and realization. By the end, it is important to mention that this research find itself inserted in the Contemporary Constitutionalism line of the UNISC post-graduation program, that explores the constitucional phenomenom and the juridic consolidation of its guarantees, being also this the line that the advisor develop its researchs, and also inside the scope of the Latin-American Observatory of Constitutional Jurisdiction.

Key-words: Inter-American Court of Human Rights; objective dimensiono of human and fundamental rights; state protective duties, jurisprudential evolution, structural sentences.

LISTA DE ABREVIATURAS

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CORTE IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

ONU – Organização das Nações Unidas

OEA – Organização dos Estados Americanos

SIPDH – Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A CRIAÇÃO DOS SISTEMAS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E A ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DA AMÉRICA LATINA	15
2.1 O sistema global de proteção aos direitos humanos	16
2.2 A criação dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos e a importância do Sistema Interamericano na realidade latino-americana	26
2.3 Estrutura interna e funcionamento do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos	41
3 A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS, A TEORIA DO DEVER DE PROTEÇÃO ESTATAL E O PROTAGONISMO DA JURISDIÇÃO	54
3.1 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a decorrente imposição de diretivas ao agir estatal	54
3.2 A teoria do dever de proteção estatal	68
3.3 O fenômeno da judicialização e a transferência das decisões políticas e estruturais para as Corte Constitucionais e Interamericana	79
4 A UTILIZAÇÃO DA NOÇÃO DE DEVER DE PROTEÇÃO E A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA NAS SENTENÇAS DE GRAVES VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS PRATICADAS POR REGIMES DITATORIAIS	91
4.1 Análise da evolução das sentenças da Corte Interamericana envolvendo os casos de graves violações praticadas por regimes ditatoriais de cunho político-ideológico	92
4.2 A expansão da doutrina da Corte Interamericana de Direitos Humanos: a utilização de instrumentos internos e externos para ampliação de sua jurisprudência	102
4.3 Noções da teoria do dever de proteção estatal na fundamentação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as sentenças estruturais à nível latino-americano	113
5 CONCLUSÃO	127
6 REFERÊNCIAS	133

1 INTRODUÇÃO

A América Latina, durante a segunda metade do Século XX, foi palco de violações sistemáticas e brutais aos direitos humanos cometidas pelos regimes militares, vitimando os indivíduos que não compactuavam com suas ideologias políticas e buscavam o retorno de um cenário democrático. Nem mesmo a chegada da democracia nesses países foi capaz de afastar completamente as duras lembranças dos regimes autoritários, sobretudo dos familiares das vítimas, ante a ausência de qualquer espécie de reparação e pelo fato de muitos dos antigos algozes encontrarem-se protegidos por leis de anistia, inocentando-os das violações anteriormente praticadas.

Num contexto em que se acreditava que a impunidade prevaleceria, há de se destacar a crescente atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a reparação desses casos. No momento em que se constata uma violação a um desses direitos e a resolução do Estado mostra-se ineficiente (quando não inexistente), é possível que as vítimas ou partes interessadas efetuem uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que irá averiguar a veracidade das alegações e propor soluções resolutivas. Em não sendo possível estabelecer-se um acordo com o país responsável pela violação, a Comissão remete o caso à Corte IDH, que analisará a conduta do Estado envolvido e buscará uma solução definitiva, seja no sentido de sua condenação ou de sua absolvição.

Nesse âmbito, e também sob o influxo do Constitucionalismo Contemporâneo, impende mencionar a contínua expansão da tutela jurisdicional e a preocupação com a concretização dos direitos humanos e fundamentais, de modo que a Corte IDH não se mostra apenas como uma última instância para resolução de litígios individuais, mas sim como uma ferramenta atuante na garantia dos referidos direitos. Verifica-se, contudo, que a Corte Interamericana não restringe sua atuação somente às partes envolvidas, desenvolvendo sua jurisprudência sob uma lógica de constante expansão, que contempla toda a coletividade, numa perspectiva preventiva.

Isto porque a Corte Interamericana superou o modelo de reparações individuais, inaugurado em seu primeiro caso, passando a trabalhar sob a lógica de garantia de não repetição das violações. Dessa forma, passa a ir muito além de condenar um Estado em virtude de uma omissão, buscando uma solução

institucional para as insuficiências estruturais existentes no país sob sua jurisdição. Exemplo pontual reside na fragilização pelas quais os direitos humanos passaram durante estes regimes, sendo constantemente relativizados ou mesmo ignorados, o que acabou por afastar a ideia de que a concretização da dignidade da pessoa humana é o objetivo-fim do aparato estatal no atual contexto, efeito este que manifesta-se no agir cotidiano de muitas instituições.

Precisamente neste ponto materializa-se o problema que busca ser respondido na presente pesquisa, quer dizer, partindo do pressuposto de que as decisões da Corte Interamericana expandiram-se ao longo dos últimos anos, busca-se verificar como e em que sentido tem se dado esta evolução, mais precisamente no que toca às medidas de reparação, e se é possível atribuir, na fundamentação utilizada para esta transformação, ainda que não de forma expressa, a utilização da noção de “dever de proteção estatal”. Deste questionamento exsurtem duas possíveis hipóteses: uma negativa, no sentido de a referida evolução não ser um elemento consolidado na jurisprudência da Corte IDH, mas tão somente algo presente em face das especificidades de alguns casos e, por consequência, não encontra qualquer relação com a teoria do dever de proteção; e uma positiva, no sentido de que a doutrina da Corte Interamericana encontra-se em constante evolução, ampliando cada vez mais o grau de proteção aos direitos humanos, e que na fundamentação desta expansão é possível encontrar noções da teoria do dever de proteção estatal, mesmo que não de forma expressa.

Na tentativa de se responder este questionamento, cumpre traçar uma análise das decisões da Corte Interamericana no que se refere às medidas de reparação estipuladas. Nesse sentido, de importância estratégica se faz estabelecer um critério como forma de filtrar as decisões a serem estudadas. No presente caso, adotou-se como critério para seleção os casos de graves violações aos direitos humanos praticados por regimes ditatoriais por motivos de cunho político-ideológico.

A justificativa para tanto reside no fato de a doutrina inicial da Corte IDH versar justamente sobre crimes de desaparecimento forçado, tortura e execuções praticados por regimes militares, de modo que iniciar o estudo justamente pela primeira condenação representa um significativo ganho qualitativo. Outrossim, cuida-se de doutrina recorrente na jurisprudência da Corte, vez que o *modus operandi* dos regimes militares latino-americanos era similar nos casos de violação. Em outras palavras, a análise evolutiva ganha arestas mais transparentes e conclusivas

quando os casos exigem um padrão análogo de fundamentação, pois neste aspecto as eventuais ampliações se tornarão mais cristalinas.

Outrossim, ao se acrescentar a delimitação que restringe os casos àqueles em que a violação origina-se de incompatibilidade político-ideológica (lê-se praticada contra membros de partidos de oposição às ditaduras), quer-se tão somente restringir o número de condenações a serem estudadas, de modo que este número não seja excessivo e acabe por ocupar muito do já limitado espaço disponível. Sob esta mesma lógica de se evitar excessos, por óbvio, o rol dos casos selecionados não engloba a totalidade das violações praticadas por regimes militares.

A relevância desta pesquisa encontra-se no fato de os países que ratificaram a sua competência contenciosa encontram-se a ela vinculados, quer dizer, devem cumprir as obrigações por ela impostas. E, como já mencionado, cada vez mais as sentenças da Corte Interamericana vêm interferindo no âmbito do direito doméstico, não apenas demandando indenizações monetárias às vítimas, mas impondo medidas que exigem alterações estruturais drásticas, como reformas legislativas, melhorias nos serviços e políticas públicas e até mesmo obrigações ao Poder Judiciário, sob a lógica da garantia de não repetição de novas violações. Tal prática afeta, à primeira vista, o princípio da soberania do país condenado, razão pela qual se faz de vital importância entender como a Corte IDH vem elaborando sua jurisprudência.

Por sua vez, a segunda parte do problema, referente à verificação da utilização da teoria do dever de proteção do Estado, mostra-se importante, vez que tal teoria pode representar um critério que confere legitimidade democrática as decisões da Corte IDH. Dito de outra forma, a utilizações da teoria do dever de proteção, ou mesmo de noções que a ela remetam pode representar um critério para embasar as intervenções da Corte Interamericana na ordem doméstica, justificando uma relativização na soberania interna em prol da proteção e garantia dos direitos humanos e fundamentais.

Assim sendo, busca-se, no primeiro capítulo, estabelecer noções basilares acerca do objeto central do estudo, isto é, a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Partindo de uma análise acerca do sistema global de proteção aos direitos humanos e da contextualização e importância dos sistemas regionais, passando pela criação do Sistema Interamericano e do procedimento internacional ante a Corte Interamericana, o capítulo pretende qualificar os instrumentos

internacionais, vez que serão referidos ao longo do restante da pesquisa. Ademais, neste primeiro momento fazem-se, embora de forma breve, apontamentos sobre a vinculação dos Estados que ratificaram a competência contenciosa da Corte IDH e sua obrigação no cumprimento das determinações desta, por se tratar do ponto que mais gera controvérsias e críticas.

O segundo capítulo é construído sob a mesma lógica do primeiro, isto é, introduzir os elementos nevrálgicos da teoria do dever de proteção estatal como forma de perfectibilizar o enfrentamento do problema na última etapa. Parte-se, portanto, de uma releitura das principais transformações ocorridas no âmbito jurídico após o paradigma do constitucionalismo contemporâneo, mormente no que se refere à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e à eficácia de irradiação, e de como a teoria do dever de proteção é elaborada nutrindo-se destas duas construções teóricas. Neste momento também será trabalhada a questão da judicialização e da transferência de decisões políticas e estruturais aos Tribunais, por se tratarem de temas conexos ao tema.

Tecidas as considerações basilares dos primeiros dois capítulos, entende-se possível, num terceiro e último momento, enfrentar o problema encontrado para esta pesquisa. Desta forma, as linhas finais do presente estudo buscam, inicialmente, descrever os casos selecionados perante os critérios já mencionados, seja no âmbito fático como no das reparações, buscando evidenciar a implementação de novas medidas que beneficiam a coletividade e a superação do modelo de reparação individual. Após, parte-se para a verificação de como vem ocorrendo a expansão da doutrina da Corte Interamericana acerca dos crimes de desaparecimento forçado, tortura e execução sumária. Quer dizer, quais instrumentos a Corte IDH utiliza para esta ampliação, vez que o artigo 63.1 da Convenção Americana faz alusão tão somente às reparações em âmbito individual. Por fim, os casos serão novamente analisados, agora no intuito de verificar se ocorre ou não a utilização de noções da teoria do dever de proteção estatal como fundamento das medidas de reparação.

Tem-se, pois, a utilização do método dedutivo, ou seja, o ponto de partida da pesquisa encontra-se albergado em premissas gerais e segue em direção a pontos mais específicos. No tocante à técnica, utiliza-se, especialmente nos dois primeiros capítulos, consulta bibliográfica e em periódicos, ao passo que último tópico, embora

também faça utilização do mesmo aporte teórico, concentra-se mais na análise jurisprudencial.

O estudo realizado encontra-se inserido na linha de pesquisa do Constitucionalismo Contemporâneo do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul, eis que explora e aprofunda diversas faces do fenômeno constitucional, sobretudo no que se refere ao papel dos direitos fundamentais e sua efetiva concretização e garantia em uma ordem democrática, bem como as noções do dever de proteção para a criação de políticas públicas.

Já no tocante à justificativa da linha de pesquisa da orientadora, há de se destacar que o projeto encontra-se alinhado com os temas trabalhados dentro do âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo pela profa. Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal, que atua como coordenadora do Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana. Assim, a análise realizada acerca da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos também se amolda nas pesquisas realizadas pela orientadora.

Por fim, vale registrar que busca-se contribuir com o estudo da compreensão da Corte Interamericana de Direitos Humanos como uma importante ferramenta na concretização dos direitos humanos e fundamentais no continente latino-americano. Já a verificação de noções acerca da teoria do dever de proteção pela Corte IDH objetiva reforçar a legitimidade de suas decisões pela adoção de um critério cujo propósito fim reside na garantia de níveis adequados de proteção aos direitos humanos e fundamentais.

2 A CRIAÇÃO DOS SISTEMAS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E A ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DA AMÉRICA LATINA

O final da Segunda Guerra Mundial pode ser apontado como o marco histórico da proteção aos direitos humanos, pois, muito embora já houvesse noções anteriores sobre um direito inerente a todo ser humano¹ e limites à soberania estatal, é somente à luz dos terrores perpetrados pelos regimes nazista e fascista que a ideia de um sistema de regulamentação internacional potencializa-se e adquire uma nova dimensão. Entre as muitas reflexões acerca dos resultados do conflito, cumpre destacar sua internacionalização (no sentido de os efeitos da guerra não terem se restringido às nações envolvidas geograficamente), pois, conforme lembra Travieso (2005, p. 248), cada uma das contínuas violações e a progressiva destruição representava uma derrota de nossa civilização, e cada bombardeio realizado pelos países envolvidos era um bombardeio a todo o gênero humano.

Nesse âmbito, o autor ainda destaca o fato de a maioria das vítimas pertencer à população civil, tratando-se de prática utilizada com objetivo de desmoralização das tropas inimigas, o que igualmente transcende as noções geográficas e afeta, mesmo que indiretamente, a todos os seres humanos. Após reflexões acerca deste cenário de práticas desumanas, as sociedades, mormente os países ocidentais, se estabelecem sob a lógica da cooperação internacional na proteção e concretização de direitos, assim como, em âmbito material, na fixação da dignidade da pessoa humana como pilar axiológico, agindo como fundamento e parâmetro objetivo do poder, o que resulta nas Constituições principiológicas da segunda metade do século XX.

Assim, objetiva-se, neste primeiro capítulo, estabelecer algumas bases epistemológicas que serão trabalhadas de forma recorrente ao longo da pesquisa. Para tanto, serão explorados os elementos centrais e constituintes dos sistemas global e regional de proteção aos direitos humanos, e também questões envolvendo a estrutura e funcionamento do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (doravante SIPDH ou Sistema Interamericano), sobretudo as funções da

¹ Podem ser citados diversos documentos relevantes aos direitos do homem em uma perspectiva histórica, como a Magna Carta, de 1215, o *Bill of Rights*, de 1689, a Declaração Norte-Americana de Independência, de 1776, e a própria Declaração Francesa, de 1789, entre outros. (GORCZEVSKI, 2009, p. 152). Os outros marcos anteriores ao fim da Segunda Guerra serão trabalhados a seguir.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, Comissão Interamericana ou Comissão), a vinculação da Corte Interamericana (doravante Corte IDH, Corte ou Corte Interamericana) para com a Convenção Interamericana (CADH, Convenção ou Convenção Americana) e sua função no atual contexto latino americano, sem, contudo, exaurir o assunto, mas trazendo alguns de seus principais elementos.

2.1 O sistema global de proteção aos direitos humanos

A internacionalização dos direitos humanos, embora ganhe força e expressão somente após o fim da Segunda Guerra Mundial, origina-se muito antes da redação da Carta da ONU (documento que será abordado posteriormente), de modo que já haviam surgido, nas décadas anteriores, outros importantes marcos no processo de internacionalização desses direitos, alterando a lógica tradicional até então inquestionável da soberania estatal, bem como afirmando o *status* do indivíduo como sujeito de Direito Internacional (PIOVESAN, 2010, p. 115).

O primeiro marco relevante para esta pesquisa refere-se ao Direito Humanitário (que toma forma através dos tratados de Haia e das Convenções de Genebra), aplicado em hipóteses de guerras, buscando estabelecer limites à atuação estatal e assegurar a observância aos direitos fundamentais (PIOVESAN, 2010, p. 116). A proteção do Direito Humanitário destina-se, nos casos de conflito armado, aos militares fora de combate e à população civil, representando importante expressão à ideia de que a autonomia dos Estados não é absoluta – mesmo que apenas em situações extremas, como uma guerra.

Em sentido complementar ao Direito Humanitário, a Liga das Nações (ou Sociedade das Nações, que antecede as Nações Unidas) também acaba reforçando a ideia de internacionalização dos direitos humanos e da relativização da soberania Estatal. Instituída ao final da Primeira Guerra Mundial, em 1919, na cidade francesa de Versalhes, objetivava preservar a paz através da cooperação mútua entre os Estados e também proteger grupos minoritários (TRAVIESO, 2005, p. 215). A Liga das Nações foi bastante eficiente² em alguns aspectos da promoção dos direitos

² Sobre a tentativa empregada pela Liga das Nações dentro do contexto do pós-guerra, Travieso leciona: *“Las críticas a la Sociedad de las Naciones pueden ocupar varios volúmenes y los éxitos generalmente han sido opacados por la falta de respuestas a la crisis internacional. Sin embargo, la Sociedad de las Naciones actuó de la mejor manera posible, dentro de un mundo que no estaba viciado por falta de normas, sino por falta de ideas para asumir las diversas crisis entre las dos*

humanos (sob a ótica do período histórico), contudo, são apontadas algumas falhas estruturais responsáveis pelo seu insucesso, como, por exemplo, suas omissões face às violações aos direitos humanos na Itália fascista, na Alemanha nazista e na Rússia soviética, bem como não ser capaz de pôr fim aos procedimentos bélicos existentes à época.

Também há de se mencionar, no âmbito da internacionalização dos direitos humanos, as contribuições oferecidas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada, igualmente, após a Primeira Guerra Mundial, cuja finalidade residia na promoção de padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar (PIOVESAN, 2010, p. 117).

Por fim, o Tribunal de Nuremberg (1945-1946) influenciou positivamente na internacionalização dos direitos humanos através da convocação do Tribunal Militar Internacional, estabelecido pelo Acordo de Londres (1945) para julgar, com base nos costumes internacionais³, criminosos de guerra, mais especificamente no que toca aos crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade (PIOVESAN, 2010, p. 126). A autora, assim, aponta um duplo significado nas condenações oriundas do Tribunal de Nuremberg: a consolidação da ideia de limitação da soberania nacional e o reconhecimento de que os indivíduos são detentores de direitos tutelados pelo Direito Internacional.

guerras. Los Estados no estaban preparados, no habían establecido un sistema de convivencia que pudiera establecer una institucionalización de las relaciones internacionales, luego de la parálisis centenaria posterior a la Paz de Viena. Los dirigentes políticos no supieron asumir la responsabilidad del progreso científico y ponerlo al mismo nivel con el progreso en la paz y el respeto de los derechos humanos. La fuerza inercial de los imperios se prolongó em nuevos emperadores y zares bajo otros nombres, dotados de igual despotismo y armados con una nueva tecnología para extender sus totalitarismos con mayor eficacia destructiva, para hacer que el fin justificase los medios empleados y por tanto ensayar experimentos de ingeniería social práctica, en la que doctrinarios como Hegel, Marx, Engels, De Maistre y otros eran responsables de lo que iba a suceder. El mundo de post-guerra era imperfecto, los tratados de Paz de Versailles eran el punto inicial de la guerra y efectivamente nadie se había percatado que todo había cambiado. (TRAVIESO, 2005. p. 216-17).

³ Sobre os costumes internacionais: “[...] Nos termos do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, o costume internacional – enquanto evidencia de uma prática geral e comum aceita como lei – é fonte de Direito Internacional, ao lado dos tratados internacionais, das decisões judiciais, da doutrina e dos princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações ‘civilizadas’. (...). Sua existência depende: a) da concordância de um número significativo de Estados em relação a determinada prática e do exercício uniforme dessa prática; b) da continuidade de tal prática por considerável período de tempo – já que o elemento temporal é indicativo da generalidade e consistência de determinada prática; c) da concepção de que tal prática é requerida pela ordem internacional e aceita como lei, ou seja, de que haja o senso de obrigação legal, a *opinio juris*. (PIOVESAN, 2010, p. 127). Assim, resta cristalino que as violações praticadas pelos regimes autoritários durante a Segunda Guerra constituíram violações aos costumes internacionais, que, vale ressaltar, possuem aplicação *erga omnes*, ou seja, para todos os Estados, diferentemente dos tratados internacionais que dependem da ratificação do Estado.

As experiências acima apresentadas fazem parte do processo embrionário de internacionalização aqui referido ao imporem deveres e obrigações a seus destinatários, vez que, anteriormente, o Direito Internacional ocupava-se essencialmente com questões envolvendo as relações entre os Estados em sentido governamental e, principalmente, numa lógica “contratual”, e não de submissão (LEAL, 2014). Nesse âmbito de evolução histórica, seguem as lições de Cançado Trindade:

O desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos gradualmente superou barreiras do passado: compreendeu-se, pouco a pouco, que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota, como não poderia esgotar-se, na atuação do Estado, na pretensa e indemonstrável ‘competência nacional exclusiva. (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 3).

Não obstante, o marco definitivo da internacionalização, sobretudo no âmbito do início da operacionalização dos direitos humanos, quer dizer, da elaboração de mecanismos eficientes para a concretização efetiva desses direitos, foi a Carta de São Francisco (Carta da ONU), tratado internacional que criou, em 26/06/1945, a Organização das Nações Unidas. Em seu preâmbulo e em seus objetivos, a Carta já estabelece a vontade da comunidade internacional em reconhecer e fazer respeitar os direitos humanos em todo o mundo, a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, bem como, em seus artigos 55 e 56, destaca o dever de todos os Estados em promovê-los (RAMOS, 2012, p. 37).

Para determinar quais seriam esses direitos humanos previstos de forma genérica na Carta, é elaborada, em forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10/12/1948, que não só reafirmou os direitos já estabelecidos como ampliou o rol até então existente. Esta, inclusive, faz também importante menção à dignidade da pessoa humana em seu texto preambular⁴, ressaltando, desde logo, a importância que passaria a ter nas diferentes ordens jurídicas, enquanto diretriz central das sociedades do segundo pós-guerra e também como objetivo a ser alcançado pelos direitos humanos e fundamentais. Outrossim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos representa,

⁴ “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (ONU, 1948).

conforme Bobbio (2004, p. 27), a manifestação no sentido de um consenso com validade global⁵ sobre os valores nela inseridos, isto é, trata-se de documento que positiva valores universalmente aceitos pelas nações, de modo que,

[...] a partir de então, foi acolhido como inspiração e orientação no processo de crescimento de toda a comunidade internacional no sentido não só de uma comunidade de Estado, mas de indivíduos livres e iguais. Não sei se se tem consciência de até que ponto a Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra. (BOBBIO, 2004, p. 47).

Com a promulgação das Constituições posteriores à Declaração Universal e o aprofundamento dos debates acerca dos direitos humanos e fundamentais, de grande importância se faz estabelecer, preliminarmente, uma breve conceituação de direitos humanos, bem como sua diferenciação para com os direitos fundamentais, especialmente por se tratarem de expressões recorrentes ao longo da presente análise.

Para Luño, direitos humanos podem ser entendidos como um conjunto de faculdades e instituições que “determinam, à luz do contexto histórico, as exigências da dignidade humana, da liberdade e da igualdade, as quais, contudo, devem ser reconhecidas e positivadas nos ordenamentos tanto internacionais como nacionais”, momento em que se tornam direitos fundamentais, gozando de uma tutela reforçada (LUÑO, 2013, p. 46). Conclui-se, desta conceituação, que os direitos humanos apresentam contornos amplos e não determinados, ao passo que os direitos fundamentais mostram-se mais precisos, pois descrevem um conjunto de direitos reconhecidos em uma determinada sociedade.

Em sentido semelhante se posiciona Gorczewski, afirmando que os direitos humanos são um conjunto de exigências e enunciados jurídicos superiores aos demais no instante em que se revelam como inerentes aos seres humanos. Em outras palavras, a qualidade de inerência se manifesta porque tais direitos não são concebidos em razão de concessões da sociedade política ou de qualquer produção legislativa, mas sim por fazerem parte da natureza humana e da dignidade que lhe é intrínseca, vez que, sem eles, o homem não é capaz de existir, de se desenvolver e

⁵ Vale referir que muito embora se utilize a expressão “global”, isto não significa, necessariamente, todos os países do mundo, vez que muitas culturas não pactuam dos mesmos valores elencados na Declaração.

de participar de forma plena da vida (GORCZEVSKI, 2009, p. 20). Aponta, ainda, que os direitos humanos devem apresentar três características em sua definição: jusnaturalismo em seu fundamento, historicismo em sua concretização e axiologismo em seu conteúdo (GORCZEVSKI, 2009, p. 30). Por sua vez, os direitos fundamentais seriam aqueles positivados e restritos à jurisdição nacional.

Existe, como referido, concepção distinta da acima correlacionada, segundo a qual os direitos humanos seriam as elaborações normativas internacionais estabelecidas de modo consensual pelos Estados, dentro daquele determinado contexto histórico, quer dizer, possuem caráter relativo (SARLET, MARINONI, MITIDERO, 2012). Os documentos produzidos por esta “ordem” internacional, portanto, almejam uma validade universal destes direitos em qualquer sociedade, o que lhes denota um caráter supranacional. Por sua vez, os direitos fundamentais seriam os direitos humanos reconhecidos e positivados em uma Constituição em um determinado Estado (SARLET, 2012).

Da mesma forma se posiciona Bobbio (2004, p. 25), ao defender a historicidade dos direitos humanos, quer dizer, são “nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra os velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. Para o autor, esses direitos nascem como direitos naturais universais e seu desenvolvimento prossegue no sentido de sua positivação, “quando cada Constituição incorpora suas declarações e encontram sua plena realização como direito positivos universais” (BOBBIO, 2004, p. 30).

A breve diferenciação acima exposta mostra-se relevante em dois sentidos: primeiro, apresentar (por óbvio, de forma não exaustiva) as diferenças conceituais entre direitos humanos e fundamentais, evitando que possam ser tomados como sinônimos⁶; e, segundo, evidenciar e caracterizar os direitos que a Corte Interamericana busca tutelar, no caso, os direitos humanos positivados em um tratado internacional (Convenção Americana) ratificado pelos Estados latino-americanos.

Conforme anteriormente detalhado, a Declaração Universal dos Direitos

⁶ Uma das possíveis causas da equiparação entre direitos humanos e fundamentais no Brasil reside no fato de a Constituição brasileira de 1988 ter incorporado, em seu vasto rol de direitos fundamentais, todos os direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. O mesmo não ocorre, todavia, com países como o Chile, cuja Constituição apresenta poucos direitos fundamentais positivados, sendo de grande relevância a busca de mecanismos de incorporação do direito internacional para o âmbito doméstico, na forma de direitos humanos.

Humanos, quando de sua publicação, buscou reunir um rol com os direitos compreendidos como essenciais pela comunidade internacional, no intuito de preservar um dos princípios basilares dos Estados Democráticos de Direito: a dignidade da pessoa humana, princípio que passa a ser visto, segundo aponta Piovesan, como fundamento dos direitos humanos e intrínseco à condição humana (PIOVESAN, 2010, p. 142), o que, como já mencionado, vem reconhecido no preâmbulo da Declaração Universal da ONU, superando os argumentos no sentido de que a soberania Estatal prevalece sobre tais direitos, pois passam a não mais ser associados meramente à nacionalidade do indivíduo.

Não obstante, há de se destacar que o referido documento, na qualidade de declaração e não de tratado, não possui força jurídica cogente, ou seja, não determina e vincula o agir dos Estados membros (GORCZEVSKI, 2009, p. 161). Tal entendimento não é pacífico, pois correntes diversas entendem que a Declaração Universal possui força jurídica obrigatória, mesmo não se tratando de um tratado internacional, impondo um código de atuação e de conduta para os Estados que integram a comunidade internacional⁷.

Para estes, prevalece o entendimento de que a força jurídica vinculante da Declaração advém do fato de ela integrar o direito costumeiro internacional e/ou os princípios gerais de direito (PIOVESAN, 2010, p. 151). Os argumentos centrais desta corrente recaem na incorporação dos direitos previstos na Declaração pelas Constituições; à constante referência das demais resoluções emitidas pelas Nações Unidas, ressaltando a obrigatoriedade dos Estados na observância da Declaração Universal; e as decisões de Cortes nacionais que entendem a Declaração Universal como fonte de direito.

Independente de sua eficácia jurídica, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) acaba servindo como modelo para uma série de tratados, pactos e até mesmo textos constitucionais que seriam elaborados nos anos seguintes. No que se refere aos pactos, Travieso destaca se tratarem de mecanismos que visam a estabelecer obrigações jurídicas claramente definidas, como forma de superar as dificuldades resultantes da concretização dos direitos estabelecidos pela Declaração Universal da ONU (TRAVIESO, 2005, p. 263).

⁷ Nota-se neste entendimento, pois, e já antecipando um dos temas que serão explorados no próximo capítulo, certa noção de “dimensão objetiva” desses direitos enquanto diretrizes a serem observadas pelos Estados na sua atuação e na conformação de sua ordem jurídica.

Pertencentes ao que se convencionou chamar, após a elaboração da Carta da ONU, de sistema global de proteção aos direitos humanos, cumpre mencionar os documentos mais importantes (além, é claro, da Declaração da ONU), a saber, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966), elaborados durante um breve degelo entre os blocos socialista e capitalista (RAMOS, 2012, p. 35).

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, muito embora aprovado em 1966, só entra em vigor em 1976, ano em que atinge o número mínimo de ratificações exigidas. Gorczewski acentua que o pacto impõe uma obrigação internacional aos Estados dele integrantes no intuito de concretizar os direitos de “primeira geração”, erigidos durante a Declaração Americana de 1776 e também na Declaração francesa de 1789 (GORCZEWSKI, 2009, p. 165), além de ampliar o catálogo desses direitos em relação à Declaração Universal. Há de se ressaltar, ainda, o artigo 2º do Pacto, que aponta a obrigação do Estado de reconhecer e garantir os direitos presentes no documento a todos os indivíduos sob sua jurisdição (ONU, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966), independente de qualquer um dos múltiplos critérios utilizados ao longo da história que pautavam segregações sociais (cor, religião, etc.).

Conforme Piovesan, as obrigações impostas pelo pacto são tanto negativas (no sentido de proibições) quanto positivas (criação de um sistema legal apto a reparar as violações) e de aplicação imediata (PIOVESAN, 2010, p. 165). No que se refere ao catálogo de direitos, cita-se, entre os principais, o direito à vida; o direito a não ser escravizado e nem submetido à servidão; o direito à liberdade e à segurança pessoal e a não ser sujeito a prisão ou detenção arbitrária; o direito a um julgamento justo; a igualdade perante a lei; a proteção contra a interferência arbitrária na vida privada; a liberdade de movimento; o direito a uma nacionalidade; o direito de casar e de formar família; as liberdades de pensamento, consciência e religião; a liberdades de opinião e de expressão; o direito à reunião pacífica; a liberdade de associação; o direito de aderir a sindicatos e o direito de votar e de tomar parte do governo, além dos direitos não inclusos na Declaração Universal da ONU, como, por exemplo, o direito a não ser preso em razão de descumprimento de obrigação contratual; o direito da criança ao nome e à nacionalidade; a proteção dos direitos de minorias à identidade cultural, religiosa e linguística; a proibição da propaganda de

guerra ou de incitamento a intolerância étnica ou racial e o direito à autodeterminação (PIOVESAN, 2010, p. 166).

No tocante à sua concretização e eficácia jurídica, o Pacto, em seu artigo 28⁸, constitui um Comitê de Direitos Humanos cujos membros são eleitos entre representantes dos Estados, responsável por supervisionar as medidas adotadas pelos países signatários como forma de verificação e fiscalização da plena efetivação dos direitos nele reconhecidos. Tal fiscalização é prevista a ocorrer na forma do envio de relatórios, nos moldes do artigo 40 do Pacto:

Art. 40 - 1. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a submeter relatórios sobre as medidas por eles adotadas para tomar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto e sobre o progresso alcançado no gozo desses direitos:

- a) dentro do prazo de um ano, a contar do início da vigência do presente Pacto nos estados-partes interessados;
- b) a partir de então, sempre que o Comitê vier a solicitar. [...] (ONU, 1966).

Ainda, o artigo 41 do Pacto determina que, em havendo reconhecimento e aceitação da competência do Comitê para recebimento de comunicações interestatais por parte dos Estados signatários, um destes poderá denunciar a violação de direitos humanos praticada por outro Estado, tendo como pressuposto de validade o fracasso de negociações bilaterais e o esgotamento dos recursos internos. Outro requisito – que torna o mecanismo em apreço um procedimento facultativo – é a declaração, pelo Estado Parte (no caso, denunciante e denunciado), reconhecendo a competência do Comitê para receber as comunicações interestatais.

O Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 16 de dezembro de 1966, por sua vez, traz novo mecanismo no âmbito da implementação e fiscalização de medidas positivas pelos Estados: o das petições individuais, que ressaltam a capacidade processual internacional dos indivíduos (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 8). Dessa forma, o Comitê encontra-se apto a receber petições originadas diretamente de indivíduos que alegam ser vítimas de

⁸ Artigo 28: 1. Constituir-se-á um Comitê de Diretores Humanos (doravante denominado o "Comitê" no presente Pacto). O Comitê será composto de dezoito membros e desempenhará as funções descritas adiante. 2. O Comitê será integrado por nacionais dos Estados Partes do presente Pacto, os quais deverão ser pessoas de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direito humanos, levando-se em consideração a utilidade da participação de algumas pessoas com experiências jurídicas. 3. Os membros do Comitê serão eleitos e exercerão suas funções a título pessoal. (ONU, 1966).

alguma violação de direitos humanos. Como explicitado em sua nomenclatura, o Pacto é facultativo, ou seja, sua validade pressupõe a ratificação por parte do Estado reconhecendo o Comitê como competente para realizar a referida análise.

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que também entra em vigor apenas em 03/01/1976, busca atribuir força cogente e vinculante aos direitos humanos de “segunda geração” já previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos, como condições de trabalho justas e salário equitativo; direito de fundar sindicatos e de livre associação; direito à previdência social; direito à educação, direito à moradia, direito a um nível de vida adequado, direito à saúde, direito à participação na vida cultural da comunidade (ONU, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais 1966). Nota-se, assim, que o Pacto aqui estudado impõe obrigações e deveres ao Estado na lógica de implementação de medidas positivas⁹, e não a concessão de direitos individuais às partes como no Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos (autoaplicáveis).

Da análise dos artigos inseridos na Parte I do Pacto, verifica-se a criação de deveres para o Estado, e não ao indivíduo (ONU, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966), de modo que, diferentemente dos direitos cívicos e políticos cuja aplicação é imediata (autoaplicáveis), os direitos econômicos, sociais e culturais apresentam realização progressiva (PIOVESAN, 2010, p. 179). Em outras palavras, os Estados signatários estão incumbidos de promover o desenvolvimento dos direitos relatados na nomenclatura do Pacto de forma contínua e ininterrupta, na medida de suas limitações econômicas, até efetivarem sua plena realização.

No referente aos mecanismos de monitoramento do cumprimento dos direitos previstos no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mantem-se, assim como no Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, a

⁹ Aqui vale fazer importante complementação, no sentido de que: “Aceita-se, atualmente, que é infrutífera toda e qualquer tentativa de limitar a dimensão positiva de certos tipos ou categorias de direitos. Ao invés, todos os direitos, literalmente, podem impor obrigações positivas e negativas às autoridades. Com isso, o *status positivus* – no sentido atribuído por Georg Jellinek – tem uma aplicabilidade potencial bastante ampla. Sabe-se, também, que a dimensão positiva dos direitos é frequentemente mais debatido no âmbito dos direitos sociais e socioeconômicos, tais como educação, saúde, moradia e água. Contudo, a dimensão positiva não se restringe, de forma alguma, aos direitos sociais. Na verdade, todos os direitos liberais clássicos de primeira geração também têm uma dimensão positivo, ao passo que os direitos sociais e socioeconômicos também têm *status negativus*”. Dessa forma, Klatt defende que os direitos cívicos ou liberais não podem ser vistos de forma distinta dos direitos socioeconômicos tendo como pressuposto a dicotomia positivo-negativa. (KLATT, 2015, p. 216).

sistemática de relatórios sobre as medidas tomadas e o progresso efetivo:

Artigo 14: 1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a apresentar, de acordo com as disposições da presente parte 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 Pacto.

2. a) Todos os relatórios deverão ser encaminhados ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, o qual enviará cópias dos mesmos ao Conselho Econômico e Social, para exame, de acordo com as disposições do presente Pacto.

b) O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas encaminhará também às agências especializadas cópias dos relatórios - ou de todas as partes pertinentes dos mesmos enviados pelos Estados Partes do presente Pacto 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 (ONU, 1966).

A diferença da sistemática anteriormente trabalhada reside na figura de um Conselho Econômico e Social ao invés de um Comitê, e também na não implementação dos mecanismos facultativos, pelos menos em um primeiro momento. Isso se alterou, todavia, com a criação do Comitê próprio em 1985, cujas funções são análogas às do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e com a adoção do Protocolo Facultativo ao Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 10 de dezembro de 2008, que viria a incrementar o documento com os mecanismos de petições individuais, das medidas de urgência, das comunicações interestatais e também das investigações *in loco* em caso de graves e sistemáticas violações a direitos econômicos, sociais e culturais por um Estado-Parte (PIOVESAN, 210, p. 189).

Cumprir mencionar, por fim, apenas a título descritivo, o Sistema Especial de proteção aos direitos humanos, que atua em lógica complementar ao Sistema Global, mas sua proteção volta-se a pessoas ou grupos particularmente vulneráveis e que necessitam de atenção especial, e não a um coletivo genérico. Cita-se, assim: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção sobre os Direitos da Criança; a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência; a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias; a Convenção contra a Tortura, a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, entre outras.

Através dos documentos analisados, ou seja, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁰, e também das convenções oriundas do Sistema Especial de Proteção, verifica-se que os direitos humanos passam a receber projeção global, possuindo incidência em todos os Estados integrantes desta ordem internacional. Nesse cenário, o próximo tópico procura tecer noções acerca dos Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos, que, embora atuem sob a mesma lógica de proteção, possuem mecanismos e particularidades a serem destacadas.

2.2 A criação dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos e a importância do Sistema Interamericano na realidade latino-americana

O direito internacional tem buscado suprir suas insuficiências no que toca à sua força cogente, como anteriormente mencionado, incorporando não mais uma visão unicamente declaratória, mas sim um sistema e proteção a esses direitos, o que originou um processo de judicialização dos direitos humanos na ordem internacional (PIOVESAN, 2006, p. 33). Assim, começam a ser criados tribunais, como o já mencionado Tribunal de Nuremberg, Tribunais *Ad Hoc* (como para julgar o genocídio em Ruanda) e o Tribunal Penal, que substitui os Tribunais *Ad Hoc* (PIOVESAN, 2006, p. 33).

O principal salto, contudo, se desenvolve paralelo ao sistema global, com os chamados Sistemas Regionais de Proteção aos direitos humanos, mais especificamente o Europeu, o Americano e o Africano, no intuito de internacionalizar os direitos humanos com atenção às questões locais. A importância disso decorre, como bem ressalta Piovesan, do fato de cada uma destas regiões apresentar uma cultura completamente distinta, intensificando a eficiência do processo de regionalização (PIOVESAN, 2010, p. 253), tanto pela redução do número de países envolvidos, o que facilita o monitoramento das violações e do cumprimento das medidas impostas de prevenção ou reparação, além do fato de as questões históricas e culturais serem semelhantes.

¹⁰ Vale destacar que no cenário brasileiro, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foram ratificados tão somente em 1992. Tal delonga ocorreu também com outros documentos, como será visto nos próximos tópicos a serem abordados.

O sistema europeu surge em 1950, com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, criando a Comissão e também a Corte Europeia de Direito Humanos, vindo estas duas a se fundir em uma única corte unificada e permanente. Desde então, a Corte Europeia vem desenvolvendo uma vasta jurisprudência, especialmente no que se refere ao direito à proteção da liberdade e segurança da pessoa, previstos no artigo 5º da Convenção Europeia, e também ao direito à garantia do devido processo legal, por sua vez presente no artigo 6º do mesmo documento (CANÇADO TRINDADE, 2013).

Cronologicamente, o próximo sistema a ser instaurado é o americano, cuja origem, muito embora remeta a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do homem, de 02 de maio de 1948, consolida-se com a Convenção Americana de 1969 (vindo a entrar em vigor tão somente em 1978), que amplia as funções da Comissão Interamericana e institui a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Cumprir mencionar, ainda, a Carta Africana de Direitos Humanos, instituída pela Comissão Africana de Direitos Humanos, vindo a ser, em 2004, criada a Corte Africana de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2006, p. 51-52). Por fim, a autora faz menção ao sistema regional árabe, ainda em fase embrionária, contando com a Liga dos Estados Árabes, criada em 1945, adotando em 1994 a Carta Árabe de Direitos Humanos, incluindo tradições islâmicas, assim como a Carta Asiática de Direitos Humanos, de 1997.

A proteção aos direitos humanos, portanto, ganha projeção global, com destaque especial às questões geográficas típicas de cada continente e aspectos culturais compartilhados naqueles locais, e sua tutela encontra-se reforçada com a criação das Cortes, que vinculam os Estados signatários e, em teoria, lhes impõem sanções por violações e demais medidas. A internacionalização desses direitos mostra-se de grande importância em países de democracia tardia e repletos de insuficiências estruturais, em virtude de o sistema regional não ser refém, em tese, de quaisquer esquemas de corrupção local que beneficiem determinados grupos ou de demais óbices à justiça, que muitas vezes se apresentam no âmbito interno dos países.

Nesse âmbito, importante ressaltar a participação dos países em processo de descolonização na internacionalização dos direitos humanos, especialmente tendo em vista as peculiaridades históricas acima citadas, intrínsecas ao processo pelos quais os países latinos e africanos passaram:

Os países emergidos da descolonização prontamente estenderam sua contribuição à evolução dos direitos humanos, premidos pelos problemas comuns de pobreza extrema, das enfermidades, das condições desumanas de vida, do apartheid, racismo e discriminação racial. O enfrentamento de tais problemas propiciou uma maior aproximação entre as diferentes concepções dos direitos humanos à luz de uma visão universal, refletida no aumento do número de ratificações dos instrumentos globais e na busca de maior eficácia dos mecanismos e procedimentos de proteção no plano global e regional (CANÇADO TRINDADE, 2000, p. 14).

A importância da implementação dos sistemas regionais, como dito acima, pode ser facilmente verificada no contexto repleto de especificidades da América Latina – região geográfica em que recairá o foco do presente estudo. Isto porque a linguagem da maioria absoluta dos países do continente cinge-se ao espanhol e ao português, todos foram vítimas de processos de colonização (cada um com suas características específicas, vez que protagonizados por países diferentes) e também palco de severas ditaduras militares capitaneadas por nações estrangeiras e cujo legado de insuficiências institucionais permanece vivo até os dias presentes.

Nesse sentido, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos tem sua gênese com a Carta da OEA, subscrita durante a XI Conferência Interamericana sediada em Bogotá, entre abril e maio de 1948. Nessa mesma ocasião, mais precisamente em 02/05/1948, foi firmada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, tratando-se, como lembra Coelho (2008, p. 56), de documento pioneiro, junto da Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, eis que firmados cerca de sete meses antes da Declaração Universal da ONU, servindo como instrumento normativo adotado em face dos Estados que não aderiram à Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 e praticam violações, reafirmando o respeito à dignidade da pessoa humana. Em seu preâmbulo, resta disposto:

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros. O cumprimento do dever de cada um é exigência do direito de todos. Direitos e deveres integram-se correlativamente em toda a atividade social e política do homem. Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade. Os deveres de ordem jurídica dependem da existência anterior de outros de ordem moral, que apoiam os primeiros conceitualmente e os fundamentam. É dever do homem servir o espírito com todas as suas faculdades e todos os seus recursos, porque o espírito é a finalidade suprema da existência humana e a sua máxima categoria. É dever do homem exercer, manter e estimular a cultura por todos os meios ao seu alcance, porque a cultura é a mais elevada expressão social e histórica do espírito. E, visto que a moral e as boas maneiras constituem a

mais nobre manifestação da cultura, é dever de todo homem acatar-lhes os princípios (OEA, 1948).

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem reafirma, portanto, o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamentada nos atributos da pessoa. Destaca-se, contudo, para além da mera declaração dos direitos dos indivíduos, a menção dos deveres, que, como citado, integram-se correlativamente em toda a atividade social e política, assim como os deveres de ordem jurídica, e os deveres de exercer, manter e estimular a cultura, entendida como a mais elevada expressão social e histórica do espírito.

Já em 1959 ocorre a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com a Resolução VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores em Santiago, sendo, portanto, anterior à própria Convenção Americana, de 1969, que será a seguir analisada. Em seu estatuto, restou estabelecida uma atuação limitada na proteção aos direitos humanos, vindo a ser expandida somente em 1965, com a edição da Resolução XXII da II Conferência Interamericana Extraordinária, que ampliou a competência da Comissão (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 35). Os poderes da Comissão, assim, passaram a abranger, além dos inúmeros relatórios (relatórios de sessões, relatórios anuais, relatórios acerca de determinados países, etc.), o exame de comunicações, visitas a Estados e o preparo de estudos e seminários.

Ainda em seus primeiros anos de atividade, relevante se faz destacar o fato de a Comissão Interamericana ir além de sua competência originária de órgão de observação e recomendação, portando-se como verdadeiro órgão de ação na proteção aos direitos humanos. Nesse aspecto, Cançado Trindade (2000) menciona a atuação da Comissão no caso da guerra civil ocorrida na República Dominicana (1965-1966), que perdurou por mais de um ano, com a constante intervenção e participação da Comissão, que, àquela altura, já contava com a ampliação de seus poderes anteriormente mencionada. O autor cita, ainda, a permanência, por quatro meses, de membros da Comissão em El Salvador e Honduras, em 1969, durante a guerra ocorrida entre estes países, reforçando ainda mais a postura da Comissão como um órgão de ação efetiva na proteção dos direitos humanos.

A Comissão é formada por sete membros de elevada autoridade moral e

reconhecido saber em matéria de direitos humanos, conforme artigo 34¹¹ da Convenção Americana (OEA, 1969), que podem ser oriundos de qualquer um dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, atuando em sua capacidade pessoal, e não como membros destes Estados, favorecendo, conforme Cançado Trindade (2000), uma interpretação ampla e liberal do Estatuto e Regulamento da Comissão. Os membros da Comissão são eleitos a cada quatro anos pela Assembleia Geral, sendo possível tão somente uma reeleição.

As principais funções da Comissão Interamericana estão descritas no artigo 41 da Convenção Americana, documento que ampliou o âmbito de atuação e competência da CIDH. Assim, no intuito de se promover a observância e a defesa dos direitos humanos, cumpre transcrever os dispositivos do referido artigo atinentes às atribuições da Comissão: 1) estimular a consciência dos direitos humanos na América; 2) formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando julgar conveniente, buscando a adoção de medidas progressivas em benefício dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; 3) preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; 4) solicitar aos governos dos Estados-membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; 5) atender às consultas que, por meio da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que lhes solicitarem; 6) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e 7) apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA, 1969).

Faz parte de suas atribuições, por fim, examinar as petições ou comunicações encaminhadas por indivíduos, grupos de indivíduos ou entidades não-governamentais reportando violação de algum direito humano previsto na Convenção Americana praticado por algum Estado-parte, consoante artigo 44 do

¹¹ Artigo 34. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos compor-se-á de sete membros, que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos (OEA, 1969).

Pacto de São José da Costa Rica.¹²

É, porém, através da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, ou Pacto de São José da Costa Rica, que o sistema americano amplia seu âmbito de proteção, bem como passa a criar mecanismos de operacionalização para garantir a concretização dos princípios estabelecidos, atribuindo novas funções à CIDH e criando a Corte Interamericana de Direitos Humanos (COELHO, 2008, p. 58). Trata-se, portanto, do instrumento de maior importância dentro do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, reconhecendo direitos civis e políticos. A relevância do Pacto de São José da Costa Rica é, também, descrita por Coelho, para quem

A maior contribuição do Pacto de São José da Costa Rica foi criar um procedimento amplo e especializado de proteção dos direitos humanos no continente americano. Apesar das deficiências ainda presentes, o sistema foi se aperfeiçoando em vários aspectos, sobretudo no que concerne ao tratamento jurídico dos casos contenciosos por meio de uma instituição jurídica autônoma: a Corte Interamericana de Direitos Humanos. (COELHO, 2008, p. 62).

O documento, em seu texto preambular, destaca ser dever e propósito dos Estados signatários: reafirmar, na América Latina, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, pautado no respeito aos direitos essenciais do homem; reconhecer que os direitos essenciais do homem transcendem os limites geográficos de cada Estado, eis que fundamentados nos atributos da pessoa humana, justificando a proteção internacional e complementar aos ordenamentos internos (OEA, 1969). Ademais, o Pacto faz alusão ao fato de os princípios nele expostos já terem sido consagrados em outros documentos internacionais, a saber, a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Declaração Universal do Homem, bem como consolidados em outros instrumentos internacionais; reitera que, conforme a Declaração Universal, o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria só se realiza se forem criadas as condições que possibilitem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, bem como os direitos civis e políticos; e considera que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à

¹² Os requisitos e elementos processuais exigidos e realizados pela Comissão Interamericana serão analisados no próximo tópico. Aqui, busca-se tão somente traçar noções gerais acerca da Comissão como instrumento pertencente ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre direitos econômicos, sociais e educacionais, resolvendo que uma convenção interamericana sobre direitos humanos deveria determinar a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria.

Como já mencionado, a Convenção Americana reconhece e assegura um rol de direitos civis e políticos individuais, oriundos da tradição liberal clássica, semelhante ao catálogo elencado pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Vale destacar, entre esses direitos: o direito à personalidade jurídica; o direito à vida; o direito a não ser submetido à escravidão; o direito à liberdade; o judiciário; o direito à privacidade; o direito à liberdade de consciência e de religião, assim como à liberdade de pensamento e expressão; direito à resposta; direito à liberdade de associação; direito ao nome; o direito à nacionalidade; direito à liberdade de movimento e residência; direito de participar do governo; direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial (PIOVESAN, 2000).

Todavia, embora não haja enunciação de um catálogo sobre direitos socioeconômicos, em seu artigo 26, a Convenção Americana dispõe sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, anunciando o comprometimento dos Estados na adoção de providências, sejam elas internas ou internacionais, de caráter econômico e técnico, no intuito de buscar, progressivamente, a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, na medida da disponibilidade orçamentária, pela via legislativa ou outros meios apropriados, fazendo-se alusão, aqui, ao rol desses direitos constante na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires (OEA, 1968). Posteriormente, em 1988, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adota o Protocolo Adicional à Convenção¹³ (Protocolo de São Salvador)¹⁴, referente aos direitos econômicos, sociais e culturais.

O Protocolo Adicional, em seu texto preambular, reafirma algumas das

¹³ Apenas a título de curiosidade, cumpre informar que a Convenção Americana foi ratificada pelo Brasil somente no ano de 1992, através do Decreto n. 678. Por sua vez, o Protocolo de São Salvador de 1998 que amplia a quantidade de direitos da Convenção Americana, com a adição dos sociais e econômicos, foi ratificado pelo Brasil em 1996 e promulgado em 1999 pelo Decreto n. 3.321, ano em que o documento entrou em vigor internacional (16 de novembro de 1999).

¹⁴ O protocolo, como mencionado acima, só passou a vigorar em 1996, ano em que completou onze Estados participantes (Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, México, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname e Uruguai).

disposições já existentes na Declaração Americana, porém acrescenta interessantes considerações no sentido de reforçar a relação entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e dos civis e políticos, pois ambas categorias constituem um “todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e a promoção permanentes” (OEA, 1988), visando à sua plena vigência. As linhas iniciais retomam, ainda, o entendimento de que o ideal de ser humano livre, isento de temor e da miséria, só pode ser concretizado se existirem condições que permitam às pessoas gozarem de seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como, é claro, dos direitos civis e políticos.

Ainda há menção ao fato de os direitos econômicos, sociais e culturais fundamentais já encontrarem reconhecimento em outros instrumentos internacionais anteriores ao Protocolo Adicional, tanto no âmbito universal como regional. Contudo, considera ser de grande importância a reafirmação desses direitos, no intuito de promover ainda mais seu desenvolvimento, aperfeiçoamento e proteção, buscando sua plena consolidação na América.

Da análise do conteúdo do documento, tem-se, no artigo 1º, o compromisso dos Estados do Protocolo Adicional na adoção das medidas internas e externas mediante a cooperação entre Estados, e também econômicas e técnicas, com a utilização máxima dos recursos disponíveis, buscando, de forma progressiva, a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. No caso de os direitos estabelecidos no Protocolo ainda não serem garantidos pela ordem jurídica de um dos Estados, o artigo 2º determina o compromisso na adoção, de acordo com as normas constitucionais e com demais disposições do documento em estudo, de medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à sua plena efetivação.

Os compromissos dos Estados incluem, ainda, a obrigação de não-discriminação de qualquer natureza (raça, cor, sexo, religião, condição econômica, opinião política, etc.) na garantia, proteção e desenvolvimento dos direitos econômicos, sociais e culturais. Ademais, traz, em seu artigo 4º, a proibição de se “restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau” (OEA, 1988). Tais restrições e limitações ao gozo e exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais, todavia, só poderão ser estabelecidas pelos Estados através de leis

promulgadas visando a “garantir o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contrariem o propósito e razão dos mesmos” (OEA, 1988).

O rol de direitos materiais protegido pelo Protocolo Convencional abarca o direito ao trabalho, que deve ser exercido em condições justas, equitativas e satisfatórias; direitos sindicais; direito à previdência social; direito à saúde; direito a um meio ambiente sadio; direito à alimentação; direito à educação; direito aos benefícios da cultura; direito à constituição e proteção da família; direito da criança; proteção de pessoas idosas; e proteção de deficientes.

Ao fim, o artigo 19 elenca os meios através dos quais essa proteção deve ser realizada pelos Estados Assim, cabe a estes apresentar, de forma periódica, relatórios informando as medidas progressivas que estão sendo adotadas para que os direitos consagrados no Protocolo Adicional sejam assegurados. Os relatórios serão apresentados ao Secretário-Geral da OEA (que também remeterá cópias à Comissão Interamericana de Direitos Humanos), sendo, após, transmitido ao Conselho Interamericano Econômico e Social e ao Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura, que os examinarão. Cada um destes Conselhos elaborará um relatório anual contendo um resumo dos relatórios enviados pelos Estados Partes, que será submetido à Assembleia Geral. Importante destacar, por derradeiro, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pode formular observações e recomendações que julgar pertinentes sobre a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais elencados no Protocolo Adicional, as quais serão incluídas no relatório a ser submetido para a Assembleia Geral ou ainda em relatório especial.

Retornando o foco da pesquisa à Convenção Americana de Direitos Humanos, o artigo 29¹⁵ elenca normas de interpretação da CADH e nele verifica-se uma abertura interpretativa para a incorporação de novos direitos, importante mecanismo para garantir que os direitos previstos na Convenção Americana não sejam datados

¹⁵ Artigo 29. 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 (OEA, 1969).

pelas vicissitudes do contexto histórico. Em outras palavras, a interpretação desses direitos, que pode vir a ser alterada com o passar do tempo, dada a existência de uma cláusula aberta¹⁶, permite e garante uma maior proteção aos direitos humanos, pois vincula esses novos direitos aos direitos e garantias inerentes ao ser humano, como preceitua o próprio artigo analisado.

Cumprir mencionar, ainda, o artigo 31, que admite a possibilidade de inclusão de outros direitos e liberdades no regime de proteção da Convenção, cujo reconhecimento se dê conforme os processos estabelecidos nos artigos 76¹⁷ e 77¹⁸. Já o artigo 32 estabelece a correlação entre deveres e direitos, sendo, portanto, obrigação da pessoa o zelo pela família, a comunidade e a humanidade, sendo que o limite dos direitos destas pessoas se dá pelo direito dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum em uma sociedade democrática (OEA, 1969).

Por derradeiro, importante fazer referência ao artigo 33, pois estabelece a competência da Comissão e da Corte Interamericana para conhecimento dos assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos adotados pelos Estados. Ambos os instrumentos serão aprofundados a seguir, com especial ênfase procedimental.

Nesse sentido, em consonância com as lições de Buergenthal (1988), verifica-se que os Estados membros da Convenção Americana não devem tão-somente

¹⁶ Tal noção é trabalhada por Peter Häberle, o qual entende que a Constituição é um produto cultural, bem como um sistema aberto de interação dos seus intérpretes, ou seja, aqueles que a vivenciam. Sua regulação, portanto, não é perfeita e seu texto nunca estará completo, pois deve sempre ser re-interpretado conforme o contexto. Isso porque a vida que a Constituição pretende regular é histórica, estando o seu conteúdo sujeito a alterações também históricas (HÄBERLE, 1997). Por conseguinte, o mesmo se aplica às normas da Convenção Americana, que devem ser (re)interpretadas conforme o contexto histórico contemporâneo, e ater-se à quaisquer peculiaridades que garantam o grau máximo de proteção.

¹⁷ Artigo 76: 1. Qualquer Estado Parte, diretamente, e a Comissão ou a Corte, por intermédio do Secretário-Geral, podem submeter à Assembleia Geral, para o que julgarem conveniente, proposta de emenda a esta Convenção. 2. As emendas entrarão em vigor para os Estados que ratificarem as mesmas na data em que houver sido depositado o respectivo instrumento de ratificação que corresponda ao número de dois terços dos Estados Partes nesta Convenção. Quanto aos outros Estados Partes, entrarão em vigor na data em que depositarem eles os seus respectivos instrumentos de ratificação (OEA, 1969).

¹⁸ Artigo 77. 1. De acordo com a faculdade estabelecida no artigo 31, qualquer Estado Parte e a Comissão podem submeter à consideração dos Estados Partes reunidos por ocasião da Assembleia Geral, projetos de protocolos adicionais a esta Convenção, com a finalidade de incluir progressivamente no regime de proteção da mesma outros direitos e liberdades. 2. Cada protocolo deve estabelecer as modalidades de sua entrada em vigor e será aplicado somente entre os Estados Partes no mesmo (OEA, 1969).

respeitar os direitos nela garantidos, mas também assegurar o livre e efetivo exercício dos mesmos. O autor ressalta, portanto, as obrigações positivas e negativas dos governos em relação à Convenção Americana – a obrigação de não violar direitos individuais, bem como a obrigação de adotar medidas afirmativas necessárias e razoáveis para a plena tutela e garantia desses direitos.

Por sua vez, a Corte Interamericana, assim como a Comissão, é composta por sete membros, neste caso, juízes pertencentes a algum dos Estados da Convenção. Conforme Piovesan (2000), a Corte apresenta dupla natureza: consultiva e contenciosa. Na esfera consultiva, a autora refere que qualquer membro da OEA, seja parte ou não do Pacto de São José da Costa Rica, pode requerer parecer¹⁹ da Corte IDH referente à interpretação da Convenção ou qualquer outro tratado que verse sobre a proteção dos direitos humanos no âmbito dos Estados americanos, podendo, ainda, manifestar-se sobre a compatibilidade da legislação doméstica face aos instrumentos internacionais.

No que toca ao plano contencioso, cabe à Corte Interamericana julgar as denúncias efetuadas pela Comissão ou Estado-parte, nos termos do artigo 61 da Convenção, sendo sua competência limitada aos Estados do Pacto que a reconhecem, ou seja, a jurisdição da Corte é uma cláusula facultativa. Tal jurisdição refere-se ao exame de casos envolvendo denúncias de que um dos Estados praticou violação a direito humano protegido na Convenção, seja por ação, omissão, insuficiência na proteção, etc. Em restando verificada a violação de direito previsto na Convenção, a Corte pode determinar que o Estado condenado proceda na reparação individual do dano causado à vítima, assim como demais medidas necessários para restauração do direito violado.

Vale ressaltar a constante evolução da jurisprudência da Corte Interamericana, mormente no plano dos direitos materiais tutelados pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse âmbito, destaca-se a jurisprudência referente às reparações (artigo 63.1 da Convenção), que será melhor abordada na parte final da pesquisa.

¹⁹ Entre os pareceres emitidos pela Corte Interamericana, vale destacar o referente à impossibilidade da adoção da pena de morte no Estado da Guatemala, solicitado pela Comissão Interamericana visando esclarecer “se a imposição da pena de morte por um Estado, em face de crimes não punidos com esta sanção quando da adoção da Convenção Americana pelo Estado, constituiria violação à Convenção, ainda que o Estado tivesse feito reservas a esta importante previsão da Convenção”. Em seu parecer, a Corte manifestou-se afirmando que a Convenção impões uma proibição absoluta no tocante à aplicação da pena de morte, mesmo que “uma reserva a esta relevante previsão da Convenção tenha entrado em vigor ao tempo da ratificação”. (PIOVESAN, 2000, p. 44-45).

Tecidas noções gerais sobre ambos os sistemas de proteção, é importante ressaltar que o sistema global anteriormente trabalhado e o sistema regional não são antagônicos ou conflitantes, mas sim complementares, buscando, igualmente, efetivar os princípios erigidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, entendidos como ideais em comum entre todas as nações. Enquanto o sistema global deve apresentar um padrão normativo mínimo, o regional está sempre em expansão, aperfeiçoando a tutela dos direitos de modo a abarcar as peculiaridades dos locais sob sua jurisdição (PIOVESAN, 2010, 253).

Ainda no sentido de complementariedade, Piovesan tece importante consideração ao afirmar que o sistema internacional (conglomerando tanto o sistema global como o regional) situa-se como um direito subsidiário e suplementar ao nacional, buscando superar omissões e insuficiências, “constituindo garantia adicional de proteção aos direitos humanos, quando falham as instituições nacionais”. Outrossim, afirma que os tratados de direitos humanos estabelecem parâmetros mínimos de proteção, devendo o Estado permanecer sempre dentro desses limites (PIOVESAN, 2010, 163).

A coexistência de aparatos jurídicos vem justamente no sentido de ampliar a proteção dos direitos humanos, tanto que sempre deve ser aplicada a norma que ofereça maior grau de proteção à vítima. Todavia, a existência de múltiplas ferramentas de proteção pode vir a gerar problemas interpretativos, no sentido de qual seria a norma mais adequada a ser utilizada. Face a essa situação, tanto a Corte Europeia quanto a Corte Interamericana fazem uso das regras de interpretação da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, de 1969.

Em seu artigo 31, o documento traz regras gerais de interpretação de tratados, determinando que estes devem ser interpretados de boa fé conforme o sentido comum atribuível aos termos contidos em seu contexto e à luz do seu objetivo e finalidade, devendo também ser objeto de interpretação o preâmbulo e os anexos, bem como quaisquer outros acordos ou instrumentos estabelecido pelas partes. Devem também ser levados em conta, junto do contexto, quaisquer acordos ou práticas posteriores entre as partes relativos à interpretação ou aplicação das disposições presentes no tratado e também regras do Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes (CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS, 1969). Nesse sentido, Zelada tece importante consideração acerca da interpretação utilizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos:

En cuanto a los criterios de interpretación, la Corte señaló que cuando interpreta un tratado “no solo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con este (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31). El Tribunal ha señalado anteriormente que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección”. (ZELADA, 2007, p. 444).

Outro elemento a ser citado no que toca à hermenêutica do Direito Internacional é o princípio da interpretação *pro homine*, impondo a necessidade de que a interpretação normativa “seja feita sempre em prol da proteção dada aos indivíduos” (RAMOS, 2012, p. 64). Segundo o autor, o referido princípio origina-se do regime objetivo dos tratados internacionais (quer dizer, os tratados internacionais possuem natureza objetiva, pois o objeto e finalidade de suas obrigações são a proteção dos direitos e da dignidade humana), que cria uma *ordre public* internacional, de modo que as obrigações internacionais de respeito aos direitos humanos “não podem ser interpretadas restritivamente em prol dos Estados, mas sim em prol do destinatário da proteção internacional de direitos humanos, ou seja, o indivíduo” (RAMOS, 2012, p. 64).

Desse princípio, segundo Ramos (2012), consolidaram-se, na jurisprudência internacional de direitos humanos, algumas diretrizes hermenêuticas. A primeira delas impõe interpretação sistemática do conjunto de normas de direitos humanos, buscando o reconhecimento de direitos inerentes, mesmo que implícitos²⁰. A segunda diretriz estabelece que a interpretação de eventuais limitações permitidas de direitos existentes em tratados internacionais deve ser restritiva, garantindo níveis eficientes de proteção. Já a terceira diretriz refere-se ao uso da interpretação *pro homine* na análise das omissões e de lacunas das normas de direitos humanos²¹.

²⁰ Para ilustrar o quadro, o autor cita o caso Golder, no qual a Corte Europeia “não aceitou o argumento do Reino Unido, que sustentou a legitimidade de restrição de correspondência entre detento e seu advogado, pois o artigo 6º da Convenção, ao estipular o direito a julgamento de acordo com a *rule of law*, não expressamente mencionou o direito de acesso (por advogado, é claro) ao Poder Judiciário. Para a Corte, a interpretação correta deveria levar em consideração o preâmbulo da Convenção Europeia de Direitos Humanos, seu objeto e finalidade, o que implicou reconhecer a violação dos direitos do Sr. Golder pelo Reino Unido”. (RAMOS, 2012, p. 63).

²¹ No “caso da “denúncia” peruana do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1999, a Corte, em decisões históricas, considerou desprovido de efeito tal ato, uma vez que a Convenção Americana de Direitos Humanos, apesar de omissa quanto à possibilidade de denúncia do reconhecimento da jurisdição obrigatória, possui dispositivo expresso que veda o retrocesso ou qualquer diminuição na proteção já acordada ao indivíduo (artigo 29). Logo, a interpretação *pro homine* adotado foi no sentido de considerar que a

Outro princípio a ser destacado cuida da prevalência da norma mais benéfica, estando previsto, inclusive, na própria Convenção Americana, em seu artigo 29²² anteriormente analisado, no sentido de que o direito internacional (ou a Convenção, caso utilize-se como exemplo o Sistema Interamericano) “só se aplica se ampliar, fortalecer e aprimorar o grau de proteção de direitos, ficando vedada sua aplicação se resultar na restrição e limitação do exercício de direitos previstos pela ordem jurídica de um Estado-parte” (PIOVESAN, 2003, p. 26). Outros princípios, trazidos aqui somente a título ilustrativo, decorrentes da interpretação dos tratados, são o da máxima efetividade, o da interpretação autônoma e o da interpretação evolutiva dos tratados, entre outros.

Partindo das noções gerais expostas até agora, uma das conclusões possíveis recai na importância da internacionalização dos direitos humanos, que vem ligada a uma ideia de subjetividade jurídica dos indivíduos perante o sistema internacional. Assim, segundo Luño

sólo cuando se admite la posibilidad de que la comunidad internacional pueda entender de cuestiones que afecten no tanto a los Estados en cuanto tales, sino a las de sus miembros, cabe plantear un reconocimiento *a escala internacional de los derechos humanos*. Es necesario, por tanto, partir de la premisa de que cualquier atentado contra los derechos y libertades de la persona no es una <<questión doméstica>> de los Estados, sino un problema de relevancia internacional (LUÑO, 2013, p. 41).

No mesmo sentido, Cançado Trindade (2013, p. 26) defende a existência de uma linha de evolução que vem resgatando a posição dos indivíduos como “verdadeiros sujeitos de direito internacional dos direitos humanos, assim como do direito internacional público (e não como simples objetos de proteção), dotados de plena capacidade jurídica para atuar [...] no plano internacional [...]”. Isto porque, como já visto, são os indivíduos petionários a parte demandante ante as cortes

denúncia em tela erodia a proteção já fornecida ao jurisdicionado peruano, o que tornava tal ato nulo. Assim, a Corte continuou a apreciar os casos contra o Peru, que, já após o fim da Era Fujimori, reconsiderou sua decisão” (RAMOS, 2012, p. 64).

²² Artigo 29. 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 (OEA, 1969).

internacionais, cuja jurisdição obrigatória de direitos humanos configura um complemento indispensável do direito de petição individual internacional, constituindo os alicerces fundamentais da proteção internacional e do mecanismo de emancipação do ser humano em face de seu próprio Estado (CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 27).

Atando-se o tópico anterior sobre o Sistema Global de proteção com os sistemas regionais agora abordados – com ênfase ao Sistema Interamericano -, verifica-se a expansão da jurisdição internacional, com a conseqüente evolução do Direito Internacional na busca da efetiva concretização da justiça internacional. Importante também ressaltar a coexistência e cooperação entre os tribunais, operando não de forma hierarquizada, mas coordenada e em perfeita lógica de complementariedade (CANÇADO TRINDADE, 2013). A mesma lógica deve(ria)²³, por sua vez, ser plenamente aplicada entre os tribunais internacionais e os de ordem nacional, no sentido de não haver conflitos de competência ou competição, mas sim o primado pelo acesso à justiça e garantia dos direitos humanos.

Dessa forma, o SIPDH é uma ferramenta fundamental na tutela e concretização dos direitos humanos²⁴, sobretudo na realidade da América Latina – região marcada por uma pesada herança histórica do período colonial, o que culmina em sistemáticas crises sociais, econômicas e políticas, bem como a nociva interferência das nações estrangeiras²⁵ -, pois trata-se de um mecanismo acessível e eficiente. Sua atuação, dessa forma, possibilita um engrandecimento das próprias concepções basilares de direitos humanos, especialmente em um Continente onde a ditadura congelou por décadas as evoluções e noções desses direitos, e cujas

²³ Como mencionado, muito embora a lógica seja de cooperação na concretização dos direitos humanos, não raro os países signatários deixam de cumprir com as obrigações impostas pelo direito internacional. Exemplo pontual e o próprio Brasil, que, diferente de diversos países latino-americanos, não revogou sua lei de anistia após a condenação no caso Gomes Lund Vs. Brasil (2010) que será analisado posteriormente. A concretização das obrigações impostas pela Corte Interamericana, neste caso, permanece refém da vontade política do país em lhe dar efetividade.

²⁴ Um dos aspectos do fortalecimento das noções de direitos humanos parte do entendimento de que “não se pode visualizar a humanidade como sujeito de direito a partir da ótica do Estado; o que se impõe é reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade”. (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 1109).

²⁵ Nesse sentido: “*Las revoluciones norte-americanas, francesas y las de los estados latino-americanos produjeron historicamente resultados diferentes dentro de sociedades diferentes. Se disse que mientras la primera creó una nación y la francesa renovo la sociedade, las revoluciones de América Latina fracasaron, por el contrario, en sus objetivos de modernización políticas, social y económica*”. (TRAVIESO, 2005. p. 281).

reminiscências ainda servem como embasamento para discursos de relativização desses valores fundamentais.

Cumpra agora realizar uma análise do funcionamento prático do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, ou, mais especificamente, o procedimento adotado para que um indivíduo, titular de direitos, possa receber a proteção internacional. Ainda, importante abordar a obrigatoriedade do cumprimento das determinações da Corte Interamericana pelos Estados signatários, o que se fará no tópico a seguir.

2.3 Estrutura interna e funcionamento do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

No que tange ao funcionamento do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, vale referir que a Convenção Americana estabeleceu um verdadeiro processo internacional para apurar as violações (RAMOS, 2012, p. 160). Assim, o artigo 48 e subsequentes estabelecem o procedimento internacional, que se inicia com o recebimento da petição ou comunicação contendo alegações de violações a direitos consagrados na Convenção pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Quer dizer, a vítima ou seus representantes só possuem o direito de representação perante a Comissão, que passará a analisar os requisitos de admissibilidade²⁶ da demanda ingressada contra um Estado pertencente ao Sistema Interamericano, que sempre será o polo passivo. O mesmo vale para os Estados, nos termos do artigo 45, que ingressem com ação contra outro Estado-parte por violação de algum direito.

Sobre a possibilidade de terceiros ingressarem com a ação perante a

²⁶Artigo 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 (OEA, 1969).

Comissão, cumpre transcrever importante consideração do professor Claudio Nash Rojas (2011, p. 29), por fazer direta referência ao muitas vezes conturbado e violento contexto da América Latina, que não só facilita situações de violações aos direitos humanos, como também, com frequência, origina um cenário que mantém as vítimas e seus familiares em situações de grande vulnerabilidade, prejudicando a denúncia:

Las características de las violaciones a los derechos humanos en el continente justificaban esta medida; las situaciones de violaciones masivas y sistemáticas, con un entorno de violencia y represión, traían como consecuencia que, en muchos casos, la víctima no tuviera posibilidad alguna de recurrir ante los órganos de protección internos ni tampoco internacionales, por lo que era necesario establecer una vía de acceso a la protección internacional expedita y fácil.

No tocante ao processo, a primeira etapa, em caso de reconhecida a admissibilidade da petição ou comunicação, consiste em solicitar informações ao governo do Estado apontado como responsável pela violação e informando o conteúdo da denúncia, com prazo de resposta estipulado pela própria Comissão, dependendo das particularidades do caso. Recebidas as informações ou transcorrido o prazo sem respostas, a Comissão verificará a existência dos motivos expostos na petição ou comunicação – podendo, nesta etapa, arquivar o expediente, se os motivos forem inexistentes, ou declarar sua inadmissibilidade ou improcedência, em caso de informação ou prova superveniente. Nessas hipóteses, não há qualquer recurso disponível aos peticionários (RAMOS, 2012).

Com o prosseguimento da petição, e buscando a verificação fática, a Comissão passará a realizar um exame do assunto exposto, com o devido conhecimento das partes, podendo, ainda, conforme conveniência e necessidade, solicitar aos Estados interessados todas e quaisquer facilidades necessárias para a plena apuração, assim como poderá exigir a prestação de informações pertinentes (OEA, 1969). Nesta etapa, a Comissão também estará à disposição das partes interessadas, no intuito de encontrar uma solução amistosa, pautada no respeito aos direitos humanos previstos na Convenção Americana (OEA, 1969). Todavia, em casos de evidente gravidade ou urgência, e mediante o consentimento do Estado denunciado, é possível que se realize diretamente uma investigação tão somente se a petição ou comunicação reúna os requisitos formais de admissibilidade (OEA, 1969).

Nos casos em que se chega a uma solução amistosa, a Comissão

encaminhará um relatório às partes envolvidas, contendo, de modo sucinto, uma exposição dos fatos e a solução encontrada, subseqüentemente enviando-o para o Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, para publicação.

Transcorrido o prazo estipulado pela Comissão sem que haja sido encontrada uma solução amistosa, será redigido e encaminhado para os Estados interessados um relatório no qual constarão os fatos e as conclusões acerca do caso em análise, sendo possível a inclusão, no relatório, das exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelas partes interessadas e também de recomendações que a CIDH julgar adequadas. Em havendo divergência entre os membros da Comissão acerca do relatório, qualquer um deles poderá agregar ao documento o seu voto de maneira separada.

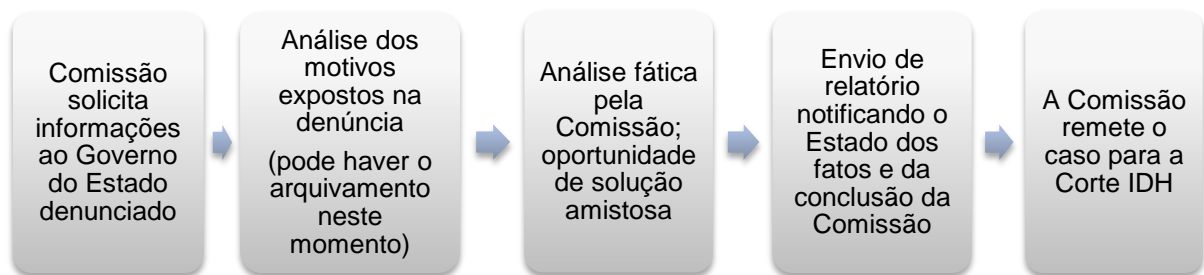
Se em três meses da remessa do relatório aos Estados envolvidos o assunto não for solucionado ou submetido à decisão da Corte Interamericana, conforme artigo 51, e em sendo aceita a competência da Corte IDH, esta poderá emitir, em estando atendido o requisito de maioria absoluta de seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração. Feitas as recomendações e findo o novo prazo estabelecido para que o Estado remedie a situação examinada, a Comissão, novamente mediante voto da maioria absoluta, decidirá se foram tomadas as medidas adequadas e se o relatório deve ou não ser publicado.

Após a remessa pela Comissão, a apreciação do caso recai na competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional do Sistema Interamericano para julgar violações aos direitos humanos que, como já exposto, só pode ser acionada pelos Estados contratantes ou pela Comissão Interamericana²⁷. Além da necessidade de o Estado ser integrante do Sistema Interamericano para

²⁷ Esse aspecto sofre críticas de Antônio Augusto Cançado Trindade, ex-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1999-2004), que sugere uma reforma da Convenção Americana, no intuito de conferir à vítima o direito de ação. Isto porque entende ser a Comissão parte apenas processual na ação perante a Corte, sendo a parte material aquela que tem seu direito violado e é titular do direito. (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 686 e ss). Outrossim, a própria Comissão operou alteração em seu regulamento interno em 2001. Conforme Ramos, antes da referida reforma, “a Comissão *deveria decidir*, por maioria, se ingressava com a ação contra determinado Estado, mesmo se citado Estado já houvesse reconhecido a jurisdição da Corte e mesmo se a Comissão já houvesse atestado a existência de violação de direitos humanos. Agora, após a reforma, no caso de ter sido constatada violação de direitos humanos sem que o Estado tenha reparado o dano, a Comissão *deve automaticamente* propor a ação contra o Estado, no caso de ter sido reconhecida a jurisdição da Corte, *salvo* se houver decisão em sentido contrário da maioria absoluta dos comissários. Ou seja, é necessário que haja a mobilização da maioria absoluta dos comissários *contra* a propositura da ação, o que é, por certo, dificultoso. (RAMOS, 2012, p. 84).

que possa ocorrer o conhecimento do caso contencioso pela Corte, há necessidade de que haja o reconhecimento da competência da Corte por este Estado (que, conforme já mencionado no trabalho, não é compulsório). Conforme o artigo 62 da Convenção, o reconhecimento pode ocorrer tanto por uma declaração de vontade ou por convenção especial – podendo ser realizada no momento de ratificação ou adesão ou em qualquer momento posterior (OEA, 1969).

O fluxograma a seguir busca exemplificar o *iter* processual interamericano acima relatado, do momento da denúncia ante à Comissão até o encaminhamento desta para a Corte IDH.



Superada a análise processual, tem-se que a competência contenciosa da Corte Interamericana é *ratione materiae*, isto é, tem por base a Convenção Americana, que constitui o direito substantivo a ser aplicado (ROJAS, 2011, p. 46). Todavia, a própria CADH prevê a necessidade de outros instrumentos, como é o caso do artigo 75, explicitando que a Convenção só pode ser objeto de reservas em conformidade com a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados; o artigo 46, 1, “a”, que faz referência aos princípios de direito internacional a serem observados; ou o próprio artigo 29, por estabelecer que as normas da Convenção não podem ser interpretadas em um sentido que restrinja ou viole as normas da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948, e outros atos internacionais da mesma natureza (ROJAS, 2011).

A Corte ainda tem competência para conhecer os casos em que sejam alegadas violações dos direitos previstos no artigo 13, “a” (organização sindical) e artigo 13 (educação) do “Protocolo Adicional a Convenção em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais” (Protocolo de São Salvador) e nos casos de alegações de violações à “Convenção Interamericana sobre Desaparecimento

Forçado de Pessoas”. Por fim, a Corte atribuiu a si mesma²⁸ a competência para aplicar a “Convenção Interamericana Para Prevenir e Sancionar a Tortura” e a “Convenção Interamericana para Prevenir, Erradicar e Sancionar a Violência contra a Mulher” (ROJAS, 2011).

Disso, é possível verificar que não se faz necessária a existência de uma vítima direta de violação a direito humano para que a matéria seja de competência da Corte, bastando haver vítimas em potencial. Ou seja, se uma pessoa corre o risco de, por exemplo, ter seu direito à educação violado por alguma lei ou ato governamental que compromete o acesso ao ensino²⁹, já resta configurada a competência da Corte para análise, contanto, é claro, que o caso chegue até sua apreciação. Dessa forma, Rojas (2011) esclarece que esta classificação entre vítimas diretas e potenciais enfatiza que o conceito de vítima não requer a existência de um dano concreto, contanto que ocorra alguma afetação direta. Tal posição, contudo, refere-se à análise dentro de um caso individual pela Corte, e não a análises abstratas:

La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención. Como antes se dijo, la Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. También podría hacerlo la Corte en ejercicio de su función consultiva en aplicación del artículo 64.2 de la Convención (CORTE IDH, OC-14,1994).

Ainda no âmbito das competências, importante destacar a questão *ratione*

²⁸ Sobre este processo, cumpre parafrasear o professor Rojas: “Además, la Corte se ha atribuido competencia para aplicar la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer. Respecto a la competencia de la Corte para declarar la violación de esta última Convención, vale la pena mencionar el importante precedente que en 2009 asentó el caso González y Otras (“Campo Algodonero”). En esta sentencia, dictada contra el Estado de México, la Corte fundó su competencia material sobre la base de un argumento de interpretación literal, sistemática y teleológica acerca del artículo 7 de la Convención Belém do Pará, lo cual completó con el criterio de interpretación basado en los trabajos preparatorios de dicho instrumento. Tras ese análisis, la Corte afirmó que tenía competencia para declarar la violación de las obligaciones previstas en el artículo 7 de la Convención Belém do Pará. Durante el año 2010 dos destacables sentencias contenciosas en materia de género reafirmaron la competencia material de la Corte sobre el mentado instrumento” (ROJAS, 2011, p. 46-47).

²⁹ Novamente antecipando os tópicos a serem abordados no próximo capítulo, verifica-se que este entendimento está, de certa forma, relacionado à própria dimensão objetiva dos direitos, enquanto deveres dos Estados numa dimensão positiva.

temporis, sobretudo pelo fato de a jurisprudência da Corte utilizar importante entendimento³⁰ no tocante às violações continuadas, presentes nos casos de desaparecimento forçado que compõem boa parte da análise a ser realizada num momento posterior desta pesquisa. Assim, tal competência pode ser tanto referente ao prazo de apresentação do caso para o conhecimento da Corte, conforme já visto, como ao fato de limitação da análise aos casos ocorridos após a ratificação pelo Estado Parte da Convenção da competência contenciosa da Corte IDH.

Desse modo, nos casos de desaparecimento forçado, prática muito comum nas ditaduras latino-americanas, o entendimento exarado (que decorre, por sua vez, de uma construção hermenêutica) é o de que a violação inicia-se com o fato, perdurando até a localização do corpo da vítima. A Corte IDH já faz uso desta disposição em sua primeira sentença, no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 1989, ao referir o desaparecimento forçado como “*violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar*” (CORTE IDH, CASO VELÁSQUEZ RODRIGUEZ VS. HONDURAS, 1989).

Superadas estas questões preliminares, cumpre, agora, discorrer sobre o procedimento posterior ao recebimento da denúncia pela Corte, registrado tanto na Convenção como no Regimento Interno da Corte Interamericana. Como já visto, a Comissão deve remeter relatório à Secretaria da Corte, em uma das línguas oficiais do Sistema Interamericano (espanhol, inglês, português ou francês), contendo todos os fatos referentes à suposta violação, identificação completa das vítimas e seus representantes, nome dos Delegados, provas recebidas, se for o caso, designação de peritos, os motivos que levaram a Comissão a apresentar o caso, entre outros itens de ordem formal (OEA, 2009). Em sendo o caso submetido por um Estado, os requisitos são semelhantes, salvo a necessidade de nomeação de agentes/assistentes e o endereço no qual as informações oficiais serão recebidas.

O artigo 37 do Regimento Interno traz interessante elemento na garantia de um processo legal no âmbito internacional, ao introduzir a figura do Defensor Interamericano, que poderá ser designado de ofício pela Corte e representará, de

³⁰Artigo 3. Os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas que forem necessárias para tipificar como delito o desaparecimento forçado de pessoas e a impor-lhe a pena apropriada que leve em conta sua extrema gravidade. Esse delito será considerado continuado ou permanente, enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima [...]. (OEA, 1994).

forma gratuita, a vítima ainda sem representação. Para tanto, restou instituído um fundo de assistência legal do sistema interamericano, responsável por financiar os gastos com defensores (ROJAS, 2011).

Após o recebimento e uma análise preliminar de requisitos fundamentais (com prazo de 20 dias para retificações), o caso será notificado pelo Secretário a Presidência e aos juízes, ao Estado demandado, à Comissão (caso não tenha sido esta a apresentar o caso) e a suposta vítima, seus eventuais representantes ou ao Defensor Interamericano (OEA, 2009). Feita a notificação à suposta vítima ou seus representantes, estes terão um prazo improrrogável de dois meses, contando da própria notificação, para apresentar à Corte seus argumentos e provas, contendo a descrição fática, as provas organizadas de forma ordenada e associadas aos fatos e a individualização dos declarantes e o objeto de sua declaração e as pretensões gerais, junto de reparações e custas (OEA, 2009).

O prazo improrrogável de dois meses também se aplica ao Estado denunciado na apresentação de sua contestação, devendo indicar se aceita os fatos e as pretensões descritas pelo demandante ou se as contradiz, oferecer provas de maneira ordenada, fundamentos de direitos, observações referentes às custas e reparações e por fim as devidas conclusões (OEA, 2009). Nesse momento, os demandados poderão, também, apresentar exceções preliminares com a devida fundamentação e anexos probatórios que, contudo, não suspenderão o procedimento de mérito e nem eventuais prazos, sendo também aberto prazo de trinta dias para a Comissão-vítimas-representantes-Estado demandantes apresentarem observações às exceções (OEA, 2009).

Passa-se, então, ao procedimento oral, realizado por meio de audiências estabelecidas pela presidência da Corte. O Regulamento Interno inicialmente versa sobre as partes declarantes que participarão das audiências e, para tanto, solicita-se à Comissão (caso tenha apresentado peritos), às supostas vítimas ou seus representantes ou ao Estado demandado ou demandante, suas listas definitivas de declarantes, que deverão confirmar ou desistir da propositura de seus relatos, sendo, após, aberto o prazo de dez dias para a outra parte oferecer eventual impugnação aos nomes arrolados como testemunhas ou peritos³¹ (OEA, 2009).

³¹ Artigo 48. 1. Os peritos poderão ser recusados quando incorram em alguma das seguintes causas: a. ser parente por consanguinidade, afinidade ou adoção, dentro do quarto grau, de uma das supostas vítimas; b. ser ou houver sido representante de alguma suposta vítima no procedimento a

Feito isso, a Corte emitirá uma resolução com as observações, objeções e recusas já apresentadas e convocará uma audiência convocando os declarantes.

Durante a audiência, os trabalhos iniciam com a Comissão, expondo os fundamentos do relatório encaminhado à Corte e os motivos do encaminhamento da ação, podendo, ainda, suscitar qualquer outro aspecto considerado relevante para a resolução do caso. Após, serão chamados os declarantes convocados para serem interrogados e, em sequência, lhes será conferida a palavra (ou para seus representantes) e ao Estado demandado para alegações orais, com direito à réplica e tréplica, findando esta etapa com a apresentação de observações finais pela Comissão (OEA, 2009).

Referente às provas, além das juntadas nos termos dos artigos 40, 41 e 42 do Regulamento (descrição fática, contraditório, etc.), também serão incorporadas ao expediente aquelas recebidas pela Comissão Interamericana, contanto que tenham sido recebidas em procedimentos contraditórios, sendo, em casos excepcionais, admitidas novas provas, se quem as apresentar justificar, de forma adequada, que não as apresentou nos momentos processuais estabelecidos por força maior ou impedimento grave. A Corte poderá, ainda, admitir provas que se refiram a fatos ocorridos posteriormente aos momentos processuais citados, sendo importante referir que os custos probatórios tocam à parte que a oferecer.

Não obstante, a Corte tem o poder de, em qualquer etapa da causa, procurar, *ex officio*, toda prova que julgar útil e/ou necessária, podendo ouvir qualquer pessoa cuja declaração ou testemunho ou parecer técnico considere pertinente; requerer à qualquer uma das partes envolvidas (vítimas, representantes, Estado demandado ou demandante) o fornecimento de alguma prova que este esteja em condições de oferecer; solicitar a qualquer entidade, escritório, órgão ou autoridade que obtenham informações e elaborem um relatório ou parecer sobre determinado aspecto do caso

nível interno ou ante o sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos pelos fatos do caso em conhecimento da Corte; c. tiver ou houver tido vínculos estreitos ou relação de subordinação funcional com a parte que o propõe e que, ao juízo da Corte, puder afetar sua imparcialidade; d. ser ou houver sido funcionário da Comissão com conhecimento do caso em litígio em que se solicita sua perícia; e. ser ou houver sido Agente do Estado demandado no caso em litígio em que se solicita sua perícia; f. houver intervindo com anterioridade, a qualquer título, e em qualquer instância, nacional ou internacional, em relação com a mesma causa. 2. A recusa deverá ser proposta dentro do dez dias subsequentes à recepção da lista definitiva na qual se confirma o oferecimento do referido ditame. 3. A Presidência transladará ao perito em questão a recusa formulada contra ele e lhe outorgará um prazo determinado para que apresente suas observações. Tudo isso será submetido às considerações dos intervenientes no caso. Posteriormente, a Corte ou quem a presida resolverá o que for pertinente (OEA, 2009).

em análise; encarregar um ou mais de seus membros da realização de qualquer medida de instrução, audiências inclusas, seja na sede da Corte ou fora; e ainda, nos termos do inciso anterior, comissionar à Secretaria a realização de diligências de instrução que se requeiram (OEA, 2009). Em caso de provas incompletas ou ilegíveis, é dado à parte que a apresentou um prazo para que efetue as correções e defeitos ou remeta as esclarecimentos pertinentes, sob pena de a prova não vir a ser apresentada.

Nessa etapa pode ocorrer tanto a desistência do caso pelo demandante, ocasião na qual a Corte decidirá, ouvindo todos os intervenientes no processo, sobre sua procedência e efeitos jurídicos, como o reconhecimento, total ou parcial, da violação pela parte demandada, vindo a Corte, igualmente, a se manifestar, em momento processual oportuno, sobre a procedência e os efeitos jurídicos deste reconhecimento. Uma solução amistosa também é possível, bastando as partes litigantes comunicarem a existência de um acordo para solucionar o caso, cabendo à Corte avaliar, igualmente, a procedência e os efeitos jurídicos.

Decidindo a Corte pelo prosseguimento do exame do caso (o que pode ocorrer mesmo diante das situações acima elencadas), a próxima etapa processual é a sentença. A peça deverá conter o nome do presidente da Corte e demais juízes que a proferirem, bem como dos Secretários da instituição; identificação das partes intervenientes no processo e seus representantes; relação dos atos do procedimento; determinação dos fatos; as conclusões da Comissão, das vítimas ou seus representantes, do Estado demandando ou demandante; fundamentação de direito; decisão sobre o caso; o pronunciamento sobre as reparações e as custas, em caso de procedência; o resultado da votação; e a indicação sobre qual a versão autêntica da sentença (OEA, 2009).

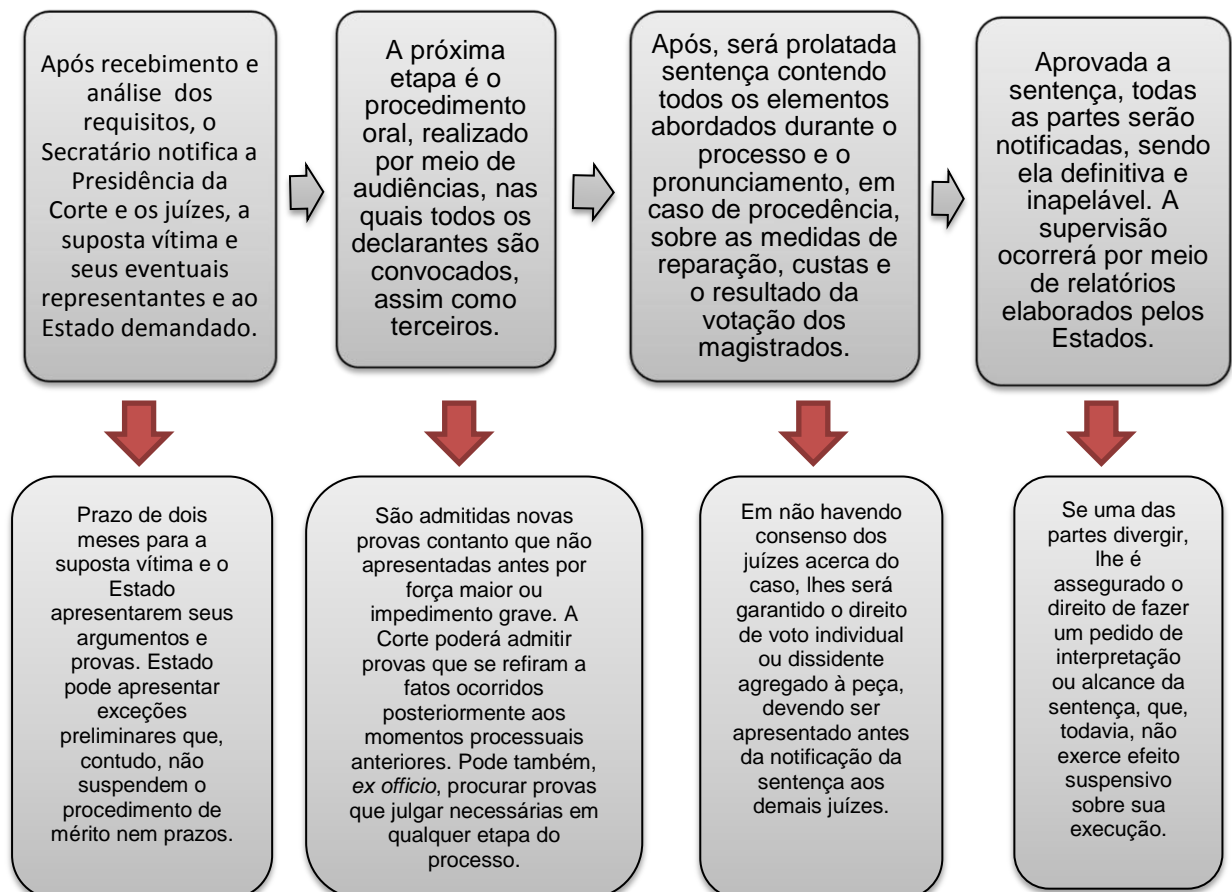
Em não havendo consenso dos juízes acerca do caso, lhes será garantido o direito de voto individual ou dissidente agregado à peça, devendo ser apresentado antes da notificação da sentença aos demais juízes. Se, na sentença de mérito, não houver decisão específica sobre as reparações e custas, a Corte determinará a oportunidade para sua posterior decisão, indicando o procedimento.

Aprovada a sentença, esta será notificada pela Secretaria a todas as partes envolvidas no processo, sendo, nos termos do artigo 67 da Convenção Americana, definitiva e inapelável. Se uma das partes divergir, lhe é assegurado o direito de, após publicação e dentro do prazo de noventa dias, fazer um pedido de

interpretação ou alcance da sentença, que, todavia, não exerce efeito suspensivo sobre sua execução.

As sentenças serão supervisionadas através de relatórios, que devem ser elaborados pelo Estado condenado, e das observações a tais relatórios pelas vítimas ou seus representantes, que também serão analisadas pela Comissão Interamericana antes da remessa à Corte. A esta cabe, também, o poder de requerer de outras fontes as informações que julgar pertinentes para verificação do cumprimento e o de convocar, quando pertinente, o Estado e os representantes das vítimas a uma audiência para supervisionar o andamento da reparação.

O fluxograma a seguir resume o processo acima narrado, tendo como ponto de partida a remessa do relatório da Comissão ou de um Estado à Secretaria da Corte Interamericana, informando de modo detalhado a suposta violação ocorrida. As figuras abaixo representam a complementação do quadro acima.



A outra função da Corte Interamericana, como referido, é a de órgão consultivo acerca da interpretação da Convenção Americana, outros tratados internacionais e

compatibilidade das leis internas de um Estado Parte com os instrumentos internacionais. As solicitações de pareceres consultivos deverão conter, de forma precisa, o instrumento internacional a ser analisado, as disposições cuja interpretação é solicitada e apontar as considerações que dão origem à consulta. Em se tratando de parecer sobre a compatibilidade de norma interna, a solicitação deverá indicar as disposições de direito interno, assim como as da Convenção ou outros tratados que são objetos da consulta, as perguntas específicas sobre as quais objetiva-se receber o parecer, além da identificação e endereço do Agente solicitante.

Por último, cumpre abordar elemento de grande relevância para o presente estudo, pois não raras vezes todo o aparato internacional de proteção aos direitos humanos acaba sendo reduzido ou interpretado como de menor importância, sob alegações de não possuir exigibilidade alguma perante os Estados. Quer dizer, se um Estado condenado se recusar a cumprir as determinações da Corte Interamericana, este não estaria obrigado a proceder de tal forma.

A obrigatoriedade do cumprimento vem disposta no artigo 68 da Comissão Americana, que estabelece o compromisso dos Estados em cumprir com as decisões em que figurem como partes, contudo, como bem lembra Rojas (2011), a Corte não possui exigibilidade para forçar o cumprimento (ou seja, não há sanção). Prossegue o autor afirmando que, em geral, todos os Estados têm cumprido com as reparações impostas pelas sentenças, sendo poucos os casos em que o cumprimento não tenha sido integral. Outrossim, é uma constante que a determinação da Corte para que o Estado realize uma investigação séria e célere acerca de uma violação é a que normalmente não é cumprida, mas, em contrapartida, as indenizações monetárias, embora por vezes com atraso, quase sempre são realizadas.

Já o artigo 65 da Convenção Americana dispõe que a Corte IDH informará à Assembleia Geral da OEA quando um Estado não cumprir com uma decisão, fazendo as recomendações que entender pertinentes, permitindo que a Assembleia discuta o caso e tome alguma decisão. Entretanto, como lembra Rojas (2011), até a presente data a Assembleia Geral não exerceu tal função, embora a Corte informe o não cumprimento total de decisões com certa regularidade.

Situação que bem ilustra tal quadro pode ser verificada no Caso Castillo Petrucci vs. Peru, de 1999, no qual o Estado anunciou, de forma expressa, que não

cumpriria a sentença da Corte Interamericana, vindo logo depois a anunciar a renúncia do reconhecimento da competência da Corte IDH para o conhecimento de denúncias individuais, o que deveria, ainda, surtir efeitos imediatos em todos os casos pendentes do Estado (ROJAS, 2011). Embora a Corte tenha rejeitado ambas as medidas, não houve qualquer pronunciamento sobre tais matérias pelos órgãos políticos do sistema.

A falta de vontade política dos Estados para cumprir com o dever pactuado de respeitar e de garantir os direitos humanos na ordem internacional e a ineficiência e/ou inexistência de mecanismos que obriguem os Estados que ratificaram a competência da Corte representam, portanto, uma das principais falhas do Sistema Regional de Proteção aos Direitos Humanos. Tal descumprimento significa o rompimento dos Estados com diversos princípios internacionais, entre eles o da *pacta sunt servanda*, eis que o reconhecimento da competência da Corte Interamericana se dá de maneira voluntária.

Uma das dificuldades existentes reside, justamente, na herança dos regimes ditatoriais que se instauraram na América Latina ao longo da segunda metade do século XX, responsáveis por inúmeras graves violações aos direitos humanos. Isto porque, após a sucessiva queda dos governos totalitários, as jovens democracias latino-americanas depararam-se com a questão da impunidade, vez que muitos dos antigos algozes dos extintos regimes militares (tanto os mandantes como agentes) encontram-se livres, beneficiados por leis de anistia (muitas vezes de autoria própria, nos chamados casos de autoanistia). Outrossim, os assassinatos operados por esses regimes sempre envolviam o desaparecimento de suas vítimas e de seus restos mortais, dificultando significativamente as investigações e a análise probatória.

Dentro desse contexto, a atuação da Corte Interamericana de Direito Humanos vem crescendo e se destacando, produzindo uma jurisprudência cada vez mais sólida e combativa, que busca, sistematicamente, apurar a responsabilidade dos infratores de graves violações aos direitos humanos, bem como amenizar o sofrimento das vítimas diretas ou de seus familiares, alterando, assim, a realidade dos Estados-membros de forma positiva.

No intuito de analisar em que sentido a jurisprudência da Corte IDH vem se desenvolvendo e, em caso de haver uma ampliação em seu alcance nos casos envolvendo graves violações praticadas por regimes militares, cumpre, antes,

contudo, compreender a noção de “dever de proteção estatal”, que se constitui em conceito-chave da pesquisa proposta no presente trabalho.

3 A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS, A TEORIA DO DEVER DE PROTEÇÃO ESTATAL E O PROTAGONISMO DA JURISDIÇÃO

Um dos elementos fundamentais para a plena consolidação do Estado Democrático (ou Constitucional) de Direito se deu pela revolução que ocorre dentro da própria teoria constitucional, alterando a maneira como a Carta é entendida e também operacionalizada. Assim, entre as alterações mais notórias, há de se fazer alusão à força normativa da Constituição, e também sua centralidade na nova ordem jurídica; seu caráter aberto e principiológico, que demanda uma constante (re)interpretação à luz de uma integração com a realidade; e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que origina uma vinculação dos demais Poderes públicos a esses direitos.

Os elementos acima destacados serão analisados num primeiro momento, no intuito de tecer considerações basilares acerca da evolução histórica do Constitucionalismo Contemporâneo e seus elementos centrais, mormente a chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Após, e decorrência direta deste primeiro item analisado, buscar-se-á aprofundar o estudo sobre a teoria do dever de proteção e a conseqüente judicialização, bem como a transferência de decisões estratégicas para as Cortes Constitucionais.

Neste momento final ocorrerá, ainda, um direcionamento para o instrumento central da pesquisa, a saber, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a sua jurisprudência, especialmente no que toca à reparação das violações. Por derradeiro, intenta-se verificar a atuação da Corte IDH dentro dos contornos do Constitucionalismo Contemporâneo, bem como a utilização das chamadas sentenças estruturantes e sua legitimidade.

3.1 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a decorrente imposição de diretivas ao agir estatal

Após a Segunda Guerra Mundial e ao longo da segunda metade do Século XX, as Constituições superam³² o modelo antigo - no qual tão somente regulavam a

³² A ideia de superação advém do fato de que, neste momento, concretiza-se esta transformação, muito embora, como lembra Leal (2007), este conteúdo político já começa a transparecer na primeira

organização estatal ou os poderes -, passando a englobar conteúdo político e a legitimar o poder. Ocorre, também, um fortalecimento das noções de democracia, com a positivação de direitos humanos nas Constituições, agora identificados como direitos fundamentais, operando sob uma lógica segundo a qual a dignidade da pessoa humana é o valor máximo dos ordenamentos jurídicos, assim como princípio orientador da atuação do Estado e dos organismos internacionais (BARCELLOS, 2011, p. 130).

Os novos textos constitucionais trazem ainda a ideia de que a Constituição supera o critério de validade associado à maioria, pois busca proteger o direito de todos, especialmente aqueles que, por alguma questão social ou histórica, encontram-se separados dessa maioria, ou seja, possui caráter contramajoritário (LEAL, 2007). Dessa forma o documento maior de um Estado surge como elemento de estabilidade em meio às oscilações de interesse que ocorrem dentro de sociedades complexas e plurais, como a contemporânea.

Na esteira do exposto acima, é possível afirmar que uma das principais alterações ocorridas no âmbito constitucional, portanto, é o espectro de sua extensão, pois como bem leciona Leal (2007), os direitos clássicos de defesa somente afetavam parcela da antiga ordem jurídica. Com as novas constituições, todavia, e a classificação das normas fundamentais como objetivas, “toda a ordem jurídica passa a ser abarcada pela Constituição em suas bases principiológicas”³³ (LEAL, 2007, 53). Desta forma, a Constituição passa a ser o documento central de todo o ordenamento jurídico, que acaba estando vinculado à sua carga principiológica.

Entre as outras transformações ocorridas no âmbito da jurisdição constitucional, Barroso (2005) reconhece a existência de um marco teórico desse

metade do Século XX, com o assim chamado “constitucionalismo material” na Alemanha, com autores como Schmitt, Heller e Smendt.

³³ Sobre o tema, interessante se faz transcrever a evolução dos princípios no que tange à sua normatividade, processo este que percorre três etapas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na primeira, a jusnaturalista, Bonavides (2001, p. 232) afirma que os princípios “habitavam” uma esfera completamente abstrata “e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa da idéia que inspira postulados de justiça”. Na etapa seguinte, mormente durante a elaboração de códigos, os princípios eram neles inseridos (positivados) como fonte normativa subsidiária (BONAVIDES, 2001), e não como algo que se sobrepujasse à lei. Por fim, na segunda metade do século XX, já durante o período denominado pós-positivista, as constituições promulgadas “acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, 2001, p. 237). Ocorre, portanto, uma reaproximação entre direito e moral, o que não ocorria durante o positivismo.

novo constitucionalismo, dividindo-o em três alterações significativas: o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Inicialmente, o jurista brasileiro pontua que a Constituição passa a ser norma jurídica dotada de imperatividade e seu descumprimento desencadeia mecanismos para seu cumprimento. Supera-se, assim, o modelo anterior, no qual era vista apenas como um documento político, permanecendo sua concretização condicionada à liberdade de conformação do legislador ou também à discricionariedade do representante do Poder Executivo, enquanto que ao Judiciário não cabia qualquer papel na concretização da Lei Fundamental no que tange a estes aspectos políticos.

A incorporação da normatividade às Constituições alterou permanentemente a práxis jurídica e jurisprudencial das Cortes Constitucionais e tribunais de diversos países, em especial as da Espanha, Itália e dos países da América Latina. Dessa forma, os operadores do direito passam a realizar suas funções através de novos parâmetros, atendo-se, como lembra Carbonell (2009, p. 10), a “técnicas interpretativas próprias como a ponderação, a proporcionalidade e a razoabilidade, à maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, a projeção horizontal de direitos”, entre outros.

Em solo brasileiro, essa alteração operou-se somente ao fim da década de 80, com a promulgação da Carta de 1988, pois, além das muitas reminiscências negativas, oriundas de um regime militar autoritário, a antiga Constituição, como no modelo europeu do começo do século, não possuía aplicabilidade direta e imediata, sendo “um repositório de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional” (BARROSO, 2005, p. 8).

A próxima transformação é referente à expansão da jurisdição constitucional, na qual verifica-se a constitucionalização dos direitos fundamentais, que, conforme Barroso (2005, p. 8), “ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário”. Como consequência direta disso, os tribunais constitucionais de vários países ganham uma nova dimensão.

Por fim, há a nova interpretação constitucional, derivada, conforme Bonavides (2001, p. 434), da inconformidade de muitos juristas com o positivismo lógico-formal, vigente no modelo anterior:

Redundou assim na busca do sentido mais profundo das Constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a Sociedade; do Estado com a legitimidade que lhe serve de fundamento; da ordem governativa com os valores, as exigências, as necessidades do meio social, onde essa ordem atua dinamicamente, num processo de mútua reciprocidade e constantes prestações e contraprestações, características de todo sistema político com base no equilíbrio entre governantes e governados.

Os métodos clássicos de interpretação, ou seja, o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico, bem como os critérios de solução de conflitos normativos, como o hierárquico, temporal e o especial, embora superados por este novo constitucionalismo, continuam não só operantes, como também responsáveis pela resolução da grande maioria das questões e controvérsias jurídicas.

Não obstante, como lembra Barroso (2005), os juristas e teóricos do direito perceberam que existia uma situação de carência nos métodos tradicionais de interpretação e de solução de conflitos, no tocante à realização da vontade constitucional, por não serem inteiramente ajustados para tal fim. Exsurge, a partir desse momento, a elaboração de novas técnicas doutrinárias agrupadas sob a denominação de nova interpretação constitucional.

Enquanto a interpretação tradicional era erigida sob as premissas de que o papel da norma é o de apresentar, em seu relato abstrato, uma solução para uma questão jurídica, e o papel do juiz cingia-se a identificar, no ordenamento, a norma apta a sanar o problema, ou seja, mediante subsunção³⁴, a nova interpretação demonstrou ser o sistema clássico insatisfatório. Esta última passa, assim, a receber um papel de destaque, residindo sua função na necessidade de se dar plenitude às normas, vez que o texto só acaba por abarcar pequena parte da vida constitucional (OSSENBÜHL, 1965).

Por sua vez, Leal (2007) aponta existir uma natureza aberta e carente de concretização em face da realidade às Constituições, demandando uma atividade criativa dos Tribunais na definição da extensão dos direitos fundamentais. Esta atividade tem sua importância ainda mais acentuada nos casos de colisão entre direitos fundamentais, vez que não há solução pré-moldada a ser encontrada, sendo

³⁴ Conforme Barroso (2012, p. 357), "A subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito. Como se sabe, ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior – a norma – incide sobre a premissa menor – os fatos -, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto. Como já assinalado, esse tipo de raciocínio continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito. Mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais".

necessária uma devida contextualização das situações fáticas e o uso da argumentação para sua devida resolução.

Estas transformações hermenêuticas seguem, por sua vez, o lastro da tradição da revolução ontológico-linguística, apontada como o grande marco hermenêutico do Século XX. Através desta revolução, a linguagem passou a ocupar o centro dos questionamentos, tornando-se condição de possibilidade dentro de um contexto intersubjetivo. Dito de outra maneira:

A linguagem passa a ser vista como aquilo que possibilita a compreensão do indivíduo no mundo, de modo que essa mesma linguagem é necessariamente fruto de um processo de comunicação envolvendo uma relação de intersubjetividade, isto é, onde antes havia uma relação sujeito/objeto instaura-se uma relação sujeito/sujeito. Além disso, a própria linguagem começa a ser compreendida como elemento de mediação das interações existentes na sociedade. (QUINAUD, 2008, p. 201).

A compreensão do direito acaba, por conseguinte, por sofrer uma severa alteração, mormente no que tange ao texto constitucional, pois, em sendo a linguagem condição de possibilidade das interações intersubjetivas, a tradição e a história do intérprete acabam por ingressar na construção do sentido de seu objeto. O alto nível de abstração dos princípios e o caráter aberto das Constituições são campo fértil para a interpretação, que, como mencionado, parte das concepções prévias do intérprete e também passa a flexionar a rigidez gramatical do texto, o que reforça, inclusive, a necessidade da fundamentação das decisões como forma de serem evitados decisionismos exacerbados³⁵.

Do exposto, é possível concluir que as Constituições do Segundo Pós-Guerra superam os modelos anteriores, seja no sentido de garantia face ao absolutismo, seja de direcionamento político, apresentando-se agora como “expressão máxima dos valores eleitos pela comunidade que a adota, isto é, como materialização do contrato social de uma ordem democrática, caracterizadora do modelo de Estado Democrático de Direito” (LEAL, 2007, p. 54). Adquirem, pois, uma concepção comunitária, considerando o indivíduo como inserido em uma perspectiva solidária,

³⁵ Interessante contraponto sobre a plasticidade das normas constitucionais é trazida por Paulo Bonavides (2001, p. 435) segundo o qual: “Descortina-se assim um campo de imprevisível extensão para o florescimento de distintas posições interpretativas no domínio da hermenêutica constitucional. Perde porém essa hermenêutica a firmeza do modelo clássico, que se assentava numa lógica confiante, sólida, imbatível. Sua plasticidade é fraqueza. A manipulação dos fins e do sentido faz deveras fácil o tráfego e soluções de conveniência, a conclusões preconcebidas, a subjetivismos, em que o aspecto jurídico sacrificado cede complacente a solicitações do aspecto político, avassalador da norma e produto exuberante de perplexidades e incertezas inibidoras”.

de modo que este acaba por encontrar-se condicionado aos aspectos substanciais e materiais da sociedade de que faz parte (LEAL, 2007).

Esta concepção comunitarista remete novamente à abertura já mencionada, vez que o documento passa a ser entendido como uma ordem jurídica da coletividade, quer dizer, ocorre uma reaproximação entre direito e moral, e os conteúdos axiológicos (políticos, sociais e culturais) daquela comunidade são imbuídos na Constituição por meio dos princípios, estes dotados de caráter jurídico, e passam a ser utilizados para sua interpretação e plena concretização do texto normativo. Há que se realizar, portanto, uma distinção semântica entre norma e texto para melhor compreensão desta nova hermenêutica constitucional, sendo a primeira entendida como resultado da interpretação textual, somada da contextualização com a realidade fática que a permeia (ALEXY, 2011). A jurisdição constitucional, por meio da interpretação das normas, acaba dando nova vida à Constituição, para, nos dizeres de Leal (2007), cumprir com seu objetivo de ordem jurídica fundamental de uma determinada comunidade.

Da abertura e caráter indeterminado dos textos constitucionais, requer-se, assim, uma atuação criativa dos tribunais, para a devida integração entre o texto e a realidade. Em virtude disso, os tribunais constitucionais desenvolvem, como descreve Leal (2007), diversos recursos hermenêuticos (como a interpretação conforme e as sentenças manipulativas), e teóricos, a saber, a compreensão da Constituição como uma ordem objetiva de valores, ou seja, os direitos fundamentais são tanto direitos subjetivos como também objetivos – o que será agora analisado. Tais construções são elaboradas principalmente pelo Tribunal Constitucional Alemão, razão pela qual entende-se importante traçar uma breve exposição histórica da Norma Fundamental deste país.

Oriundo da teoria liberal era o entendimento de que os direitos fundamentais consistiam em limites impostos ao poder do Estado na lógica de um dever jurídico de abstenção, recaindo ao direito constitucional a categoria de direito subjetivo (SARMENTO, 2004, p. 133), isto é, a ideia de proteção aos direitos e garantias individuais em face do Estado. Em outras palavras, estes direitos eram vistos em sua dimensão subjetiva, pois a eles cabia apenas “identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica” (SARMENTO, 2004, p. 133). É apenas com a plena concretização do Estado Social e os constantes estudos no âmbito constitucional que a concepção

dos direitos fundamentais passa a alterar-se.

Após a Segunda Guerra Mundial, verificou-se, na Alemanha, que a corrupção da Constituição de Weimar³⁶ foi uma das causas que possibilitaram a ascensão do poder do partido nacional-socialista³⁷, portanto, no segundo pós-guerra, a consciência das limitações dos sistemas jurídico-formais deveria ser mais forte (MIRANDA, 1997). Surge então a Lei Fundamental de Bonn, criada logo após os julgamentos do Tribunal de Nuremberg, em 1948, marcada, conforme Barroso (2011), pela reafirmação dos valores democráticos, enunciando, já em sua abertura, direitos fundamentais, como os da liberdade, inviolabilidade corporal, liberdade de locomoção, de expressão, etc.

Pode ser destacada, ainda, a vinculação dos três poderes pelos direitos fundamentais enunciados na Constituição, a necessidade de que restrições a esses direitos se efetuassem através de leis gerais que não comprometessem seu conteúdo e “a possibilidade de tutela jurisdicional em caso de ofensa de qualquer dos direitos fundamentais (MIRANDA, 1997, p. 204). Nesse sentido, visando à plena concretização desses direitos fundamentais, bem como a preservação da ordem constitucional, foi instituído, em 1951, o Tribunal Constitucional Alemão, com previsão legal no artigo 92 da Lei Fundamental, responsável, sobretudo, pelo

³⁶ Quanto à Constituição de Weimar, Fioravanti (2001) afirma se tratar do princípio das constituições democráticas do século XX, as quais buscam, agora, a superação do modelo estatal e parlamentar. Em outras palavras, passam agora a afirmar a existência de alguns princípios fundamentais, erigidos pelo poder soberano constituinte. Assim, ocorre, também, a busca de formas para garantir a tutela e a realização desses princípios, dentre os quais pode-se citar o da inviolabilidade dos direitos fundamentais (remetendo-se novamente ao controle de constitucionalidade) e o da igualdade. É também em Weimar que chega a seu apogeu a reação antiformalista e judicialista do Direito Livre, ocasião na qual, conforme Sanchís (2003, p. 82), o juiz se converte em mediador entre o direito e uma suposta consciência popular, vindo, inclusive, a ditar sentenças *contra legem*. Através disso, o pensamento jurídico da década de trinta passa a sustentar a discricionariedade judicial “como uma tese descritiva, que será o veículo ideal para incorporar ao Direito o sentimento jurídico do povo, quando não for necessário um contraponto da ‘justiça’ frente à ‘política’ encarnada na lei”.

³⁷ Sobre a chamada “corrupção”, interessante analisar o artigo 48 da Constituição de Weimar que determinava a suspensão de diversos direitos civis na busca da ordem pública, conferindo ao presidente do *Reich* o *status* de autoridade máxima, tratando-se de artigo muito utilizado pelo partido nazista na busca de seus objetivos: *If a state does not fulfill the obligations laid upon it by the Reich constitution or Reich laws, the Reich President may use armed force to cause it to oblige. In case public safety is seriously threatened or disturbed, the Reich President may take the measure necessary to reestablish law and order, if necessary using armed force. In the pursuit of this aim, he may suspend the civil rights described in articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 and 153, partially or entirely. The Reich President must inform the Reichstag immediately about all measures undertaken based on paragraphs 1 and 2 of this article and the measure must be suspended immediately if the Reichstag so demands. If danger is imminent, the state government may, for their specific territory, implement steps as described in paragraph 2. These steps may be suspended if so demanded by the Reich President or the Reichstag. Further details may be regulated by Reich legislation* (ALEMANHA, 1919).

controle de constitucionalidade concentrado.

Com o tribunal, Barroso (2005) pontua a fecunda produção teórica e jurisprudencial que viria a dar suporte à ascensão científica do direito constitucional nos países de tradição romano-germânica. Como exemplos, cita também a instauração da Corte Constitucional Italiana, em 1956, bem como a redemocratização e reconstitucionalização tanto de Portugal, em 1976, quanto da Espanha, em 1978 – também responsáveis por valiosas discussões no âmbito constitucional. Já no Brasil, o processo de renascimento constitucional foi mais tardio, tendo-se em vista o regime militar precedente, muito embora a Constituição de 1988 tenha proporcionado o mais longo período de estabilidade da história republicana do país.

Essa especial abordagem aos direitos fundamentais deu-se em virtude da constatação de que o modelo anterior do Estado de Direito mostrou-se insuficiente na concretização dos mesmos enquanto cláusulas gerais (LEAL, 2007). Adota-se, no novo modelo, uma teoria dos valores que “pressupõe também uma vinculação material das leis” (LEAL, 2007, p. 63), o que confere às normas constitucionais conteúdo axiológico e também um referencial diretivo.

Entre os novos elementos da dogmática dos direitos fundamentais, cumpre realizar aqui um estudo mais aprofundado da dimensão objetiva dos direitos fundamentais³⁸ - elaboração de importância fulcral para a presente análise – e da

³⁸ A dimensão objetiva origina-se da moderna doutrina dos direitos fundamentais, que por sua vez tem sua gênese na teoria dos direitos públicos subjetivos de George Jellinek, para quem os direitos públicos subjetivos “não eram direitos naturais e inatos, que antecediam ao poder estatal, mas autolimitações a este poder, que geravam pretensões do indivíduo frente ao Estado, as quais deveriam ser exercidas exclusivamente dentro do marco estabelecido pelas leis” (SARMENTO, 2004, p. 138). Os direitos, portanto, eram concebidos pelo autor por uma perspectiva exclusivamente subjetiva. Partindo deste ponto o autor desenvolve a teoria dos quatro *status* nas relações entre indivíduo e o Estado, quais sejam: “O *status subiectiones* é aquele no qual o indivíduo é vislumbrado como súdito, sujeito ao poder estatal, em campo onde fica excluída a sua autodeterminação. Este *status* não corresponde a nenhum direito público subjetivo. Já no *status negativus*, há o reconhecimento pela ordem jurídica de um espaço individual de liberdade, na qual não interfere o poder estatal. O indivíduo está investido numa pretensão jurídica de exigir uma abstenção por parte do Estado, que deve respeitar o espaço de autonomia privada individual. O *status activus*, por sua vez, equivale ao direito público subjetivo reconhecido ao cidadão de participar na formação da vontade do Estado, correspondendo aos atuais direitos políticos. E, finalmente, o *status positivus* é o que confere ao indivíduo o poder jurídico de reclamar alguma prestação positiva do Estado”. (SARMENTO, 2004, p. 138-139). Por outra banda, a teoria da Constituição como integração de Rudolf Smend é apontada como antecedente mais próximo da concepção axiológica dos direitos fundamentais que remete à sua dimensão objetiva. Para o autor, a função da Constituição consistia na promoção da integração comunitária, o que se torna possível em havendo valores compartilhados socialmente. Assim, o mais importante em uma Constituição são os valores fundamentais que a sustentam, cuja fonte seriam os direitos fundamentais. nesse sentido, “a concepção axiológica dos direitos fundamentais por Smend, se por um lado, implica num certo menoscabo em relação à

construção da ideia, pelo Tribunal Constitucional Alemão, de que os direitos fundamentais possuem dupla dimensão, ou seja, o clássico caráter subjetivo e também um caráter objetivo. Antes de explorar as características dessa dupla dimensão, importante se faz identificar, contudo, a gênese da noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que remete ao “paradigmático” *Lüth-Urteil*, julgado pelo *Bundverfassungsgericht* em 1958.

O litígio originou-se após a iniciativa de Erich Lüth, presidente do Clube de Cinema da cidade de Hamburgo, de incentivar os proprietários e o público a boicotar a exibição de um filme nas sessões locais, sob o argumento de que o diretor da película, Veit Harlan, colaborador do antigo partido nazista, havia inserido conteúdo anti-semita na película. A controvérsia residia, portanto, na possibilidade ou não deste boicote, sob o prisma do direito à liberdade de expressão.

O filme, por sua vez, não fazia qualquer alusão ao regime, mas mesmo assim foi um fracasso de arrecadação, o que levou tanto o diretor quanto a equipe de produção a ingressarem com uma ação buscando reparação pelos prejuízos oriundos do boicote, com base no artigo 826 do Código Civil alemão, segundo o qual os responsáveis por danos intencionais a terceiros e de maneira ofensiva aos bons costumes seria obrigado a reparar o dano através de alguma compensação. Desse modo, o debate consistiu em uma colisão entre o direito fundamental da liberdade de expressão *versus* a responsabilidade civil e os bons costumes insculpidos no Código Civil alemão.

Em primeira instância e utilizando como fundamentação o Código Civil, o caso foi julgado favorável aos produtores da película. Contudo, em sede de recurso ao Tribunal Constitucional, que acolheu a demanda sob o fundamento de que uma cláusula geral de direito privado como a dos bons costumes deveria ser interpretada sob o escopo da ordem de valores que atua como supedâneo da Constituição, com atenção especial aos direitos fundamentais, deu-se uma reversão da decisão.

Esta interpretação fez o Tribunal Constitucional reverter a decisão anterior, sob o argumento de que ela violava o direito fundamental à liberdade de expressão. Para solucionar essa simples querela entre dois particulares, que resultou numa colisão

eficácia normativa dos mesmos, por outro já abre a possibilidade para que tais direitos desempenhem novas funções na ordem jurídica, ligadas à legitimação do Estado e à hermenêutica em geral. Na medida em que os direitos fundamentais proclamam um sistema de valores sobre o qual repousa a unidade da ordem jurídica, já será possível postular a irradiação dos seus efeitos sobre todo este ordenamento” (SARMENTO, 2004, p. 140-141).

entre o direito fundamental da liberdade de expressão contra regra ordinária inferior, a Corte alemã, em decisão histórica, erige o entendimento de que a Constituição não é neutra, mas sim uma ordem objetiva de valores.

Em outras palavras, o direito fundamental consistente na liberdade de expressão é um valor adotado por aquela comunidade, de modo que deve não só prevalecer sobre uma norma hierarquicamente inferior, mas ser entendido como parte de uma totalidade de sentido em constante relação. Ou seja, os direitos subjetivos individuais estão vinculados ao interesse comunitário (LEAL, 2007, p. 68), quer dizer, no momento em que se faz parte daquela comunidade, a proteção desses direitos ocorrerá em conformidade com a ordem objetiva de valores constituída pela coletividade.

Na esteira do exposto estão os apontamentos de Luño (2013), para quem os direitos fundamentais, após a paradigmática decisão, passam a representar um conjunto de valores objetivos que apontam e vinculam a ação positiva dos poderes públicos, superando o modelo anterior, no qual eram vistos apenas como garantias negativas e individuais (dimensão subjetiva), no sentido de limitar a ação Estatal e, vale ressaltar, estes direitos de matriz liberal convertem-se também em um norte para a atuação do ente público. Os direitos fundamentais em seu conjunto, isto é, o todo de sentido que representa uma Constituição na qual estes direitos são positivados, portanto, apresentam-se como elemento basilar dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, ou, nos dizeres de Konrad Hesse, são “as bases da ordem jurídica da coletividade” (HESSE, 1998, p. 239).

Importante ressaltar que, ao se reconhecer esta dimensão objetiva dos direitos fundamentais, “não se está fazendo referência ao fato de que qualquer posição jurídica subjetiva pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja” (SARLET, 2010, p. 144). Assim, como já salientado, esta dimensão objetiva não seria o oposto de uma dimensão subjetiva, mas ela significa que “às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca reconhecimento de conteúdos normativos”, portanto, “de funções distintas aos direitos fundamentais” (SARLET, 2010, p. 144). No âmbito desta diferenciação, o já citado jurista refere que esta perspectiva objetiva pode ser vista como espécie de “mais-valia jurídica”, pois fortalece a juridicidade dos direitos fundamentais, conferindo-lhes efeitos jurídicos autônomos para além da dimensão subjetiva.

Associado a esta lógica de que os direitos fundamentais compõem uma ordem objetiva de valores de uma comunidade vem a ideia de que a eficácia destes direitos (os clássicos direitos de defesa inclusos) deve ser valorada não apenas sob uma ótica individualizada (posição do indivíduo ante o Estado), mas também sob um ponto de vista social e coletivo, pois estes pressupostos axiológicos de validade erigidos pela coletividade devem ser respeitados e concretizados (SARLET, 2010). Isto é, a validade e a aplicação dos direitos subjetivos individuais está diretamente vinculada ao seu reconhecimento e harmonização pela comunidade na qual encontram-se inseridos, o que confere aos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva um caráter transindividual, sendo nesse sentido

que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes, de tal sorte que não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transindividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária e, neste sentido, sempre coletiva), no âmbito de uma supremacia apriorística do interesse público sobre o particular (SARLET, 2010, p. 145).

Complementares são as lições de Sarmento (2004, p. 134), ao lecionar que a dimensão objetiva “decorre do reconhecimento de que os direitos fundamentais condensam os valores mais relevantes para determinada comunidade política”, e em se tratando os direitos fundamentais de entendimentos morais de ordem coletiva, estes não dizem respeito tão somente ao Estado, mas à sociedade como um todo. Com isso, o autor defende que a proteção a estes direitos é uma questão comunitária, e aos seus membros incide o dever de atuar em sua defesa através das devidas ferramentas processuais, por meio de mobilizações sociais, exercício responsável do direito ao voto e da participação de outras entidades (SARMENTO, 2004).

Os direitos fundamentais são, portanto, a ordem fundante não só do ordenamento jurídico, mas também de toda a comunidade, atuando, ainda, como diretivas para a atuação dos poderes (NOVAIS, 2003, p. 65). O autor estende seu raciocínio afirmando que os direitos fundamentais constituem, em sua totalidade, “um sistema ou ordem objectiva de valores que legitima uma ordem jurídico-constitucional do Estado” (NOVAIS, 2003, p. 67) e que, inclusive, condiciona a

atuação dos poderes constituídos e se irradia para todos os ramos do direito, corroborando as noções já expostas.

O autor se refere, no último ponto mencionado, à eficácia de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*³⁹) dos direitos fundamentais, que se projeta para todo o ordenamento jurídico. Essa projeção vincula as leis e também os demais Poderes, que devem estar em plena consonância com estes direitos (LEAL, 2007, p. 66). Vale acrescentar que não apenas o poder estatal encontra-se vinculado a esta dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como também a esfera jurídico-privada, de modo que não basta, na interpretação das normas em geral, verificar sua adequação abstrata com o texto constitucional, mas sim analisar, na aplicação ante um caso concreto, se a aplicação do direito está em contato e consonância com a eficácia de irradiação (LEDUR, 2009, p. 39).

Desta forma, além da vinculação vertical entre os direitos fundamentais e o Estado, verifica-se uma vinculação horizontal ou eficácia contra terceiros⁴⁰ (*Drittwirkung*), ou seja, da dimensão objetiva atribuída a esses direitos também passa a ocorrer a proteção do indivíduo contra abusos provenientes de outros indivíduos em situações de direitos concorrentes. Após a decisão do caso *Lüth* passa a se falar, portanto, de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, a subjetiva, ou os “direitos de defesa” (*Abwehrrechte*) do cidadão perante o Estado, e também uma objetiva, numa lógica de “proteção através do Estado”, que inclusive projeta-se para todo ordenamento jurídico (LEAL, 2007, p. 66).

Através da elaboração desta eficácia de irradiação, pode-se falar da existência de um efeito protetor dos direitos fundamentais que deve ser observado durante a interpretação do direito pelos tribunais, inclusive na aplicação do direito privado (LEDUR, 2009, p. 40). Com base nesse dever geral de efetivação atribuído ao Estado, oriundo dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é que se

³⁹ Fortalecendo as noções sobre a eficácia de irradiação, cumpre parafrasear Sarlet (2010, p. 147): “Como primeiro desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais, costuma apontar-se para o que a doutrina alemã denominou de uma eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que, ademais, pode ser considerada – ainda que com restrições – como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição

⁴⁰ José Felipe Ledur aponta que a origem desta doutrina encontra-se na Constituição de Weimar (1919), em seus artigos 118, alínea 1, frase 2 – que reconheceu a livre manifestação do pensamento no quadro das relações de trabalho e econômica – e no artigo 159, frase 2, que tutela a proteção da liberdade de coalizão contra restrições privadas (LEDUR, 2009, p. 40).

desenvolve o reconhecimento de um dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*), que será abordado a seguir.

A eficácia irradiante representa, assim, uma humanização da ordem jurídica, pois vincula a interpretação das normas infraconstitucionais à Carta para reexame, ocasião na qual deverão amoldar-se às premissas maiores desta, como a dignidade humana, igualdade material e a justiça social (SARMENTO, 2004).

No que se refere aos instrumentos pelos quais a eficácia irradiante é operacionalizada no ordenamento, pode ser citada a interpretação conforme a Constituição, cuja função consiste tanto no controle de constitucionalidade (função negativa, vez que elimina a norma em conflito) quanto no de mecanismo hermenêutico de adequação legislativa em conflito à norma fundamental, tornando aquela válida sem sua extirpação do ordenamento (função positiva, pois preserva a lei – LEAL, 2006).

Antes de prosseguir para a teoria do dever de proteção estatal, cumpre, todavia, mencionar que a concepção iniciada na Alemanha da Constituição como uma ordem de valores afasta-se das teorias jusnaturalistas anteriores, pois não se reporta “a uma moral imutável e supra-histórica, mas sim a valores que possuem uma dimensão cultural e que se integram a consciência ético-jurídica de uma comunidade histórica concreta” (SARMENTO, 2004, p. 149). Como visto acima, portanto, a referência axiológica imbuída nos textos constitucionais diz respeito aos valores adotados por uma determinada comunidade em determinado período histórico, não se falando de nenhuma espécie de validade apriorística. Prossegue o autor que, nessa abertura constitucional ao mundo dos valores, essencial é o papel dos princípios, vez que estes representam uma ligação entre o universo jurídico e o axiológico (SARMENTO, 2004).

Nesta senda, importante recorrer às noções de Alexy (2011, p. 144), para quem duas considerações tornam perceptíveis a íntima relação entre princípios e valores. Inicialmente, diz ser possível falar-se tanto de uma colisão e sopesamento entre princípios como de uma colisão e sopesamento entre valores. De outro norte, afirma que a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores. Ademais, o jurista aponta haverem duas diferenças que acabam por aproximar os conceitos acima expostos: os princípios, por serem mandamentos de

um determinado tipo (de otimização) pertencem ao âmbito deontológico⁴¹, enquanto os valores fazem parte do âmbito axiológico⁴². Dessa forma, conclui que os princípios e os valores mostram-se, na sua essência, estruturalmente iguais, exceto pelo fato de que os primeiros se situam no âmbito deontológico (no âmbito do dever ser), e os segundos, no âmbito do axiológico (no âmbito do bom). Nas palavras do autor:

Para descubrir lo fuerte que pueda ser una teoría de los principios desde el punto de vista de su rendimiento, hay que fijarse en la semejanza que tienen los principios con lo que se denomina “valores”. En lugar de decir que el principio de la libertad de prensa colisiona con el de la seguridad exterior, podría decirse que existe una colisión entre el valor de la libertad de prensa y el de la seguridad exterior. Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa. La única diferencia consiste en que en la colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. [...] (ALEXY, 1998, p. 145).

Dentro desse contexto, Alexy conclui que valores e princípios são a mesma coisa, com a ressalva de os princípios habitarem o âmbito deontológico, e os valores, o âmbito axiológico. Já Sarmento (2004, p. 152) reforça estas noções ao afirmar que os princípios constitucionais são a “sede normativa dos valores morais”, de modo que a adoção de uma perspectiva principialista “conduz, necessariamente, a uma abertura da argumentação constitucional para a dimensão moral”.

As contribuições oriundas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, mormente no tocante à eficácia de irradiação, ressaltam o papel desses direitos no ordenamento, no sentido de que seja garantida sua proteção e sua concretização. Disso, decorre a obrigação do Estado em criar pressupostos fáticos necessários para o exercício desses direitos em virtude de seu dever de proteção. O próximo tópico ocupa-se, portanto, em discorrer acerca desta teoria, apontando elementos de sua gênese e outras considerações relevantes.

⁴¹ Como exemplo de conceitos deontológicos, Alexy (2011, p. 145) elenca os conceitos de dever, proibição, permissão e de direito a algo. Nesses conceitos, ponto comum é o fato de que podem ser reduzidos a um conceito deontológico básico do dever ou do dever-ser.

⁴² Os conceitos axiológicos, por sua vez, não possuem como elemento básico o dever ou dever ser, mas o conceito de bom. Desse modo, “a diversidade de conceitos axiológicos decorre da diversidade de critérios por meio dos quais algo pode ser qualificado como bom. Assim, conceitos axiológicos são utilizados quando algo é classificado como bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de Direito (ALEXY, 2011, p. 145).

3.2 A teoria do dever de proteção estatal

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como visto no subcapítulo anterior, desencadeia uma série de consideráveis alterações na teoria jurídica. Entre estas pode se falar da concepção da Constituição como uma ordem de valores; os direitos fundamentais (até mesmo em sua dimensão subjetiva) como norteadores da ordem jurídica, vez que vinculados aos interesses da comunidade em que estão inseridos; vinculação também de toda a atuação positiva do Estado a esta dimensão objetiva; e a eficácia de irradiação, tanto vertical quanto horizontal – que se alastra inclusive nas relações entre particulares – e “humaniza” o direito, pois atrela a sua interpretação à dignidade humana e a outros princípios basilares.

Modo sucinto, os direitos fundamentais encontram-se inseridos em uma nova realidade após as elaborações acerca de sua dimensão objetiva. Outrossim, ao vincularem os poderes públicos (eficácia dirigente), estes direitos passam a emitir comandos ao Estado para que este os concretize, isto é, trata-se de vinculação positiva no sentido de garantir a plena realização dos valores presentes nas Constituições.

Recapitulando o já exposto, Leal (2007, p. 66-67) ressalta a importância da dupla dimensão dos direitos fundamentais (objetiva e subjetiva) elaborada pelo Tribunal Constitucional Alemão. Tal construção alimenta a ideia do já mencionado “direito de defesa” (*Abwehrrechte*) contra o Estado, sustentando também uma ordem de valores objetiva (*Wertsystem*) cujo caráter impositivo se projeta por todo o ordenamento, culminando na chamada eficácia de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*), que vincula e norteia a aplicação e a interpretação das normas previstas nas Constituições. Ao Estado cabe, assim, em decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, uma função tanto de não-violação como de proteção e de concretização destes direitos.

Surgem, desta obrigação positiva dos Estados, noções acerca do dever de proteção, entendido como o outro lado dos direitos fundamentais. Isto porque, se de um lado esses direitos coíbem o Estado de agir, no intuito de proteger as liberdades individuais do indivíduo perante a própria ação estatal (direitos negativos), por outro o dever de proteção procura proteger o indivíduo de ameaças oriundas não do Estado, “mas, sim, de atores privados, forças sociais ou mesmo desenvolvimentos

controláveis pela ação estatal” (STRECK, 2008, p. 6), isto é, de terceiros⁴³. Este dever, como lembra Sarmiento (2004), acaba envolvendo a atividade legislativa, administrativa e também jurisdicional do Estado na busca da promoção dos direitos da pessoa humana.

Embora a gênese dessa teoria remeta ao caso Lüth, é somente em 1975, na decisão do caso *Schwangerschaftsabbruch I*, versando sobre a descriminalização do aborto (BverfGE 39, 1. 1975) que a expressão dever de proteção (*Schutzpflicht*) é utilizada de forma expressa pela Corte Constitucional alemã. Cuida-se de caso em que a Corte daquele país reconhece se tratar de dever estatal proteger e fomentar os direitos fundamentais, não mais sendo possível uma postura não interventiva em matérias deste jaez.

Os elementos fáticos do referido caso são transcritos da jurisprudência germânica por Schwabe (2005), segundo o qual o caso versou sobre a 5ª Lei de Reforma do Direito Penal (1974) – lei de regulamentação do aborto. Antes da reforma, a prática abortiva era considerada crime, excetuando-se apenas os casos abrangidos pelo princípio do Estado de necessidade. Com a reforma legislativa do tipo penal em apreço, excluiu-se a punibilidade da genitora responsável por interromper a gestação até o 13º dia da gestação, ao passo que, para os médicos, não se falava em punição caso o procedimento contasse com a anuência da gestante e fosse realizado antes de 12 semanas da concepção. Após este período, o profissional médico só poderia realizar o aborto – novamente contando com a anuência da genitora -, nos casos em que a prática fosse indicada, conforme os reconhecimentos das ciências medicinais, para evitar risco de vida da grávida ou sério comprometimento de seu quadro clínico, contanto que este não pudesse de forma exigível da mulher ser evitado de outra forma, ou ainda caso houvessem sérias razões para se crer que o feto, em virtude de disposições genéticas ou de influências danosas anteriores ao nascimento, fosse sofrer gravosa deficiência

⁴³ Grimm lembra ainda que *"não é nenhuma novidade o fato de os bens protegidos pelos direitos fundamentais não serem, ameaçados apenas pelo Estado, mas também por pessoas privadas. O Estado deve a sua existência a esse fato. Ele sempre retirou sua legitimidade da circunstância de salvaguardar os cidadãos contra ataques estrangeiros ou de outros indivíduos"*. (GRIMM, 2007, p. 149). Em sentido semelhante Sarmiento acrescenta não ser estar concepção (proteção contra terceiros através do Estado) algo novo, vez que traz à tona elementos já presentes no jusnaturalismo contratualista dos séculos XVII e XVIII. Esta corrente entendia que o contratualismo justificava a fundação do Estado e que também a “passagem do estado de natureza para a sociedade civil, a partir da necessidade de proteção do homem da opressão exercida pelo seu semelhante”. (SARMENTO, 2004, p. 161).

insanável de seu estado de saúde, não sendo exigido da mulher o prosseguimento da gravidez, contanto que não tenha passado das 22 semanas de gestação (indicação eugênica).

Ainda, restaria configurado crime caso a prática do aborto ocorresse, mesmo dentro das 12 semanas, sem consulta a repartição pública de consultoria (ou aconselhamento) ou sem consulta (aconselhamento) prévio com médico para parecer tanto clínico quanto social. De igual forma, responderia criminalmente a pessoa que, no mesmo lapso de 12 semanas contados da concepção, interrompesse a gravidez sem a anuência do devido órgão estatal responsável pelos pareceres médicos e eugênicos, não havendo, nestes casos, punição à mulher (SCHWABE, 2005).

Por sua vez, o Tribunal Constitucional alemão decidiu no sentido de que a vida em desenvolvimento uterino também encontra-se sob a proteção estatal, fazendo ainda menção expressa ao dever de proteção do Estado, no sentido de proibição a intervenções diretas na vida em desenvolvimento, como também no sentido de que o ente público tem de se posicionar de forma protetora no intuito de concretizar o direito à vida do feto, mesmo em face da própria mãe. Assim, embora a mulher tenha autonomia e direito de sua vida privada e esfera íntima, estes não prevalecem em detrimento ao direito à vida do feto, já que esta não é propriedade de ninguém, mesmo a nível intrauterino. Em outras palavras, o feto também é portador de direitos e, nesta qualidade, é dever do Estado exercer sua tutela protetiva, excetuando-se as hipóteses em que a gestação origine riscos à vida da gestante, na qual o prosseguimento da gravidez torna-se inexigível. Conforme o próprio julgado:

O dever de proteção do Estado é abrangente. Ele não só proíbe - evidentemente - intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, como também ordena ao Estado posicionar-se de maneira protetora e incentivadora diante dessa vida, isto é, antes de tudo, protegê-la de intervenções ilícitas provenientes de terceiros [particulares]. Cada ramo do ordenamento jurídico deve orientar-se por esse mandamento, conforme sua respectiva definição de tarefas. O cumprimento do dever de proteção do Estado deve ser tão mais conseqüentemente perseguido quanto mais elevado for o grau hierárquico do bem jurídico em questão dentro da ordem axiológica da Grundgesetz. Dispensando maiores fundamentações, a vida humana representa um valor supremo dentro da ordem da Grundgesetz; é a base vital da dignidade humana e o pressuposto de todos os demais direitos fundamentais (SCHWABE, 2005, p. 269).

Em outras palavras, em se tratando de proteção à vida, direito fundamental

tutelado pela ordem constitucional, o aborto passa a ser tema que transcende a figura da mãe e torna-se de interesse social e coletivo, legitimando a regulamentação e proteção do Estado. Nesse caso, verifica-se restrição à autonomia privada da mãe, visto o entendimento de que o direito à vida prevalece sobre este último.

Sobre esta colisão de direitos, entendeu o tribunal não ser possível a realização de uma equalização (ponderação) entre a proteção da vida do nascituro e a autonomia da gestante, visto que isto poderia resultar na anulação da vida intra-uterina, quer dizer, esta última não encontra harmonização com o outro bem ponderado (autodeterminação). Desta forma, muito embora haja o reconhecimento de que os valores constitucionais em atrito devam ser entendidos como centrais no sistema valorativo constitucional em sua relação com a dignidade humana, o tribunal evoca o princípio da harmonização mais poupadora das posições concorrentes, segundo o qual deve prevalecer a vida do nascituro durante todo o período da gravidez, vez que o direito de livre escolha da gestante resultaria na aniquilação da vida, não podendo esta ser relativizada por um prazo determinado sobre o qual incidiria a proteção ou “período de carência” (SCHWABE, 2005, p. 270).

Em breve síntese, verifica-se, no caso analisado, que o Tribunal Constitucional parte dos pressupostos sobre a dimensão objetiva analisados no último subcapítulo para construir seu entendimento, ou seja, através da compreensão da Constituição como uma ordem objetiva de valores e sua irradiação nas normas infraconstitucionais, restou declarada inconstitucional parte da lei penal, havendo prevalecido o direito à vida do nascituro sobre o direito de liberdade de autonomia da gestante. O *Bundesverfassungsgericht* ressalta, ainda, ser atribuição do legislador⁴⁴

⁴⁴ Vale nesse ponto transcrever o voto vencido dos juízes Rupp-von Brünneck e Simon, citado na obra de Sarmiento, vez que os magistrados, embora reconheçam que a vida intra-uterina é protegida pela Constituição, se opuseram à tese de que seria possível, com base na ordem de valores, extrair o dever do legislador de criminalizar uma conduta: “O conceito de ordem e valores não pode, no entanto, transformar-se no veículo para transferência do Tribunal Constitucional Federal de funções especificamente legislativas para o desenvolvimento da ordem social. De outra forma, a Corte seria forçada a desempenhar um papel para o qual não é competente nem está equipada (...). Esta Corte deve então confrontar o legislador apenas quando este tenha desconsiderado completamente a decisão axiológica da Constituição, ou quando a natureza e a forma através da qual este efetuou sua decisão axiológica sejam obviamente errôneas (...). A nossa mais forte oposição se endereça ao fato de que, pela primeira vez na adjudicação de uma questão constitucional, a ordem objetiva de valores presta-se para o fim de postular um dever ao legislador de editar normas penais, que constituem a mais intensa interferência possível na esfera de liberdades dos cidadãos. Se a decisão axiológica objetiva contida em norma constitucional que protege certo interesse serve como base para derivar uma obrigação de punir, então os direitos fundamentais podem sub-repticiamente transformar-se em

oferecer os meios através dos quais será exercida a proteção do Estado ao nascituro, adotando as medidas que julgar oportunas e adequadas (margem de apreciação do legislador), contanto que em consonância com a Constituição.

A teoria do dever de proteção estatal é aprofundada a partir da segunda decisão acerca da descriminalização do aborto na Alemanha (BverfGE 88, 203), de 1993, na qual se rediscutiu a autonomia da gestante em realizar um procedimento abortivo em oposição à vida do feto. É desenvolvido, assim, o princípio da “proibição de proteção insuficiente” (*Untermassverbot*), que opera sob a lógica de proteção contra as omissões do Estado (STRECK, 2008, p. 6). Cumpre, novamente, transcrever os desdobramentos da decisão trazidos por Jürgen Schwabe em sua obra na qual comenta a jurisprudência germânica.

Trata-se do caso *Schwangerschaftsabbruch II*, de 1976, ou seja, subsequente cronologicamente ao anterior e versando sobre o mesmo tema. A Câmara Federal alemã, no já mencionado ano, promulgou a 15^o Lei de Mudança do Direito Penal e junto dela a regra da indicação válida até 1992. Entre seus dispositivos estava o não sancionamento penal de prática abortiva realizado no prazo de doze semanas da concepção também em caso de um estado geral de necessidade da mulher. Paralelo a isso, a Lei Complementar de Reforma do Direito Penal, datada de 18 de agosto de 1975, determinou que tocava ao seguro legal obrigatório de saúde arcar com os custos dos abortos lícitos (SCHWABE, 2005).

Ainda, após a reunificação alemã de 3 de outubro de 1990, o Contrato Estatal da Reunificação deixou até o final de 1992 vigentes duas disciplinas jurídicas relacionadas ao aborto em cada metade do país. Na metade oriental (República Democrática da Alemanha – RDA) permaneceu vigente a regra segundo a qual o aborto praticado nas primeiras doze semanas da gestação, em regra, não era sancionado penalmente, sendo equiparado, para efeitos previdenciários, até como caso de doença. O Contrato Estatal de Reunificação, contudo, trazia um acordo de prescrição no sentido de estabelecer, ao fim de seu prazo, uma disciplina jurídica unificada para as questões do aborto, razão pela qual a Câmara Federal promulgou, em 1992, a Lei de Ajuda Familiar e à Gestante, trazendo uma vasta gama de

base para a limitação da liberdade, ao invés de proteção desta liberdade” (SARMENTO, 2004, p. 163).

medidas normativas sobre aconselhamento⁴⁵, esclarecimento e apoio social-previdenciário⁴⁶ no intuito de facilitar o prosseguimento da gravidez e prover as

⁴⁵ Entre estas medidas: “1. a) Pertencem às necessárias condições básicas de um plano de aconselhamento, em primeiro lugar: que o aconselhamento se torne obrigatório para a mulher; e que, por sua vez, tenha como objetivo encorajá-la a dar à luz o filho. Nesse caso, o aconselhamento deve ser adequado - no seu conteúdo, execução e organização - a transmitir à mulher os conhecimentos e as informações de que ela precisa para tomar uma decisão responsável sobre o prosseguimento ou a interrupção da gestação (vide abaixo, em IV.). b) No plano de proteção devem ser incluídas as pessoas que, quer positiva, quer negativamente, possam influenciar a vontade da mulher num conflito de gestação. Isso vale especialmente para o médico. (...). No plano de proteção, também devem ser incluídas pessoas do círculo familiar e dos demais âmbitos sociais da mulher gestante (...). c) A regulamentação do aconselhamento, pelos motivos citados em D II 5. a) e b), deve excluir, enquanto causa de justificação, uma indicação de dificuldade generalizada. Ela iria contra o plano. A regulamentação de aconselhamento pretende alcançar proteção eficaz, na medida em que preserva a mulher em prol de sua abertura [sinceridade] da obrigação [destaque do org.] de expor uma situação de necessidade, submetendo-se à verificação da mesma [essa exposição há de ser feita, portanto, espontaneamente e não “arrancada” quase como em uma inquisição]. (...). (SCHWABE, 2005, p. 287).

⁴⁶ Sobre a assistência coletiva: “O Estado cumpre seu dever de tutela da vida humana intra-uterina não somente quando ele obsta ataques provenientes de outras pessoas que a ameacem. Ele também deve enfrentar aqueles perigos atuais e previsíveis que se apresentarem para essa vida, encontrados nas condições de vida da mulher e da família, que agem contra a predisposição de dar à luz um filho. Nesse ponto, o dever de tutela tangencia o mandamento de proteção [da família e da maternidade] derivado do Art. 6 I e IV GG (para o Art. 6 I, cf. BVerfGE 76, 1 [44 s., 49 s.]; para o Art. 6 IV, cf., por último, BVerfGE 84, 133 [155 s.]). Ele obriga o poder estatal a ocupar-se de problemas e dificuldades que podem surgir para a mãe durante e após a gestação. O Art. 6 IV GG contém o mandamento vinculante de proteção para todo o âmbito do direito privado e do direito público, estendendo-se à gestante. Corresponde a esse mandamento considerar a maternidade e o cuidar de filhos como ações que também ocorrem no interesse da coletividade, exigindo seu reconhecimento. (...). a) A assistência da coletividade devida à mãe abrange a obrigação do Estado de atuar para que uma gestação não seja interrompida por causa de uma situação de necessidade material atual ou que se instale após o nascimento do filho. Da mesma forma, devem ser excluídas, na medida do possível, as desvantagens que possam surgir para a mulher a partir da gravidez nos âmbitos da formação e da profissão (...).b) A proteção da vida intra-uterina, o mandamento [dirigido ao Estado] da proteção do casamento e da família (Art. 6 da GG) e a equiparação do homem e da mulher na participação na vida profissional (cf. ao Art. 3 II GG, bem como ao Art. 3, 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 19 de dezembro de 1966 [BGBl., 1973 II, p. 1570]) obriga o Estado e, especialmente o legislador, a criar condições para que a atuação familiar e a atuação profissional possam ser harmonizadas entre si, e que a execução da tarefa familiar de educação não leve a desvantagens profissionais. Disto fazem parte também medidas jurídicas e fáticas que possibilitem, para ambos os cônjuges, uma concomitância das atividades de educação e de exercício profissional, assim como também o retorno à atividade profissional e ascensão profissional após o período da educação dos filhos. (...). c) (...). d) Finalmente, o mandamento de proteção também obriga o Estado a manter e a ativar na mentalidade coletiva a necessidade da proteção constitucional da vida intrauterina. Por isso, os órgãos estatais devem engajar-se de maneira reconhecível na União e nos Estados em favor da proteção da vida. Isso inclui também, e principalmente, os currículos escolares. As instituições públicas responsáveis pelo esclarecimento em questões de saúde, pelo aconselhamento familiar e pela educação sexual devem reforçar a vontade de proteger a vida intra-uterina [junto à população]: Isso vale principalmente para o dever de informação previsto no Art. 1, § 1, da SFHG254 . Tanto as emissoras de rádio de direito público quanto as particulares estão obrigadas à [observância da] dignidade humana no exercício de sua liberdade de radiodifusão (Art. 5 I GG), (para emissoras de rádio privadas, cf. ao Art. 1, § 23 I 1 e 2 do Tratado Federal sobre Emissoras de Rádio na Alemanha unificada, de 31 de agosto de 1991): sua programação faz, destarte, parte da tarefa de proteção da vida intra-uterina (SCHWABE, 2005, p. 283-284).

condições mínimas para o filho. A lei trazia também uma nova regulamentação acerca da punibilidade das práticas abortivas, segundo a qual a realização do aborto, dentro das primeiras doze semanas da gestação, não configurava prática antijurídica, logo, não era passível de punição, contanto que a gestante provasse que havia sido aconselhada pelo órgão criado com tal finalidade e que a intervenção fosse realizada por um médico (SCHWABE, 2005).

Contra estas novas disposições, 249 membros da Câmara Federal e o governo da Baviera propuseram o controle abstrato contra as regras acima citadas. Por sua vez, a Corte alemã novamente manifestou-se pela proteção do direito à vida intrauterina, mantendo, contudo, o entendimento de que o aborto não deve ser criminalizado, contanto que realizado até a 12ª semana da concepção e a gestante passe pelo acompanhamento psicológico e social, no intuito de fazê-la desistir da ideia (SCHWABE, 2005). Toca ao Estado, portanto, o dever de adotar medidas normativas e fáticas suficientes para alcançar um nível adequado de proteção, ou seja, o princípio da proibição de proteção insuficiente – *Untermassverbot*.

Em suas razões, os magistrados responsáveis pela decisão declararam que tal entendimento não torna o aborto um fato antijurídico, logo, não enseja nenhuma tipicidade, mas pelo contrário. Isto porque as hipóteses em que o aborto são permitidas configuram exceções à norma. Nesse sentido, restou decidido não serem apenas as situações ensejadoras de risco à vida da mulher ou sua saúde as exceções possíveis, mas também o critério da inexigibilidade⁴⁷. Assim, embora a

⁴⁷ Quanto à inexigibilidade: “Esse critério - sem prejuízo da circunstância de que a participação da mulher no aborto não deva ser classificada penalmente como delito de omissão – encontra sua justificação porque a proibição do aborto em face da ligação peculiar havida entre mãe e filho não se esgota no dever da mulher de não ferir o campo de direito de outrem, mas contém ao mesmo tempo, no seu dever existencial de prosseguir com a gravidez e dar à luz o filho, e depois do nascimento, um dever que alcança a ação, assistência e responsabilidade pelo filho após o seu nascimento, o qual se prolonga por muitos anos (...) A partir da previsibilidade dos encargos ligados ao nascimento, podem originar-se, no estado de espírito especial no qual se encontra a futura mãe justamente no início da gestação, em alguns casos, situações conflitantes sérias, e, dadas certas circunstâncias, até ameaçadoras da vida, nas quais a proteção da gestante urge de tal forma que em todo caso o ordenamento jurídico estatal – a despeito, p. ex., de concepções de obrigações fundadas na religião ou na moral – não pode exigir que a mulher nesse caso dê, sob quaisquer circunstâncias, prioridade [absoluta] ao direito à vida do nascituro (cf. BVerfGE 39, 1 [50]). Uma inexigibilidade não pode, entretanto, originar-se de circunstâncias que permanecem no âmbito de uma situação normal gestação. Pelo contrário, devem estar presentes gravames que signifiquem um tal grau de sacrifício de valores vitais próprios, que o prosseguimento da gravidez não possa mais ser mais [racionalmente] esperado da mulher. Disso resulta, em face do dever de dar à luz o filho, que, ao lado da tradicional recomendação médica de interrupção da gestação, também a indicação criminal e a embriopática – pressupondo-se sua delimitação suficientemente precisa – pode valer como elemento típico-normativo de exceção perante a Constituição. Isso só valerá para outras situações de necessidade quando, em sua descrição, a gravidade do conflito social, psicológico ou de

inexigibilidade represente limitação ao dever da mulher de não interromper a vida do nascituro, isto não significa que o dever do Estado tenha de ser suspenso. Através desse dever, como já visto e novamente transcrevendo a jurisprudência alemã (SCHWABE, 2005, p. 277), o Estado é obrigado a “apoiar a mulher através de aconselhamentos e ajuda, procurando, se possível, convencê-la a dar à luz o filho (...)”.

Em outras palavras, através da lógica do princípio da proibição de proteção insuficiente, coube ao Estado elaborar medidas de proteção adequadas aos direitos ameaçados, no caso, proibindo o aborto sem o aconselhamento prévio até a 12ª semana de gestação. A postura adotada pelo ente público representa, portanto, tanto uma aresta protetiva, no sentido de repressão à prática abortiva que culminaria na aniquilação da vida do nascituro após os três primeiros meses de gestação, bem como uma preventiva⁴⁸, pois busca, através do sistema de aconselhamento, desencorajar, na máxima medida, a realização do aborto. Verifica-se, assim, certo equilíbrio entre os direitos da genitora e os do feto, restando assegurados graus mínimos de proteção.

A principal contribuição da segunda decisão sobre o aborto é, justamente, o reconhecimento do princípio da proibição de proteção insuficiente, entendido como padrões ou exigências mínimas para a plena realização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, embora a Constituição determine a proteção como meta, esta não detalha sua real extensão, recaindo a necessidade de uma elaboração fática e de avaliações racionalmente sustentáveis ao legislador, no sentido de oferecer uma

personalidade a ser aqui pressuposto, for claramente reconhecível, de modo que – observando-se sob o ponto de vista da inexigibilidade – a congruência com outros casos de indicação de aborto seja preservada (cf. BVerfGE 39, 1 [50]). cc) Se até aqui, de um lado a inexigibilidade limita o dever da mulher de dar à luz o filho, isso não significa que o dever do Estado, que existe em relação a toda vida humana intra-uterina, seja suspenso. Esse dever faz com que o Estado tenha que apoiar a mulher através de aconselhamentos e ajuda, procurando, se possível, convencê-la a dar à luz o filho (...)”. (SCHWABE, 2005, P. 281-282).

⁴⁸ No espectro da prevenção: “o mandamento de proteção também obriga o Estado a manter e a ativar na mentalidade coletiva a necessidade da proteção constitucional da vida intrauterina. Por isso, os órgãos estatais devem engajar-se de maneira reconhecível na União e nos Estados em favor da proteção da vida. Isso inclui também, e principalmente, os currículos escolares. As instituições públicas responsáveis pelo esclarecimento em questões de saúde, pelo aconselhamento familiar e pela educação sexual devem reforçar a vontade de proteger a vida intra-uterina [junto à população]: Isso vale principalmente para o dever de informação previsto no Art. 1, § 1, da SFHG254. Tanto as emissoras de rádio de direito público quanto as particulares estão obrigadas à [observância da] dignidade humana no exercício de sua liberdade de radiodifusão (Art. 5 I GG), (para emissoras de rádio privadas, cf. ao Art. 1, § 23 I 1 e 2 do Tratado Federal sobre Emissoras de Rádio na Alemanha unificada, de 31 de agosto de 1991): sua programação faz, destarte, parte da tarefa de proteção da vida intra-uterina”. (SCHWABE, 2005, p. 284).

proteção suficiente em casos de bens jurídicos antagônicos, bem como estabelecer as situações que representam exceções à concretização do direito fundamental.

Parte da fundamentação utilizada pelo Tribunal Constitucional alemão é - mormente no tocante ao princípio da proibição de insuficiência - inclusive, utilizada em decisões dentro do próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro, como se pode depreender do trecho abaixo:

O Estado, para cumprir com o seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que permitam alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos, uma proteção adequada, e, como tal, efetiva (proibição de insuficiência). [...] É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência [...]. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis [...] (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 104.410/RS, Rel. Gilmar Mendes, 2012, p. 18).

Face a estas considerações, Novais conclui que, diante desse limite inferior da liberdade de conformação do legislador, o princípio da proteção insuficiente mostra-se de grande importância no desenvolvimento das funções objetivas dos direitos fundamentais, “tanto no âmbito do dever de proteção contra terceiros como nos de garantia de efetividade de exercício desses direitos ou nas prestações normativas e fáticas de organização e procedimento” (NOVAIS, 2003, p. 77). Não obstante, devem também ser lembrados os já mencionados direitos negativos contra abusos do ente público, configurando uma das faces da proteção aos direitos fundamentais, atrelada à ideia de proteções contra excessos ou intervenções praticados pelo próprio Estado – *Übermassverbot* – exercendo importante papel enquanto limite superior da discricionariedade de conformação (NOVAIS, 2003).

Um ponto sobre a teoria debatido na Alemanha é mencionado por Streck (2008), referente à existência ou não de um direito fundamental subjetivo à observância do dever de proteção ante a dicotomia *Übermassverbot* e *Unterbassverbot*. Sobre tal classificação, o autor traz o entendimento da doutrina e jurisprudência germânica, segundo a qual o dever de proteção pode ser delineado como “*Verbotspflicht*”, quer dizer, o dever de se proibir alguma conduta; o *Sicherheitspflicht*, isto é, o fato de o Estado possuir um dever de proteção face o cidadão contra terceiros, adotando, para tanto, medidas de segurança; e o

Risikopflicht, atuando numa lógica preventiva a riscos além do dever de proteção (STRECK 2008, p. 8).

Outrossim, Sarlet (2010) pontua que o objeto dos direitos proteccionais não se restringe à proteção da vida ou da integridade física, estendendo-se a tudo que se encontra sob o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, mencionado aqui até mesmo direitos coletivos e transindividuais, como a preservação do meio ambiente e a regulamentação do uso de energia atômica. Por sua vez, Sarmiento (2004) ainda acrescenta, citando a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, a possibilidade de o dever de proteção ser invocado inclusive nos casos cuja ameaça aos direitos fundamentais provém de um Estado estrangeiro. Destes aspectos, verifica-se que a lógica dos deveres de proteção transcende à necessidade de uma pessoa específica ter seu direito violado⁴⁹, adquirindo, como já mencionado, uma faceta preventiva, aspecto este que será melhor explorado no momento final da pesquisa.

Sob o influxo do dever de proteção e de seus subprincípios (*Untermassverbot* e *Übermassverbot*), os órgãos estatais restam, portanto, incumbidos de assegurar níveis eficientes de proteção aos direitos fundamentais, sujeitos a um sistema de controle desses órgãos, inclusive do próprio Poder Judiciário (SARLET, 2010, p. 297). Muito embora a função de tutelar esses direitos seja originariamente do Poder Legislativo, não raras vezes ocorre a influência direta do Poder Judiciário – o que vem associado à judicialização - sobretudo no controle jurisdicional de políticas públicas.

Nesse panorama, através da ótica do dever de proteção aos direitos fundamentais, Leal aponta que o Estado “não se afigura mais como mero violador ou destinatário das proibições impostas por esses direitos, tornando-se responsável, também, por protegê-los e por assegurar as condições para sua efetiva garantia” (LEAL, 2015, p. 229), sendo que, para tanto, menciona a utilização do princípio da proporcionalidade como parâmetro de proteção, associado aos conceitos de proibição de proteção insuficiente e de proibição de excesso, e, inclusive, a

⁴⁹ Preciso se faz o exemplo trazido por Sarmiento (2004, p. 162) acerca do dever de proteção em uma perspectiva coletiva: “Admite-se ainda a sua presença em casos em que o risco ao direito fundamental não se origine de nenhuma pessoa em especial, como o perigo à vida decorrente de uma epidemia de HIV. Tal dever incumbe ao legislador, que tem a obrigação de editar normas que dispensem adequada tutela aos direitos fundamentais, à administração, a qual deve agir materialmente para prevenir e reparar as lesões perpetradas contra tais direitos, e também ao judiciário, que, na prestação jurisdicional, tem de manter sempre atenção voltada para a defesa dos direitos do homem”.

utilização do dever de proteção como fundamento para o controle de políticas públicas. Corroborando o exposto:

[...] a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões), como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador. (Grifado no original) (STRECK, 2008, p. 8).

A afirmativa supra coloca em xeque, portanto, a liberdade de conformação do legislador, pois a norma infraconstitucional não pode representar afronta aos direitos fundamentais e a eles está vinculada, como já visto no tópico acerca da eficácia de irradiação da Constituição. Por sua vez, Sarlet (2010) igualmente destaca a relevância do princípio da proporcionalidade (incidindo em sua dupla dimensão de proibição de excesso e de insuficiência) na atuação dos órgãos estatais – e também dos particulares, em determinados casos, como dos serviços públicos por delegação - atuando como parâmetro do controle dos atos do poder público, incluindo o próprio Judiciário, que também se encontra vinculado pelo dever de proteção e de efetivação dos direitos fundamentais:

Isto significa, em apertadíssima síntese, que os responsáveis pela proteção e implementação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade – no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) – no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito. Neste contexto, vale o registro de que a proibição de insuficiência assume particular ênfase no plano da dimensão positiva (prestacional) dos direitos fundamentais, o que remete, por sua vez, à questão do mínimo existencial, que volta a assumir um lugar de destaque também por este prisma. (SARLET, 2010, p. 310).

No atual cenário, no qual se verifica um agigantamento do Poder Judiciário (a ser trabalhado no próximo tópico), a teoria do dever de proteção estatal proporciona ganho substancial na proteção aos direitos fundamentais, pois torna a fundamentação judicial mais transparente e tangível. Tal contributo é ainda mais importante ao se considerar, parafraseando Streck (2012), a responsabilidade política dos magistrados durante a interpretação e aplicação do direito, uma vez que vinculada à dimensão objetiva dos direitos fundamentais imbuídos na Constituição.

Traçando ponto de convergência entre os dois subtítulos explorados neste capítulo, cumpre mencionar os dizeres de Dieter Grimm (2006), para quem a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é fundamental para a lógica do dever de proteção. Cuida-se, como já visto, de uma pretensão subjetiva dos indivíduos para com o Estado, pois, caso o legislador ou o executivo mostrem-se omissos ou obstem a concretização de uma garantia fundamental, tal função recai aos tribunais, consubstanciando o fenômeno da judicialização.

3.3 O fenômeno da judicialização e a transferência das decisões políticas e estruturais para as Corte Constitucionais e Interamericana

Tendo como ponto de partida as colocações realizadas ao fim do último subcapítulo, tem-se que a teoria do dever de proteção representa um importante critério na fundamentação das decisões tomadas pelo Judiciário, o que ganha grande relevância no atual contexto, vez que o citado Poder vem recebendo especial destaque nas últimas décadas, com uma postura cada vez mais intervencionista. Tendo em vista o papel central dos direitos fundamentais nesta nova ordem e sua eficácia, que se expande para todos os ramos, o Judiciário acaba não sendo responsável tão somente pelo controle da constitucionalidade dos atos emanados pelo poder público, mas passa, também, a exercer o controle de políticas públicas e a adquirir feições criativas no momento da interpretação, elementos estes que vêm associados ao fenômeno da judicialização.

Corroborando este último ponto, e também os tópicos abordados no primeiro subcapítulo desta sessão, Costa (2013, p. 27) defende que a relevância política da atividade interpretativa trata-se de um fenômeno potencializado no Século XX, conferindo à interpretação judicial especial destaque e transferindo às Cortes a

autoridade para interpretar o texto constitucional e proferindo decisões com efeitos *erga omnes*. Isto é, somado ao caráter “principlológico, pautas abertas, promessas políticas genéricas e uma série de estruturas normativas altamente abstratas” (COSTA, 2013, p.27), exige-se do Judiciário uma atividade hermenêutica criativa, exigindo uma postura ativa⁵⁰.

Na mesma esteira se posiciona Leal (2012), ressaltando que a atividade jurisdicional dos tribunais não só supera a função negativa de controle, como também adquire uma dimensão construtiva e criativa, pautada justamente na mencionada necessidade de concretização dos princípios e dos direitos fundamentais imbuídos nos textos constitucionais. A judicialização, na concepção da autora, também seria um resultado natural decorrente de um processo histórico oriundo do constitucionalismo democrático, tendo como base elementos como o caráter principlalista, a supremacia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que, vinculantes, resultam em conceitos como eficácia de irradiação e eficácia horizontal, ampliando as funções do Judiciário e afirmando-o como protagonista no atual contexto do Estado Constitucional de Direito.

Parafraseando Bolzan de Moraes (2006), tem-se, então, um deslocamento do polo de tensão na relação entre os Poderes, culminando em um crescimento e expansão das funções da jurisdição constitucional, num sentido de superação (embora não se fale em abandono) das insuficiências lógicas do positivismo de prever todas as condutas humanas. Esta abertura hermenêutica, no condão de adequar casos especiais à norma, vem alinhada ao papel de garantidor dos direitos fundamentais do Judiciário, e contribui também para o fenômeno da judicialização em suas duas frentes distintas: a judicialização do direito e a da política.

A judicialização do direito refere-se à já mencionada questão de necessidade de a construção de sentido normativo estar relacionada com a realidade, tendo em vista a abertura interpretativa proporcionada pelos princípios, gerando assim um direito mais jurisprudencializado do que legislado.

Fortalecendo o exposto, Leal (2012), em profundo estudo sobre o tema, aponta as causas desta dimensão do fenômeno: no tocante a supremacia dos direitos

⁵⁰ Somado a isto, Dieter Grimm (2006a, p. 10) faz precisa colocação ao afirmar não ser possível, por meio da Constituição, vincular a política a princípios imutáveis. Quer dizer, a abertura dos princípios para a margem interpretativa acompanha o próprio fenômeno político, que é contingente e histórico e culmina na judicialização da política.

fundamentais, destaca-se seu elemento central nos ordenamentos, resultando na necessidade dos tribunais constitucionais decidirem acerca de questões versando sobre sua incidência, como a constitucionalização do direito privado; a abertura interpretativa, que demanda do Poder Judiciário uma definição de seus conteúdos face o fato concreto; a necessidade de ponderação em casos de colisão entre direitos fundamentais, como o direito à liberdade de expressão e o direito à intimidade e à privacidade, também exigindo uma atribuição de prevalência ante o caso concreto estabelecida pelos tribunais; e a tutela e a proteção de situações não regulamentadas em lei, isto é, em não havendo lei versando sobre alguma questão, cabe ao tribunal realizar a aplicação direta da Constituição.

Importante citar também a ampliação do alcance das Constituições, isto é, a inserção de uma grande quantidade de conteúdos nos textos constitucionais (normas constitucionais), fazendo com que aquelas atuem como parâmetro do controle de constitucionalidade; e a constitucionalização do direito, no sentido de a Constituição irradiar para os demais conteúdos jurídicos, determinando e vinculando a interpretação (LEAL, 2012).

Por fim, também mostra-se relevante mencionar os fatores culturais da judicialização do direito, concernentes na ideia compartilhada da jurisdição como solução para a crescente gama de conflitos e demandas, assim como o aumento do conhecimento da população acerca da existência de seus direitos subjetivos e da possibilidade de sua busca (LEAL, 2012). Aliada a isto vem a ampliação dos instrumentos necessários para a operacionalização desta crescente demanda, como o extensivo rol de ações disponíveis na Constituição.

A judicialização da política, por sua vez, pode ser caracterizada pela “invasão” do Poder Judiciário nas esferas de competência dos demais poderes (COSTA, 2013, p. 10), ou seja, questões políticas acabam sendo decididas pelos tribunais e não pelos órgãos democraticamente eleitos. Nesse aspecto, vale lembrar que o objeto dos Tribunais Constitucionais é a própria política⁵¹ e que, muitas vezes, os órgãos competentes, como o Legislativo, quedam inertes em face de situações de relevância social, demandando das Cortes uma postura ativa para a concretização de direitos fundamentais.

⁵¹ Conforme Leal, “a jurisdição constitucional possui como objeto de regulamentação, por óbvio, a própria Constituição, logo o objeto de controle consiste na própria política, diante da natureza dos dispositivos constitucionais” (LEAL, 2014, p. 198-199).

Tal “invasão” comumente gera críticas, como a violação do princípio da separação dos poderes, ao que Costa (2013, p. 40) esclarece que a judicialização da Política garante a coerência e a sistematicidade do próprio ordenamento, na medida em que “impede que questões sejam reguladas em desconformidade com os princípios básicos do Direito, que são redesenhados pelas próprias autoridades judiciais”. Todavia, os “imperativos de sistematicidade podem colidir com as concepções dominantes de política”. Dessa forma, conclui, “o problema não é propriamente a judicialização da Política, mas o modo como ela se tem processado” (COSTA, 2013, 40). Portanto, o desafio não é o de limitar a participação do Judiciário nos processos estatais de decisão, mas elaborar critérios de intervenção capazes de tornar essa participação proveitosa a uma sociedade democrática, afastando retrocessos sociais.

Referente ao tema, diversos são os casos debatidos pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro nos quais a tênue distinção entre o ativismo e a judicialização evidencia-se, ocasiões estas nas quais a mais alta Corte decide acerca de matérias de cunho evidentemente político e também em que realiza controle direto em políticas públicas e matéria legislativa, na busca da concretização de direitos fundamentais. Entre os casos mais emblemáticos, cumpre citar a ADPF 54, de 2012 (julgamento de inconstitucionalidade da interpretação de que a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos configura crime); ADI 4.277, de 2011 (possibilidade da união homoafetiva através de nova interpretação de dispositivo constitucional);

A transferência de decisões nucleares para as Cortes não se limita ao âmbito interno (nacional), sendo que os efeitos da judicialização, em suas duas dimensões, estende-se, inclusive, ao âmbito internacional, como por exemplo – e ao que interessa nesta pesquisa – à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Inúmeras são as decisões em que a Corte IDH exerceu controle de políticas públicas de países por ela condenados, incidindo diretamente em matérias de grande relevância social.

Enquanto o controle de políticas públicas (em sentido amplo) se dá, no âmbito interno, pelo controle de constitucionalidade, a Corte Interamericana atua sob a lógica e os parâmetros do controle de convencionalidade, previsto no artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual versa sobre a necessidade de adequação da legislação interna aos direitos humanos contidos na CADH. Tal prática encontra amparo, como já visto anteriormente, na manifestação de vontade

do Estado em submeter-se à competência contenciosa da Corte IDH sob uma lógica contratual (*pacta sunt servanda*), impondo, assim, restrição à sua soberania, como pela própria determinação dos princípios da aplicação mais benéfica e *pro homine*, cujo centros gravitacionais imbricam em restrições da própria soberania/democracia em prol dos direitos humanos e fundamentais, (re)afirmando o caráter contramajoritário destes importantes direitos.

Embora o escopo da problemática que se busca responder com a presente pesquisa não imbrique diretamente no âmbito do controle de convencionalidade e temas conexos⁵², uma sucinta abordagem mostra-se relevante, no intuito de demonstrar como a Corte IDH operacionaliza e fundamenta a construção de suas decisões. Nessa esteira, tem-se que o termo origina-se da palavra “Convenção”, ou seja, a própria Convenção Americana.

Precisos, contudo, são os apontamentos de Humberto Nogueira Alcalá (2012), ao asseverar que a Corte IDH não utiliza somente a Convenção Americana no campo do exercício de seu controle, mas todo o *corpus iuris* latino-americano, o que deriva do artigo 29 da CADH (já trabalhado no capítulo anterior). Assim, os parâmetros que norteiam o controle de convencionalidade são, além da própria Convenção Americana, os protocolos adicionais (ao exemplo do Protocolo de São Salvador) e os tratados regionais versando sobre direitos humanos (Convenção de Belém do Pará, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado, a Convenção Interamericana para prevenir e sancionar a tortura, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas conexas de intolerância, a Convenção Interamericana sobre concessão dos direitos políticos à mulher, etc.).

Não obstante, inspirando-se nas construções doutrinárias do Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, a Corte Interamericana solidifica o entendimento de que também faz parte do *corpus iuris* interamericano sua própria jurisprudência (HITTERS, 2015). Portanto, de forma sucinta, o controle de convencionalidade trata-se de instituto cuja finalidade recai em harmonizar a norma interna com a norma convencional - observadas todas as especificidades acima detalhadas acerca dos

⁵² Análise mais profunda da temática é encontrada na obra de Valério de Oliveira Mazzuoli, na qual o autor muito bem conceitua e problematiza o controle de convencionalidade, especialmente no âmbito interno, no tocante especialmente às questões de hierarquia da norma convencional e seu caráter de “supralegalidade”. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

demais documentos componentes do que restou denominado “bloco de constitucionalidade”⁵³.

Ao interpretar este bloco de constitucionalidade, o entendimento da Corte IDH faz tanto coisa julgada nos casos contenciosos em que um país resta condenado – efeito *inter partes* – como “coisa interpretada” – *res interpretata* –, ou seja, a própria interpretação da Corte IDH possui caráter vinculante a todos os Estados signatários do pacto, mesmo que não envolvidos diretamente em uma demanda específica – eficácia *erga omnes* (ALCALÁ, 2012). A vinculatoriedade dos Estados signatários com a Corte IDH possui, portanto, dupla dimensão, sendo a primeira decorrente de forma expressa do artigo 68.1 da CADH⁵⁴ e a última referente à vinculação pela *ratio decidendi*, entendida como indireta, vez que transcende as partes atreladas a um caso concreto.

Deste entendimento depreende-se uma clara noção da dimensão objetiva anteriormente trabalhada, agora em âmbito internacional e versando sobre direitos humanos. Dito de outro modo, a noção de vinculatoriedade até mesmo de forma indireta, atrelada à *ratio decidendi*, consubstancia-se em um direcionamento a ser seguido, direcionamento este estipulado pela comunidade internacional (ou interamericana, mais precisamente) e cuja obrigatoriedade restou reconhecida pelos países hoje membros. O alinhamento da ordem jurídica interna com o *corpus iuris* internacional nada mais é, portanto, do que a busca pela concretização de padrões mínimos de proteção aos direitos humanos e fundamentais, o que vem diretamente associado aos princípios da aplicação da norma mais favorável e do *favor persona*, que representam o objetivo central do atual Estado Constitucional de Direito, isto é, a garantia da dignidade da pessoa humana.

Não obstante, a prerrogativa de aplicação do controle de convencionalidade não compete tão somente à Corte Interamericana, mas também aos tribunais e juízes atuantes no âmbito doméstico dos países (HITTERS, 2015). O autor pontua, ainda, que estes últimos é que exercem o controle primário de convencionalidade,

⁵³ Sobre o tema, Humberto Nogueira Alcalá assevera que a noção de bloco constitucional de direitos possibilita “*assumir el hecho de que la ‘Constitución de los derechos’ es mucho más amplia que el texto constitucional formal, puesto que existen otros atributos y garantías de derechos fundamentales que no se encuentran en el texto formal de ella, pero que ella reconoce y los inserta como constitución material al remitir a disposiciones que se encuentran contenidas en instrumentos que forman parte del derecho convencional internacional [...]*” (ALCALÁ, 2016, p. 68).

⁵⁴ Artigo 68: “1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes” (OEA, 1969).

muito embora a Corte IDH é quem seja a intérprete autêntica e última das disposições interamericanas sobre direitos humanos.

Nesse espectro, cumpre trazer à tona, a título exemplificativo, recente decisão exarada por magistrado brasileiro em âmbito difuso do controle de convencionalidade (realizado por juízes e tribunais domésticos). Trata-se da decisão do juiz Alfredo José Marinho Neto, da Comarca de Belford Roxo, no Rio de Janeiro, sentenciada em 04 de julho de 2016, na qual o magistrado destacou tanto a inconstitucionalidade quanto a inconveniência da norma prevista no artigo 331 do Código Penal brasileiro – crime de desacato.

Para embasar tal posicionamento, o magistrado aponta ser a liberdade de expressão princípio fundante da ordem jurídica presente tanto na Constituição de 1988 como nos tratados dos quais o Brasil é signatário – mormente a Convenção Americana. A fundamentação também busca guarida no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratos, segunda a qual alegações acerca de soberania interna não podem servir como justificativa para o não cumprimento de tratado internacional ratificado. Cita, por fim, a jurisprudência da Corte Interamericana sobre o tema e problematiza a natureza do crime de desacato⁵⁵.

Outro caso a ser trabalhado e cuja condenação apresenta aspectos relevantes para esta elaboração conceitual é a primeira condenação do Brasil ante a Corte IDH – Caso Ximenes Lopes⁵⁶, julgado em 2006, que traz profundas alterações na ordem interna por determinação da condenação da Corte.

⁵⁵ Em sua fundamentação, o magistrado refere-se ao tipo pena (desacato) como dispositivo elaborado à realidade de outro período histórico e, portanto, em dissonância com o atual cenário em que os direitos fundamentais afiguram-se como centro do ordenamento; alerta sobre a utilização deste tipo penal como forma de repressão às manifestações populares no intuito de prender manifestantes, os tolhendo de seu direito de livre expressão, destacando que os cidadãos possuem o direito de criticar e analisar as atitudes de servidores públicos no exercício de sua função (BRASIL, 2016).

⁵⁶ O senhor Damião Ximenes Lopes, com 30 anos à época dos fatos, era portador de deficiência mental, residindo, com sua mãe, no interior do Ceará. Face ao seu quadro clínico e das constantes crises, Damião foi internado na Casa de Repouso Guararapes, por meio do Sistema Único e Saúde (SUS), em perfeitas condições físicas, em 01/10/1999. Poucos dias depois, a vítima manifesta uma crise agressiva, vindo a ser dominado à força pela equipe da instituição (CORTE IDH, Ximenes Lopes vs. Brasil, 2006). Já no dia 04/10/1999, a mãe de Damião o visita na Casa de Repouso Guararapes e o encontrou sangrando, com hematomas, roupas rasgadas, sujo, com as mãos amarradas atrás do corpo, apresentando dificuldades para respirar, gritando e pedindo ajuda, estando ainda em contenção física devido à uma crise apresentada na noite anterior, sem qualquer espécie de tratamento ou supervisão dos ferimentos. O paciente veio a falecer no mesmo dia, sem ter recebido qualquer tratamento médico até o momento de sua morte (CORTE IDH, Ximenes Lopes vs. Brasil, 2006).

Na condenação, a Corte IDH determinou que o Estado brasileiro deve: garantir, em prazo razoável, que o processo interno incumbido de investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos surte seus efeitos; publicar parte da sentença no Diário Oficial; indenização pecuniária (dano material, imaterial e custas e gastos) aos familiares da vítima; e o desenvolvimento de programas de formação e capacitação dos profissionais da área médica, psiquiátrica, psicológica, de enfermagem e auxiliar de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas com o tratamento de pessoas portadoras de deficiências mentais (CORTE IDH, 2006). Sobre a implementação de políticas de melhoria de capacitação e atendimento às pessoas portadoras de deficiências, decidiu a Corte que:

Ficou provado neste caso que no momento dos fatos não se dispensava adequada atenção ao tratamento e internação de pessoas portadoras de deficiência mental, como no caso da Casa de Repouso Guararapes, instituição que oferecia esse serviço no Sistema Único de Saúde. Embora se destaque o fato de que o Estado adotou diversas medidas destinadas a melhorar esse atendimento, este Tribunal considera que o Estado deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem, bem como para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o tratamento a ser oferecido às pessoas portadoras de deficiência mental, de acordo com as normas internacionais sobre a matéria e as dispostas nesta Sentença (...) (CORTE IDH 2006, p. 80).

O que mais chama a atenção nesta decisão é que a Corte IDH transcende as partes envolvidas, isto é, a vítima e os seus familiares, pois, além das reparações individuais, determina medidas que interessam a toda a coletividade, no intuito de sanar deficiências estruturais do ente público. Dessa forma, o dispositivo desta sentença enquadra-se no conceito das chamadas “sentenças” ou “medidas” estruturantes⁵⁷, oriundas da tradição estadunidense.

De acordo com esta construção, é possível ao Judiciário intervir nessas questões de deficiências estruturais, vez que a própria Constituição já deixa estabelecida a “estruturação do Estado, criando seus órgãos, funções e relações, sendo que os valores já instituídos no documento constitucional necessitam de um significado para sua operacionalização” (JOBIM, 2013, p. 95). Em referência à doutrina norte-americana, o autor aponta que, estando toda a estruturação do ente público presente na Constituição, carecendo tão somente de preenchimento dos

⁵⁷ O tema será novamente trabalhado no último capítulo, com enfoque exclusivo à atuação da Corte Interamericana.

“valores que a sustentam”, tais “lacunas” devem ser completadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, não afastando a responsabilidade das instituições privadas, mas também havendo a possibilidade dos magistrados participarem deste processo, de modo que os juízes “realmente concedem significado a determinados valores públicos” (JOBIM, 2013, p. 95).

Assim, no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* a Corte Interamericana de Direitos Humanos atua como intérprete dos valores presentes na Convenção Americana de Direitos Humanos, no âmbito do controle de convencionalidade. Após análise do caso, restou verificado que a norma nacional não oferecia padrões mínimos de proteção aos direitos das pessoas com deficiência mental e ainda que toda prestação do serviço público trazia sérias deficiências, mormente no preparo e capacitação dos profissionais habilitados como nas fiscalizações do ente público. A condenação, portanto, buscou sanar deficiência estrutural, sob a lógica de prevenir novas violações aos direitos humanos e fundamentais das pessoas que dependem daquele tipo de serviço.

Novamente vem à tona a questão da legitimidade destas sentenças normativas que, conforme a crítica, também representam rompimento democrático e postura ativista. Enfrentando este ponto em âmbito interno, isto é, em análise acerca da legitimidade do Supremo Tribunal Federal brasileiro para prolação destas medidas estruturantes em suas decisões, Jobim (2013, p. 112) aponta dozes motivos segundo os quais entende ser o STF órgão competente para a matéria:

(I) o limite da sentença normativa está adstrito aos sentidos normativos do texto da Constituição da República Federativa do Brasil; (II) o Poder Judiciário somente poderá proferir sentenças normativas na omissão ou comissão dos demais poderes; (III) somente poderá ser ministro do Supremo Tribunal Federal um cidadão nato; (IV) a sabatina pelo Senado é uma via indireta da democracia representativa; (V) a nomeação pelo Executivo também é uma via indireta da democracia representativa; (VI) existe a possibilidade de *impeachment* dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelos membros do Poder Legislativo; (VII) a democracia participativa está assentada no processo com a possibilidade de *amicus curiae*; (VIII) as audiências públicas são outra forma de democracia participativa no processo; (IX) existe legitimação processual nos controles difuso e abstrato que abarcam o Executivo, o Legislativo e o cidadão; (X) existe a possibilidade de nova lei pelo Poder Legislativo após o julgamento do Supremo Tribunal Federal; (XI) a motivação e a publicidade das decisões são outra forma de controle democrático; e (XII) há o controle externo do Poder Judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça.

Usando de análise comparativa, tem-se que a legitimidade da Corte IDH encontra respaldo em praticamente todos os motivos acima expostos e inclusive em outros oriundos do direito internacional, senão vejamos: 1) a atuação da Corte IDH limita-se ao conteúdo normativo da CADH (e do *corpus iuris* latino-americano em matéria de direitos humanos), atuando sob a lógica da garantia de índices de proteção mínima; 2) a Corte IDH age somente mediante provocação que evidencia violação à direitos humanos praticada (de forma direta ou indireta) pelo Estado signatário do Pacto de São José da Costa Rica; 3) somente cidadãos dos países signatários à CADH poderão ser magistrados da Corte IDH; 4) os artigos 52⁵⁸ e 53⁵⁹ trazem o processo de escolha e eleição dos magistrados; 6) a realização de audiências públicas⁶⁰ e o chamamento de *amicus curiae* também encontram previsão expressa⁶¹; 7) a análise de um caso pela Corte IDH ocorre inicialmente mediante a denúncia de violação para à Comissão Interamericana, que então submeterá o caso à Corte, sendo qualquer pessoa ou organização de um dos Estados signatários legitimada para tanto, conforme artigo 44 da CADH⁶²; 8) as condenações da Corte IDH buscam harmonizar o direito interno com a CADH ou determinam, nos casos de sentenças estruturantes, que o Estado supra a deficiência na proteção aos direitos humanos e fundamentais sem comprometer a

⁵⁸ Dispõe o artigo 52 que: “1. A Corte compor-se-á de sete juízes, nacionais dos Estados membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos. 2. Não deve haver dois juízes da mesma nacionalidade”. (CADH, 1969).

⁵⁹ Artigo 53: “1. Os juízes da Corte serão eleitos, em votação secreta e pelo voto da maioria absoluta dos Estados Partes na Convenção, na Assembléia Geral da Organização, de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados. 2. Cada um dos Estados Partes pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado membro da Organização dos Estados Americanos. Quando se propuser uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente”. (CADH, 1969).

⁶⁰ Conforme o Regulamento Interno da Corte Interamericana, em seu artigo 15: “A Corte celebrará audiências quando estimar pertinente. Estas serão públicas, salvo quando o Tribunal considerar oportuno que sejam privadas.” (OEA, 2009).

⁶¹ Segundo o artigo 44 do Regulamento Interno: “O escrito de quem deseje atuar como *amicus curiae* poderá ser apresentado ao Tribunal, junto com seus anexos, através de qualquer dos meios estabelecidos no artigo 28.1 do presente Regulamento, no idioma de trabalho do caso, e com o nome do autor ou autores e assinatura de todos eles” (OEA, 2009).

⁶² Artigo 44: Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte (OEA, 1969).

discricionariedade dos poderes públicos, realizando fiscalizações no intuito de verificar se as alterações estão em consonância com o *corpus iuris* internacional⁶³.

Não obstante, podem ser mencionados, ainda, os princípios do direito internacional elencados no primeiro capítulo como motivos a conferirem legitimidade às decisões da Corte IDH, como a anuência voluntária ao tratado (*pacta sunt servanda*), a interpretação *pro homine* ou a prevalência da norma mais benéfica. Estes princípios nada mais são do que a obrigação do Estado em cumprir o que restou voluntariamente pactuado, mas não só, pois, ao enaltecerem a dignidade da pessoa humana como elemento balizador da interpretação, mostram-se em perfeita consonância e simetria com a própria Constituição e suas diretivas. Em outras palavras, a atuação da Corte IDH, seja no âmbito do controle de convencionalidade ou das medidas positivas previstas no dispositivo de suas sentenças trabalha sempre sob a lógica de proteção aos direitos humanos, ou seja, da própria dignidade da pessoa humana, de modo que nada mais coerente do que a proteção e concretização destes direitos ser o elemento basilar das atuais configurações estatais.

Trata-se, nos dizeres de Luis Flávio Gomes (2008), da separação dos limites formais e materiais de validade de uma norma, que devem ser analisados e considerados de forma apartada. Deste norte, uma lei em conflito com a Constituição é declarada inconstitucional, uma lei antinômica anterior à Carta de 1988 é declarada como não recebida pelo novo ordenamento e a lei em conflito com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, por conseguinte, também deve ser considerada inválida. Destarte, dentro do novo paradigma do Estado Constitucional de Direito, a produção legislativa e o ingresso de tratados internacionais não podem ser restringidos por limitações formais como quórum mínimo de aprovação (GOMES, 2008) e, por lógica, qualquer outra alegação derivada da lógica da soberania, em clara e evidente incongruência com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Verifica-se, assim, que a aplicação do controle de convencionalidade não configura afronta ou exclui a norma constitucional, mas sim a complementa e fortalece o seu sentido. A própria verificação da convencionalidade da norma constitucional promove significativos ganhos na proteção e concretização da

⁶³ As informações aqui presentes rompem a ordem cronológico até então seguida e são importações diretas das observações e conclusões do terceiro capítulo, mas que deveriam ser ali inseridas como forma de reforçar as ideias trabalhadas e proporcionar um melhor entendimento dos tópicos que seguirão.

dignidade da pessoa humana, colocando o direito interno em sintonia com as exigências do constitucionalismo contemporâneo.

Nota-se também, no *modus operandi* da Corte IDH, a incidência de uma dimensão objetiva dos direitos humanos e fundamentais, especialmente no que tange à eficácia de irradiação, que, no caso, se manifesta na necessidade de harmonização dos instrumentos normativos, buscando sempre índices satisfatórios de proteção, tal qual ocorre no âmbito interno das Constituições, no qual os direitos fundamentais vinculam todo o ordenamento, na lógica de que reste garantida sua própria proteção. Vê-se, também, a chamada eficácia dirigente, pois a interpretação realizada pela Corte IDH do *corpus iuris* latino-americano apresenta feição claramente diretiva. Em outras palavras, está se buscando a concretização dos direitos humanos e fundamentais, que são, com já explicitado em momentos anteriores, o principal objetivo dos ordenamentos jurídicos no intuito da plena efetivação da dignidade da pessoa humana.

A importância do estudo realizado neste capítulo reside na necessidade da contextualização da dimensão objetiva dos direitos humanos e fundamentais e da teoria do dever de proteção, pois estas noções vão de encontro à hipótese levantada inicialmente. Isto é, partindo do pressuposto de que as sentenças da Corte Interamericana vêm se ampliando, incorporando novos elementos à sua doutrina - estes diretamente associados às noções de sentença estruturantes trabalhados -, busca-se verificar como e em que sentido vem ocorrendo esta ampliação e se é possível encontrar noções da teoria do dever de proteção na fundamentação utilizada.

A relevância desta verificação, conforme já mencionado alhures, reside no fato de as sentenças da Corte IDH interferirem diretamente na matéria doméstica dos países signatários, seja mediante condenação ou pela exigência de adequação de norma interna à Convenção Americana. Por conseguinte, tal qual cabe ao STF o dever de fundamentar suas sentenças, especialmente nos casos envolvendo o interesse político da comunidade, a Corte IDH também precisa apresentar elementos concretos que embasem suas sentenças, tornando-as coerentes e transparentes. Busca-se, deste modo, dentro dos casos selecionados, verificar a utilização ou não da teoria do dever de proteção do Estado, mesmo que, em caso positivo, ela ocorra de forma não expressa.

4. A UTILIZAÇÃO DA NOÇÃO DE DEVER DE PROTEÇÃO E A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA NAS SENTENÇAS DE GRAVES VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS PRATICADAS POR REGIMES DITATORIAIS

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos surge na realidade latino-americana como um importante instrumento não só para a concretização e proteção dos direitos humanos, mas também para seu fortalecimento em um cenário conturbado. Nesse viés, há que se destacar especialmente a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja atuação vem exercendo importante papel na consolidação dos direitos humanos no cenário latino-americano, condenando os Estados responsáveis por violações e, com isso, também reforçando e aprimorando suas instituições e legislação, no sentido de adequação aos tratados interamericanos de direitos humanos (doravante referidos apenas como *corpus iuris* latino-americano).

No intuito de verificar como tem se dado a evolução das sentenças da Corte Interamericana ao longo dos últimos anos, mormente no que toca à fundamentação utilizada na sua parte dispositiva, buscar-se-á, num primeiro momento, discorrer acerca dos casos que se amoldam ao critério estabelecido como filtro, a saber, graves violações a direitos humanos praticadas por regimes ditatoriais cuja motivação se deu por questões político-ideológicas, com especial ênfase à incorporação de novas medidas de reparação no dispositivo das sentenças. Feito isto, passa-se a analisar em que sentido e com base em que fundamentos a jurisprudência da Corte IDH tem se desenvolvido desde sua primeira sentença sobre a matéria objeto de análise (no caso, *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*), isto é, quais elementos passaram a ser acrescentados à sua doutrina e a origem dos mesmos.

Ao fim, objetiva-se responder o segundo questionamento do problema, consistente em verificar se a noção de dever de proteção estatal encontra-se presente na fundamentação da Corte IDH, como fundamento para esta evolução. Neste ponto, far-se-á um retorno às noções de sentenças estruturantes anteriormente delineados, bem como uma análise mais profunda dos casos que enquadram o critério estabelecido, no intuito de buscar elementos da teoria do dever de proteção estatal, ainda que estes apresentem-se de forma implícita e não em

menção expressa.

4.1 Análise das sentenças da Corte Interamericana envolvendo os casos de graves violações praticadas por regimes ditatoriais de cunho político-ideológico

Antes da análise fática dos casos selecionados, entende-se necessário justificar o critério utilizado para delinear as sentenças a serem estudadas e algumas de suas especificidades. Tendo em vista que a primeira parte do problema desta dissertação consiste em analisar as transformações pelas quais as medidas de reparação utilizadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos vêm passando, de importante valor qualitativo se faz iniciar a observação justamente pela primeira condenação e encerrá-la na última, observados os critérios de análise já apresentados. No momento em que a primeira condenação da Corte IDH versa sobre graves violações praticadas por regimes ditatoriais e em existindo outras relativamente recentes, o critério mostra-se adequado e relevante para com os objetivos almejados de estabelecer uma análise comparativa no sentido de se verificar a existência ou não de um processo de evolução.

Outrossim, ao se acrescentar a delimitação que restringe os casos àqueles em que a violação origina-se de incompatibilidade político-ideológica (leia-se, praticada contra membros de partidos de oposição às ditaduras), está se buscando viabilizar uma análise evolutiva através da utilização de casos que possuam elementos comuns entre si⁶⁴

Os casos selecionados, segundo o recorte proposto para a pesquisa, portanto, são: Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), Godínez Cruz vs. Honduras (1989), Bámaca Velásquez Vs. Guatemala (2000), Trujillo Oroza vs. Bolívia (2002), Goiburú vs. Paraguai (2006), Almonacid Arellano vs. Chile (2006), Heliodoro Portugal vs. Panamá (2008), Ticona Estrada Vs. Bolívia (2008), Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil (2010), Gelman Vs. Uruguai (2011), Gudiel Álvarez (“Diário

⁶⁴ Este ponto refere-se em especial aos casos envolvendo violações contra populações indígenas, cuja origem geralmente está associada à ocupação de terras e não à participação em partidos de oposição aos regimes militares. O estudo destes casos mostra-se vasto e complexo, exigindo uma análise apartada para que suas especificidades sejam cumpridas de acordo com a importância da temática.

Militar”) vs. Guatemala (2012), *García e família vs. Guatemala* (2012) e *García Lucero vs. Chile* (2013).

Veja-se que, muito embora o Peru tenha perpetrado inúmeras violações aos direitos humanos, especialmente ao longo da década de 90, estas ocorreram em um período classificado como “Terrorismo de Estado”, que, contudo, apresentava-se como presidencialista, embora tão somente de maneira formal, razão pela qual as condenações envolvendo o país não figuram no rol dos casos selecionados. Por fim, o fato de um caso não compor o rol acima elencado não significa sua exclusão da pesquisa, pois o mesmo pode trazer contribuições significativas para a contextualização da doutrina da Corte Interamericana em outros casos, ao exemplo de *Barrios Altos Vs. Peru*, ocasião na qual a Corte inaugura sua doutrina sobre a incompatibilidade das leis de anistia.

Preliminar à análise das sentenças, entende-se que estas devem ser estudadas tendo-se como pressuposto o conhecimento de que o limite das medidas de reparação da Corte Interamericana encontra-se previsto no artigo 63.1 da Convenção Americana, ou seja, ao se partir de uma lógica positivista e silogística, a decisão deveria encontrar-se adstrita ao documento que a vincula. Cumpre, pois, transcrever o artigo, no intuito de iluminar a compreensão da evolução que buscar-se-á demonstrar a seguir:

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo de seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.
2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão (OEA, Convenção Americana de Direitos Humanos, 1966).

O estudo aqui proposto inicia com o caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cuja sentença foi prolatada em 1988, sendo, inclusive, a primeira decisão na história da Corte IDH⁶⁵. Sua resolução, embora paradigmática por se tratar do primeiro óbice

⁶⁵ Conforme a denúncia apresentada à Comissão, o estudante Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez foi detido de forma violenta e sem autorização judicial por indivíduos da Direção Nacional de Investigações e do G-2 das Forças Armadas de Honduras, na cidade de Tegucigalpa, em 12/09/1981. Sob alegações de prática de delitos políticos, Velásquez Rodríguez foi submetido à intensos

à questão da impunidade dos regimes militares das Américas e iniciar a doutrina acerca dos crimes de desaparecimento forçada de pessoas, se atém às disposições do artigo 63.1 da CADH, limitando a reparação unicamente à parte diretamente envolvida. Assim, a Corte IDH declarou que o Estado de Honduras violou os direitos referentes à liberdade pessoal, à integridade pessoal e o direito à vida, devendo indenizar monetariamente os familiares da vítima em acordo a ser firmado entre a Comissão e o Estado (CORTE IDH, 1989).

Em resposta aos pedidos formulados pela Comissão Interamericana sobre medidas de investigação e apuração dos fatos, a Corte declarou que “*tales obligaciones a cargo de Honduras subsisten hasta su total cumplimiento*” (CORTE IDH, 1988, p. 10), alegando que os deveres do Estado de Honduras de prosseguir as investigações encontram-se na fundamentação da sentença e que esta compõe a decisão.

Pouco tempo depois, o Estado de Honduras foi novamente condenado no caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, de 1989⁶⁶, por violações ao direito de liberdade pessoal, de integridade pessoal e à vida. Como reparações, a Corte IDH seguiu os padrões estabelecidos no caso anterior (*Velásquez Rodríguez*), determinando o pagamento de indenização à esposa e à filha de Godínez, (CORTE IDH, 1989).

Em *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, de 2000⁶⁷ novamente tem-se um caso de desaparecimento forçado e tortura. Assim como nos dois casos anteriores, as reparações consistiram em pagamento pecuniário à família da vítima, com

interrogatórios mediante prática de tortura, vindo, posteriormente, a desaparecer. Após denúncia à CIDH, forças policiais e de segurança negaram a detenção do estudante, assim como o Governo ficou inerte aos pedidos de informação acerca dos fatos, razão pela qual foram presumidos verdadeiros. Após esgotamento dos recursos internos e recusa das informações apresentadas pelo Governo à Comissão, como ainda permanecendo desaparecido Velásquez Rodríguez, procedeu-se no encaminhamento de denúncia à Corte IDH, em 18/04/1986, culminando na condenação de Honduras.

⁶⁶ Os fatos do presente caso ocorrem num contexto conturbado do país, eis que, entre 1981 e 1984, um número estipulado entre 100-150 pessoas desapareceu, sem que se tenha havido notícias posteriores de muitas delas. Tais sequestros eram realizados por indivíduos armados e em veículos oficiais do Estado, de modo que era considerado fato público e notório à época que os crimes eram cometidos por militares. Assim, Saúl Godínez, dirigente conhecido por organizar e participar de inúmeras greves foi sequestrado, em 22/07/1982, nos moldes dos fatos anteriormente narrados (CORTE IDH, 1988).

⁶⁷ Efraín Bámaca Velásquez, também conhecido como “Comandante Everardo” era parte da Organização Revolucionária Povo em Armas (ORPA) – um dos grupos guerrilheiros de oposição ao regime militar. Em 1992 Efraín Bámaca Velásquez é capturado após um combate contra o exército na aldeia de Montúfar, na região oeste da Guatemala. Foi visto pela última vez em 1992, amarrado a uma cama de metal, com evidentes sinais de tortura (CORTE IDH, 2000).

acréscimo de determinação da reponsabilidade criminal pelo fato (CORTE IDH, 2000). Aqui, a Corte Interamericana faz remissão direta ao artigo 63.1 da Convenção Americana, ao mencionar que “*como consecuencia de las violaciones constadas en la presente sentencia, la Corte considera que Guatemala debe ordenar una investigación real y efectiva para identificar y, eventualmente, sancionar*” os responsáveis pela violação (CORTE IDH, 2000, p.88).

A próxima condenação dentro do critério estabelecido para este estudo ocorre no caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, de 2002⁶⁸. Após reconhecimento total da responsabilidade do Estado e da inadmissibilidade de leis de anistia, a condenação estabeleceu ao Estado a adoção das seguintes medidas: compensação monetária; que os restos mortais da vítima deveriam ser entregues aos seus familiares; a tipificação do delito de desaparecimento forçado no ordenamento interno; a investigação e apuração dos responsáveis pelos fatos; a publicação de parte da sentença no Diário Oficial; a adoção de medidas de proteção aos direitos humanos que assegurem o exercício livre e pleno dos direitos à vida, à liberdade e integridades pessoais e à proteção e garantias judiciais, com o intuito de evitar que ocorrem fatos semelhantes no futuro; além da nomeação de algum centro educativo com o nome da vítima (CORTE IDH, 2002).

Uma considerável ampliação é, por sua vez, vista no caso *Goiburú e outros vs. Paraguai*⁶⁹, com sentença de 2006, determinando que o Estado violou o direito à vida, ao tratamento humano e à liberdade pessoal, bem como o direito à um julgamento justo e à proteção judicial. Outrossim, a Corte IDH ressalta que o Paraguai, diferentemente de outros países, nunca adotou leis de anistia, tampouco reconheceu a prescrição de violações aos direitos humanos. Na esfera das reparações, tocou ao Estado o dever de iniciar investigações para apurar os

⁶⁸ Em 23/12/1971, o estudante de filosofia da Universidade *Mayor de San Andrés*, José Carlos Trujillo Oroza é detido ilegalmente, sofrendo torturas quando em cárcere, sendo visto pela última vez em 02/02/1972, vindo a então desaparecer (CORTE IDH, 2002).

⁶⁹ Trata-se da detenção ilegal e arbitrária, e também tortura e desaparecimento forçado de Agustín Goiburú Giménez, arlos José Mancuello Bareiro e os irmãos Rodolfo Feliciano e Benjamín de Jesús Ramírez Villabela, cometido por agentes estatais em 1974 e 1977. O dr. Goiburú era um médico paraguaio membro do Partido Colorado e fundador de um partido político de oposição ao ditador Stroessner Matiauda. Mancuello era um cidadão paraguaio que foi preso quando entrava no país através da Argentina junto de sua esposa. Junto dos irmãos acima referidos, foram acusados de pertencer a um grupo terrorista que preparava um atentado contra a vida de Stroessner, supostamente idealizado por Goiburú. Após 22 meses retidos, período em que foram vítimas de tortura e remanesceram incomunicáveis, os quatro desapareceram (CORTE IDH, 2006).

mentores do caso, bem como os agentes envolvidos, como forma de eliminar a impunidade advinda do caso; a localização dos restos mortais das vítimas; publicação dos parágrafos referentes a responsabilidade internacional do Estado no Diário Oficial; fornecimento de tratamentos e medicamento aos familiares das vítimas; implementação de programas de direitos humanos às autoridades policiais; a adaptação da legislação sobre crimes de tortura e desaparecimento forçado ao estipulado pelas Convenções Americanas; e também o pagamento das prestações pecuniárias (CORTE IDH, 2006).

Em *Almonacid Arellano vs. Chile*, novamente é possível verificar uma ampliação na sentença, no sentido de proteger a coletividade, e não somente indenizar a vítima⁷⁰. Após a condenação do Estado, restou determinado pela Corte IDH que as leis de anistia locais não poderiam prejudicar as investigações do assassinato do senhor Arellano e a apuração criminal dos responsáveis, assim como cabe ao Estado assegurar que a referida lei não sirva como obstáculo para demais casos que envolvam questões de anistia em seu território. Além da reparação pecuniária aos familiares da vítima, determinou-se também que o Estado, como medida de satisfação, deveria publicar, no Diário Oficial, o capítulo referente aos fatos da sentença, assim como a parte resolutiva, no prazo de seis meses. Outro ponto a ser ressaltado na presente decisão recai no fato de o caso ter sido apurado por um Tribunal Militar em 1996, sobrevivendo entendimento da Corte IDH de que isso afronta o direito a um julgamento independente e imparcial (CORTE IDH, 2006).

Outro aspecto aprofundado consiste na afirmação de que, muito embora os juízes e tribunais internos estejam diretamente sujeitos à lei, a ratificação de um tratado/pacto internacional pelo Estado (como a CADH) os obriga a também observar esta normativa internacional, que inclusive teria de prevalecer sobre o direito interno, através do chamado controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção (CORTE IDH, *Almonacid Arellano vs. Chile*, 2006).

Já o caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*⁷¹, julgado em 2008, mantém uma linha análoga aos anteriores em termos de medidas coletivas de prevenção no

⁷⁰ O professor Luis Alfredo Almonacid Arellano, militante do Partido Comunista do Chile, foi surpreendido em sua residência na manhã do dia 16/09/1976 por uma patrulha, vindo a ser alvejado na frente de seus familiares, falecendo no hospital no dia seguinte (CORTE IDH, 2006).

⁷¹ Durante o governo militar do Panamá, mais precisamente em 14/05/1970, Heliodoro Portugal, promotor do "Movimento e Unidade Revolucionária", encontrava-se em um café na cidade do Panamá, quando duas pessoas, com trajes de civis o obrigaram a entrar em um carro. Seus restos mortais foram encontrados somente em 1999, em um quartel em Tocumen (CORTE IDH, 2008).

âmbito das reparações. Nesse sentido, a Corte IDH determinou que o Estado: efetue os pagamentos pecuniários à família da vítima; investigue os fatos que originaram as violações, identificando e julgando os responsáveis; publique no Diário Oficial e em jornal partes da sentença; realize um ato público de reconhecimento da responsabilidade sobre as violações cometidas no presente caso; forneça tratamento médico e psicológico aos familiares de Heliodoro; e adapte as ofensas de desaparecimento forçado de pessoas e tortura às Convenções internacionais sobre os delitos (CORTE IDH, 2008).

A outra condenação imposta à Bolívia advém do caso Ticona Estrada e outros vs. Bolívia⁷², de 2008, e apresenta certa ampliação em relação ao caso anterior. Ao Estado restaram incumbidas as obrigações de: continuar com a tramitação do processo penal referente ao desaparecimento de Renato Ticona Estrada; iniciar investigações acerca dos fatos ocorridos a Hugo Ticona Estrada, identificando, julgando e sancionando os responsáveis; proceder nas buscas pela vítima; publicar no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação partes da sentença; oferecer tratamento médico e psicológico à família das vítimas; e finalmente, a doação, em prazo razoável, de recursos humanos e materiais necessários ao Conselho Interinstitucional para o Esclarecimento de Desaparecimentos Forçados, devendo, em um ano, estabelecer uma proposta concreta com um programa de ação e planificação (CORTE IDH, 2008).

De igual forma, o caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil⁷³ também apresenta a incorporação dos novos elementos importantes ao presente estudo. As inovações introduzidas nas reparações impostas recaem na instauração da Comissão da Verdade, solicitada pelos representantes, e a adoção de medidas necessárias para que o delito de desaparecimento forçado de pessoas seja tipificado, em adequação aos padrões interamericanos (CORTE IDH, 2010).

⁷² O presente caso se dá num contexto de grande instabilidade na Bolívia, pois um governo militar se instaurou após um golpe, justamente no momento em que tentava-se implementar a democracia no país. Dessa forma, o regime deflagrou uma política de intimidação e extermínio contra membros do Movimento de Esquerda Nacional e outros opositores. Assim, em 22/07/1980 uma patrulha militar deteve Renato Ticona, de 25 anos, e seu irmão, Hugo Ticona, na cidade de Oruru, e os levaram para outra localidade, sem informar o motivo nem lhes disponibilizar autoridade judicial competente. Após horas de tortura, os irmãos foram separados e Renato Ticona nunca mais foi visto (CORTE IDH, 2008).

⁷³ No caso, ocorreu a detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de mais de 60 membros da chamada “Guerrilha do Araguaia”, entre os anos 1972-1975, praticada pelo Exército Brasileiro no contexto da ditadura militar. (CORTE IDH, 2010).

Além destes pontos, o Brasil restou obrigado a: conduzir as investigações no âmbito da justiça ordinária, no intuito de apurar as responsabilidades penais e aplicar as devidas sanções; realizar os esforços necessários para determinar o paradeiros das vítimas desaparecidas e/ou identificar e entregar os restos mortais aos familiares; oferecer tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico às vítimas que dele necessitarem; publicação da sentença; ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional; e a declarar a incompatibilidade da lei de anistia brasileira (CORTE IDH, 2010).

As novidades em termos de reparação advindas com o caso *Gelman vs. Uruguai*⁷⁴ consistem na disposição sobre a incompatibilidade da Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado com a Convenção, eis que esta pode impedir ou obstaculizar as investigações do caso, e também a criação de um sistema público de acesso às informações sobre as violações praticadas pela ditadura, assim como a fixação de uma placa com a inscrição do nome das vítimas e de todas as pessoas detidas ilegalmente no prédio do Sistema de Informação de Defesa (CORTE IDH, 2011). Nota-se, pois, uma crescente preocupação com as medidas envolvendo a necessidade de publicização dos fatos ocorridos durante as ditaduras militares.

Em *Gudiel Álvarez (“Diário Militar”) vs. Guatemala*⁷⁵, 2012, a Corte IDH determinou ao Estado que: inicie, continue e realize as investigações e processos necessários, como forma de apurar a responsabilidade dos envolvidos; efetue a busca dos restos mortais das vítimas; ofereça tratamento médico e psicológico às famílias; efetue as publicações indicadas; produza um documento audiovisual sobre as vítimas e os fatos ocorridos; construa um parque ou praça em homenagem à memória das vítimas; e efetuar as indenizações (CORTE IDH, 2012).

O conturbado contexto político da Guatemala também deu luz ao caso *García e*

⁷⁴ A violação versa sobre o sequestro de María Gelman, à época grávida, durante a Operação Condor, em 1976. A vítima permaneceu recolhida no Uruguai até dar à luz, quando então desapareceu. (CORTE IDH, 2011).

⁷⁵ A violação consiste no desaparecimento forçado de 26 pessoas entre os anos de 1982-1984, registradas em um documento da inteligência militar da Guatemala, conhecido como “Diário Militar”. Ao todo, o documento contém uma lista com 183 nomes, contendo a identificação completa dos indivíduos listados, ocupação, filiação partidária, foto, etc. Os registros, ainda, indicam as ações realizadas contra as pessoas, o que inclui detenções secretas, sequestros e assassinatos (CORTE IDH, 2012).

familiares vs. Guatemala⁷⁶, de 2013. Além das medidas de busca dos restos mortais, apuração da responsabilidade, publicações mencionadas no caso anterior e a realização de atos públicos, coube ao Estado: impulsionar a iniciativa chamada “*Memorial para la Concordia*”, através do qual deve construir espaços culturais que homenageiem a memória das vítimas das violações aos direitos humanos durante o conflito armado do país; a inclusão do nome de Edgar Fernando García na placa que deverá ser construída no que se refere ao caso Gudiel Álvarez e outros vs. Guatemala; alterar o nome de uma escola para o nome da vítima; fornecer bolsas de estudo, amparo médico e indenização aos familiares; e impulsionar a aprovação de um projeto de lei para a criação de uma Comissão Nacional de Busca de Pessoas Vítimas de Desaparecimentos Forças e outras Formas de Desaparecimento (CORTE IDH, 2012).

O último caso a ser analisado é Garcia Lucero e outros vs. Chile⁷⁷, que, com sentença reparatória de 2013, é o caso mais recente da Corte IDH dentro dos critérios problematizados para a análise. Contudo, este não trouxe alterações significativas em termos de reparações, vez que as medidas apresentadas já foram todas trabalhadas em outros casos (CORTE IDH, 2013).

Chama atenção inicialmente o fato de os casos passarem a afetar a coletividade. Tal fato deriva, conforme Rojas (2007), do contexto em que as violações massivas e sistemáticas aos direitos humanos encontram-se inseridas, pois estas são operadas pelo próprio Estado como parte de um plano de governo. Desta forma, a resposta da Corte Interamericana nestes casos deve ser diferente, devendo almejar a modificação das políticas de governo desta índole ou a reparação de seus resultados, bem como prevenir que voltem a ocorrer violações desta

⁷⁶ Edgar Fernando García, de 26 anos, era professor de educação primária e trabalhava junto à uma empresa no cargo de Secretário de Acordos e Atas do sindicato dos trabalhadores, exercendo, ainda, atividades junto à Juventude Patriótica do Trabalho do Partido Guatemalteco. Em 18/02/1984, García foi detido por agentes militares e desapareceu (CORTE IDH, 2013).

⁷⁷ Em 16/09/1973, García Lucero foi detido por soldados em Santiago e transferido para diferentes dependências policiais e centros de detenções, onde permaneceu incomunicável e também sendo torturado de diversas maneiras, até ser transferido para o Campo de Concentração “Chacabuco”, local em que permaneceu mais 13 meses. Com o Decreto-lei No. 81 de 1973, García Lucero foi expulso do Chile em 12/06/1975, passando a residir no Reino Unido. Atualmente, a vítima sofre de diversas enfermidades em virtude das torturas, inclusive incapacidades físicas e mentais permanentes.

natureza⁷⁸.

Partindo da análise dos casos brevemente apresentadas, é possível identificar cinco tipos de medidas de reparação utilizadas pela Corte IDH em sua jurisprudência, gradualmente acrescentadas às sentenças e proporcionando uma crescente ampliação de seu alcance, tanto no âmbito subjetivo, quer dizer, para os indivíduos, como num plano objetivo, o qual se expande para a sociedade como um todo.

São elas: 1) medidas de restituição, consistentes no reestabelecimento, na medida do possível, da situação anterior à violação; 2) medidas de reabilitação, destinadas a oferecer cuidados médicos e psicológicos de forma gratuita às vítimas; 3) medidas de satisfação, referentes à reparação do dano imaterial, que dividem-se em cinco modalidades: a) ato público de reconhecimento de responsabilidade, b) publicação ou difusão da sentença da Corte IDH, c) medidas de comemoração às vítimas de modo geral, d) localizar o paradeiro da vítima ou seus restos mortais, e) outras formas de satisfação, como bolsas de estudo em todos os níveis escolares e oportunidades profissionais, implementação de programas habitacionais e de reparação socioeconômica, entre outras; 4) garantias de não-repetição, que buscam evitar a existência de novas violações aos direitos humanos, procurando resolver problemas estruturais, beneficiando outros membros da sociedade além das vítimas, que divide-se em: a) capacitação a funcionários públicos e educação da sociedade em matéria de direitos humanos, b) adoção de medidas de direito interno, c) adoção de medidas para garantir a não repetição da violações; e 5) obrigação de investigar, julgar e, se for o caso, sancionar, versando sobre a obrigação do Estado de remover os obstáculos fáticos e jurídicos que obstem a devida investigação, assim como apurar a responsabilidade penal dos culpados (INFORME ANUAL DE LA CORTE INTERAMERICANA, 2011).

Para melhor visualizar as informações contidas acima, mostra-se relevante a utilização de uma tabela respeitando a perspectiva cronológica das decisões. Contudo, cumpre ressaltar que o quadro esquematizado abaixo não contém todas

⁷⁸ Sobre o tema: “*Esta visión es especialmente relevante en materia de medidas relacionadas con garantías de no-repetición. Esta es la forma en que la Corte puede justificar la adopción de medidas generales que busquen una solución a las razones de fondo que provocan las violaciones. No hay duda de que la Corte debe dar una respuesta efectiva ante la realidad y esto, en muchos casos, no puede agotarse en la situación particular de las víctimas, omitiendo hacerse cargo de los aspectos más profundos que subyacen a los casos de violaciones estructurales de derechos*”. (ROJAS, 2007, p. 85).

as informações presentes na sentença, mas tão-somente algumas das principais medidas de reparação em âmbito coletivo que se mostrarão de maior importância no estudo. Ademais, importante ater-se às peculiaridades de cada caso, dos fatos e do contexto dos Estados envolvidos, o que pode representar alterações nas medidas de reparação.

	Investigar, Julgar e Sancionar	Revogação de Leis de Anistia	Aulas sobre Direitos Humanos	Alterações legislativas	Medidas de publicização
Velázquez Rodríguez	Não	Não	Não	Não	Não
Godínez Cruz	Não	Não	Não	Não	Não
Bámaca Velásquez	Sim	Não	Não	Não	Não
Trujillo Oroza	Sim	Sim	Não	Sim	Não
Goiburú	Sim	Sim	Sim	Sim	Não
Almonacid Arellano	Sim	Sim	Não	Sim	Não
Heliodoro Portugal	Sim	Sim	Sim	Sim	Não
Ticona Estrada	Sim	Não	Não	Não	Sim
Gomes Lund	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Gélmán	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Diário Militar	Sim	Sim	Não	Não	Sim
García e família	Sim	Sim	Não	Sim	Sim
García Lucero	Sim	Sim	Não	Não	Não

A partir da atuação da Corte IDH, é possível verificar, em um primeiro momento, um cenário de redescoberta dos direitos humanos na América Latina, isto é, aquele de transição entre um modelo ditatorial para um democrático; este processo, todavia, não segue um fluxo engessado, mas sim amplia-se e passa a adquirir outras arestas, estas preventivas e coletivas, no intuito de prevenir novas violações. Cumpre ainda mencionar que essa construção vem sendo desenvolvida jurisprudencialmente pela Corte IDH, vez que, como já visto, o artigo 63.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos referente às reparações faz alusão tão somente a medidas de cunho individual. Dito isto, o próximo item se ocupará se

explorar como e em que sentido ocorre esta ampliação nas sentenças das Corte IDH estudadas.

4.2 A expansão da doutrina da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a evolução das medidas de reparação de suas sentenças

Conforme restou demonstrado no tópico anterior, a doutrina inicial da Corte Interamericana foi construída com base no modelo de reparações individuais previsto no artigo 63.1 da Convenção Americana. Na sequência, em casos posteriores, observou-se que a Corte IDH passou a utilizar elementos fundamentais distintos da definição estipulada pela Convenção Americana (CADH) na construção de suas sentenças.

Inicialmente, a análise anterior evidenciou que esta não vinculação proporciona uma evolução considerável com o passar dos anos, permitindo, também, uma adequação mais efetiva aos pormenores de cada caso e às contingências históricas. Neste momento, busca-se analisar a evolução da jurisprudência da Corte, mormente no que toca aos crimes de desaparecimento forçado, execução sumária e tortura – práticas comuns dos regimes militares. Há que se fazer, contudo, algumas observações gerais sobre os temas que tangenciam os casos selecionados no âmbito destas transformações.

Preliminarmente, um dos elementos basilares desta evolução na jurisprudência da Corte IDH é o entendimento acerca da posição da vítima dentro do processo internacional. Isto é, no momento em que se passa a entender que a vítima transcende a posição de sujeito passivo de direito, assumindo o papel de sujeito ativo da ação judicial internacional em defesa dos direitos inerentes ao ser humano (ZELADA, 2007), as reparações superam a lógica de reparação penal, tratando-se, pois, de reparações institucionais. Ao passo em que a doutrina inicial da Corte trabalha sob a lógica individual (penal), vê-se nas condenações seguintes, como já mencionado, a motivação não apenas em indenizar a vítima ou os seus familiares, mas sim de iniciar um processo de reparação estrutural que busca prevenir que a violação ocorra, em prol de toda a coletividade. Este entendimento aparece, por sua vez, de forma expressa na fundamentação do voto apartado do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade no caso *Tibi Vs. Equador* (2004, p. 6), onde se lê que

En una amplia dimensión, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha contribuido al rescate de la posición central de la figura de la víctima en el ordenamiento jurídico. En el ámbito de la propia criminología, se ha intentado dedicar mayor atención a la víctima (y no sólo al agente violador de sus derechos), pero los esfuerzos en ese sentido no logran trascender el enfoque de la víctima como sujeto pasivo del delito, - cuando habría que ir más allá¹⁸. En el universo conceptual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos el rol de la víctima efectivamente trasciende la figura del sujeto pasivo del delito, pues aquí la víctima asume el rol de auténtico sujeto activo de la acción judicial internacional en defensa de los derechos que le son inherentes como ser humano.

Outro aspecto de relevância no âmbito da jurisprudência da Corte IDH revela-se tocante aos critérios de interpretação de tratados internacionais sobre direitos humanos. A própria Corte estabeleceu que, quando da interpretação de tratado internacional, não se levam em consideração apenas os acordos e instrumentos a ele relacionados formalmente, conforme leciona o artigo 31 da Convenção de Viena⁷⁹, mas também o sistema dentro do qual se insere, nos moldes previstos no inciso 3º do mesmo documento internacional (ZELADA, 2007). A autora prossegue, afirmando que a própria Corte IDH já referiu anteriormente a importância desta orientação para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, apontando substanciais avanços através dessa interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção.

Dessa forma, a Corte IDH considera que a interpretação evolutiva encontra-se albergada pelas regras gerais de interpretação trazidas pela Convenção de Viena, de 1969, de modo que tanto a Corte IDH como a Corte Europeia destacam que “*los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*” (ZELADA, 2007, p. 444).

Complementares são as lições de Rojas (2011), ao assinalar que o Sistema

⁷⁹ Artigo 31. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes. (ONU, CONVENÇÃO DE VIENA, 1969).

Interamericano encontra-se em constante evolução, devendo ser interpretado de acordo com o contexto do momento em que se requer seja realizada a interpretação de um instrumento internacional. Desta forma, afirma a necessidade de a interpretação ocorrer de forma dinâmica (ROJAS, 2011).

Vale ainda mencionar que o direito internacional hodierno – o que abarca tanto o sistema global quanto os sistemas regionais – encontra-se caracterizado pela evolução de suas normas imperativas, isto é, o *jus cogens*, sobretudo em virtude do “principio da humanidade” (ZELADA, 2007). Assim, ao julgar os casos de graves violações aos direitos humanos (tortura, desaparecimento forçado, genocídios, entre outras que rompem com o *jus cogens* internacional), a Corte IDH passa a interpretar e aplicar o direito convencional invocando os princípios gerais do direito sobre a base da dignidade humana – que deve ser respeitada, independentemente das circunstâncias (ZELADA, 2007).

Outro aspecto a ser citado acerca da evolução da jurisprudência da Corte IDH refere-se à aplicação do princípio da igualdade, demandando, num primeiro momento, neutralidade do Estado, para agora buscar uma postura mais ativa, ou seja, não apenas a garantia de reconhecimento de direitos, como também uma real possibilidade de sua concretização. Sobre o tema, Abramovich (2009, p. 18) leciona que a perspectiva história da jurisprudência da Corte IDH aponta uma evolução de um “*concepto de igualdad formal, elaborado en la etapa de la transición, hacia un concepto de igualdad sustantivo que se comienza a consolidar en la etapa actual del fin de las transiciones a la democracia*”, momento em que o jurista aponta que “*la temática de la discriminación estructural se presenta con más fuerza*” nos casos trabalhados.

Avança-se, pois, de uma ideia de igualdade como não-discriminação a uma de igualdade como proteção (ABRAMOVICH, 2009) de pessoas inseridas em algum contexto de vulnerabilidade. Em outras palavras, o autor aponta a evolução da noção clássica de igualdade, a qual versa sobre a eliminação de privilégios ou de questões arbitrárias na busca de regras iguais a todos, exigindo do Estado um elevado grau de neutralidade, para uma noção de igualdade substantiva, que “*demanda del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación*” (ABRAMOVICH, 2009, p. 18). A atuação da Corte IDH, portanto, se dá ante a contextualização do caso concreto, ocasião na qual, após diagnosticar as

insuficiências estatais responsáveis pela violação aos direitos humanos, buscará medidas especiais de proteção.

Superando questões de ordem geral e direcionando o foco para a jurisprudência das graves violações praticadas por regimes militares, tem-se, no caso Velásquez Rodríguez, o início da doutrina da Corte IDH acerca do crime de desaparecimento forçado e impunidade pela prática de crimes durante regimes ditatoriais. Deste momento, como ensina Zelada (2016, p. 127), no referido caso se desenvolvem critérios que *“serán desarrollados por la Corte a través de una referencia constante y sistemática a sus sentencias previas en esta misma matéria”*.

Através deste sistema de fundamentação, baseando-se em sua própria jurisprudência, a Corte IDH constrói, em um primeiro momento, sua doutrina. A título de exemplo, destaca-se que, no caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, podem ser encontradas nada menos do que vinte e duas menções diretas ao caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, assim como novamente vinte e duas no caso Godínez Cruz vs. Honduras. Além destes, diversos outros casos também compõem a construção da fundamentação da Corte IDH, estes, contudo, conforme já referido, não incluídos nos critérios estabelecidos para a presente pesquisa.

Por sua vez, no caso Trujillo Oroza vs. Bolívia, de 2002, há menção direta ao caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, mormente no que toca à fixação de dano moral, assim como referência ao caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras no que concerne ao direito dos familiares de saber onde estão *“los resto mortales de su ser querido, y há establecido que ello ‘representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer com los médios a su alcance’* (CORTE IDH, 2002, p. 38), não sendo diferente a utilização de sentenças anteriores no caso Goiburú vs. Paraguai (2006).⁸⁰

A primeira doutrina da Corte IDH, portanto, *“se construye de una manera que podríamos caracterizar como ensimismada, es decir, la Corte se vuelta a fundamentar su doctrina en fallos previos”* (ZELADA, 2016, p. 127). Todavia, a partir do caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006), a Corte IDH passa a adotar outros dois critérios em sua fundamentação, que também passam a se desenvolver progressivamente – o já trabalhado controle de convencionalidade⁸⁰ e as limitações

⁸⁰ O controle de convencionalidade é tema vasto e complexo, razão pela qual entende-se suficiente o aprofundamento realizado acerca do mesmo no último capítulo. Outrossim, a doutrina do controle pela Corte IDH tangencia o problema que aqui busca-se responder, valendo tão somente ser reforçada a dimensão objetiva intrínseca ao controle de convencionalidade, isto é, a adequação da

à jurisdição militar (ZELADA, 2016) – sendo que este último será melhor analisado em momento posterior do trabalho. Vale, tão-somente, reforçar o já exposto sobre o controle de convencionalidade, agora sob a ótica da Corte IDH:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CORTE IDH, 2006, p. 53).

Este posicionamento é fortalecido e expandido com a sentença do caso *Gomes Lund vs. Brasil*, de 2010, ocasião na qual a Corte IDH fundamenta sua doutrina com decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, de tribunais penais internacionais e de órgãos do sistema das Nações Unidas, além de fazer referência a sentenças em âmbito doméstico dos países membros do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos que assumiram os critérios da Corte IDH em sede de controle de convencionalidade. A transcrição de um dos parágrafos da fundamentação do caso *Gomes Lund* evidencia alguns dos tópicos trabalhados acima, neste caso, no que concerne ao crime de desaparecimento forçado:

104. A caracterização pluriofensiva, quanto aos direitos afetados, e continuada ou permanente do desaparecimento forçado se desprende da jurisprudência deste Tribunal, de maneira constante, desde seu primeiro caso contencioso há mais de vinte anos, inclusive com anterioridade à definição contida da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas. Essa caracterização resulta consistente com outras definições contidas em diferentes instrumentos internacionais, que salientam como elementos simultâneos e constitutivos do desaparecimento forçado: a) a privação da liberdade; b) a intervenção direta de agentes estatais ou sua aquiescência, e c) anegativa de reconhecer a detenção e revelar a sorte ou o paradeiro da pessoa implicada. Em ocasiões anteriores, este Tribunal já salientou que, ademais, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, as decisões de diferentes instâncias das Nações

normativa interna ao *corpus iuris* internacional vem, de modo subsidiário, ampliar o grau de proteção do direito doméstico.

Unidas, bem como de vários tribunais constitucionais e outros altos tribunais nacionais dos Estados americanos, coincidem com a caracterização indicada.

Ao citar sua própria jurisprudência sobre desaparecimento forçado, em alusão ao primeiro caso contencioso, a Corte IDH refere-se ao caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, apontando ainda que sua doutrina sobre o tema é anterior à Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas⁸¹, de 1994. Mencionando diferentes instrumentos internacionais, a Corte Interamericana evoca o artigo 2⁸² da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, de 20/12/2006; o artigo 7, inciso "i"⁸³, do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, de 17/07/1998; o Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários de Pessoas das Nações Unidas, Observações Gerais sobre o artigo 4 da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados, de 15/01/1997 – Relatório da Comissão de Direitos Humanos (CORTE IDH, 2010).

Após, a Corte IDH ratifica a fundamentação de sua jurisprudência, citando a Corte Europeia de Direitos Humanos⁸⁴, decisões de instâncias de órgãos das

⁸¹ Essa Convenção estabelece que: "entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com a autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes". (OEA, 1994)

⁸² Artigo 2º: Para os efeitos desta Convenção, entende-se por "desaparecimento forçado" a prisão, a detenção, o seqüestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, e a subsequente recusa em admitir a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção da lei (ONU, 2006).

⁸³ Artigo 7º. Crimes Contra a Humanidade: 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: i) Desaparecimento forçado de pessoas [...] (ONU, 1998).

⁸⁴ Nesse sentido: "Cf. E.C.H.R., Case of Kurt v. Turkey, Application nº 15/1997/799/1002, Judgment of 25 May 1998, paras. 124 a 128; E.C.H.R., Case of Çakici v. Turkey, Application nº 23657/94, Judgment of 8 July 1999, paras. 104 a 106; E.C.H.R., Case of Timurtas v. Turkey, Application nº 23531/94, Judgment of 13 June 2000, paras. 102 a 105; E.C.H.R., Case of Tas v. Turkey, Application nº 24396/94, Judgment of 14 November 2000, paras. 84 a 87, e E.C.H.R., Case of Cyprus v. Turkey, Application nº 25781/94, Judgment of 10 May 2001, paras. 132 a 134 e 147 a 148". (CORTE IDH, 2010, p. 39).

Nações Unidas⁸⁵, assim como tribunais constitucionais. Desta forma, a Corte IDH analisa a consolidação internacional do crime em tela, o qual configura uma grave violação de direitos humanos, “dada a particular relevância das transgressões que implica e a natureza dos direitos lesionados” (CORTE IDH, 2010, p. 39), ressaltando, ainda, que sua proibição alcançou o caráter de *jus cogen*.

Por fim, a Corte IDH reforça o entendimento sobre o caráter de permanência do crime de desaparecimento forçado, isto é, posiciona-se no sentido de que não há extinção do ato lesivo até o pleno conhecimento acerca do ocorrido com a vítima, seus restos mortais ou seu paradeiro (CORTE IDH, 2010). Novamente, em consonância com os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos⁸⁶, a Corte conclui sobre a necessidade da adoção de medidas positivas de reparação e devida apuração penal dos responsáveis (CORTE IDH, 2010).

Em *Garcia Lucero vs. Chile* (Corte IDH, 2013), vê-se novamente a busca de elementos estrangeiros na construção da sentença; neste caso, a Corte utiliza a Convenção Interamericana contra a Tortura, a qual determina os deveres de ser realizada uma investigação e aplicação de sanção ante o crime. Ainda, é citado o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas acerca do artigo 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos relativos à proibição da tortura, segundo o qual os Estados não podem privar os particulares do direito a uma reparação efetiva, o que inclui a indenização e a reabilitação mais completa possível – incluindo-se aqui a atenção médica, psicológica e de serviços jurídicos e sociais (CORTE IDH, 2013, p. 67).

A mesma doutrina já é desenvolvida no caso *Gelman vs. Uruguai* (CORTE IDH, 2011, p. 59), podendo ser acrescentada aqui a referência novamente ao Comitê de Direitos Humanos, agora em sua Observação Geral 31, a qual versa, modo sucinto, sobre a punição para graves violações aos direitos humanos, como a

⁸⁵ Transcrição direta da jurisprudência da Corte: “Cf. C.D.H., Caso de Ivan Somers versus Hungria, Comunicação nº 566/1993, Decisão de 23 de julho de 1996, par. 6.3; . C.D.H., Caso de E. e A.K. versus Hungria, Comunicação nº 520/1992, Decisão de 5 de maio de 1994, par. 6.4, e C.D.H., Caso de Solorzano versus Venezuela, Comunicação nº 156/1983, Decisão de 26 de março de 1986, par. 5.6”. (CORTE IDH, 2010, p. 39).

⁸⁶ Por sua vez, no Sistema Europeu, a Corte Europeia Europeu de Direitos Humanos considerou que, em casos de violações do direito à vida ou à integridade pessoal, a noção de um "recurso efetivo" implica, além do pagamento de uma compensação, quando proceda, e sem prejuízo de qualquer outro recurso disponível no sistema nacional, a obrigação do Estado demandado de levar a cabo uma investigação exaustiva e eficaz, capaz de conduzir à identificação e punição dos responsáveis, bem como ao acesso efetivo do demandante ao procedimento de investigação (CORTE IDH, 2010, p. 54).

tortura, concluindo no sentido de que os Estados “*no traten de eximir a los autores de su responsabilidad jurídica, como ha ocurrido con ciertas amnistías*”. Análogo é o entendimento manifestado pelo Comitê contra a Tortura, ao determinar que “*las amnistías que impidan la investigación de actos de tortura, así como el juicio y eventual sanción de los responsables, son violatorias de la Convención contra la Tortura o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*” (CORTE IDH, 2011, p. 62). Este entendimento é fortalecido, ainda, por menção direta ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos e também à Comissão Africana sobre os Direitos Humanos e dos povos, a qual estabelece que:

214. En el Sistema Africano, la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos consideró que las leyes de amnistía no pueden proteger al Estado que las adopta de cumplir con sus obligaciones internacionales y señaló, además, que al prohibir el juzgamiento de perpetradores de violaciones graves a derechos humanos mediante el otorgamiento de amnistías, los Estados no sólo promovían la impunidad, sino que también cerraban la posibilidad de que dichos abusos se investigaran y que las víctimas de dichos crímenes tuvieran un recurso efectivo para obtener una reparación (CORTE IDH, 2011, p. 62).

A incompatibilidade de leis de anistia também é uma doutrina elaborada gradualmente pela Corte IDH, iniciando-se efetivamente com o caso *Barrios Altos vs. Peru* (2001)⁸⁷, versando sobre a Lei N.º. 26.479, de 14/06/1995, promulgada pelo Congresso Nacional do país sem divulgação pública ou debate, sendo aprovada e sancionada pelo Presidente de imediato, entrando em vigor em 15/06/2015. A referida lei concedeu anistia aos integrantes das forças de segurança denunciados, investigados ou condenados, mas representantes do judiciário a entenderam como inconstitucional, o que levou a aprovação da Lei N.º 26.492, que além de estender a anistia da lei anterior a todos os agentes que pudessem ser objeto de processos por violação aos direitos humanos entre 1980-1995, estabeleceu que a lei de anistia não

⁸⁷ Trata dos assassinatos ocorridos em 03/11/1991 na vizinhança homônima ao caso, na cidade de Lima, no Peru. ⁸⁷ Na ocasião, seis indivíduos fortemente armados adentraram um prédio onde ocorria celebração realizada para arrecadar fundos para a reforma do imóvel e ordenaram que todos os presentes deitassem no chão. Ato contínuo, os invasores dispararam contra as vítimas, matando quinze pessoas e deixando quatro gravemente feridas, sendo que uma delas veio a adquirir incapacidade permanente, e após fugiram do local soando as sirenes policiais de seus veículos. Investigações e relatos identificaram os envolvidos como membros do “Grupo Colina”, esquadrão de eliminação do Exército Peruano, que supostamente cometeu o crime em represália contra atos anteriormente praticados por membros do *Sendero Luminoso* – grupo de oposição ao governo. (CORTE IDH, 2001).

era passível de revisão judicial e possuía aplicação obrigatória. Após apreciar o caso, o entendimento da Corte IDH foi no sentido de que:

Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (CORTE IDH, Barrios Altos vs. Peru, 2001, p. 15).

Ao assim decidir, a Corte IDH entendeu que a promulgação das já referidas leis peruanas resultou no impedimento de que as vítimas ou seus familiares fossem ouvidos em juízo (art. 8.1 da CADH); violaram o direito a proteção judicial (art. 25 da CADH); impediram a investigação, persecução e captura, julgamento e sanção aos responsáveis dos fatos ocorridos (art. 1.1 da CADH); e obstruíram o esclarecimento dos fatos do caso (CORTE IDH, 2001). Modo sucinto, restou compreendido que leis de anistia são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, de modo que os Estados que as adotam incorrem em violação aos direitos humanos, eis que perpetuam a impunidade e comprometem a defesa das vítimas, impossibilitando o acesso à justiça e também à verdade dos fatos ocorridos. Dessa forma, tais leis carecem, conforme entendimento da Corte IDH, de efeitos jurídicos e não podem continuar obstaculizando as investigações.

Em seu voto fundamentado, Antônio Augusto Cançado Trindade expõe, citando a Opinião Consultiva nº 6 de 09/05/1986, o fato de a palavra “lei” representar uma norma jurídica de caráter geral, atrelada ao bem comum, elaborada segundo um procedimento constitucionalmente estabelecido, por órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos, ao passo que as leis de anistia não dispõem de caráter geral, eis que medidas de exceção, e assim em nada contribuem ao bem comum, mas tão-somente servem como subterfúgios para encobrir violações graves aos direitos humanos (CORTE IDH, Barrios Altos vs. Peru, 2001). Vale destacar, ainda, os muitos vícios de legitimidade democrática presentes na elaboração dessas leis, o que restou conhecido como “autoanistia”, ou, ainda, processos supostamente democráticos, contudo eivados em ilegalidade, tendo em vista que o regime militar ainda controlava o país e, por óbvio, o Congresso.

Já o magistrado Sérgio García Ramírez, em seu voto fundamentado, afirma

que a Lei de Anistia peruana se enquadra no grupo das “autoanistias”, quer dizer, aquelas expedidas em favor daqueles que exercem o poder e por sua própria autoria, diferindo das anistias, que consistem no resultado de um processo de pacificação pautado num contexto democrático e razoável, excluindo determinadas condutas dos grupos em conflitos mas mantendo a punição aos fatos graves. Outrossim, aponta que os Estados possuem obrigações no momento em que ratificaram e subscreveram à CADH, não sendo possível que sejam invocadas dificuldades de ordem interna para o cumprimento das determinações (CORTE IDH, 2001).

É, contudo, em *Almonacid Arellano* que a Corte IDH fortalece a doutrina elaborada em *Barrios Altos vs. Peru* sobre as leis de anistia, aprofundando sua fundamentação, mas permanecendo irreduzível no tocante à incompatibilidade destas leis em casos de graves violações. Inicialmente, classifica a Lei Nº 2.191 como uma “autoanistia” promulgada pelo regime ditatorial chileno, logo, incompatível com a CADH. Ademais, ressalta o fato de que, mesmo tendo ciência de que o Poder Judiciário chileno não vem aplicando a referida lei desde 1998, resta descumprido o preceito insculpido no artigo 2º da Convenção Americana (controle de convencionalidade), que impõe a obrigação legislativa de suprir toda norma violadora da CADH, até porque o entendimento do Tribunal do Chile poderia alterar-se, permanecendo a lei de anistia vigente (CORTE IDH, 2006).

Novamente fazendo alusão ao voto justificado do juiz Cançado Trindade, este refere que as “autoanistias” são a própria negação do direito, pois violam abertamente princípios gerais, como acesso à justiça, igualdade perante a lei, direito ao juiz natural, entre outros, vindo, inclusive, a encobrir, em alguns casos, crimes contra a humanidade ou de genocídio (CORTE IDH, 2006).

A fundamentação utilizada pela Corte IDH neste caso é amparada pelo informe do Secretário Geral das Nações Unidas sobre o estabelecimento do Tribunal Especial para Serra Leoa, ocasião na qual reconhece a importância das leis de anistia em regimes de transição, mas sustenta sua incompatibilidade em casos de graves violações de direitos humanos (CORTE IDH, 2006).

Ainda em *Almonacid Arellano* (2006) vale destacar a doutrina acerca das restrições à jurisdição militar, isto é, os casos em que esta assume competências de direito de juízes ordinários, restando afetados o direito ao juiz natural e também ao

devido processo legal, o qual vem ligado ao direito de acesso à justiça. Esta doutrina é embasada com outros casos da própria Corte IDH⁸⁸.

Do exposto, conclui-se que a doutrina da Corte IDH segue uma lógica segundo a qual as graves violações de direitos humanos devem ser investigadas, julgadas, sancionadas e devidamente reparadas. Assim, ao evocar, em sua fundamentação, as decisões dos tribunais nacionais dos países que ratificaram a Convenção Americana, verifica-se o surgimento de uma espécie de direito comum em matéria de impunidade na América Latina (ZELADA, 2016). Esta construção ocorre conforme os Estados passam a adotar, em seu ordenamento interno, as interpretações da norma convencional realizada pela Corte Interamericana, padronizando a doutrina acerca da matéria.

No caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (CORTE IDH, 2008), por exemplo, a Corte refere-se à Sala Penal Nacional do Peru ao apontar os elementos constitutivos do crime de desaparecimento forçado⁸⁹. Em *Gomes Lund vs. Brasil* (CORTE IDH, 2010), a Corte IDH reforça a conceituação com menção direta a inúmeros casos domésticos⁹⁰ envolvendo julgados dos tribunais superiores da Venezuela, México, Chile, Argentina, Bolívia, Peru e Uruguai.

⁸⁸ Cita, assim, os casos *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, sentença de 22 de novembro de 2005; *Caso do “Masacre de Mapiripán” Vs Colombia*, de 15 de setembro de 2005, *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*, sentença de 05 de julho de 2004, e *caso Las Palmeras Vs. Colombia*, sentença de 06 de dezembro de 2001

⁸⁹ “Por ejemplo, la Sala Penal Nacional del Perú ha declarado que “la expresión ‘desaparición forzada de personas’ no es más que el nomen iuris para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos. [...] Se distingue[n] varias etapas en la práctica de la desaparición de personas como [pueden ser] la selección de la víctima, detención de la persona, depósito en un lugar de reclusión, eventual traslado a otro centro de reclusión, interrogatorio, tortura y procesamiento de la información recibida. En muchos casos ocurr[e] la muerte de la víctima y el ocultamiento de sus restos” (CORTE IDH, 2008, p. 31).

⁹⁰ A Corte IDH cita como exemplo: “o Superior Tribunal de Justiça da República Bolivariana da Venezuela, *Caso Marco Antonio Monasterios Pérez*, sentença de 10 de agosto de 2007 (declarando a natureza pluriofensiva e permanente do delito de desaparecimento forçado); Suprema Corte de Justiça da Nação do México, Tesis: P./J. 87/2004, “Desaparecimento forçado de pessoas. O prazo para que opere a prescrição não se inicia até que apareça a vítima ou se determine seu destino” (afirmando que os desaparecimentos forçados são delitos permanentes e que se deve começar a calcular a prescrição a partir do momento em que cessa sua consumação); Câmara Penal da Corte Suprema do Chile, *Caso Caravana*, sentença de 20 de julho de 1999; Plenário da Corte Suprema do Chile, *Caso de desaforamento de Pinochet*, sentença de 8 de agosto de 2000; Tribunal de Apelações de Santiago, Chile, *Caso Sandoval*, sentença de 4 de janeiro de 2004 (todos declarando que o delito de desaparecimento forçado é contínuo, de lesa-humanidade, imprescritível e não anistiável); Câmara Federal de Apelações do Tribunal Penal e Correcional da Argentina, *Caso Videla* e outros, sentença de 9 de setembro de 1999 (declarando que os desaparecimentos forçados são delitos contínuos e de lesa-humanidade); Tribunal Constitucional da Bolívia, *Caso José Carlos Trujillo*, sentença de 12 de novembro de 2001; Tribunal Constitucional do Peru, *Caso Castillo Páez*, sentença de 18 de março de 2004 (declarando, em virtude do ordenado pela Corte Interamericana, no mesmo caso, que o

O presente subcapítulo objetivou demonstrar, embora não de forma exaustiva, os instrumentos exógenos utilizados pela Corte Interamericana na construção de sua doutrina no sentido de ampliação de sua atuação nos casos envolvendo a matéria estudada. Viu-se, pois, que, em matéria de graves violações de direitos humanos - embora em expansão - encontra-se consolidado o entendimento de que estes devem ser apurados judicialmente e devem ser reparados – esta reparação consistindo tanto na restituição individual da vítima ou dos afetados diretamente como também na busca de soluções institucionais, como por exemplo a criação/alteração/revogação legislativa. A tendência da Corte IDH de não ficar adstrita às previsões do artigo 63.1 da Convenção faz, portanto, com que sua doutrina tenha tendências de ampliação, vez que encontra-se sempre em transformação, abarcando novos entendimentos internos e externos que propiciem um grau mais elevado de proteção aos direitos humanos.

Assim, o último tópico do presente capítulo almeja averiguar pontualmente as medidas de reparação estipuladas pela Corte IDH nessas decisões, vez que parte-se do pressuposto de que estas estão diretamente associadas à dimensão objetiva dos direitos humanos e fundamentais. Buscar-se-á, também, verificar a utilização da noção de dever de proteção estatal nestas medidas positivas, ainda que não haja menção expressa, como forma de aumentar seu grau de legitimidade ante as noções de soberania, vez que se trata de dispositivos que afetam diretamente não só os países condenados, mas todos os países-membros, eis que as interpretações da Corte IDH são, como já visto, tidas como vinculantes (eficácia erga omnes).

4.3 Noções da teoria do dever de proteção estatal na fundamentação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as sentenças estruturais à nível latino-americano

A atuação da Corte IDH mostrou-se fundamental, num momento inicial e de transição, para combater o sentimento de impunidade que havia se instaurado no continente latino-americano, condenando estados e aplicando indenizações aos

desaparecimento forçado é um delito permanente até que se determine o paradeiro da vítima), e Corte Suprema do Uruguai, Caso Juan Carlos Blanco e Caso Gavasso e outros, sentenças de 18 de outubro de 2002 e de 17 de abril de 2002, respectivamente”. (CORTE IDH, 2010, p. 39).

familiares das vítimas. Outrossim, como visto, ela buscou ampliar sua doutrina, transformação esta que se opera em sua própria jurisprudência, por meio da utilização de suas próprias sentenças como fundamento para as decisões, assim como também de outros órgãos e entidades internacionais de proteção.

Superado este momento inicial, tem-se que o cenário atual é ainda mais complexo, como lembra Abramovich (2009, p. 10), pois embora os países tenham obtido êxito na transição para um modelo de democracia representativa, modelo este que sem dúvidas trouxe melhorias significativas (sistemas eleitorais mais transparentes, liberdade de expressão, abandono das práticas de violência política), persistem sérias insuficiências institucionais (sistemas de justiça inefetivos, policiamento violento e sistemas penitenciários precários, por exemplo, além de elevados índices de desigualdade e exclusão social, responsáveis por instabilidades políticas). O atual desafio da Corte IDH, portanto, é de trazer melhorias às condições estruturais que garantem a tutela e concretização no âmbito nacional (ABRAMOVICH, 2009).

Isto porque as violações aos direitos humanos nos países latino-americanos seguem operando com padrões sistemáticos (ROJAS, 2007), pois, embora os Estados não estejam mais praticando diretamente uma violação aos direitos humanos, seus resquícios permanecem institucionalizados, fragilizando grupos específicos de pessoas.

Do exposto, depreende-se que não à toa as sentenças analisadas passam a transcender as partes diretamente envolvidas, determinando, como visto, medidas que se estendem a toda a coletividade. Isto porque a Corte IDH tem “*procurado no sólo reparar a las víctimas en casos particulares, sino también fijar un cuerpo de principio y estándares*” cujo propósito é o de “*incidir em la calidad de los procesos democráticos y en el fortalecimiento de los principales mecanismos de protección de derechos*” (ABRAMOVICH, 2009, p. 10). Dito de outra maneira, passou-se a buscar a melhoria das condições estruturais que garantem a efetividade dos direitos em nível nacional.

Conclusa essa análise preliminar, e estando cristalina a superação do sistema de reparação unicamente individual inaugurado no caso Velasquez Rodriguez vs. Honduras, tem-se que, enquanto as medidas de restituição, de reabilitação e de satisfação encontram-se voltadas à vítima e/ou seus familiares, as garantias de não-repetição e a obrigação de apuração para a responsabilização penal visam a

proteger o direito da coletividade em face de possíveis violações futuras. Assim, busca-se, na sequência, identificar, na fundamentação utilizada pela Corte IDH, elementos que remetam à teoria do dever de proteção estatal enquanto fundamento para tal transformação/evolução.

Isto porque, como já visto, ao direito convencional latino-americano também pode ser atribuída uma dimensão objetiva, tal qual ocorre com o direito constitucional numa perspectiva interna. A Convenção, bem como todo o *corpus iuris* interamericano, de igual forma, irradia-se para os ordenamentos nacionais, vinculando a aplicação do direito nos países que ratificaram o Pacto de São José da Costa Rica e a competência contenciosa da Corte IDH. No caso, “*los derechos humanos se erigen como el reflejo normativo de valores y principios fundantes de una comunidad jurídica, id est, como un orden objetivo de valores reconocido e recogido em la normativa constitucional*” (CAVALLO, 2012, p. 555). Assim, os valores democráticos insculpidos nos textos constitucionais contemporâneos buscam expressamente promover a proteção dos direitos humanos, configurando o também já trabalhado sentido de complementariedade entre o direito convencional e o nacional.

Sustenta-se, portanto, que seja possível encontrar noções da teoria do dever de proteção na análise das medidas de reparação estipuladas pela Corte IDH, pois estas “*cumplen no solo un rol individual, respecto del sujeto víctima de la violación, sino que además adquieren importantes aristas sociales, históricas y preventivas*” (ROJAS, 2009, p. 89.). O autor ainda afirma que as motivações para reparar os casos de graves violações “*tienen que ver con las víctimas, pero también con el hecho de que representan una forma en que la sociedad establece bases de convivencia social fundadas en el respeto de los derechos humanos* (ROJAS, 2009 p. 89), ou seja, evitando novas violações e garantindo padrões mínimos de concretização destes direitos como forma de assegurar a dignidade da pessoa humana.

O primeiro ponto a ser analisado é o das medidas de investigação, julgamento e sanção das violações aos direitos humanos, ou, modo sucinto, da apuração da responsabilidade pelos fatos. Nas palavras da própria Corte IDH, no caso *Gomes Lund vs. Brasil*, tem-se que

[...] a Corte declarou a violação dos direitos às garantias judiciais e à

proteção judicial, em virtude da falta de investigação, julgamento e eventual sanção dos responsáveis pelos fatos do presente caso. Tomando em consideração o anteriormente exposto, bem como sua jurisprudência, este Tribunal dispõe que o Estado deve conduzir eficazmente a investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha. Essa obrigação deve ser cumprida em um prazo razoável [...] (CORTE IDH, 2010, p. 95).

Como referido anteriormente, os países latino-americanos ainda apresentam sérias deficiências estruturais, não sendo a instituição judiciária uma exceção a esta afirmação. A apuração da responsabilidade pelos crimes cometidos durante as ditaduras é uma medida de reparação multifacetária, vez que, para além das restituições em nível individual: 1) fortalece o Poder Judiciário e restaura sua credibilidade em uma sociedade democrática acostumada com a impunidade; e decorrente deste primeiro item, 2) a imagem de um Judiciário efetivo e imparcial inibe a prática de novas violações aos direitos humanos. Cuidam-se de medidas que, além de beneficiar a coletividade, fortalecem instituições nacionais e, com isso, ampliam o grau de proteção aos indivíduos face terceiros ou até mesmo ante agentes estatais.

Subsequentemente, há de se analisar as medidas determinando a incompatibilidade das leis de anistia (ou “autoanistia”) e sua extirpação dos ordenamentos nacionais, ponto este que vem diretamente correlacionado às medidas de apuração judicial dos fatos, como resta bem demonstrado no seguinte trecho do caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* (CORTE IDH, 2006, p. 59), o qual versa sobre o Decreto 2.191/78 que concedia anistia a todos os autores de fatos criminosos durante o “estado de sítio” entre os anos de 1973 e 1978 no Chile:

145. Como fue detallado en el párrafo 119 de la presente Sentencia, la Corte dispone que, al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley No. 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos; en consecuencia, el Estado debe: i) asegurar que no siga representando un obstáculo para la investigación de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, sanción de los responsables, y ii) asegurar que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile.

A declaração de uma lei de anistia como incompatível com as normas internacionais de direitos humanos acaba, portanto, apresentando um duplo viés: 1)

subjetivo, pois desvela os responsáveis, que até então estavam amparados por essas leis, tornando possível a investigação e apuração das violações, o que interessa particularmente às vítimas; e 2) objetivo, pois esse reconhecimento representa um valor elencado pelas sociedades como fundamental, de modo que afeta diretamente a coletividade, buscando superar a impunidade e fortalecendo os direitos relativos ao devido processo legal⁹¹.

Deste entendimento decorre, portanto, a necessidade de adequação interna da legislação dos países à CADH, ou, parafraseando a própria Corte IDH, os Estados Partes *“tienen el deber de adoptar providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz”* (CORTE IDH, 2011, p. 67). A lógica não é outra senão aquela já vista quando da análise do controle de convencionalidade: o fortalecimento do grau de proteção e de concretização dos direitos humanos e fundamentais por intermédio da adequação da normativa interna ao *corpus iuris* latino-americano.

Na esteira do exposto, a declaração das leis de anistia como inválidas também é relevante, pois elas *“conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, además que impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad de los hechos”* (CORTE IDH, 2011, p. 67). O direito à verdade mostra-se de grande relevância tanto em nível individual, no sentido de propiciar tranquilidade aos familiares que muitas vezes desconhecem o ocorrido com a vítima, assim como no âmbito comunitário, pois a devida investigação e divulgação dos fatos fortalece o sentimento de repúdio aos regimes de exceção que relativizam ou ignoram os direitos humanos ao seu bel entendimento.

Não obstante, a Corte IDH impõe medidas de publicização dos atos, tais como a publicação de partes da sentença no Diário Oficial e em outros veículos de larga circulação nacional, atos públicos de reconhecimento de responsabilidade internacional, a ser realizado em ato público com familiares das vítimas e autoridades representantes do Estado, e ainda a designação de prédios, praças ou espaços públicos em geral com o nome do(s) afetado(s) pela violação aos direitos

⁹¹ Na fundamentação da própria Corte: “En especial, las leyes de amnistías afectan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos al impedir que los familiares de las víctimas sean oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y violan el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 del mismo instrumento precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo el artículo 1.1 de la Convención” (CORTE IDH, 2011, p. 67).

humanos. Ao exemplo do citado, as medidas de reparação do caso Garcia e Familiares vs. Guatemala (CORTE IDH, 2012) preveem que uma rua da capital do país e uma escola sejam renomeados em homenagem à vítima. O nome de Garcia também deverá ser incluído nas homenagens às vítimas do país em espaços memoriais.

Outro ponto fulcral para a difusão do direito em tela está na implementação das Comissões da Verdade, cujo objetivo reside na construção e preservação da memória histórica, agindo, assim, também em uma lógica preventiva, inclusive apontando as responsabilidades das instituições em determinados contextos históricos:

297. Quanto à criação de uma Comissão da Verdade, a Corte considera que se trata de um mecanismo importante, entre outros aspectos, para cumprir a obrigação do Estado de garantir o direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Com efeito, o estabelecimento de uma Comissão da Verdade, dependendo do objeto, do procedimento, da estrutura e da finalidade de seu mandato, pode contribuir para a construção e preservação da memória histórica, o esclarecimento de fatos e a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas em determinados períodos históricos de uma sociedade. Por isso, o Tribunal valoriza a iniciativa de criação da Comissão Nacional da Verdade e exorta o Estado a implementá-la, em conformidade com critérios de independência, idoneidade e transparência na seleção de seus membros, assim como a dotá-la de recursos e atribuições que lhe possibilitem cumprir eficazmente com seu mandato. A Corte julga pertinente, no entanto, destacar que as atividades e informações que, eventualmente, recolha essa Comissão, não substituem a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais, através dos processos judiciais penais (CORTE IDH, 2010, p. 106).

Por fim, a Corte IDH determinou, no caso Gélman vs. Uruguai (2011, p. 85), a adoção de medidas para garantir o acesso técnico e sistematizado a informações acerca das graves violações de direitos humanos ocorridas durante o período da ditadura. Nota-se, pois, a importância atribuída ao direito à verdade, tendo-se em vista a ampla elaboração de dispositivos a concretizá-lo, que, no dado contexto, beneficia e conscientiza toda a população das práticas nefastas ocorridas durante as ditaduras militares.

Em sentido complementar às já trabalhadas medidas de investigação, julgamento e sancionamento dos responsáveis estão as de restrições à Justiça Militar. O entendimento da Corte IDH segue no sentido de haver afetação do direito ao juiz natural e ao devido processo legal com a alteração das competências:

131. El Tribunal ha establecido que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. Al respecto, la Corte ha dicho que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia (CORTE IDH, 2006, p. 54).

Para além das determinações acerca da revogação de leis, a Corte IDH também trabalha sob o viés oposto, isto é, determinando ao Estado que “*debe concluir la reforma del Código Penal a fin de tipificar el delito de desaparición forzada de personas, de acuerdo con los criterios establecidos en los tratados internacionales ratificados por Bolivia*” (CORTE IDH, 2002, p. 30). Como fundamento para tal medida, a Corte IDH afirma terem sido utilizados, no processo penal responsável pela investigação do ocorrido a José Carlos Trujillo Oroza, tipos penais deficientes, que não permitiram avanços no estabelecimento da responsabilidade penal (CORTE IDH, 2002). Desta forma, entende-se que a criação de um tipo penal para o delito de desaparecimento forçada de pessoas permitirá avanços na busca de justiça no caso Trujillo Oroza, como também constituirá um elemento importante para se evitar a repetição de fatos como o ocorrido na Bolívia.

Ao Brasil também coube tal medida na condenação do caso Gomes Lund, sendo que, adicionalmente, a Corte IDH determinou ao país que “*adote, em prazo razoável, todas as medidas necessárias para ratificar a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas*” (CORTE IDH, 2010, p. 104) – o que veio a ocorrer somente por meio do Decreto 8.766, de 11 de maio de 2016. Outrossim, restou estipulado que o Estado:

o Estado não deve limitar-se a promover o projeto de lei de que se trata, mas assegurar sua pronta sanção e entrada em vigor, de acordo com os procedimentos estabelecidos no ordenamento jurídico interno. Enquanto cumpre essa medida, o Estado deverá adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento e, se for o caso, punição dos fatos constitutivos do desaparecimento forçado, através dos mecanismos existentes no direito interno. (CORTE IDH, 2010, p. 104).

O último ponto a ser analisado e responsável por um importante fortalecimento das instituições democráticas dos Estados reside, por fim, na capacidade da Corte

IDH⁹² de influenciar “*la orientación general de algunas políticas públicas, y en los procesos de formulación, implementación, evaluación y fiscalización de las mismas*” (ABRAMOVICH, 2009, p. 13). Como prossegue o autor, estas obrigações podem consistir na troca de políticas existentes, em reformas legais (já abordadas), implementação de processos participativos para formulação de novas políticas públicas e revisão de determinados padrões de comportamento que caracterizam a ação de certas instituições estatais. Entre os exemplos trazidos pelo autor⁹³, cumpre transcrever a questão da violência policial, muitas vezes responsável pelo abuso e tortura, por se aproximar da última medida pendente de análise.

Cuida-se, pois, da implementação de programas de capacitação às Forças Armadas brasileiras, medida esta trazida no caso Gomes Lund (2010) e que ilustra perfeitamente os ensinamentos do autor acima:

283. A Corte considera de maneira positiva a informação do Brasil sobre os programas de capacitação das Forças Armadas. Este Tribunal julga importante fortalecer as capacidades institucionais do Estado, mediante a capacitação de integrantes das Forças Armadas sobre os princípios e normas de proteção dos direitos humanos e os limites a que devem ser submetidos. Para essa finalidade, o Estado deve dar prosseguimento às ações desenvolvidas e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, destinado a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas. Como parte dessa formação, deverá ser incluída a presente Sentença, a jurisprudência da Corte Interamericana a respeito do desaparecimento forçado de pessoas, de outras graves violações aos direitos humanos e à jurisdição penal militar, bem como às obrigações internacionais de direitos humanos do Brasil, derivadas dos tratados nos quais é Parte. (CORTE IDH, 2010, p. 103).

A proteção aos direitos humanos se constitui no elemento central das democracias hodiernas, sendo, portanto, de importância estratégica que os integrantes das forças armadas conscientizem-se da importância da proteção destes direitos e dos limites que devem observar quando do exercício de suas funções institucionais. Tal medida fortalece os direitos humanos, auxiliando a romper a imagem pejorativa que lhes é atribuída em muitos casos.

Finda a análise de todas as medidas de reparação que vão além da restituição

⁹² Fala-se aqui em Corte Interamericana por se tratar do objeto da análise neste momento, todavia, o próprio Abramovich (2009) pontua sobre este processo de influência de políticas públicas ser proporcionado também pela Comissão Interamericana- ou seja, o Sistema Interamericano como um todo possui esta característica.

⁹³ Os outros exemplos seriam: “*aquiescencia del Estado frente a situaciones de violencia doméstica, políticas de desplazamientos forzoso de población en el marco de conflictos armados, desalojos masivos de poblaciones indígenas de sus tierras ancestrales*”.

individual, conclui-se que a Corte IDH claramente utiliza a noção de “dever de proteção” para a instauração dessas medidas, tais como a criação de legislação para penalizar um crime específico, a realização de cursos de direitos humanos para agentes estatais ou militares ou ainda a implementação de acervos públicos ou comissões cujo objetivo consiste em apurar e divulgar os fatos ocorridos durante a ditadura. Em outras palavras, através do acesso à verdade dos fatos, vítima e coletividade⁹⁴ encontram-se beneficiados e possuem um reforço na proteção de seus direitos humanos e fundamentais.

Tal noção vem expressamente delineada no voto fundamentado do juiz Sérgio García Ramírez no caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (2000), ocasião na qual muito bem aborda as consequências jurídicas, políticas e morais da concretização do direito à verdade:

18. El derecho a la verdad se ha examinado en un doble plano, que implica una misma --o muy semejante-- consideración: saber la realidad de ciertos hechos. A partir de ese conocimiento se construirá una consecuencia jurídica, política o moral de diversa naturaleza. Por una parte, se asigna aquel derecho a la sociedad en su conjunto; por la otra, el derecho se atribuye a la víctima, directa o indirecta, de la conducta violatoria del derecho humano (CORTE IDH, 2000, p. 5).

Cuida-se, pois, de uma exigência legítima da sociedade em saber o ocorrido em determinado período de sua história no qual os mecanismos de conhecimento, informação e reação, intrínsecos ao regime democrático, não funcionavam bem ante a existência de um regime autoritário. O magistrado ainda conclui que o direito a conhecer a realidade do acontecido “*constituye un derecho humano que se proyecta inmediatamente sobre la Sentencia de fondo y las reparaciones que de aquí provienen*” (CORTE IDH, 2000, p. 5).

Por sua vez, ao determinar a apuração criminal e eventual sancionamento,

⁹⁴ Sobre o direito à verdade no âmbito coletivo, interessante se faz parafrasear o Antônio Augusto Cançado Trindade ao trabalhar a verdade como ferramenta de libertação: “*Varios pueblos de América Latina han, en su historia reciente, conocido y sufrido el flagelo y crueldad de la tortura, los tratos inhumanos o degradantes, las ejecuciones sumarias y arbitrarias o extra-legales, y las desapariciones forzadas de personas. La búsqueda de la verdad - como lo ilustran los casos de desaparición forzada de personas - constituye el punto de partida para la libertación así como la protección del ser humano; sin la verdad (por más insuportable que ésta venga a ser) no es posible libertarse del tormento de la incertidumbre, y tampoco es posible ejercer los derechos protegidos. En efecto, la prevalencia del derecho a la verdad configurase como una conditio sine qua non para hacer efectivos el derecho a las garantías judiciales (artículo 8 de la Convención Americana) y el derecho a la protección judicial (artículo 25 de la Convención), reforzándose todos mutuamente, en beneficio de los familiares inmediatos de la persona desaparecida. El derecho a la verdad se reviste, así, de dimensiones tanto individual como colectiva*”. (CORTE IDH, 2000, p. 8).

engrandecem-se os valores democráticos que derivam do sistema judiciário como instituição de resolução de conflitos, restando este também reforçado e passível de maior credibilidade. O mesmo ocorre nas declarações de incompatibilidade das leis de anistia com os pactos de Direito Internacional, pois esta medida fortalece o sentimento de justiça em detrimento ao de impunidade e os direitos inerentes ao processo judicial, prevenindo, também, a prática de futuras violações. As restrições à Justiça Militar igualmente apresentam-se como um elemento fundamental no combate à impunidade, por oferecerem às vítimas um julgamento justo e imparcial, mas ao mesmo tempo ressaltam a importância desse direito em uma dimensão objetiva, ou seja, um valor importante que deve ser garantido a todos e em qualquer caso, o mesmo se aplicando ao direito de acesso à justiça, estipulado nos artigos 8º e 25 da Convenção Americana.

Vê-se, pois, uma separação no âmbito interno das medidas de reparação imateriais entre as aquelas reparatórias e as medidas que podem possuir um efeito reparatório (ROJAS, 2009). O autor aponta esta distinção entre as medidas, justamente nos casos envolvendo a obrigação de investigar, julgar e sancionar os responsáveis:

Me parece que la Corte acierta al determinar un doble efecto de ciertas cuestiones, por ejemplo, en el caso de la obligación de investigar y sancionar a los perpetradores de una violación convencional. Aquí nos encontramos, conjuntamente, ante el cumplimiento de la obligación de garantizar los derechos, establecida en el art. 1.1 de la CADH, pero a la vez estamos frente a una medida que tiene un fuerte efecto reparador en las víctimas. En estos casos, la Corte está determinando el cumplimiento de obligaciones que tienen un efecto reparador, tanto en la perspectiva de la cesación del mal causado como de las medidas de no-repetición. (ROJAS, 2009, p. 88).

Como visto, através da noção de “dever de proteção estatal”, a Corte IDH desenvolve sua doutrina voltada para a proteção da coletividade, buscando prevenir/evitar a ocorrência de novas violações através de uma série de imposições. Esta superação do modelo individual de reparação faz-se necessária, vez que o problema, como lembra Rojas (2015, p. 128), “es que la resolución del caso individual – sin considerar el contexto en que se inserta – no da una respuesta efectiva que permita remediar la violación y prevenir repetición.” Isto é, em permanecendo inalteradas as condições jurídicas, culturais e sociais responsáveis pela violação, o que, vale lembrar, pode se dar tanto ante a

insuficiência/ineficiências das instituições como de sua omissão, esta irá se perpetuar no tempo.

Ao mesmo tempo em que se busca suprir as insuficiências do ente público, também almeja-se fortalecer os direitos já existentes. Por óbvio, este reforço às instituições reflete um maior grau de proteção aos indivíduos, proteção esta que deriva do próprio agir estatal, corroborando as noções trabalhadas no segundo capítulo acerca da teoria do dever de proteção.

Por sua vez, as decisões da Corte IDH, ao imporem aos Estados medidas positivas a serem implementadas, vão ao encontro da noção de “sentença estruturante” estudadas alhures, o que, no caso, consiste na atuação da Corte IDH como responsável por interpretar os valores erigidos pela Convenção Americana e determinar que o Estado adote as políticas necessárias para sua efetivação.

Conforme visto no tópico trabalhado anteriormente, as “sentenças estruturantes”⁹⁵ ou “macro-sentenças” (OSUNA, 2015) são aquelas em que os magistrados, ao perceberem que a solução individual do litígio não impedirá futuras violações aos direitos humanos e fundamentais, impõem medidas positivas aos Estados. Isto porque tais violações possuem sua gênese em questões estruturais do próprio ente estatal, as quais, de modo sistemático, produzem um déficit na proteção a esses direitos (OSUNA, 2015), perpetuando as lesões aos direitos humanos e fundamentais.

Ainda no âmbito conceitual, Osuna (2015) aponta que as sentenças estruturantes são aquelas em que os juízes se afirmam como intérpretes máximos e defensores dos direitos estabelecidos em uma Constituição, passando então a impor ações às demais autoridades no intuito de sanar as referidas falhas estruturais e garantir a efetiva tutela dessas garantias, prevenindo novas violações. Para tanto, os magistrados vão além das partes envolvidas diretamente no litígio e expedem sentenças que visam resolver o problema generalizado detectado.

No âmbito internacional, Rojas (2015) aponta que os sistemas de proteção aos direitos humanos inicialmente centravam sua tutela sob a base de mecanismos estabelecidos para fazer frente às violações massivas a esses direitos, e também àqueles estabelecidos para casos individuais. Contudo, é possível de se verificar

⁹⁵ Nomenclatura cuja origem provavelmente remete as structural injunctions da jurisprudência estadunidense que aponta, desde meados do século passado, casos em que juízes adotaram medidas para sanar situações graves e generalizadas que mostravam-se incompatíveis com a Constituição. (OSUNA, 2015, p 92).

uma outra espécie de abuso aos direitos humanos, que consiste justamente em violações estruturais, cujas condições podem ser jurídicas, culturais e sociais. Assim, a Corte IDH atua como intérprete máxima dos valores erigidos pela Convenção Americana, determinando que os Estados adotem as políticas necessárias para prevenir novas violações aos direitos humanos.

Isto porque, como já referido, tais violações derivam da própria organização estatal, que permite, facilita ou incorre diretamente nos resultados (seja por omissão ou ineficiência de sua atividade). Outrossim, é comum, nos casos de violações estruturais aos direitos humanos, que tais violações se materializem frente à situação de discriminação sistêmica em que se encontram os titulares desses direitos (ROJAS, 2015). Desse modo, a condição de vítima, nesses casos, não deriva necessariamente de uma ação ou inação dos afetados, mas do fato de pertencerem a um grupo que sofre exclusão e marginalização social, econômica, política ou cultural.

O autor ainda aponta algumas condições que considera necessárias para que os Estados compreendam esse sistema de imposições positivas (entendidas aqui como as próprias sentenças estruturantes) como válido.

A primeira refere-se à sensação de que o compromisso assumido é o mesmo que lhe é exigido. Defende, assim, que os órgãos internacionais fundamentem suas sentenças ou recomendações de forma que esteja claro e explícito que estas estão vinculadas com os compromissos do Estado em termos normativos. Isto é, partindo-se do pressuposto de que quando um Estado ratifica documento internacional, o faz de boa fé e intenta cumprir as obrigações impostas, de modo que estas exigências não podem ser distintas daquelas adquiridas. Assim, exsurge a importância de que, nestes casos estruturais, *“quede muy claramente establecido el contexto en que se producen las violaciones, ya que será dicha construcción fáctica la que habilite la adopción de medidas de no repetición”* (ROJAS, 2015, p. 138).

O segundo ponto reside na necessidade de aplicação de padrões estritos em matéria de atribuição de responsabilidade e reparações (ROJAS, 2016). Esta atribuição deve ser fundada com base nos fatos, devendo a Corte IDH ter sempre presente a importância do vínculo entre a violação e as medidas estipuladas, isto é, deve restar evidente a relação lógica entre a vítima, a violação e a reparação, havendo, no âmbito das reparações estruturais, um contexto que as justifique.

A verificação da presença de noções da teoria do dever de proteção estatal nas

sentenças da Corte IDH - muito embora não ocorra de forma expressa, ou ainda, talvez sequer ocorra de maneira intencional – lhes confere um ampliado grau de legitimidade democrática. Isto porque entende-se que a utilização destas noções atua como espécie de critério para as intervenções da Corte IDH, reforçando a proteção e garantia dos direitos humanos e fundamentais – os ideais e objetivos centrais das democracias hodiernas.

Em vias de conclusão, novamente são precisas as observações de Abramovich (2009, p. 21) quando aponta que as obrigações positivas tencionam as capacidades dos Estados latino-americanos, pois esta gradual implementação de novas medidas de reparação e deveres de prevenção “*pone en evidencia la brecha entre las expectativas puestas en los Estados por el SIDH y la realidad signada por la debilidad de las instituciones y la ineffectividad de las políticas*”. Ou seja, a plena concretização dos direitos humanos e fundamentais exige instituições com capacidade de planejamento e gestão de políticas, dispondo ainda de recursos humanos e financeiros minimamente adequados (ABRAMOVICH, 2009), razão pela qual de pouco ou nada adiantam sentenças amplamente normativas, mas que não consideram o grau de capacidade real de satisfação das obrigações impostas do Estado.

Verifica-se, pois, que, por meio do recurso à figura das sentenças estruturantes, a Corte IDH determina aos Estados medidas de diversas naturezas, muitas das quais comprometem as noções clássicas de soberania, envolvendo o orçamento público, ou, ainda, que incidem nas funções de outros poderes. Trata-se, pois, em certa medida, de outra instância de judicialização da política, esta não se preocupando apenas com a concretização dos direitos fundamentais ante a inércia política⁹⁶, mas sim determinando reformas institucionais que buscam fortalecer os direitos humanos e prevenir violações futuras. Também é possível observar uma judicialização do direito no âmbito da Corte IDH, tanto sob a ótica de uma nova instância para o ingresso de ações como pelo fato de esta fundamentar as decisões com sua própria jurisprudência (autorreferência).

Por fim, tem-se que a evolução da jurisprudência da Corte Interamericana

⁹⁶ Segundo Rojas (2015, p. 141): “[...] *El diagnóstico de las violaciones estructurales y de derechos humanos tiene un fundamento flerte en la crítica al poder político y su inmovilismo frente a los temas institucionales, culturales y de falta de actuación y/o coordinación estatales. Las sentencias estructurales en el ámbito nacional y las garantías de no repetición en el internacional pueden ser leídas perfectamente como un intento casi desesperado por movilizar el aparato de poder [...]*”.

tende a seguir implementando novos elementos a sua fundamentação e também ampliando as medidas de reparação impostas aos Estados, conforme se manifestem as especificidades de cada caso. Todavia, ao encontrar-se desvinculada dos processos políticos nacionais, sua interpretação seguirá em consonância com os instrumentos de proteção aos direitos humanos em âmbito internacional, fortalecendo a proteção destes direitos e buscando suprir as insuficiências institucionais, isto é, seu desenvolvimento se dá no sentido de ampliar o grau de proteção desses direitos, sendo possível, pois, atribuir a utilização da noção de “dever de proteção estatal” a este processo.

5 CONCLUSÃO

A atuação da Corte IDH foi, num primeiro momento, elemento importante na transição dos regimes autoritários para os democráticos, rompendo com o sentimento de impunidade que se instaurara em solo latino-americano após décadas de atrocidade e violações aos direitos humanos. As decisões da Corte IDH, todavia, não se desenvolveram seguindo um padrão lógico apontado pela Convenção Americana, pelo contrário, expandiram-se no intuito de, cada vez mais, promover a proteção e a concretização destes direitos no cenário regional.

Face a este fenômeno, o primeiro capítulo objetivou realizar uma contextualização geral acerca do âmbito internacional da proteção dos direitos humanos no qual a Corte Interamericana encontra-se inserida. Tem-se que, após um longo processo de evolução, a ideia da internacionalização dos direitos humanos passa a se concretizar, culminando na ideia de que a proteção a estes direitos não se esgota na atuação do Estado. Logo após a Declaração Universal de 1948 instaura-se o chamado Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos, que vem a ser reforçado pelos Sistemas Regionais, no intuito de ampliar o grau de exigibilidade do direito internacional dos direitos humanos.

Os Sistemas Regionais atuam sob uma lógica subsidiária e complementar ao direito nacional, visando à superação de omissões e insuficiências estatais. Isto é, parte-se da importante premissa de que qualquer violação contra os direitos humanos e liberdades de uma pessoa não são uma questão doméstica dos Estados, mas sim um problema de relevância internacional. A coexistência destes aparatos jurídicos vem, portanto, no sentido de ampliar a proteção dos direitos humanos. Entre os elementos balizadores desta dupla esfera de proteção encontra-se o princípio *pro homine*, que impõe a necessidade de uma interpretação normativa sempre em prol da proteção aos indivíduos.

Não obstante, a atuação dos Sistemas Regionais, no caso, da Corte Interamericana, encontra-se adstrita à vontade política dos Estados, vez que, na ausência de mecanismos de coação, estes cumprem apenas as decisões mais convenientes, abstendo-se de efetuar reparações que atentem diretamente contra o princípio da soberania. Assim, não apenas afiguram-se como violadores dos princípios do direito internacional (*pro homine, pacta sunt servanda*) ao não cumprirem com o que restou voluntariamente pactuado, como também desconsideram as importantes arestas humanitárias que o direito adquiriu após as reformulações pós Segunda Guerra, desconsiderando o caráter contramajoritário da proteção dos direitos humanos e fundamentais, vez que atentam somente aos critérios formais de validade das decisões.

Partindo destes pressupostos, o segundo capítulo objetivou trabalhar a dimensão objetiva dos direitos humanos e fundamentais, a teoria do dever de proteção estatal, que desta última decorre, e também o fenômeno da judicialização e o controle de convencionalidade, vez que a compreensão destes conceitos faz-se imperiosa para a análise final. Verificou-se, pois, que um dos principais elementos para a plena consolidação do Estado Democrático (ou Constitucional) de Direito se deu pela revolução que ocorre dentro da teoria constitucional, alterando a maneira como a Constituição é entendida e operacionalizada.

Como visto, as Constituições da segunda metade do Século XX adquirem uma concepção comunitária, isto é, apresentam-se como a expressão máxima dos valores eleitos pelas comunidades que as adotam, inserindo o indivíduo em uma perspectiva solidária, restando este condicionado aos aspectos substanciais e materiais da sociedade de que faz parte. Estas também acabam por trazer uma abertura e um caráter indeterminado em seus textos, o que exige uma atuação criativa dos tribunais para a devida integração entre o texto e a realidade.

As noções da Constituição como ordem objetiva de valores têm seu marco definitivo no caso *Lüth*, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958, ocasião na qual os direitos fundamentais passam a ser compreendidos como um conjunto de valores objetivos que apontam e vinculam a ação dos poderes públicos, em superação ao modelo vigente anteriormente no qual eram essencialmente vistos como garantias negativas e individuais em face ao Estado. Os direitos fundamentais, assim, são a ordem fundante não apenas do ordenamento jurídico, mas de toda a

coletividade, impondo diretivas para a atuação dos poderes e os vinculando, e condicionando também todos os ramos do direito através da eficácia de irradiação.

A partir desta eficácia de irradiação, é possível falar-se da existência de um efeito protetor aos direitos fundamentais que deve ser observado durante a interpretação do direito pelos tribunais, inclusive nas relações privadas. Baseado neste dever geral de efetivação atribuindo ao Estado se desenvolve, através das decisões sobre o aborto na Alemanha, o reconhecimento de um dever de proteção do Estado, que por um lado coíbe o Estado de agir, no intuito de proteger as liberdades individuais perante a própria ação estatal, e pelo outro procura proteger o indivíduo de ameaças oriundas não do Estado, mas de terceiros ou do agir de agentes estatais.

A principal contribuição da segunda decisão sobre o aborto é, justamente, o reconhecimento do princípio da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), entendido como padrões ou exigências mínimas para a plena realização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, embora a Constituição determine a proteção como meta, esta não detalha sua real extensão, recaindo a necessidade de uma elaboração fática e de avaliações racionalmente sustentáveis ao legislador, no sentido de oferecer uma proteção suficiente em casos de bens jurídicos antagônicos, bem como estabelecer as situações que representam exceções à concretização do direito fundamental. Não obstante, devem também ser lembrados os já mencionados direitos negativos contra abusos do ente público, configurando uma das faces da proteção aos direitos fundamentais, atrelada à ideia de proteções contra excessos ou intervenções praticados pelo próprio Estado – *Übermassverbot* – exercendo importante papel enquanto limite superior da discricionariedade de conformação.

Nesse cenário, erigido com base na supremacia dos direitos fundamentais e em sua eficácia de irradiação, o Judiciário acaba não sendo responsável tão somente pelo controle da constitucionalidade dos atos emanados pelo poder público, passando, também, a exercer o controle de políticas públicas e a adquirir feições criativas no momento da interpretação, elementos estes que vêm associados ao fenômeno da judicialização.

A transferência de decisões nucleares de uma sociedade para as Cortes Constitucionais não se limita ao âmbito interno (nacional), sendo que os efeitos da judicialização, em suas duas dimensões (do direito e da política), estendem-se

também à Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujas sentenças influenciam diretamente na realidade política dos países. Enquanto o controle de políticas públicas (em sentido amplo) se dá, no âmbito interno, pelo controle de constitucionalidade, a Corte Interamericana atua sob a lógica e os parâmetros do controle de convencionalidade, previsto no artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual versa sobre a necessidade de adequação da legislação interna aos direitos humanos contidos na CADH.

Verifica-se, assim, que a aplicação do controle de convencionalidade não configura afronta ou exclui a norma constitucional, mas sim complementa e fortalece o seu sentido. A própria verificação da convencionalidade da norma constitucional promove significativos ganhos na proteção e concretização da dignidade da pessoa humana, colocando o direito interno em sintonia com as exigências do constitucionalismo contemporâneo.

Nota-se, também, no *modus operandi* da Corte IDH, a incidência de uma dimensão objetiva dos direitos humanos e fundamentais, especialmente no que tange à eficácia de irradiação, que, no caso, se manifesta na necessidade de harmonização dos instrumentos normativos, buscando sempre índices satisfatórios de proteção, tal qual ocorre no âmbito interno das Constituições, no qual os direitos fundamentais vinculam todo o ordenamento, na lógica de que reste garantida sua própria proteção. Vê-se, também, a chamada eficácia dirigente, pois a interpretação realizada pela Corte IDH do *corpus iuris* latino-americano apresenta feição claramente diretiva. Em outras palavras, está se buscando a concretização dos direitos humanos e fundamentais, que são, com já explicitado em momentos anteriores, o principal objetivo dos ordenamentos jurídicos no intuito da plena efetivação da dignidade da pessoa humana.

Tecidas estas considerações, no terceiro e último momento a análise recaiu nas decisões selecionadas, nas quais verificou-se a evolução da doutrina da Corte Interamericana, com a superação do modelo de reparação individual, a utilização de elementos exógenos à Convenção Americana em sua fundamentação e a utilização de noções do dever de proteção estatal.

Da análise dos casos foi possível verificar que as medidas de reparação da Corte IDH, muito embora iniciem num modelo cujos únicos afetados eram as partes envolvidas, passam a abranger toda a coletividade, exigindo uma postura ativa do Estado condenado para a devida concretização de suas obrigações. Tais medidas

consistem em alterações legislativas (adequação à CADH, revogação ou modificação do texto), medidas de publicidade dos fatos ocorridos, cursos sobre direitos humanos para militares, apuração criminal dos fatos, entre outros, operando sob a lógica da não repetição das violações, além é claro das restituições à vítima ou familiares.

O próximo tópico ocupou-se de analisar como vem se desenvolvendo a jurisprudência da Corte Interamericana, quer dizer, quais os elementos evocados atuam como supedâneo da referida evolução. Pode ser observado, pois, que esta construção ocorre no interior da própria jurisprudência da Corte IDH, num primeiro momento utilizando suas próprias sentenças anteriores como base e após incluindo elementos internacionais (europeus, africanos, etc.), além de decisões dos próprios países sob sua jurisdição que, em suas decisões, realizam fundamentação no sentido de adequação ao *corpus iuris* latino-americano, criando espécie de “direito comum” latino-americano.

Dessa forma, conclui-se que a doutrina da Corte IDH em matéria de graves violações aos direitos humanos, embora encontre-se solidificada - no sentido de que devem ser investigadas, julgadas, sancionadas e devidamente reparadas sempre -, tende sempre à expansão no tocante ao seu grau de afetação, ou em outras palavras, às medidas de reparação e as pessoas que com ela se beneficiam. Esta expansão decorre da não vinculação da Corte IDH ao artigo 63.1 da Convenção, fazendo com que sua jurisprudência encontre-se sempre em transformação, abarcando novos entendimentos internos e externos que propiciem um grau mais elevado de proteção aos direitos humanos.

Num segundo momento, partindo da análise específica da parte dispositiva das sentenças da Corte Interamericana, restou cristalina a utilização de noções do dever de proteção estatal, embora não haja menção expressa à teoria. A Corte IDH busca, além de reparar a violação no âmbito individual, evitar sua repetição e fortalecer a proteção aos direitos humanos e fundamentais através da imposição de obrigações positivas (no sentido de concretização) aos estados. A verificação da presença de noções da teoria do dever de proteção estatal nas sentenças da Corte Interamericana lhes confere um ampliado grau de legitimidade democrática. Isto porque entende-se que a utilização destas noções atuam como espécie de critério para as intervenções da Corte IDH, reforçando a proteção e garantia dos direitos

humanos e fundamentais – os ideais e objetivos centrais das democracias hodiernas.

As decisões da Corte Interamericana ainda amoldam-se às chamadas sentenças estruturantes, que visam a corrigir insuficiências estruturais nas instituições estatais como forma de ampliar o grau de proteção aos direitos humanos e fundamentais. Trata-se, pois, de outra instância da judicialização da política, esta não se preocupando apenas com a concretização dos direitos fundamentais ante a inércia política, mas sim determinando reformas institucionais que buscam fortalecer os direitos humanos e prevenir violações futuras.

6 REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. *De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos*. In: Revista Internacional de Derechos Humanos. v. 6. n. 11., 2009.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011*. Revista Estudios Constitucionales, Talca, ano 10, n. 2, p.57-140, 2012. Disponível em <www.cecoch.cl>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. *El bloque Constitucional de Derechos em Chile, el Parámetro de Control y Consideraciones Comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia*. In: ALCALÁ, Humberto Nogueira; ZELADA, Liliana Galdámez; LEAL, Mônia Clarrisa Hennig (org.). Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. 2005. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br>>. Acesso em: 05 de jun. 2014.

_____. *Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.410/RS. Segunda Turma. Julgado em 06.03.2012. Rel. Min. Gilmar Mendes. p. 18. Disponível em: <<http://www.stf-jus.br>>. Acesso em 16/10/2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Comarca de Belford Roxo, sentença de 04 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 10 out 2016.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a “realização” da ordem constitucional! E o povo...* In: COPETTI, André. et al. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 91-111.

BUERGENTHAL, Thomas. *International human rights*. Minnesota: West Publishing, 1988.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos. Fundamentos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.

CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2009.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. *Los Derechos Humanos u el orden objetivo de valores como parâmetro de control: la posición del voto por acoger. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional que recae sobre las normas que permiten modificar unilateralmente el precio base del plan de salud. In: Estudios Constitucionales: revista semestral del centro de estudios constitucionales de Chile. Santiago, n. 1, 2012.*

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Proteção internacional dos direitos humanos: A Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras*: sentença de 29 de julho de 1988 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 1988. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. *Caso Godínez Cruz versus Honduras*: sentença de 21 de julho de 1989 (mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 1989. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. *Opinión Consultiva OC14-1994. Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf>. Acesso em 16 nov 2016.

_____. *Caso Castillo Petruzzi et. al. Vs. Peru*: sentença de 30 de maio de 1999. (mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 1999. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*: sentença de 20 de setembro de 2000 (mérito, reparação e custas). São José da Costa Rica, 2000. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____. *Caso Barrios Altos versus Peru*: sentença de 14 de março de 2001 (mérito, reparação e custas). São José da Costa Rica, 2001. Disponível em:

<<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. *Caso Tibi Vs. Equador*: sentença de 07 de setembro de 2004 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2004. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. *Ximenes Lopes versus Brasil*: sentença de 04 de julho de 2006 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 28 out. 2016.

_____. *Caso Goiburú e outros versus Paraguai*: sentença de 22 de setembro de 2006 (mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. *Caso Almonacid Arellano e Outros versus Chile*: sentença de 26 de setembro de 2006 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. *Caso Trujillo Oroza versus Bolívia*: sentença de 27 de fevereiro de 2007 (mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2007. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. *Cruz Heliodoro Portugal versus Panamá*: sentença de 12 de agosto de 2008 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2008. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. *Caso Ticona Estrada e outros versus Bolívia*: sentença de 27 de novembro de 2008 (mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2008. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil*: sentença de 24 de novembro de 2010 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2010. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. *Caso Gelman versus Uruguai*: sentença de 24 de fevereiro de 2011 (mérito e reparações). São José da Costa Rica, 2011. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. *Caso Gutiel Álvarez (“Diário Militar”) versus Guatemala*: sentença de 20 de novembro de 2012 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2012. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. *Caso García e família versus Guatemala*: sentença de 29 de novembro de 2012 (mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2012. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. *Caso García Lucero versus Chile*: sentença de 28 de agosto de 2013

(mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2013. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. *Relatório anual dos trabalhos da Corte Interamericana de direitos humanos*: 2010. San José: Corte IDH, 2011.

COSTA, Alexandre Araújo. *Judiciário e interpretação: entre Direito e Política*. In: Revista Pensar, Fortaleza, v. 18, jan-abr. 2013.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado*. In: A Constitucionalização do Direito. Lumen Juris, 2007

_____. *Constitucionalismo y derechos fundamentales. Estudio preliminar de Antonio López Pina*. Tradução de Raúl Sanz Burgos e José Luis Muños de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.

_____. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HITTERS, Juan Carlos. *Control de Convencionalidad (Adelantos y retrocesos)*. *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 13, n. 1, p. 123-162, 2015. Disponível em <www.cecoch.cl>. Acesso em: 11 out. 2015.

JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KLATT, Matthias. *Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado*. In: ALEXY, R.; BAEZ, N. L. X.; SILVA, R. L. N. da (Org.). Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. Florianópolis, 2015. p. 215–266.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig . *Interpretação conforme a constituição x nulidade parcial sem redução de texto: semelhanças, diferenças e reflexão sobre sua operacionalização pelo Supremo Tribunal Federal*. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas*. 1ª ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, v. Tomo 6, p. 1563-1586.

_____. *Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente “um activismo” o “el” activismo?* In: *Estudios Constitucionales: revista semestral del centro de estudios constitucionales de Chile*. Santiago, v. 10, n. 2, 2012.

_____. *How far should international courts of human rights go? An analysis of the international courts and constitutional jurisdiction regarding the phenomena of judicialization and the judicial activism*. In: RIBERI, Pablo; LACHMAYER, Konrad (Org.). *Philosophical or Political Foundation of Constitutional Law? Perspectives in Conflict*. Nomos, 2014.

_____. *A dignidade humana como critério para o controle jurisdicional de políticas públicas: análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal*. In: LEAL, M. C. H.; COSTA, M. M. M. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 14. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014.

_____. *Princípio da proporcionalidade e controle jurisdicional de políticas públicas: uma análise da utilização da noção de “proibição de proteção insuficiente” pelo Supremo Tribunal Federal*. In: LEAL, M. C. H.; COSTA, M. M. M. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 15. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015.

LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009.

LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed. Madri: Tecnos, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1997. t. 1.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta Internacional de los Derechos del Hombre* (1948). Disponível em <<http://www.un.org/spanish/documents>>. Acesso em: 09 out. 2015.

_____. *Pacto Internacional de Derechos Civiles e Políticos* (1966). Disponível em <<http://www.un.org>>. Acesso em: 09 out. 2015.

_____. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966). Disponível em <<http://www.un.org>>. Acesso em: 09 out. 2015.

_____. *Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados (1969)*. Disponível em: <<http://www.un.org>>. Acesso em: 09 out. 2015.

_____. *Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2009)*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf>. Acesso em 15 nov 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969)*. Disponível em <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em: 09 out. 2015.

OSSENBÜHL, Fritz. *Probleme und wege der Verfassungsauslegung*. In: Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik (DöV), Heft 19, Oktober 1965, p. 649-661.

OSUNA, Néstor. *Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia*. In: BAZÁN, Victor (Org.). *Justicia Constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. nº 5. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: A convenção americana de direitos humanos*. In: GOMES, Luis Flávio; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2000.

_____. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEDRON, Flávio Quinaud. *O Giro Lingüístico e a Auto-compreensão da Dimensão Hermenêutica Pragmática da Linguagem Jurídica*. São Paulo: Vox Forensis, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROJAS, Claudio Nash. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. 2. ed. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009.

_____; QUIROGA, Cecilia Medina. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Santiago: Centro de Derecho Humanos da Faculdade de Direito da Universidade do Chile, 2011.

_____. *Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia"*. In: BAZÁN, Victor(Org). *Justicia Constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos*

sociales. Las sentencias estructurales. nº 5. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2015.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecente”?*. Publicado em 11.07.2008, p. 6. Disponível em <<http://leniostreck.com.br/lenio/artigos>>. Acesso em 14/10/2015.

_____. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. In: FERRAJOLI, Luigi; _____; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 64-94.

SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Direito para América do Sul, 2005.

TRAVIESO, Juan Antonio. *Historia de los derechos humanos y garantías: análisis en la Comunidad Internacional y en la Argentina*. 3ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005.

ZELADA, Liliana Galdámez. *Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones*. Revista Chilena de Derecho. v. 34. n. 3. Santiago, 2007.

_____. *Almonacid Arellano Vs. Chile, la cuestión de la impunidad en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos*. In: ALCALÁ, Humberto Nogueira; ZELADA, Liliana Galdámez; LEAL, Mônia Clarrisa Hennig (org.). Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.